

PAGO EN EFECTIVO ANTES DE ESCRITURAR*

Por **Mario Antonio Zinny**

Introducción

Me gustaría, también, creer que el incumplimiento de la ley antievasión no le acarrea consecuencias al pago, o que, en todo caso, las que le provoca son sólo tributarias. Pero pienso que no es así. Porque esas consecuencias, consecuencias sustantivas, están claramente previstas en la propia ley: el pago que tiene lugar contrariándola “*no surte efectos, entre las partes ni frente a terceros*”.

Pienso, además, que debemos distinguir. Una cosa es el pago en efectivo que tiene lugar ante el notario, en ocasión del otorgamiento de una de las escrituras previstas en el decreto reglamentario. Y otra, el pago en efectivo que tuvo lugar antes.

En cuanto al primero, y con respecto a la cuestión suscitada en torno a la interpretación del decreto, pienso que ésta debe considerarse superada. Porque el notariado, que fue el único en opinar sobre el tema, se pronunció de manera casi unánime a favor de la interpretación amplia, considerando que el decreto incluye a las transferencias. Y otro tanto hizo en la práctica, escrituras mediante.

Hoy, entonces, cuando comienzan a incorporarse al tráfico jurídico los títulos donde esa casi unanimidad se refleja, no cabe sino irlos dando a todos por buenos, en mi opinión sin observación ni minuta insistida alguna.

Por otra parte, perdida lamentablemente la posibilidad de que el Poder

* Texto que sirvió de base a las palabras pronunciadas por el autor el 7 de noviembre de 2003 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en ocasión del XLVI Seminario Laureano Arturo Moreira, al cierre de las disertaciones sobre el tema.

N. de R.: Sobre este mismo tema ver a continuación: págs. 85 y 97.

Ejecutivo que dictó el decreto lo aclare en forma retroactiva, que es lo que en mi modesta opinión debió haberse intentado para evitarnos posibles inconvenientes en el futuro, sólo resta confiar en que ellos no sobrevengan. Y todo parece estar dado para que nada ocurra.

I. Pago en efectivo antes de escriturar

Ésta, como decía, es otra cuestión. Aquí no se trata, ya, de interpretar el decreto, sino de decidir cómo actuar frente a un pago efectuado en contra de la ley. Y al respecto puede ocurrir: a) que las partes pretendan que ese pago a cuenta conste en la escritura que van a otorgar; b) que lo hayan hecho constar en la que hace las veces de título, o de antecedente, siempre que éste sea posterior al 6 de enero de 2001, fecha en que entró en vigencia la ley.

No hace falta decir que, en ambos casos, me estoy refiriendo a una de esas escrituras donde, luego de *“se efectúa esta venta por el precio de tantos pesos”*, los otorgantes manifiestan *“de los que tantos pesos fueron pagados por el comprador al vendedor antes de este acto”*. Y punto, sin mención alguna relativa a la forma en que el pago tuvo lugar.

Y bien. Comencemos aclarando que cuando se las redacta así, entre vendedor y comprador no hay cuestión. Y que nadie, que yo sepa, ha supuesto que puede haberla.

Y no hay cuestión, dicho lo que sigue con el más constructivo de los espíritus y el mayor de los respetos, no por imperio de la buena fe que conforme al art. 1198 debe presidir la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, porque en este tema la buena fe consiste en pagar como la ley manda. Y mal puede sostenerse que cuentan con ella quienes pretenden ocultar la manera en que lo hicieron (*“menos averigua Dios y perdona”*, suelen decir con una sonrisa) y llegan incluso, en el caso de los más audaces, a sugerir que hagamos constar que el pago tuvo lugar *“en legal forma”*.

Tampoco puede sostenerse que no hay cuestión entre vendedor y comprador porque el pago no es separable del contrato y esto excluye la nulidad parcial; ya que el pago no sólo es separable del contrato sino que, además, ni siquiera lo integra, con lo que nada impide que el contrato permanezca válido y el pago sea totalmente nulo.

Ni cabe alegar que el comprador está salvado si le paga a un comerciante porque los libros de éste sirven para probar que le entregó el dinero, ya que a esto, comerciantes o no comerciantes, lo da por probado el art. 995 del C.C., que dota de plena fe a las cláusulas enunciativas de los otorgantes directamente relativas al objeto principal del acto, artículo cuya nota, precisamente, brinda el ejemplo de una entrega de dinero efectuada con anterioridad.

Tampoco se salva el comprador porque Cossio y la egología vengan en su auxilio, ya que la cultura de la evasión que padecemos es cualquier cosa menos Derecho.

Y menos se salva porque lo protege el art. 3924, que no le concede al vendedor la acción de reivindicación, pues eso ocurría antes de que la reforma incorporara el pacto comisorio implícito al art. 1204, igualando el 3924 al 3923.

¿Que la ley es inconstitucional? Que lo sea, o no, depende de los jueces. Por otra parte, creer que los medios de pago de la ley 25345 sustituyen al dinero equivale a no advertir que lo que el comprador entrega al vendedor es siempre dinero, con la diferencia de que en vez de entregárselo en mano se lo entrega a través de un Banco. Cambia, entonces, la forma de entregarlo. Y se explica que los notarios nos preocupemos ante esta palabra, “forma”, que tanto significa para nosotros, y cuyo defecto u omisión, cuando viene impuesta, genera la invalidez del acto. Pero decir rito, procedimiento, medio o manera de pagar no cambia las cosas, porque eso, todo eso, es justamente forma. Tampoco las cambia que la ley no diga “bajo pena de nulidad”, porque es más que suficiente con que haga saber que el pago “no surtirá efecto, entre partes ni frente a terceros”, que es la mejor manera de definir un acto nulo. Y que este pago lo sea, por fin, es lo mejor que puede ocurrirle al comprador que no paga como debe, como enseguida veremos.

A esta altura se preguntarán ustedes: ¿Cómo es posible que descartando todos estos argumentos pueda sostenerse que entre vendedor y comprador no hay cuestión? Se puede, sencillamente, porque lo impiden dos principios que respectivamente niegan al vendedor la posibilidad de: 1) invocar su propia torpeza; 2) enriquecerse sin causa. Por otra parte, paradójicamente, la nulidad del pago por defecto de la forma impuesta viene en auxilio de quien pagó mal, al originar la obligación de restituir las cosas al estado anterior antes de reiterar el pago como corresponde (C. C., arts. 1044 y 1050 a 1055).

Veámoslo en un ejemplo. Si le he pagado \$ 20.000 en efectivo antes de escriturar a quien me vendió su casa, y éste pretende que le reitere el pago porque “*el que paga mal paga dos veces*”, bastará que yo responda lo que sigue para que su pretensión no se sostenga: “*Te pagué mal y aceptaste que lo hiciera. Si quieres que te pague bien comencemos de nuevo: para ello restitúyeme el dinero y te lo pagaré como la ley manda, porque si no lo haces estarás invocando tu propia torpeza para enriquecerte indebidamente a mi costa*”.

Está bien, dirán ustedes. Entre vendedor y comprador no hay cuestión. Y enseguida se preguntarán: ¿Cuál es, entonces, el problema de estas escrituras donde los otorgantes manifiestan que “*tantos pesos fueron pagados por el comprador al vendedor antes de este acto*”, sin mención alguna relativa a la forma en que el pago tuvo lugar? El problema ha sido advertido por Cristina N. Armella en *Cheque cancelatorio y otros medios de pago*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, págs. 256 a 259, y consiste en la posibilidad de la acción directa ejercida contra el comprador que pagó mal, no ya por el vendedor sino por el acreedor del vendedor.

Al respecto advierte Eduardo Cursack, citando a Atilio Alterini, que la acción directa debe ser expresamente concedida por la ley. Armella, tomando en cuenta que parte de la doctrina sostiene que la acción debe reconocer una fuente legal, entiende que es posible la aplicación analógica, sobre todo por tratarse de una situación inédita. Y por cierto que dicha aplicación tiene un vasto campo donde concretarse, si se toman en cuenta los casos de acción di-

recta que nos brinda Llambías ¹: sublocación (C. C., arts. 1591 y 1592); locación de obra (C. C., art. 1645); sustitución de mandato (C. C., art. 1926); gestión de negocios (C. C., art. 2305); accidentes de trabajo; costas judiciales; reivindicación (C. C., art. 2780); hipoteca (C. C., art. 3110); estipulación a favor de tercero (C. C., art. 504), dentro de cuyo marco la acción juega en materia de donación con cargo (C. C., art. 1829), seguros de vida, seguros colectivos contra accidentes, seguros contra incendio y de responsabilidad civil, asunción de deuda o delegación imperfecta, títulos a la orden o al portador, contrato de transporte, cláusula de continuación de la sociedad con uno de los herederos del socio que falleciere, etcétera.

¿Por qué el acreedor del vendedor puede lograr lo que éste no puede obtener? Porque en materia de acción directa hay una corriente de opinión que no admite que el comprador demandado oponga al tercero demandante las excepciones que podría oponerle al vendedor. O lo que es igual, que cuando el comprador pretende responderle aquello de “*restitúyeme el dinero, etc.*”, el acreedor del vendedor le contesta: “*A ese tema lo tratas con quien te vendió el inmueble*”. Y así Salvat ² y Acuña Anzorena ³, con Lafaille ⁴ y Llambías ⁵ en contra.

Por otra parte, citando a Farina ⁶ y Rouillón ⁷, nuestra autora alerta sobre las consecuencias para el título del comprador que pagó mal en caso de concurso o quiebra del vendedor, supuesto este donde podría optarse por resolver y reivindicar.

II. El art. 995 del Código Civil. Enunciación de hechos y actos jurídicos. Valor probatorio de la enunciación que alude al pago que tuvo lugar antes de escriturar

Vale la pena transcribir el artículo: “*Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros*”. Y su nota: “*Así, si en el instrumento se dice que los réditos de un capital han sido pagados hasta un tiempo determinado, ésta o iguales enunciaciones, merecen la misma fe que lo que se diga sobre la obligación principal*”.

Y es que ante los textos del artículo y la nota no puede uno menos que preguntarse: ¿Por qué no se los incluyó en la extensa lista de los argumentos es-

(1) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983, tomo I, n° 478, págs. 610 y sigs.

(2) Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, 2ª edición, TEA, Buenos Aires, 1957, tomo I, n° 245, pág. 199.

(3) Acuña Anzorena, Arturo, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Aguiar, La Plata, 1963, págs. 99 y sigs.

(4) Lafaille, Héctor, *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1947, tomo VI, volumen I, n° 102, pág. 111.

(5) Llambías, Jorge J., ob. cit., n° 477-d, pág. 609.

(6) Farina, Juan M., *Efectos de la declaración de quiebra sobre los contratos celebrados con anterioridad por el fallido*, Zeus, T. 9-D-23; *La declaración de quiebra y los contratos con prestaciones pendientes*, Zeus, T. 10-D-3.

(7) Rouillón, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 8ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 209.

grimidos para sostener la eficacia del pago en efectivo, siendo que uno y otra están específicamente referidos a los instrumentos públicos y, dentro de éstos, directamente, al pago que tuvo lugar antes de firmarlos?

Sea como fuere, no es oro todo lo que reluce, porque cuando las partes omiten probar que el pago fue efectuado como la ley manda, pretendiendo que quien se anime demuestre lo contrario, someten a ese tercero a la misión imposible de probar que la bancarización jamás tuvo lugar. ¿Cómo probar, en efecto, el hecho negativo del no cobro de un cheque y la no acreditación de un depósito o una transferencia? ¿Recurriendo al movimiento diario de todos los bancos del mundo? ¿Desde cuándo, si la enunciación del pago no sólo omite el lugar y la forma, sino además la fecha en que fue efectuado?

Y es que la prueba, claro está, no funciona de esta manera, porque quienes afirman un hecho tienen la carga de probarlo, haciendo constar, precisamente, dónde, cuándo y cómo ocurrió.

¿Y si las partes manifiestan que el pago tuvo lugar antes de la vigencia de la ley antievasión (6-1-2.001)? La situación es la misma. Si lo manifiestan tendrán que probar lo que afirman exhibiendo el boleto o el recibo de fecha cierta (en febrero de 2001, en consideración al reducido tiempo de vigencia de la ley, admití erróneamente que la manifestación de las partes fuera suficiente) ⁸.

III. Conclusión

De allí que cuando las partes pretenden enunciar el pago que tuvo lugar antes del acto, en la escritura que van a otorgar, omitiendo consignar dónde, cuándo y cómo lo efectuaron, cabe a mi juicio proceder de la siguiente manera: 1) intentar que reiteren el pago como la ley manda; 2) si no quieren o no pueden hacerlo, solicitarles, coincidiendo con Jaime Giralt Font, que hagan constar que conocen lo dispuesto en los arts. 1º y 2º de la ley 25345, que son los que exigen bancarizar el pago para que produzca las consecuencias sustantivas y tributarias que le son propias (con lo que cubriremos nuestra responsabilidad, evitando el riesgo de que ante el menor inconveniente sean los otorgantes los primeros en venir a preguntarnos cómo es posible que les hayamos permitido escriturar en esas condiciones). Personalmente prefiero no incluir este reconocimiento en la escritura y hacerlo constar en documento separado, para no complicar sin motivo al título, si nada ocurre. Y de más está decir que: a) no hay que darle al tema más importancia de la que tiene (recordemos que la compraventa se mantiene válida); b) hay que hacerles saber a los otorgantes que en materia de acción directa existen otras corrientes de opinión; c) y hay que ponerlos al tanto de que la escritura podrá inscribirse sin inconvenientes.

Agreguemos aquí que de la misma manera cabe conducirse cuando la enunciación de las partes obra en el título del vendedor, o en el antecedente posterior al 6 de enero de 2001.

¿Y cuando el precio se pactó en dólares? Si el pago efectuado antes de es-

(8) *Limitación al pago en efectivo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 53.

criturar tuvo lugar cuando los bancos no habilitaban cuentas a la vista en esa moneda, o sólo y en algún caso habilitaban cajas de ahorros, la obligación de bancarizar el pago puede ser considerada de cumplimiento imposible, como sostiene Norberto Benseñor, quien a la vez sugiere hacer constar dicha circunstancia en la escritura.

Para ir finalizando, tengo aquí una pequeña lista con diez respuestas que los otorgantes brindaron cuando se les preguntó cómo habían efectuado el pago a cuenta y si no querían reiterarlo en legal forma, para convalidarlo. Algunas fueron obtenidas por mí y otras por los escribanos jóvenes y no tanto, que integran los grupos de estudio que tengo en Rosario:

1) ¿Para qué quiere saberlo, escribano? ¿Es indispensable consignar la forma en que el pago fue efectuado?

2) ¿Ley? ¿Qué ley?

3) ¿No es que quedó sin efecto?

4) ¿Ignora que no la cumple nadie?

5) ¿Está al tanto de que es inconstitucional?

6) No pienso esperar sentado a que los jueces digan que es inconstitucional.

7) ¿Ignora, escribano, que subsistir es un imperativo ético y que en la Argentina quien paga todos los impuestos deja de existir, porque nuestra carga tributaria es la más alta del mundo?

8) El que le roba a un ladrón tiene 100 años de perdón.

9) No opero con los bancos y no pienso reiterar el pago depositando el dinero en una Caja de Ahorros para extraerlo en el acto. No vaya a ser que...

10) Queremos bancarizarlo pero no podemos, porque el vendedor se lo gastó, yo no tengo más y no hay quien nos facilite esa suma.

A mí, qué quieren que les diga, algunas respuestas me divierten, como a ustedes, pero no me convencen. No me gustan, no les creo. Y les voy a decir lo que menos me gusta: que el boleto se suscriba en la inmobiliaria y represente al negocio tal como el negocio es, mientras nosotros nos limitamos al rol de “transferidores del dominio”, por un precio que no es el real:

“Escribano, alégrese, se firmó el boleto. Allá van las partes. La escritura se firmará por tantos pesos, que son un poco más que los del avalúo, quédese tranquilo... Tanto antes y tanto en el acto... que será un poco más. Y si tiene problemas hágales decir que todo se pagó antes. Ah, gracias por esas cláusulas sobre moneda extranjera y pacto comisorio, que les gustaron mucho... Pero no se preocupe, que les he dicho que lleven los boletos, y también el comprobante de la reserva, así rompen todo adelante suyo...”

Qué papel tan modesto y lamentable... ¿Que ésta es una visión pesimista de nuestra función? ¿Que sin ánimo de desmerecer a nadie el servicio que brindamos incluye asesoramiento, estudio de títulos, diligenciamiento de los certificados, fe pública e inscripción en el Registro, y que la gente lo sabe y lo valora...? ¿Seguro que lo valora? ¿Y por qué, entonces, en Rosario, al intermediario le pagan sin chistar el 2% o el 3% y hasta el 6 % del precio íntegro cuando interviene uno solo, y a nosotros nos discuten el 1% de la mitad?

No, no me gusta. Y tampoco me gusta que me usen a mí y a mi protocolo para no pagar los impuestos. Porque la mayoría no los quiere pagar nunca, no se equivoquen. Ni con aquel gobierno, ni con aquel otro, ni con éste, ni con el que viene... Hasta que llegue el día, que yo no veré, en que los impuestos sean razonables y todo el mundo los pague. Y en que nadie diga “qué caras son las escrituras”, pensando en lo que debe tributar cuando las otorga.

¿Cuál es la mejor forma de defender hoy al notariado? ¿Decir que todo está bien? ¿Enfrentarse a la ley antievasión? ¿No convendrá, mientras tanto, instruir un poco a las inmobiliarias, un poquito aunque más no sea, para que sepan que el decreto 22 se aplica a nuestras escrituras y no a sus boletos, y que la ley antievasión no está derogada, así tienen un poco de cuidado con los pagos y dejan de complicarnos la vida?