

## Boleto de compraventa de inmuebles en tiempos de aislamiento social preventivo y obligatorio

Con motivo de la pandemia declarada este año por la OMS y el consecuente Aislamiento Social decretado por las autoridades se vio restringida la posibilidad de suscribir de modo presencial boletos de compraventa sobre inmuebles. Existen soluciones informáticas y tecnológicas diversas que –usadas de modo complementario– permitirían celebrarlos conforme el Código Civil y Comercial, con eficacia y validez entre las partes y –aún– frente a terceros.



POR RUBÉN FRAGAPANE

Abogado por la UNCUyo, Profesor Adjunto efectivo a cargo de la Cátedra de Instituciones del Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNCuyo. Asesor Letrado de la Oficina Técnica Previsional, Ministerio de Gobierno, Trabajo y Justicia, Gobierno de Mendoza.

### Introducción

El 20 de marzo de 2020, con motivo de la pandemia por coronavirus (Covid-19 – Sars CoV-2) declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y con el objetivo de proteger la salud de los ciudadanos –teniendo en cuenta que no existe hasta la fecha un tratamiento antiviral efectivo– se instauró en la Argentina, mediante DNU N° 297/2020, el aislamiento social preventivo y obligatorio con duración hasta el 31 de marzo de 2020, período durante el cual todas las personas debían permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encontraban, absteniéndose de concurrir a lugares de trabajo, salvo que se tratara de actividades declaradas “esenciales”.

El tiempo de aislamiento fue prorrogado por sendos DNU (n° 325-2020, n° 355-2020, 408-2020) sin perjuicio de lo cual, a través de Decisiones Administrativas dictadas por la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional, fue ampliándose el espectro de actividades “esenciales”, con la clara consigna de respetar la distancia social y la prohibición de aglomeraciones, conservando vigencia importantes restricciones.

Todas esas disposiciones limitaron sensiblemente la actividad económica del país, restringiendo –y hasta impidiendo directa o indirectamente– el desarrollo de algunas actividades comerciales que, naturalmente, conllevaban –hasta el 19 de marzo de 2020– la necesidad de reunir personas, compartir lugares cerrados, concurrir a una entidad bancaria o financiera, recabar informes, visitar inmuebles, etc.

Me refiero concretamente a la actividad inmobiliaria. Desde el 20 de marzo de 2020 no se pudieron exhibir más inmuebles en forma presencial para ningún destino; quienes se encontraban interesados en comprar su vivienda, vender su local comercial u oficina, alquilar un departamento para mudarse, etc. no pudieron concurrir al inmueble en el que se interesaron y debieron restringir esa actividad sensorial a las de las descripciones realizadas por el Corredor Inmobiliario y a las visitas virtuales a través de las páginas web (videos, fotos 360°, fotos convencionales y panorámicas, street view, ubicación en el mapa, etc).

Si bien ello importaba una seria limitación, considerando –inicialmente- que el aislamiento sería transitorio, las visitas virtuales servían para ilustrarse sobre las bondades de los bienes exhibidos y un modo de preselección, para luego visitarlos personalmente.

El aislamiento se prolongó y los operadores inmobiliarios, así como clientes interesados en invertir su dinero y aprovechar algunas ventajas que daba la coyuntura (muchas ofertas, poca demanda, devaluación del peso, inversores con dólares, actividades altamente reconvertibles versus otras con nula actividad económica y comercial, etc.) comenzaron a inquietarse, consultando si era posible, no ya visitar sino realizar reservas (oferta mediante) sobre inmuebles publicados, celebrar boletos de compraventa si las partes acordaban los términos de ese instrumento jurídico, etc.

Es de destacar que el aislamiento fue dispuesto –inicialmente- sin posibilitar la apertura de las entidades bancarias, que luego fueron autorizadas a funcionar sobre acotadas operaciones e importantes restricciones en relación con el acceso del público (limitado a un cupo de turnos diarios).

Tampoco era posible pedir la intervención de un Escribano o Notario Público para la certificación de firmas (el Consejo Superior del Colegio Notarial de Mendoza se expidió oficialmente sobre la imposibilidad del ejercicio profesional de sus colegiados), agregándose más incertidumbre aun cuando se dictó la Decisión Administrativa del J.G.M. n°467 – 2020 JGM que amplió el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, “... en los términos previstos en el Decreto N° 297/20, incorporándose a la actividad notarial, cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales ...” .

Por su parte, la actividad registral en la Provincia de Mendoza era casi nula (sólo podían consultarse en línea las matrículas y tomos de inmuebles, titularidades, inhabilitaciones, etc., estando suspendidos los plazos y actividades presenciales), es claro que se tornaba imposible –al menos del modo habitual- realizar boletos de compraventa de inmuebles.

En ese contexto, apareció la necesidad de pensar alternativas de celebración de esos actos que den seguridad a los contratantes, quienes preguntaban si podrían celebrarse –a través de distintas herramientas tecnológicas y de comunicación- boletos de compraventa de inmuebles, con la intervención de las partes interesadas y los profesionales habituales (comprador, vendedor, Corredor Público Inmobiliario y Escribano).

Si bien actualmente, en la Provincia de Mendoza, nos encontramos cursando la Fase denominada “Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio”, no pocos ejemplos tenemos, en el país y en el mundo respecto de los constantes avances y retrocesos que se van produciendo sobre la marcha respecto de la apertura y/o restricción de actividades. Da allí la importancia del análisis de la cuestión planteada, lo que hoy puede resultar innecesario en algunas zonas del país, pero muy útil en otras. Ni que pensar si, producto de los contagios, se retrocede nuevamente a fases de aislamiento.

### **Naturaleza jurídica del boleto de compraventa de inmuebles**

Para comenzar a pensar las respuestas a esas preguntas o inquietudes a que aludí, recordaré –sucintamente y sin pretender agotar el tema- la histórica y profusa discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa de inmuebles.

Si bien existieron matices, las opiniones estaban divididas entre los que consideraban que el boleto de compraventa es un pre-contrato, un contrato preliminar o una promesa de contrato y los que lo caracterizaron como un verdadero contrato definitivo.

Los primeros sostenían –con fundamento en los arts. 1184 inc. 1, 1185 y 1187 del derogado Código Civil de Vélez Sarfield- que como la compraventa de inmuebles era un contrato formal aunque no solemne (debía ser otorgado por escritura pública, pero la forma no era exigida bajo pena de nulidad, privando su inobservancia únicamente de los efectos propios al acto), el boleto de compraventa era una promesa de celebración del contrato definitivo de compraventa mediante escritura pública (la formalidad exigida por la ley).

Los segundos argumentaron, por el contrario, que se trataba de un negocio jurídico definitivo, de un contrato perfecto celebrado en un instrumento privado donde las partes acordaban lo esencial en relación con la compraventa de un inmueble, fundamentalmente el otorgamiento del acto por escritura pública, conforme la solemnidad exigida por la ley para transmitir el derecho real de dominio. Su argumento central era la coincidencia del boleto de compraventa con la definición del contrato de compraventa y que la obligación de escriturar que surge de ese instrumento puede ser ejecutada de manera forzosa, intervención judicial mediante.

No es el objetivo desentrañar qué postura o parecer tenía al respecto el codificador del Código Civil y Comercial de la Nación y la verdad, es que –a pesar de las intenciones previas de las comisiones respectivas- no se echó mucha luz en el nuevo cuerpo legal sobre la discusión que describo.

Existen algunos indicios que llevan a considerar que, también para nuestro codificador, el boleto de compraventa es un contrato definitivo. Por ejemplo, los art. 1170 y 1171 –que aluden expresamente al boleto- se encuentran en la Sección 8va. del Capítulo 1 que se refiere expresamente a la Compraventa, dentro del Título IV referidos a los contratos en particular y en ellos se reconoce al comprador de buena fe la posibilidad de oponerle frente a terceros en determinadas circunstancias.

Lo mismo puede concluirse si analizamos la concordancia de los arts. 1017 y 969 del CCyC.

El art. 1017 del CCyC preceptúa que “Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles...” A su vez, el art. 969 del CCyC indica que “Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad...”

Como el art 1017 CCyC no exige la forma o solemnidad bajo pena de nulidad (que sí es exigida expresamente en el art. 1552 CCyC respecto de la donación de inmuebles), el boleto de compraventa de inmuebles importaría un contrato definitivo en el que las partes, además de acordar una serie de cuestiones esenciales en relación al bien (precio, modos y medios de pago, plazos de cumplimiento de obligaciones recíprocas, etc.), se obligan a otorgar la escritura pública, como instrumento previsto por la ley (art. 1018 y 285 del CCyC).

### **La situación durante el aislamiento social preventivo y obligatorio**

El boleto de compraventa es un instrumento particular firmado (instrumento privado) en el que, habitualmente, interviene un Escribano –designado en ese contrato para otorgar la futura escritura traslativa de dominio- certificando las firmas de las partes con la doble finalidad de dotar al acto de fecha cierta y que –luego- las graffías no sean desconocidas.

Ahora bien, ese acto -que en general se suscribe en un banco o entidad financiera, en una inmobiliaria o en una escribanía- implica la presencia y reunión –por lo menos- del comprador, vendedor, Corredor Inmobiliario que intermedió entre las partes y del Escribano actuante (para certificar firmas y recabar información y documentación para otorgar –tiempo después- la escritura pública).

En tiempos de aislamiento social obligatorio, todo ello habría parecido una locura y no se encontraba permitido, no porque no se pudiera contratar sino porque –salvo para las actividades esenciales- estaba vedada la circulación y reunión de personas. Esa es la realidad que se vive actualmente en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA que incluye Ciudad de Bs As y Gran Bs As) y sobre ese supuesto escribiré.

¿Eso impedirá que se compren y vendan inmuebles en este contexto? ¿Obstará la situación sanitaria y social imperante para que, quienes así lo deseen, por la razón lícita que sea, celebren boletos de compraventa sobre inmuebles? ¿cuánto tiempo habría que esperar para volver a firmar contratos de forma presencial, ante un Escribano, entregando el dinero comprometido para ese acto? Hoy existen mecanismos tecnológicos que permitirían realizar ese boleto de compraventa sin necesidad de violar el aislamiento obligatorio.

Conforme el art. 288 del CCyC, la firma digital -que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento- será a los instrumentos generados electrónicamente, lo mismo que la firma ológrafa a los instrumentos impresos en papel.

Podrían entonces, las partes interesadas -si han observado previamente los procedimientos previstos en la ley 25506, su modificatoria ley 27446 y decreto reglamentario 182/19 para la obtención de la firma digital- recibir asesoramiento on line de los profesionales respectivos y acordar el texto de todas y cada una de las cláusulas del boleto de compraventa que desean suscribir. Una vez que tienen el documento final, “estamparían” su firma digital realizando -casi en simultaneo- la transferencia electrónica del dinero acordado para esa etapa del negocio jurídico.

O, si el Escribano tuviera también firma digital, y los procedimientos y legislación notarial estuvieran adecuadas a los tiempos informatizados que corren, hasta la escritura traslativa de dominio podría hacerse de modo no presencial, virtual o totalmente digital. Nos quedaría analizar también el aspecto registral de la cuestión, pero no es el objeto de este trabajo.

Lo cierto y concreto es que, si bien en algunas jurisdicciones se encuentran más avanzados en esos aspectos, habiéndose reglamentado incluso certificados notariales remotos, la Provincia de Mendoza, cuando se decretó la “cuarentena”, quedó físicamente y virtualmente “parada” desde el punto de vista notarial (y de tantos otros)

Ante esa situación y requiriendo la obtención de la firma digital una gestión presencial (no admitida en ese contexto), la utilización de esa herramienta no sería una alternativa para poder suscribir boletos de compraventa, teniendo en cuenta que mayoría de la gente no la tiene.

Pero, como aludí, existen soluciones informáticas y tecnológicas de lo más diversas que -usadas de modo complementario- permitirían celebrar boletos de compraventa sobre inmuebles conforme el Código Civil y Comercial, con eficacia y validez entre las partes.

Algunas de esas soluciones podrían ser: WhatsApp, con servicios de mensajería instantánea e intercambio de llamadas de voz y video llamadas individuales o en grupos de ocho personas como máximo; Zoom, plataforma para video conferencias cuya utilización es furor en instituciones educativas y permite reunir virtualmente más de cien personas con un límite de cuarenta y cinco minutos por anfitrión (en su versión libre) e indefinidamente de su versión premium; Google Meet y Google Duo, herramientas de video llamadas y llamadas de voz de Google, que también presta servicios de correos electrónicos, servicios de nube, etc.

No es difícil imaginar un comprador interesado en un departamento bien ubicado, tomando contacto con el Corredor Inmobiliario, que lo publicita autorizado por el vendedor. A su vez, ese vendedor, interesado en la propuesta transmitida por el Corredor Inmobiliario de parte del comprador. Se van poniendo de acuerdo sobre cuestiones esenciales como el precio total, el modo y medios de pago, la entrega de posesión, la fecha de escrituración, etc.

Deciden concretar la operación de compraventa del inmueble, en el entendimiento de que no será factible el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio hasta que no estén

dadas las condiciones sanitarias para ello. El comprador le encomienda a su escribano o a su abogado la redacción del boleto de compraventa y la adopción de los recaudos registrales que correspondan.

Comienza el intercambio (por e-mail con copia a todos o en un grupo de WhatsApp o de Telegram) del documento en el que se despliega el contenido del boleto de compraventa y las partes acuerdan su redacción final, previo realizar algunas video conferencias con el Corredor Inmobiliario y el Escribano/a que designarán para el otorgamiento de la escritura.

Establecida la letra definitiva del boleto, las partes, el Escribano/a y el Corredor Público Inmobiliario convergen en una video conferencia final y –previo dar lectura íntegra a todos los ejemplares- comprador y vendedor manifiestan expresamente su voluntad en forma oral y suscriben de puño y letra (cada uno a su tiempo para ser observados por el Escribano/a) el instrumento final impreso (art. 262 CCyC). Ese instrumento firmado, es escaneado y enviado por correo electrónico –o por el medio que decidan- junto a una copia impresa y firmada del DNI de cada una de las partes y de la transferencia electrónica del dinero por parte del comprador a la cuenta bancaria de vendedor.

Todo ese procedimiento puede ser objeto de certificación por parte del Escribano/a interviniente de conformidad con las previsiones de los arts. 53, 54, 55 y 61 de la ley 3058 (Ley Notarial de Mendoza), quien pondrá fecha al evento, indicará que entre las partes y con su intervención se intercambiaron un documento específico cuyo contenido fue aceptado y suscripto en su presencia –video llamada mediante-, habiendo recibido nuevamente esos documentos, más copia del DNI y constancia de transferencia en su correo electrónico.

Como dije, un boleto de compraventa de inmuebles celebrado y firmado entre las partes reunidas “en forma presencial” es un instrumento privado, en el que las firmas pueden ser certificadas ante Escribano/a Público. ¿Qué tipo de instrumento será entonces ese acto complejo donde las partes, el Notario y el Corredor intercambiaron archivos digitales con texto procesado, registros de voz y/o video de los que emerge que esos archivos fueron leídos y firmados por las partes, constancias de pago o transferencias bancarias, etc.? ¿Será un boleto de compraventa?

Entiendo que sí; ese instrumento se ha formado luego del intercambiado electrónico –a través de medios idóneos- de archivos adjuntos que contenían los términos y cláusulas que las partes acordaron, todo lo cual fue perfeccionado mediante la respectiva declaración de la voluntad certificada por Escribano que, de manera remota, observó –interviniendo activamente- lo que ocurrió y dejó constancia de ello.

Eso sí, no será un instrumento privado sino un instrumento particular escrito (art. 286 CCyC) no firmado, comprensivo de los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información (art. 287 2da parte del CCyC). El nuevo CCCN incorpora el fenómeno de los documentos en soporte electrónico, receptando la realidad de las nuevas tecnologías, y la circunstancia cada vez más notoria de la utilización de las computadoras, los celulares y demás vías informáticas,



como herramientas para la celebración de acuerdos, realización de operaciones, perfeccionamiento de negocios jurídicos, registros de hechos o de datos informativos, etc.; hechos todos innegables de nuestra realidad cotidiana.

Se tratará de un documento en soportes electrónicos, cuya conformación ha sido certificada por fedatario público en soporte papel (actuación extraprotocolar), donde consta el mecanismo y fecha de celebración, las personas que intervinieron, las manifestaciones de voluntad que ellas realizaron, los medios que se utilizaron, etc., pudiendo incorporarse incluso el texto del boleto finalmente “firmado” por las partes.

En esas circunstancias, frente al eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes en ese documento, la otra podrá accionar judicialmente para exigir el cumplimiento en los términos del art. 1018 CCyC, en cuyo caso el juez interviniente examinará la prueba -observando las pautas previstas en el art. 319 CCyC- y resolverá, previo indicar si hubo boleto, que la parte remisa debe cumplir con su obligación.

Es de destacar que -como emerge de las descripciones realizadas- la referencia al art. 53 de la ley 3058 es precisamente por considerar que el acto notarial practicado en el caso expuesto es una certificación que no debe realizarse como un acta, en los términos previstos en el CCyC (art. 310, 311).

No obstante, esa certificación notarial constituye un instrumento público en los términos del art. 289 y 290 CCyC -aunque no tenga la firma de los interesados en tanto así lo permite el art. 55 de la ley 3058- que tendrá relevante validez y eficacia probatoria en relación con el contrato celebrado.

Desde luego, ello no conlleva considerar la conversión del documento en soporte electrónico a instrumento público por el sólo hecho de la existencia de la certificación realizada por el Escribano. Ya se ha resuelto y doctrinalmente se ha sostenido, que el instrumento privado respecto del cual se certifican las firmas puestas por las partes no adquiere calidad de instrumento público por la mera intervención notarial.

Esa circunstancia destacada en el párrafo anterior es gravitante respecto la eficacia y oponibilidad del boleto de compraventa así celebrado frente a terceros. Resulta de suma importancia para el comprador -en este contexto y siempre- tener seguridad respecto del inmueble objeto del acto frente a posibles agresiones de acreedores al patrimonio del vendedor o a eventuales procesos falenciales del titular de inmueble.

Frente a ello, cabe preguntarse si en la situación que propicio -adquisición de buena fe de un inmueble por boleto de compraventa mediante soportes electrónicos cuya celebración ha sido certificada por Escribano/a en contexto de aislamiento social obligatorio- el comprador tendrá prioridad o podrá oponer un mejor derecho frente a los acreedores del titular registral.

Para encontrar la respuesta hay que analizar los arts. 1170 y 1171 del Código Civil y Comercial.

En el primer caso, se otorga prioridad al derecho del adquirente de buena fe frente al de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta y d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

En el segundo caso, será oponible al concurso o quiebra del vendedor el boleto de compraventa de inmuebles con fecha cierta del adquirente de buena fe que hubiese pagado no menos del veinticinco por ciento del precio.

Veamos: en ambos casos el adquirente tiene que ser de buena fe (comprando mediante boleto al titular registral -o siendo cesionario de un boleto proveniente de un cedente cuyo derecho provenga del titular registral- y no existiendo connivencia para burlar a los acreedores), haber pagado no menos del 25% del precio antes de la traba de la cautelar o la apertura del proceso falencial del titular registral y tener boleto con fecha cierta. En el caso de los acreedores individuales se exige expresamente la publicidad -registral o posesoria- de la adquisición, requisito sobre el que hay discusión en los casos de concurso o quiebras.

En la hipótesis de trabajo planteada, doy por sentado el cumplimiento de la buena fe del adquirente que contrató con el titular registral y el pago de más del 25% del precio.

Al comprador o adquirente le restaría probar la existencia de un boleto de compraventa de fecha cierta y la publicidad, registral o posesoria.

Concentrado en las previsiones del art 1170 y 1171 CCyC, en cuanto establecen que los efectos preferentes en beneficio del adquirente de buena fe se producirán en la medida en que el boleto de compraventa tenga fecha cierta (art. 317 CCyC), concluyo que ese instrumento otorgado en soportes electrónicos, aun constando en una certificación de Escribano Público, nunca gozará de fecha cierta por cuanto no es un instrumento particular firmado por las partes (instrumento privado).

Al respecto, he de destacar que el art. 317 CCyC otorga eficacia probatoria respecto de terceros a los “instrumentos privados” reconocidos (art. 287, primer parte y 314 del CCyC) desde que gozan de fecha cierta, lo que se produce el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después.

Como el documento electrónico en que constará el boleto no estará firmado por las partes -aunque su existencia y el consentimiento de ellas haya sido certificado por Notario y se hayan intercambiado archivos adjuntos firmados y escaneados- no sería posible predicar en relación con ellos que hayan adquirido fecha cierta en los términos exigidos por la norma de fondo, ni podrían ser opuestos a terceros. Ventura dice que la carencia de firma impide totalmente oponer este tipo de documentos a los terceros. En efecto, si ya los instrumentos privados suscriptos, no pueden ser opuestos a los terceros, menos aún (“a fortiori”) lo serán los



particulares no firmados. Respecto de terceros pues, el documento particular no prueba nada.

Podría asimilarse el caso –de algún modo- a la utilización de la impresión dactilar de las partes, en las oportunidades en que la ley lo permite (art. 313 del CCyC). Pese a la redacción de esa norma –que precalifica como privado el instrumento en que se inserta la huella dactilar, cuando el art. 287 CCyC indica que son tales los que tienen firma –, entiendo que en ese caso también se trata de un instrumento particular no firmado –como en el caso del boleto en soportes electrónicos- en el que la intervención de una de las partes o ambas podrá ser certificada por el Escribano dejando constancia que se pusieron las huellas, pero ello no alcanzará para sustituir la exigencia de la firma . La certificación notarial de la impresión digital en un instrumento privado, salvo los casos de excepción (derecho previsional, contratos de trabajo, etc.), no sustituye el requisito esencial de la firma para el acto jurídico privadamente instrumentado; en consecuencia, la ineficacia del Instrumento que lleva estampada la huella dactilar del otorgante, no se subsana mediante la certificación de que ha sido puesta en presencia del notario. En ese caso, el documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido. (art. 314 CCyC)

Sin embargo, existen precedentes que han analizado la cuestión de la oponibilidad a terceros, no ciñéndose estrictamente a la existencia de fecha cierta y la condición –consecuente- de que el boleto se encuentre –por lo menos- en un instrumento privado, sino que, en definitiva, haya existido o se haya celebrado efectivamente entre las partes. En tal sentido, por ejemplo, se ha resuelto que si bien es regla la exigencia de la fecha cierta, la misma debe ceder ante la presencia de certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo, tal lo resuelto en el recordado fallo “Ongaro de Minni” de la Suprema Corte de Mendoza.

En ese fallo Plenario, la Suprema Corte de Mendoza declaró que “... 4. El “adquirente” de un inmueble con destino vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad, si se cumplen los siguientes recaudos: a) Que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. La posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica. ...”

Se citó en ese precedente que esa “... certidumbre fáctica muchas veces se alcanza a través de la posesión pública y pacífica (C. Nac. Civ., sala B, 25/08/1976 Cuffré, Telésforo F. v. Progno, Raimundo, JA 1977 II 456; aclaro que el fallo sigue la tesis de Borda, para quien basta la prueba de la posesión, aunque no exista fecha cierta; ver fallo de la C. Nac. Com., sala C, 25/06/1982 Lodema S.R.L. v. Ponce de León, Miguel A., LL 1982 D 396 en la cual se hace lugar a la escrituración, aun sin boleto escrito, pues a más de los actos posesorios públicos, pacíficos e indiscutidos, el síndico había señalado al actor como adquirente por boleto en su informe general) ...”

Esta exigencia de fecha cierta o certidumbre fáctica fue reiterada por el mismo Alto Tribunal en un Fallo Plenario posterior (Fernández c/ Coviram) donde se declaró –ampliando la aplicación incluso a los boletos no destinados a vivienda- que: “... 2. El adquirente de un

inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal si se cumplen los siguientes recaudos: a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso. b) El boleto tiene publicidad (registral o posesoria). c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes. d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal”.

Recientemente, en otro fallo, la Suprema Corte de Mendoza sostuvo que la doctrina del fallo Plenario Fernández Ángel c/ Coviram Ltda “hoy ha sido receptada en el art. 1170 del C.C.y C, donde se establecen idénticos requisitos. La Jurisprudencia y doctrina expresaron la necesidad de tutelar los derechos de los adquirentes de inmuebles por instrumentos privados (boleto de compraventa); lo que se plasmó en la reforma instaurada al Código Civil de Vélez Sársfield”.

De lo expuesto puede colegirse que, aun sin instrumento privado con fecha cierta, si se prueba que existe “certidumbre fáctica” o certeza material de que el boleto se celebró o existió entre las partes en fecha anterior al embargo o al proceso concursal, el boleto será oponible a los acreedores del vendedor, en la medida en que –como veremos- se agregue la publicidad posesoria.

En el caso planteado se contará con: los correos o chats certificados por Escribano Público, cuyas fecha de emisión puede ser confirmadas por el servidor de correo o chat respectivo; video conferencias certificadas por Escribano Público cuya data de realización puede ser confirmada en la plataforma que prestó el servicio; información recabada del prestador de internet de las partes para obtener la IP que utilizaron en su conexión a efectos de cruzar información con la plataforma; transferencias electrónicas de dinero de la cuenta bancaria del comprador al vendedor; pago de comisiones al Corredor Público Inmobiliario facturadas digitalmente en el sistema brindado por AFIP, al igual que los honorarios del Escribano; carta documento enviada al locatario del vendedor para notificarle que en adelante deberá pagar el canon al comprador; comunicación al Consorcio de Propietarios de la celebración del contrato solicitando el libre deuda para enajenar y solicitando la futura emisión de expensas comunes a nombre del comprador –como poseedor- (art. 2050 CCyC) , etc.

Resta aludir a la publicidad del boleto de compraventa que -conforme la norma del 1170 CCyC y lo exigido por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y la doctrina en casos de concurso o quiebra (art. 1171 CCyC)- puede ser registral o posesoria.

Carece de sentido analizar la publicidad registral (tema por demás discutido en el ámbito notarial) en tanto el del boleto de compraventa cuya hipótesis planteo se celebrará en un instrumento que no podrá ser ingresado como tal al registro respectivo por constar en soportes no convencionales.

Me referiré, entonces, a la publicidad posesoria.

Obviamente, será complejo entrar en posesión del inmueble en este contexto restrictivo de circulación ciudadana. Tal acción importaría personas deambulando, traslado de bienes y demás quehaceres no posibles vigente el aislamiento obligatorio.

Pero, pueden suscitarse situaciones en los que la posesión del inmueble puede obtenerse, ser pública y acreditarse, sin que ello implique -en modo alguno- haber violado las restricciones impuestas por razones sanitarias.

El art. 1908 CCyC preceptúa que “Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia” y el art. 1909 CCyC dice que “Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”.

En esta materia, nuestro Código de fondo ha adherido a la teoría subjetiva de Savigny, según la cual para que haya posesión es preciso reunir el corpus posesorio (ejercer un poder de hecho sobre una cosa) y el animus posesorio (comportándose como titular de un derecho real). Hay que aclarar que el corpus no implica únicamente el ejercicio efectivo del poder o el contacto físico con la cosa, sino la posibilidad de disponer físicamente de ella.

Conforme el art. 1923 del CCyC las relaciones de poder (posesión y tenencia) se adquieren por la tradición, situación que se presenta cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla” (art. 1924 CCyC)

Como referí precedentemente, será operativamente complejo recibir o entregar la tradición de un inmueble adquirido en el contexto social de aislamiento estricto (como el que supimos experimentar al inicio de la pandemia y el que aún está vigente en algunos sectores del país), en tanto no se trata de un actividad declarada esencial (tampoco resulta posible contratar mudanzas, realizar por cuenta propia el traslado de muebles, ni asistir comprador y vendedor para formalizar de algún modo la entrega de la cosa).

No obstante, atento lo previsto en el art. 6 inc. 6° del DNU 297/2020 en cuanto exceptúa del aislamiento a las personas que deban atender una situación de fuerza mayor, en los boletos de compraventa celebrados al amparo de esa circunstancia de excepción, podría realizarse la tradición de la cosa y producirse la ocupación del inmueble por el comprador correspondiente.

Pero qué ocurrirá en los casos donde tal excepción no existe.

Teniendo en cuenta que lo importante es comportarse como titular de un derecho real -aunque no lo sea- y tener la posibilidad de disponer de la cosa, aunque no se haya tenido contacto físico con la misma inmediatamente, pueden ensayarse ejemplos en los cuales considero acreditada la posesión por parte de comprador o adquirente, sin haber recibido el bien violando el aislamiento social: a) el caso de la compraventa de un departamento desocupado dentro de un edificio sometido a propiedad horizontal o de una casa dentro de un barrio

privado, b) el boleto de compraventa de una casa sin terminar, cuya obra puede continuar a partir de las nuevas actividades esenciales autorizadas (realización de obras privadas).

Caso a): el vendedor por boleto comunica mediante carta documento al Administrador del Consorcio de Propietarios (la actividad postal ha sido declarada esencial por el DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional) que la unidad funcional se la enajenó al comprador. Dicha comunicación la realiza para solicitar la emisión del libre deuda de expensas –útil para la escrituración- y a fin de que en adelante emita las boletas para el pago de las expensas a nombre de comprador poseedor.

Detectado un desperfecto en la unidad -que repercute en perjuicio de otros copropietarios y/o del consorcio- el Administrador le avisa al adquirente, quien concurre con personal de mantenimiento para realizar los arreglos respectivos. En ese caso, no habrá violación del aislamiento, el personal de mantenimiento puede circular –conforme Dec Adm. Jefe de Gabinete de Ministros- y el comprador puede acompañarlo -acreditando su calidad de tal- para que acceda al inmueble.

También podría trasladarse el comprador al inmueble para acordar con el arquitecto y obreros, las obras privadas de refacción que decida hacer en el inmueble adquirido.

Caso b): el comprador toma a su cargo la obra sin terminar de la casa adquirida, previa comunicación fehaciente del propietario al responsable de la construcción, asistiendo al lugar para dar directivas al respecto.

En ambos supuestos –podrían describirse otros- el requisito de publicidad posesoria está cumplido en tanto, si bien no se produjo la entrega del inmueble por el vendedor y el contacto físico inmediato del comprador al celebrar el boleto, la cosa se encontraba a su disposición y ejerció actos posesorios sobre ella (art. 1928 del CCyC) comportándose como titular del derecho real de dominio, aunque no lo sea.

Pero, además, el art. 1923 CCyC prevé otros modos de adquirir la posesión si necesidad de tradición. Así regula que ella no es necesaria cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa (también art. 1892 CCyC).

Son los denominados casos traditio brevi manu (los primeros dos supuestos) y constituto posesorio (último supuesto).

Primer supuesto: una empresa dedicada a la provisión de insumos hospitalarios que arrienda un local comercial que debió habilitar para el depósito de la mercadería que comercializa. Las habilitaciones para ejercer esas actividades son muy exigentes y se encuentran sujetas a periódicos controles sanitarios de la autoridad de aplicación. En el contexto actual, declarada

la pandemia y frente a la preparación del sistema de salud para afrontar el “pico” de contagios con las consecuentes internaciones, la empresa multiplicó sus ventas e ingresos y decide comprar el inmueble que su locador le había ofrecido en alguna oportunidad.

En este caso, el empresario comprador adquiere la posesión en tanto por una cuestión de economía y practicidad, a fin de evitar inútiles desplazamientos de la cosa, la ley prescinde de la realización de actos exteriores, resultando suficiente el acuerdo de voluntades. La posesión podría acreditarse exhibiendo la comunicación realizada a la autoridad de aplicación haciendo constar que ya no es locatario del lugar y que ha suscripto un contrato de compraventa; la carta documento de resolución anticipada del contrato de locación, el recibo oficial del pago de la multa por tal resolución anticipada, los pagos de los impuestos patrimoniales a que no estaba obligado cuando era inquilino, etc.

Segundo supuesto: un departamento sometido a propiedad horizontal destinada a vivienda que el comprador adquiere por inversión con la finalidad de percibir la renta que el vendedor cobra del inquilino que tiene el inmueble. El vendedor comunica -carta documento mediante la existencia del boleto de compraventa al inquilino (quien principia a poseer la cosa a nombre del nuevo poseedor) para que en adelante le pague el alquiler al comprador, quien facturará oficialmente ese ingreso mensual. La posesión podría acreditarse exhibiendo la carta documento enviada por el vendedor al inquilino, mediante la facturación del canon mensual por parte del comprador, a través de las transferencias bancarias del inquilino al adquirente, etc.

Tercer supuesto: un abogado, propietario de una oficina destinada a Estudio Jurídico, decide venderla y continuar su actividad profesional en el lugar, pero arrendándola al comprador. La actividad profesional se ha visto resentida por la escasa actividad económica y la limitada actividad judicial habilitada, lo que genera necesidad de contar con dinero, sin prescindir de la oficina ante la eventual reanudación normal de las actividades.

Aquí la cuestión es un poco más compleja; también por razones prácticas la ley prescinde de la realización de actos exteriores para probar la posesión, pero a fin de evitar fraudes en perjuicio de terceros se ha exigido para el reconocimiento del constituto posesorio la existencia de dos actos jurídicos independientes: “.. uno por el cual se transmita la posesión al adquirente (v.gr. contrato de compraventa), y otro por el que se justifique la tenencia de quien se ha desprendido de la posesión (v.gr. contrato de locación)” los que deberán constar en escritura pública o instrumento privado de fecha cierta .

Las circunstancias sanitarias no permitirán -en la hipótesis planteada- contar con un instrumento privado de fecha cierta en el que se acredite la celebración de ambos actos, lo que no impedirá probar la celebración mediante hechos de suficiente entidad (teniendo en cuenta que la norma no exige expresamente instrumentos de fecha cierta y echando mano a los Plenarios Ongaro de Mini y Fernández - Coviram Ltda).

Como puede notarse, también en estos casos puede estimarse cumplido el requisito de publicidad posesoria, sin desentenderme de las suspicacias que pueden generarse en el caso del constituto posesorio.

No obstante, entiendo que siempre lo relevante será la cuestión probatoria, que en definitiva debe ser iluminada indagando exhaustivamente sobre la buena fe del comprador o adquirente, partiendo de la base de que ella se presume en las relaciones de poder, conforme el art. 1919 CCyC

No desconozco que, en los casos de boletos de compraventa de inmuebles, alguna doctrina exige una posesión que se ejerza de modo ostensible en la consideración de que la simple tradición, y la posesión que se retiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro (art. 2445, primera parte, Código Civil), no resultan suficiente a los efectos que nos ocupa.

En definitiva, será el juez quien deberá disponerse a analizar el contexto sociológico en que se produjeron los actos jurídicos que llevaron a la conclusión del boleto de compraventa en los términos descritos a lo largo de este trabajo y deberá evaluar –en el caso concreto- si corresponde o no excluir de plano la publicidad posesoria en los casos descritos o en situaciones similares, teniendo en cuenta que la buena fe del comprador está íntimamente vinculada a que haya contratado con el titular registral, haya pagado el 25% del valor del bien antes del embargo e ignorado la situación crediticia del vendedor (art. 1919 CCyC segunda parte). Cabrá esperar –además- que el magistrado valore qué ocurrió entre las partes inmediatamente después que cesó el aislamiento.

## Conclusión

La evolución de la tecnología y de la comunicación, así como la aparición de este evento sanitario extraordinario (del que aprenderemos –seguramente-), nos obligan a pensar para el siglo XXI, en alternativas de celebración de actos jurídicos sobre cuyas formalidades en el Derecho Argentino se legisló hace más de cien años.

Ello no significa resignar seguridad jurídica en el tráfico comercial, relativizando las formas o solemnidades de actos de gran trascendencia económica; pero impone –para esta transición del papel a los bits- agudizar el ingenio para dar una respuesta a la demanda que se presente.

Sin perjuicio de que nuestro Código Civil y Comercial incorporó el reconocimiento de la firma digital y de que en nuestro país se celebran transacciones y Smart contracts (contratos electrónicos) al amparo de novísima tecnología (para la que aún ni siquiera existe marco regulatorio), hasta que esas herramientas se estandaricen entre la población pasará mucho tiempo.

Mientras ese tiempo pasa, podemos recurrir a los desarrollos tecnológicos actuales (apps, plataformas, sitios web, etc) para llevar a cabo un boleto de compraventa sobre un inmueble que sea válido entre las partes y oponibles a terceros –según las circunstancias.