

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

NEGOCIO JURÍDICO Y FUNCIÓN NOTARIAL() (835)*

MARIO ZINNY

SUMARIO

I. El comportamiento humano jurídicamente relevante.- II. Los actos notariales. Objeto. Causa. -III Hechos, actos y negocios jurídicos. La autonomía privada y su reconocimiento por el derecho.- IV. Forma del negocio. Negocios con forma libre y negocios con forma taxativamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impuesta. Negocio jurídico y función notarial. -V. Negocios con forma impresa de escritura pública cuyo otorgamiento se demora. El caso de la compraventa de inmueble. Antecedentes. Situación actual. Dificultades de la protección al comprador. Protección integral. Causas de la demora en el otorgamiento de la escritura. Consecuencias y conclusión.

I. EL COMPORTAMIENTO HUMANO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

En el mundo se dan el acontecer de la naturaleza y el comportamiento del hombre. Algunos de estos acontecimientos y comportamientos son trascendentes para el derecho en tanto funcionan como "supuestos de hecho" (fatispecie)(1)(836)de situaciones jurídicas. De allí que el mundo de lo jurídico se componga de un continuo proceso de fenómenos naturales y acciones y omisiones humanas, normativamente enlazados a sus consecuencias, que colocan al hombre en cierta posición respecto de los demás y respecto, asimismo, de bienes, o mejor intereses, jurídicamente tutelados. Es que, precisamente, el esquema lógico del "hecho" jurídico, reducido a su expresión más simple, lo muestra como el que incide en una situación preexistente para transformarla en una nueva.

De donde cabe advertir dos objetos de conocimiento fundamentales de la ciencia del derecho. De un lado, el comportamiento humano, o lo que es igual, lo que el hombre "hace" (comportamiento "operación", traducido, al igual que los fenómenos de la naturaleza, en una modificación del mundo exterior), lo que el hombre "dice" (comportamiento "declaración", traducido, no ya en resultados materiales o externos, sino en efecto psíquico dirigido a la conciencia o voluntad de otro) y, por fin, lo que el hombre omite hacer o decir cuando jurídicamente estaba previsto que actuara (comportamiento omisivo). De otro lado, la situación jurídica que, en cambio, supone al hombre "quieto", expectante ante la posibilidad o necesidad de volver a comportarse. Y por cierto que del género comportamiento son especie los conceptos de hecho, acto, negocio, contrato, convención, acuerdo, pacto, estipulación, autorización, aprobación, etc. Y a la situación corresponden los de relación, estado, posición, poder, deber, facultad, obligación, derecho, carga, potestad, sujeción, etcétera.(2)(837)

Y bien. Nosotros trabajaremos en torno a los comportamientos del notario (función notarial)(3)(838)y el negocio jurídico; y en torno a la decisiva importancia con que hoy cuenta, por la aceleración del ritmo de vida y su incidencia en la contratación, así como por la creciente complejidad y atipicidad legislativa de las figuras negociales, el hecho de que los notarios doten de seguridad y certeza a los instrumentos del tráfico.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. LOS ACTOS NOTARIALES. OBJETO. CAUSA.

1. Los actos notariales.

Sabido es que los actos que integran la función notarial consisten en ilustrar a los requirentes sobre la situación que pretenden (asesoramiento), determinando el tipo de comportamiento idóneo para desencadenarla (calificación) y encuadrándolo dentro de las disposiciones del derecho vigente (legalización); y en configurar, narrar y documentar el comportamiento elegido. Sabido es también que, según el tipo de comportamiento en cuestión, los documentos notariales se clasifican en escrituras y actas; y que en uno y otro caso varían en intensidad y riqueza las labores del notario. Resulta por otra parte obvio que cada una de ellas tiene su importancia, y que si la labor de asesoramiento, por ejemplo, es vital para los notariados de tipo latino, no es menos cierto que el acto notarial público que se traduce en narración autenticadora de lo coetáneo y sensorialmente percibido por el funcionario es, de todos, el que reviste mayor interés dogmático; y ello no sólo por ser el menos trabajado, o por el hecho de que el Código Civil argentino dedique una parte general a los actos públicos, sino porque son sus notas, seguramente, las que pueden contribuir de manera decisiva a fundar la autonomía de nuestra disciplina.

2. Objeto.

Nos ocuparemos a continuación del objeto de nuestros actos. Aludimos, por cierto, al sentido técnico jurídico de la expresión, entendiendo por objeto o materia del comportamiento humano el bien, o mejor interés (toda vez que los bienes son siempre estimados por el derecho con referencia a los sujetos), sobre el que vierten o recaen los efectos del mismo(4)(839). Pero claro está entonces que cuando el comportamiento cumple, como en el caso de los actos notariales, una función instrumental o complementaria respecto de otro, al que sirve, es éste, precisamente, el que hace las veces de objeto del primero. De allí que objeto de nuestros actos notariales sean, en principio y en general, los actos de nuestros otorgantes o requirentes. Y es que sobre ellos recaen los efectos de nuestra propia actividad funcional (en el ejemplo típico de la escritura de compraventa, cosa y precio son objetos de la compraventa y la compraventa objeto del acto del notario).

El problema, planteado con particular referencia a la culminación del proceso notarial (narración autenticadora), consiste entonces en determinar con precisión qué cosas debe y puede narrar el notario (de donde viene a quedar en evidencia que el tema a considerar en una teoría general del acto notarial público bajo la denominación de "idoneidad del objeto" no es otro que el que suele estudiarse con el nombre de competencia por razón de la materia)(5)(840). Procede, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consiguiente, atendiendo a la sustancia de nuestro acto (narración de lo sensorialmente percibido), comenzar por extender la competencia notarial a los fenómenos naturales y acciones y omisiones humanas, esto es, a las fuentes de las situaciones jurídicas, en tanto las mismas, por ocupar un lugar en el tiempo y el espacio y trascender exteriormente, son susceptibles de percepción (a diferencia de las situaciones propiamente dichas, que solo suponen relaciones o vínculos entre sujetos y objetos, mera creación del espíritu humano que las valora).

Conviene ahora detenernos un instante en considerar el papel que juega la ley respecto de las situaciones jurídicas y sus fuentes; es que suele incluirse como fuente en sí misma, a la par de acontecimientos, y comportamientos, siendo ello causa de no pocas confusiones. Para aclararlas y determinar el papel en cuestión nada mejor que recordar, rápidamente, la génesis histórica de las fuentes de las obligaciones, desde sus orígenes en el derecho romano primitivo hasta la clasificación del artículo 1097 del Código Civil italiano de 1865: 1) En los orígenes existen determinados actos de parte, típicos y solemnes, dirigidos a constituir el vínculo obligatorio: los primeros contractus (nexum, sponsio). 2) En una segunda fase se elevan al grado de fuente de obligación ciertos actos de parte ilícitos, igualmente típicos: los delicta. 3) Se aumenta luego a tres el número de las fuentes, al distinguir Gaio las *variae causarum figurae* (negocios que en la conciencia de la parte no están encaminados a constituir el vínculo) de los contractus propiamente dichos. 4) En el derecho justiniano se asiste a la división bizantina, cuatripartita, de las fuentes (contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos). Pero ciertamente importa destacar ahora, que hasta aquí se mantiene firme la idea fundamental, específicamente romana, de que la fuente de obligación es siempre, y únicamente, un acto del obligado; es que nada podía repugnar tanto a la conciencia jurídica de los romanos como admitir que un vínculo doloroso y fuera de lo corriente, que somete a una persona al poder de otra (tal su concepción de la obligatio) pudiese producirse por generación espontánea, *ope legis*, sin tener como presupuesto insuprimible un acto, lícito o ilícito, de ese particular. No obstante lo cual, el derecho justiniano conoció la *general conditio ex lege* (que suponía admitir la posibilidad de obligaciones nacidas independientemente de aquél) sin que los compiladores se atrevieran a dar a la ley el rango de fuente autónoma. 5) Comenzaron a pensar en ello los juristas y filósofos que elaboraron el derecho romano común; el concepto encontró defensores convencidos entre los *iusnaturalistas* y se instaló firmemente en el pensamiento de los juristas franceses cuya obra tuvo un influjo decisivo en la formación del Código de Napoleón, debiendo considerarse, por fin, que la clasificación del artículo 1097 del Código Civil italiano de 1865 ("las obligaciones nacen de la ley, de contrato o cuasi-contrato, de delito o cuasi-delito") no es más que una derivación de aquél.(6)(841)

Ahora bien, y a esto íbamos al pretender determinar el papel de la ley al respecto, es necesario advertir el hecho de que si la evolución apuntada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha concretado la posibilidad de vincular al obligado sin que medie acto de su parte, ello no significa elevar a la ley al papel de única fuente en esos casos, como si ella, por sí sola, bastara para que la obligación se constituya. Es que no se la puede considerar a la par de acontecimientos y comportamientos, ya que jamás crea, exclusivamente, efecto jurídico alguno; y sólo se limita, en todos los casos, a establecer un nexo causal entre supuesto de hecho (fatispecie) y consecuencia. Así, el Código Civil argentino, a cuyo tenor "las obligaciones se derivan de los hechos, o de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles" (Cód. Civil, 499); en tanto para Vélez Sársfield, "la función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente; si los derechos nacen, se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho" (Cód. Civil, nota a la sección II, libro II).(7)(842)y(7bis)(843)

Habiendo determinado así el papel de la ley respecto de las situaciones jurídicas y sus fuentes; y confirmado entonces que éstas se traducen siempre en algo que en la naturaleza acontece, o en algo que el hombre "hace", "dice" u omite "hacer" o "decir", sólo nos resta tomar en cuenta que ciertos comportamientos y acontecimientos son jurídicamente relevantes en cuanto producen un resultado material (modificación en el mundo exterior) que, al sobrevivir en el tiempo a la acción, omisión o fenómeno que le diera origen puede ser dotado de autenticidad con independencia de éstos, para completar el objeto de nuestro acto concluyendo en que al notario compete, en general, narrar no sólo comportamientos y acontecimientos jurídicamente trascendentes sino también sus resultados materiales. Medítese, al efecto, en el caso de que lo certificado sean las manchas aparecidas en una pared. Obviamente, las manchas en cuestión no son acción, omisión ni fenómeno, sino su consecuencia material o externa (el fenómeno o acción que las origina podrá ser, según el caso, el acontecimiento lluvia, el trabajo del albañil que repara la pared lindera, etc.).

Por una curiosa paradoja, sin embargo, se ha llegado a sostener que el acto público sólo puede estar referido, a tenor de lo dispuesto en el Cód. Civil, 979-inc. 1, a actos jurídicos(8)(844); negándose por consiguiente el carácter de instrumento público a los documentos representativos de hechos u otros actos lícitos, a pesar de lo dispuesto en el Cód. Civil, 993 (el instrumento público hace plena fe... de la existencia material de los "hechos"...) y con olvido, precisamente, de que es en estos supuestos donde la función autenticadora alcanza su máxima expresión. Así, Núñez-Lagos(9)(845), para quien en las actas, el notario relata el hecho, patente para sus sentidos, y lo deja ser lo que es y como es; la actuación notarial no lo manipula ni lo altera: es la verdad al desnudo. Soler(10)(846)por su parte, se encarga de demostrar los absurdos a que conduce la interpretación que cuestionamos (a negar el carácter de instrumento público, nada menos que a los decretos del Poder Ejecutivo, las actas legislativas y las actuaciones judiciales) .

Es que en nuestro sistema, a la competencia notarial se llega,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

justamente, al revés: por exclusión. Así, las leyes excluyen la competencia del notario en algunos supuestos. Por ejemplo, el matrimonio debe celebrarse ante el Director del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (ley 2393 de 1889, art. 37; decreto-ley 8204/63, art. 48) y ante el juez que en cada caso corresponda la "demanda" de adopción y el "consentimiento" del cónyuge del adoptante, la subasta por cumplimiento de sentencia de remate en juicio ejecutivo y el abandono de la cosa objeto del seguro marítimo (ley 13252 de 1948, arts. 8 y 9; Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe, art. 493; Cód. de Com., art. 1233). Asimismo, cabe destacar la competencia del secretario judicial en materia de actos procesales (Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe, art. 138) y la de los funcionarios administrativos y/o judiciales pertinentes en materia de minería (Cód. de Minería, reglamentaciones de la Nación y provincias). Se da, incluso, la falta de competencia del notario para certificar, no ya el comportamiento en sí, sino sus resultados materiales; baste recordar, al efecto, que compete al juez certificar el estado material en que se encuentra el testamento cerrado (Cód. de Proc. Civ. y Com. de Santa Fe, art. 673). En materia de delitos de acción pública, por otra parte, compete a los funcionarios superiores de policía, y no al notario, "recoger las pruebas y demás antecedentes que puedan adquirir en los momentos de la ejecución del hecho; verificar sin demora las diligencias para dejar comprobados los rastros o huellas aparentes del delito y documentar lo actuado" (Cód. Proc. Crim. de Santa Fe, arts. 108, 112 y 113).(11)(847)

De todo lo cual viene a resultar que objeto idóneo de los actos notariales son el comportamiento humano y el acontecer de la naturaleza, jurídicamente relevantes, o sus resultados materiales (modificación en el mundo exterior), no excluidos por la ley de la competencia del notario.

3. Causa.

Si consideramos que en teoría general del negocio jurídico se concibe hoy a la causa como su razón práctica o función económico-social, reconocida por el derecho como útil, digna de protección y susceptible, por consiguiente, de ser establemente organizada(12)(848); o como su función práctico-social, esto es, aquella con que el negocio objetivamente cuenta y a la que el derecho sanciona y reconoce(13)(849). Y si a continuación meditamos en el modo de ser de nuestros actos y en la trascendencia y fugacidad histórica del objeto a que sirven (acciones y omisiones humanas, etc.), concluiremos en que la función social y típica de los mismos, la ratio iurus de las normas que reconocen y regulan la función notarial, no es otra que la de dotar de seguridad y certeza a las fuentes de las situaciones jurídicas.

Seguridad, en efecto, por la adecuación del hecho al complejo de normas: seguridad, también, de una correcta interpretación de éste ante una expresión documental clara y técnico-jurídica; seguridad en la conservación y resguardo documentales; seguridad, en fin, de una plena

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y mejor satisfacción de los intereses de tipo comercial por la eficiente interpretación de la voluntad de los otorgantes y su configuración apropiada.

Y además certeza. Esta, jurídicamente, no es otra cosa que la configuración subjetiva de la verdad. Y por cierto que se trata, no ya de aquella verdad absoluta, en su sentido filosófico, sino del sentido más modesto, restringido y contingente de verdad histórica, que es el que le interesa al derecho. Las pruebas, por su parte, son los instrumentos de que se vale el juez para llegar a su convicción de la certeza mediante la reconstrucción de lo acontecido.

A veces, sin embargo, y para eliminar la incertidumbre, el derecho se vale de la apreciación normativa del legislador antes que de la apreciación discrecional del juez, sustituyendo la convicción de éste por la de aquél. Las pruebas de este tipo se conocen, precisamente, con el nombre de pruebas "legales" (en sentido estricto). Y éste es el caso de nuestro acto notarial público. Es que mientras la convicción del juez madura exclusivamente en el proceso, la convicción del legislador (confiada al notario) se presenta, además, antes y fuera de él. Más aún, lo singular de su función es justamente crear la certeza en las relaciones privadas de derecho material antes del proceso e independientemente de que éste surja, bien sea para reducir sus probabilidades, bien para eliminar en todo o en parte la necesidad de la fase procesal de cognición, o bien, sobre todo, para garantizar al orden jurídico una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio.⁽¹⁴⁾(850)De allí, por otra parte, que la prueba notarial sea preconstituida, en el sentido de que tiende a que el hecho presente se proyecte al futuro (a diferencia de la prueba en juicio, inspirada en la necesidad de que el hecho pasado vuelva al presente).

Y atendiendo a lo expuesto, nos permitimos sostener que la causa de los actos notariales se muestra, así, como claramente inspirada en el noble propósito de conducir a otorgantes y requirentes hacia la seguridad y la justicia a través de la forma y la certeza.

III. HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS. - LA AUTONOMÍA PRIVADA Y SU RECONOCIMIENTO POR EL DERECHO

1. Hechos, actos y negocios jurídicos.

Según el modo en que son considerados y valorados por el derecho, en relación a la influencia jurídica que les es o no reconocida a la conciencia y voluntad humanas, los comportamientos (declaraciones, operaciones u "omisiones", según su estructura) se clasifican en hechos, actos y negocios jurídicos. En los primeros, el orden jurídico toma en cuenta el hecho como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente concurrente; o, incluso, pese a considerar la acción del hombre sobre la naturaleza exterior, no valora tanto el comportamiento humano en sí como su resultado, es decir, la modificación objetiva que aporta al estado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de cosas preexistentes (especificación adquisitiva del dominio, accesión por siembra o plantación, etc.). En los actos jurídicos, en cambio, el derecho reconoce trascendencia jurídica al comportamiento valorando la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina. En los negocios jurídicos, por fin, la conciencia y voluntad no agotan su eficacia en resultados próximos y de carácter inmediato o transitorio (como en los meros actos jurídicos, de que son ejemplo los actos de notificación, intimación, etc.), sino que están específicamente dirigidas a prescribir a sus intereses una regulación para el futuro; la intención práctica (dirigida a la causa) adquiere así un significado preeminente y decisivo para la configuración de la nueva situación jurídica (en efecto, ésta debe amoldarse a aquélla y la intención es, por consiguiente, objeto de intensa y particular valoración por el derecho)(14)(851). De allí que modernamente se defina al negocio como "acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo"(15)(852)(por ejemplo, compraventa, locación, testamento, sociedad, etc., etc.).

2. La autonomía privada y su reconocimiento por el derecho.

Los individuos satisfacen sus necesidades mediante el cambio de bienes o servicios, prestación de trabajo, préstamo o aporte común de capitales, etc. Es que la iniciativa privada promueve toda regulación de intereses, asimismo privados, y de ella surgen fines prácticos a que los particulares aspiran y medios o instrumentos idóneos para alcanzarlos. Instrumento de esta naturaleza es, por excelencia, el negocio jurídico, acto de autonomía privada en el sentido de que posibilita la autorregulación de intereses propios entre los mismos interesados(16)(853). De allí que todo negocio sea, por lo general, irrelevante frente a terceros, ya que la identidad entre el sujeto del negocio y el del interés es indispensable para la relevancia de aquél (*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*)(17)(854).

Cabe tomar en cuenta, por otra parte, que en la conciencia social la autorregulación de intereses es ya considerada obligatoria aún antes de que el acto ascienda a la dignidad de negocio jurídico; la sanción del derecho se presenta, de tal suerte, como algo añadido y lógicamente posterior; para ser más exactos, como un reconocimiento de esa autonomía privada.

Resulta asimismo evidente que la necesidad de negocios entre individuo e individuo, y la consiguiente remisión de todo lo concerniente a la circulación de bienes y prestación de servicios a su iniciativa, sólo es posible en ordenamientos económico-sociales fundados en la propiedad privada(18)(855). Claro está, también, que al derecho no sólo corresponde la función (estática) de proteger la actual distribución de los valores económicos y sociales mediante la concesión de derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

subjetivos a los presentes detentadores; por cuanto tiene además asignada la función (dinámica) de hacer posible la renovación, facilitando la circulación de los bienes y la recíproca utilización de los servicios conforme a las necesidades que vayan surgiendo: y tal renovación se logra cuando reconoce ciertas manifestaciones de autonomía de los particulares, elevándolas a la categoría de negocios jurídicos. La institución del negocio representa así la solución de un problema paralelo al que resuelve la figura del derecho subjetivo. Ambos están al servicio de la libertad, pero con finalidades distintas. El derecho subjetivo cumple una finalidad estática, de conservación y tutela. Al negocio jurídico corresponde una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación(19)(856).

La legislación argentina recepta, por cierto, el principio de autonomía (así en la definición del contrato -Cód. Civil 1137-, en la amplitud con que determina que toda especie de prestación puede ser "objeto" de los mismos -Cód. Civil 1169-, o, igualmente, al reconocer la figura del contrato "innominado"- . Civil 1143).

Pero si los particulares pueden perseguir los fines prácticos que mejor respondan a sus intereses, al derecho corresponde valorarlos y tratarlos en consecuencia. Y es que no cualquier interés puede ser realizado mediante el negocio, sino que es preciso que éste se encuentre entre aquellos que la conciencia social admite y el derecho tutela. Tal el límite de la autonomía privada, reconocido asimismo por nuestra ley ("el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero . . .") (Código Civil, 953).

Se advierte así la necesidad de distinguir con precisión entre el contenido del negocio y los efectos del mismo. El contenido está sometido a la competencia dispositiva de los individuos, que lo modelan, determinan y regulan según sus aspiraciones. Los efectos dependen del orden jurídico, cuya función consiste, justamente, en valorar los fines prácticos perseguidos por los particulares, prescribiendo para sus actos requisitos de validez y eficacia y enlazándoles las situaciones jurídicas que correspondan(20)(857).

De allí que proceda medir con especial cuidado los alcances de aquellas definiciones del negocio que, inspiradas en el "dogma de la voluntad", lo conciben como manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. Es que las mismas conducen a exagerar la contribución que la voluntad aporta a la verificación del efecto, haciendo recaer en ella la causa exclusiva o principal de éste e induciendo así a desconocer los múltiples límites sociales y jurídicos de la autonomía privada(21)(858).

IV. FORMA DEL NEGOCIO. NEGOCIOS CON FORMA LIBRE Y NEGOCIOS CON

FORMA TAXATIVAMENTE IMPUESTA. NEGOCIO JURÍDICO Y FUNCIÓN NOTARIAL

1. Forma del negocio. Negocios con forma libre y negocios con forma taxativamente impuesta.

Por forma del negocio jurídico cabe entender el comportamiento humano que sirve para exteriorizarlo, tornándolo así perceptible y reconocible en la vida de relación. El comportamiento puede consistir, o bien en una declaración, oral o escrita (comportamiento destinado a la conciencia o voluntad de otro), o bien en una operación (comportamiento que produce una modificación en el mundo exterior; como ejemplos de "negocio operación" pueden citarse la tradición, la ocupación y el abandono de la cosa). Se da también, por cierto, el comportamiento omisivo de contenido negocial. Por otra parte, y atendiendo al mayor o menor grado de explicitud en la expresión de la voluntad, puede hablarse de comportamiento negocial expreso (inequívoco) o concluyente (tácito). Y si se toma en cuenta el hecho de que la ley suele conceder libertad en la elección de la forma, pero asimismo impone, a veces, la carga de exteriorizar el negocio en forma determinada, procede distinguir, por fin, entre negocios con forma libre y negocios con forma taxativamente impuesta. Esta última clasificación debe preferirse a aquellas que aluden a negocios "formales" y "no formales" (pues no hay acto sin forma), o a formas "solemnes" y formas "probatorias" (la cual puede conducirnos a olvidar que forma y prueba son conceptos que operan en planos distintos), y debe preferirse, incluso, a aquella clasificación de las formas en "formas de ser" y "formas de valer", por cuanto existencia y validez son términos que, en sentido técnico jurídico, no significan lo que se pretende al emplearlos de tal modo (es que la inexistencia es, jurídicamente, una especie del género invalidez; por otra parte, la inobservancia de la "forma de ser" suele provocar la nulidad del acto y no su inexistencia).

Ahora bien, la forma taxativamente impuesta a algunos negocios se funda en razones de política legislativa destinadas a hacer reflexionar a las partes sobre la importancia de aquéllos; asimismo, se pretende tutelar especialmente a los negocios en cuestión, ya en razón de la trascendencia socio-económica de la causa, ya como consecuencia del valor patrimonial, de los intereses regulados, etc.

2. Negocio jurídico y función notarial .

Entre las formas taxativamente impuestas a esos negocios, tan ponderados por el derecho, se encuentra la que requiere la intervención del notario, a quien en tales casos compete asesorar a las partes sobre los efectos del mismo y calificar, legalizar, configurar, narrar y documentar el negocio de que se trate para dotarlo de seguridad y certeza (ver págs. 867 y 873).

La actuación notarial, por su parte, debe distinguirse de aquellos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supuestos en que la cooperación de la autoridad asume una función por cierto diferente (así, en la autorización administrativa de la personería jurídica de las sociedades anónimas, o en la homologación judicial del contrato, donde el funcionario emite, primero, el juicio histórico-crítico destinado a confirmar y valorar el negocio ya celebrado, y de inmediato, la consiguiente declaración constitutiva del efecto pretendido; o en el caso de la actuación del oficial público ante quien se celebra el matrimonio, quien si bien narra y documenta la declaración de los contrayentes de que se toman por marido y mujer, declara a su vez, en nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio).

Pero estudiados ya los actos notariales, su objeto y causa (capítulo II), y el negocio jurídico y las notas que lo distinguen (capítulo III), estamos en condiciones de advertir por qué la función notarial despliega, respecto del negocio, toda su riqueza. En efecto, las labores de asesoramiento, calificación, legalización y configuración notariales adquieren con él su máxima expresión, tanto en razón de su sustancia misma ("precepto" de la autonomía privada mediante el que se autorregulan los propios intereses) o el dinámico papel que desempeña como instrumento del tráfico, como por la variedad de tipos y funciones jurídicamente reconocidos y la necesidad de adecuar a éstos la intención de las partes. Y, recíprocamente, en la intervención del notario encuentran los sujetos del negocio las garantías de seguridad y certeza que a cada instante se tornan más indispensables.

Baste meditar, al efecto, en el proceso de aceleración del tráfico, que el moderno ritmo de vida impone; o en la fisonomía actual del negocio jurídico, prestando especial atención a la complejidad que suele distinguirlo, ya en razón de su estructura (negocio concurrente, continuado, complejo, plurilateral, etc.) o la composición de las partes (ente, sociedad, asociación, comunidad de intereses), ya en razón de la causa (negocio mixto o compuesto); ya incluso por el hecho de ser regulado por normas de diferente naturaleza (privadas y públicas).

Medítese, incluso, en la aparición de nuevos tipos negociales, no receptados por la ley, que nacen a impulsos de la autonomía privada y responden a la presión de las actuales exigencias socio-económicas. Al respecto advertía ya Betti(22)(859) que la tipicidad va asumiendo un sentido que se contrapone al antiguo; en el significado original, que se remonta al derecho positivo romano-clásico, las causas de negocios son típicas en cuanto están específicamente denominadas y taxativamente disciplinadas por el derecho objetivo; pero en el significado más recientes la tipicidad no depende exclusivamente de esa indicación legal y taxativa, sino que puede también producirse mediante remisión a las que son concepciones dominantes en la conciencia social de la época, en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral ("tipicidad social"). Es que el ámbito operativo de la autonomía privada se expande cada vez más, convirtiendo a las figuras tradicionales en inadecuadas e insuficientes para cubrirlo. Y todo ello reclama, imperiosamente, la intervención del notario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Detengámonos ahora a meditar sobre la forma en que inciden en la función notarial la fisonomía del negocio y el proceso de aceleración del tráfico jurídico. De inmediato se advierte que la complejidad negocial y la expansión de la autonomía privada (con el nuevo sentido de la tipicidad que ella supone) dificultan la regulación masiva de los intereses mediante la adhesión al negocio tipo; y la crisis de éste tiende a acrecentar las ventajas de una regulación especial e idónea de dichos intereses mediante la configuración del notario. La labor de configuración profesional del negocio asume hoy, así, una decisiva importancia en la satisfacción de las necesidades del tráfico. Pero también es evidente que la complejidad y atipicidad a que aludimos exigen, de manera cada vez más acuciante, un asesoramiento especializado; y que la división del trabajo y el trabajo en equipo que se practican en otras profesiones nos suelen poner en desventaja en este terreno. Queda planteada, entonces, la posibilidad de la asociación entre notarios(23)(860).

El ritmo y estilo de vida actuales, por su parte, inciden de diversas maneras en la función. Una de ellas es la que presiona sobre nuestras técnicas documentales, exigiendo no sólo precisión terminológica, sino claridad y método en la ordenación del contenido. Es que hay un vicio que el documento no puede ya darse el lujo de tener: el de ser confuso. Habrá por consiguiente que decidirse a llamar a las cosas por su nombre, empleando para ello las palabras en su sentido técnico-jurídico (los profesionales del derecho, por lo general, no lo hacemos así, y nos valemos, por ejemplo, de condición y cláusula, de mandato y poder, o de convenir, consentir, otorgar, acordar, contratar, ajustar, pactar, estipular, ratificar, aprobar, autorizar, etc., etc., como si unas y otras fueran sinónimos cuya mayor utilidad consiste en permitirnos evitar las repeticiones para dotar así a nuestros escritos de musicalidad en la expresión).

Se trata además, de ordenar el contenido de nuestros documentos, para que cada cosa ocupe el lugar que le corresponde. Aunque mucho hemos adelantado al respecto, debemos reconocer que, en la inmensa mayoría de las escrituras que se autorizan en el país, el negocio continúa mezclado y confundido con la interminable serie de datos personales, personerías, antecedentes de dominio, certificaciones registrales y fiscales, etc.; si además se prescinde del punto y aparte para separar una cosa de la otra, de los títulos o encabezamientos para enunciarlas y de los guarismos para designar todo tipo de cantidades, el resultado es fácil de prever: el documento resulta difícil de escribir, difícil de leer y, lo que es peor, difícil de entender.

Dicho de otro modo, comienza a tornarse necesario que trasciendan aquellas inquietudes que, en materia de técnica de la redacción, fueran primeramente expuestas por López Pellegrin(24)(861).

Finalmente, el proceso de aceleración del tráfico exige la consiguiente agilidad en el trámite notarial de escrituración para que éste no sea vea superado en el tiempo por aquél. Paradójicamente, sin embargo, el mayor número y complejidad de las responsabilidades fiscales del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notario tienden a demorarlo cada día más. La consecuencia es obvia: de un lado, y cuando más lo precisamos, nos queda menos tiempo que nunca para dedicarlo a la propia función; del otro, y ello es todavía más grave, el negocio mismo, de por sí históricamente fugaz, se nos aleja a cada instante. El distanciamiento ha sido progresivo, y tiende ahora a acentuarse. Suele ser más fácil advertirlo, sobre todo, en aquellos supuestos donde se dan dos o más negocios que se suceden uno al otro proyectados hacia el mismo fin (negocios "continuados"), como en el ejemplo típico de compraventa y tradición. En estos casos, la escritura suele otorgarse al fin del proceso, y al documento notarial precede, inexorablemente, el documento privado ("boleto"). Lo grave resulta, y no sólo para los notarios como luego se verá, que es en este último donde el negocio vive, plétórico de matices y representado en toda la riqueza de su dinámico y variable contenido; en la escritura, por el contrario, descansa inmutable, agotado casi en sus prestaciones, cumplido, terminado, muerto. Y eso, a los notarios nos consta mejor que a nadie: resulta mucho más interesante, delicado y difícil, desde el punto de vista jurídico, redactar un boleto que pasar una escritura al protocolo. Pero de todo ello y sus consecuencias nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

V. NEGOCIOS CON FORMA IMPUESTA DE ESCRITURA PÚBLICA CUYO OTORGAMIENTO SE DEMORA. EL CASO DE LA COMPRAVENTA DE INMUEBLE. ANTECEDENTES. SITUACIÓN ACTUAL. DIFICULTADES DE LA PROTECCIÓN AL COMPRADOR. PROTECCIÓN INTEGRAL. CAUSAS DE LA DEMORA EN EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA. CONSECUENCIAS Y CONCLUSIÓN

1. Negocios con forma impuesta de escritura pública cuyo otorgamiento se demora. El caso de la compraventa de inmueble.

Trabajaremos ahora, como queda dicho, en torno al supuesto de negocios que suelen formalizarse previamente en documento privado, no obstante disponer la ley para ellos la forma expresa de escritura pública. Plantearemos el caso de la compraventa de inmueble, las causas que lo motivan y las serias consecuencias que provoca. Pero comencemos por el principio.

2. Antecedentes.

La dogmática y jurisprudencia nacionales concibieron inicialmente el contrato de compraventa de inmueble formalizado en documento privado (boleto) como promesa bilateral de comprar y vender, o contrato preliminar, o pre-contrato, que como tal no obliga a la tradición ni al pago y sólo confiere el derecho a pretender el otorgamiento de la escritura (otorgarla importa consentir el contrato definitivo) (Cód. Civil, 1323,1184-1-y 1185).(25)(862)

Posteriores exigencias socio-económicas traen por consecuencia, entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otras, la división de la tierra mediante el fraccionamiento de los inmuebles y su venta en lotes y a plazos, el nacimiento de la propiedad horizontal, el auge de la contratación y la aceleración del tráfico jurídico; y simultáneamente se produce la creciente demora del proceso notarial de escrituración ante el aumento de los deberes fiscales; contribuyendo todo ello a dotar al boleto de compraventa de la extraordinaria vigencia con que hoy cuenta como instrumento del tráfico jurídico. Así, Gutiérrez Zaldívar(26)(863): "...si se efectúa una breve visión retrospectiva de la evolución del boleto de compraventa, se nota que en un principio las partes efectuaban ante un escribano todo lo referente a la transacción inmobiliaria y éste redactaba de inmediato la escritura de compraventa, sin necesidad de recurrir previamente a la confección del boleto. Posteriormente, dadas las trabas de orden administrativo y fiscal, que conspiraban contra la celeridad de la escritura, se recurrió a nuestro boleto de compraventa, para fijar en un escrito las obligaciones de cada una de las partes".

Surge así la necesidad de proteger a los compradores y en lograrlo se inspiran, por ejemplo, la ley 14005 de 1950 (venta de lotes a plazos) cuando establece la certificación registral previa, el dictamen notarial de "legitimidad extrínseca del título", la inscripción del boleto y los derechos del comprador a reclamar la escrituración, oponerse al pacto comisorio y anticipar los pagos; o el decreto-ley 9032/63, cuando con similares medios procura asegurar los derechos de adjudicatarios y compradores de unidades en propiedad horizontal; o las nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales a cuyo tenor el contrato de compraventa de inmueble formalizado en documento privado es una compraventa definitiva (la escritura pública, tan sólo, un requisito de forma exigido para que el dominio se transfiera)(27)(864); o la reciente reforma del Código Civil (ley 17711 de 1968) cuando suprime las palabras "bajo pena de nulidad" del artículo 1184 (que impone la forma expresa de escritura pública para los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad), cuando agrega el artículo 1185 bis estableciendo la oponibilidad del boleto al concurso o quiebra del vendedor y cuando en el artículo 2355 añade que se considera legítima la posesión de inmuebles de buena fe mediando boleto de compraventa.

Sistematizando digamos que los medios de protección al comprador por boleto pueden ser, en líneas generales, así clasificados: 1) Medios registrales: a) Certificaciones previas de titularidad, disponibilidad y gravámenes. b) Inscripción. 2) Medios notariales: a) Asesoramiento, estudio de títulos, calificación y configuración negociales. b) Certificación de autenticidad de firmas. c) Protocolización. 3) Medios sustantivos: Interpretaciones o reformas de la ley dirigidas a dotar de mayor eficacia jurídica, en lo que a derechos y acciones del comprador se refiere, a la compraventa formalizada en documento privado. Claro está, por cierto, que hay otros medios dirigidos a proteger al comprador, pero no tanto en razón de que compra por boleto sino debido al hecho de que compra una unidad a construir o en construcción. Al respecto, el Congreso Argentino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la Prehorizontalidad (setiembre 1970) recomendó el seguro o aval bancario destinado a cubrir los riesgos del fracaso de la operación mediante el reembolso de cuotas y la cancelación de gravámenes e hipotecas.

3. Situación actual .

Cabe tomar en cuenta que casi todos estos medios de protección, en forma separada o combinando varios, han sido incorporados a la ley (pág. 882); pero ello no ha sido suficiente y la inquietud subsiste (lo demuestran, por ejemplo, la organización de concursos auspiciados por el Estado para encontrar solución al problema, la del Congreso Argentino de la Prehorizontalidad -setiembre 1970- y la consideración de puntos vinculados al tema en las Quintas Jornadas de Derecho Civil, Rosario 1971). Sobrecoge, en efecto, pensar en las inmensas cantidades de dinero que compradores a ciegas siguen pagando todos los días en el país a cuenta de precio, sin saber siquiera si el que vende es dueño, si puede disponer de sus bienes, si los títulos son perfectos o si el inmueble reconoce gravámenes; o qué ocurrirá durante el plazo que media entre la firma del boleto y el otorgamiento de la escritura; o cómo se interpretará judicialmente el negocio, en muchas ocasiones ligera y rutinariamente configurado por quien no es perito en la materia; o qué resultará de la prueba, si se niegan las firmas, la fecha o el pago; dinero que se entrega, en fin, sin más garantía que la buena fe, lo que habla muy en favor de nuestro pueblo pero bastante en contra de nuestras prácticas jurídicas. En el diario La Capital (Rosario) del 8 de diciembre de 1971 puede leerse: "Durante un acto realizado en la localidad de Alvarez se procedió a la firma de las primeras escrituras de los lotes vendidos por los sucesores de... algunas de las cuales estaban pendientes desde hace más de un cuarto de siglo debido al fallecimiento de diversos herederos..." y en el diario La Nación, del día 29 de noviembre de 1971: "Córdoba. - La Coordinadora de Centros Vecinales formuló graves denuncias referentes a maniobras fraudulentas que habrían cometido firmas loteadoras que, a juicio de los denunciados, han consumado verdaderas estafas delictivas en perjuicio de vecinos de humilde condición. Señalan sus directivos que, a pesar de mostrar diferentes matices, las situaciones presentan un común denominador, manifestado en la imposibilidad de obtener las escrituras traslativas de dominio. Entre los loteadores acusados, dijeron, algunos contraían deudas millonarias y ponían en garantía los terrenos vendidos previamente, hipotecándolos. Otra de las variantes de estas operaciones ilegales radica -dijeron- en que los loteadores no han sometido sus terrenos a la correspondiente aprobación, además de haberse registrado casos de parcelas vendidas dos veces y de casas, ya construidas, en terrenos que no pertenecen al loteador... Ante la gravedad de los hechos, entre otras medidas por adoptarse se impone la única solución viable para garantizar la tranquilidad social: el dictado de una ley provincial que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establezca, sin más trámites, la expropiación de los lotes afectados por esta única vez".

4. Dificultades de la protección al comprador.

Procede preguntarse ahora por qué resulta tan difícil proteger al comprador. La respuesta es: 1) Porque la protección a través de medios formales (intervenciones registral y notarial) provoca demoras y ellas traban la agilidad a que el boleto debe buena parte de su vigencia. 2) Porque la natural falta de información de los contratantes les impide advertir que son esas mismas exigencias de celeridad en la circulación de los bienes, con su consiguiente proceso de aceleración del tráfico jurídico, las que reclaman, cada vez más imperiosamente, seguridad y certeza. 3) Porque este tipo de protección supone gastos, que aunque reducidos pesan. 4) Porque vendedores y compradores suelen evadir el pago de impuestos y tasas (declarando en la escritura un precio menor al verdaderamente consentido en el boleto u ocultando las cesiones del mismo) y la inscripción frustra las maniobras. 5) Y porque además ocurre, por fin, que las posibilidades de proteger al comprador reforzando sus derechos y acciones mediante interpretaciones o reformas de la ley (protección "sustantiva") están necesariamente limitadas por los principios generales del sistema de normas a que aquéllos pertenecen; y por el hecho de que el comprador y sus intereses no están solos en el mundo, lo cual obliga a no extremar la protección de este tipo para que no se dé la paradoja de que debamos comenzar a proteger al vendedor de los compradores (es sintomático, al respecto, el artículo 9 del decreto-ley 9032/63, a cuyo tenor "las partes podrán convenir en los boletos el otorgamiento de un poder irrevocable a favor de un único árbitro, que podrá solicitar la cancelación de la inscripción del boleto en caso de incumplimiento de la obligación del comprador, de efectuar los pagos convenidos..."). No es necesario más para dejar someramente planteadas las dificultades en cuestión.

A complicar aún más las cosas contribuyen clasificaciones tales como "formales" y "no formales", referidas a los actos (no hay actos sin forma) o "solemnes" y "probatorias", referidas a las formas (forma y prueba son conceptos que operan en planos distintos), o "consensuales" y "formales", referidas a los contratos (no sólo son todos consensuales y formales, en tanto ninguno carece de consentimiento y forma, sino que además, en nuestra legislación, contrato "consensual" -vinculante sin necesidad de otro comportamiento- se opone a contrato real y no a contrato "formal")(28)(865); estas clasificaciones y el equivocado concepto que de la nulidad suele tenerse (concibiendo al acto nulo como al que carece de efectos, cuando ello es propio, más bien, del acto jurídicamente irrelevante), en fin, han contribuido a que se sostenga que el boleto es la compraventa (alegando que la transgresión al precepto del artículo 1184 del Código Civil no afecta la validez del contrato, meramente "consensual", al que sólo resta probar) y se limite el papel de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la escritura pública al de "requisito de forma exigido para que el dominio se transfiera". Pero ni el boleto es la compraventa ni la escritura, por cierto, tan sólo lo que se pretende. Es necesario insistir aquí en la nulidad de la compraventa de inmueble formalizada en documento privado (boleto)(29)(866), la que siendo nula "como tal" se convierte, por imperio de la ley, en promesa bilateral de comprar y vender (o precontrato de compraventa) (Cód. Civil 1323, 1184-1-1185 y conc.)(30)(867). Es que la figura de la conversión del negocio no puede, a esta altura, seguir siendo ignorada; nos lo impiden, no sólo la autoridad de una doctrina secular (De los Mozos, José Luis, en La conversión del negocio jurídico, la expone ampliamente, desde el remoto punto de partida en la llamada obligación alternativa o en la degeneración justiniana de la antigua confirmatio donationis, pasando por la evolución romanística de los siglos XVIII y XIX, hasta llegar a la decantación del concepto por obra de la dogmática alemana -en torno al parágrafo 140 del BGB- e italiana- respecto del artículo 1424 del nuevo Código Civil-); sino nuestras propias leyes, que desde hace más de un siglo la contemplan. Así el Código Civil, a cuyo tenor la donación para después del fallecimiento vale como testamento, el testamento cerrado sin requisitos de forma puede valer como ológrafo, el instrumento público sin requisitos de forma o autorizado por funcionario incompetente vale como instrumento privado y, por cierto, la compraventa de inmueble formalizada en documento privado vale como precontrato (arts. 1790, 3670, 987 y 1185); o el Código de Comercio, cuando determina que el préstamo a la gruesa sin requisitos de forma vale como préstamo en dinero (art. 1129). La norma que integran los arts. 1323, 1184-1-,1185 y concordantes del Código Civil es, por otra parte, una norma clara; como lo son las demás normas del sistema vigente que contemplan supuestos de conversión cuya interpretación no se discute; como lo son las normas similares de la legislación extranjera; y como lo eran ya las normas del derecho romano a cuyo tenor, por ejemplo, la sustitución que no podía valer como pupilar valía como vulgar y la aceptación nula por defecto de forma valía como pacto de remisión de la deuda.

Y por cierto que la reciente reforma del Código Civil, al suprimir las palabras "bajo pena de nulidad" del texto del artículo 1184, no ha cambiado las cosas, sirviendo sólo, en definitiva, para dejar en descubierto la falta de espíritu sistemático con que la reforma ha tratado al Código Civil argentino. Bastaba, efectivamente, con molestarse en llegar hasta la parte general del mismo y leer que "son nulos los actos jurídicos... que no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley" (Cód. Civil, 1044), o alzar apenas la vista del texto del 1184 y recordar que "cuando la forma instrumental fuese exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma" (Cód. Civil, 1183), para advertir que, pese a la reforma, los contratos del 1184 no celebrados ante notario o en subasta pública seguirán siendo nulos, entre otras cosas, porque la forma impuesta no es tan "probatoria" como el legislador cree.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Adviértase que si se entiende a la nulidad como el vicio que priva totalmente de efectos al acto, debía por fuerza concluirse en la incoherencia de los arts. 1184-1- y 1185, ya que el primero imponía la forma expresa de escritura pública con sanción de nulidad y a continuación el segundo asignaba efectos al contrato nulo; y si además se concibe a la forma del 1184-1- como "probatoriamente" impuesta (su ausencia no afecta la validez del acto), no puede sorprender demasiado el hecho de que el legislador haya suprimido las palabras "bajo pena de nulidad" de dicho artículo y, al mantener el texto del 1810 (que sanciona especialmente como nula a la donación con vicio de forma), haya creído necesario agregar que no se aplica al caso lo dispuesto en el 1185. Pero ha quedado ya en claro que, a pesar de la reforma, los contratos en cuestión seguirán siendo nulos (Cód. Civil 1044 y 1183), entre otras cosas, como dijéramos, porque la forma impuesta no es tan "probatoria" como el legislador cree (aunque el acto produce efectos, los efectos en cuestión no son los que corresponden al tipo previsto sino a otro; el acto "como tal" es, por consiguiente, inválido; y la forma, en razón de ello, pertenece a la especie de las "solemnes")(31)(868); por otra parte, y en sentido contrario, es conveniente recordar aquí que la donación no es tan "solemne" como parece; y es que aún adoleciendo de vicio formal, a pesar de la nulidad con que reiteradamente se la tacha y de no aplicarse al caso el 1185, produce efectos de algún tipo. Así lo disponen, por cierto, el Cód. Civil 2992 y 515-3-, a cuyo tenor la invalidez por defecto de forma de testamentos y donaciones opera una reducción de intensidad en los efectos del negocio, por transformación de la obligación civil en meramente natural(32)(869).

De todo lo cual resulta, y es conveniente recordarlo, que en el derecho argentino hay una única manera de sostener que el contrato de compraventa de inmueble formalizado en documento privado (boleto) es una compraventa concluida y perfecta y no una mera promesa: cerrar el Código Civil -y adherir a escuelas que confieren al intérprete la potestad de modificar la ley. No dejamos de tomar en cuenta las razones que motivan este tipo de interpretaciones; pero, ¿siguen estando seguros sus autores, que de las bases extralegales de valoración, o de los intereses en juego, o de la propia realidad o de lo que se prefiera, resulta hoy que es justo, o cuando menos conveniente, que el documento privado baste para la perfección de este contrato?

5. Protección integral .

La protección al comprador debe ser integral (así lo exige la trascendencia socio-económica del contrato que consideramos); y si tenemos la pretensión de que lo sea, no basta con aplicar un sistema de protección o aplicarlo a medias. Concíbese, en efecto, el mejor de los sistemas registrales de defensa (aunque esto plantee otro problema: ¿pueden los Registros absorber el doble trabajo que significa registrar la compraventa dos veces -cuando el boleto y cuando la escritura-?)(33)(870) y no será suficiente. Porque, ¿quién garantiza entonces la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bondad de los títulos? ¿Quién interpreta correctamente la voluntad de las partes? ¿Quién califica el negocio y adecua la intención de aquéllas a algunas de las funciones reconocidas por el derecho? ¿Quién regula los intereses negociales mediante una configuración adecuada? Asígnense estas tareas al notario y todavía no basta. Y es que, ¿cómo no dotar a este contrato de certeza probatoria y conservación y resguardo documentales?(34)(871). Pero si proteger al comprador como es debido supone procurarle certificaciones registrales previas de titularidad, disponibilidad y gravámenes, inscripción registral, títulos perfectos, asesoramiento, asistencia profesional en la calificación y configuración del negocio, certeza en la prueba y conservación y resguardo documentales, ha llegado el momento de preguntarnos: ¿Qué cosa si no la escritura pública, como culminación de la labor profesional y fedante de nuestro notariado latino, y con el complemento de sus certificados del Registro de la Propiedad Inmueble y posterior inscripción en éste, es capaz de brindarnos lo que pretendemos?

6. Causas de la demora en el otorgamiento de la escritura.

Corresponde ahora contestar a otra pregunta, a nuestro juicio decisiva: ¿Por qué compradores y vendedores, en vez de escriturar de inmediato, dan el doble paso de recurrir previamente al boleto? (no podemos resistir aquí, la tentación de recordar la pregunta de nuestro primer cliente, uno de esos hombres del campo, muy humilde y poco preparado, pero inteligente y con el sentido común intacto: "Escribano, cuando firmé el boleto dije que compraba; y ahora, en la escritura, también. ¿Cuál de las dos es la que vale?"). Y bien. Dan el doble paso de recurrir previamente al boleto por las siguientes razones (algunas ya enunciadas), a saber: 1) Porque tienen urgencia en cerrar la operación y escriturar supone tiempo. 2) Porque si se difiere el pago del precio y se transfiere el dominio, no queda más remedio que constituir hipoteca por el saldo, y constituirla cuesta. 3) Porque si se difiere la tradición del inmueble, el título no prueba el dominio y ello suele obligar a instrumentaciones posteriores. 4) Y porque nosotros los notarios, fascinados por el dogma de la escritura "constitutiva" (del derecho real), o con nuestros espíritus en paz merced a la ficción de la renovatio contractus, no nos hemos preocupado por el hecho de que el negocio jurídico causal, el título, la fuente misma de los derechos y obligaciones de vendedor y comprador, fuera progresivamente escapando a nuestra competencia.

Hemos creído advertir, incluso, que nuestras escrituras de compraventa representan un especial tipo de acto, traslativo del dominio, que se concibe como declaración dispositiva del tenor siguiente: "Te transfiero en venta la propiedad del objeto X". Se distingue, pues, la compraventa (te vendo el objeto X por el precio Y), la tradición (entrega de X) y la "transferencia" (te transfiero en venta la propiedad de X) (sobre todo esto, conf. nuestra op. cit.). Y por eso suele hablarse del boleto de compraventa (donde las partes venden y compran) y la escritura de "transferencia" (donde el vendedor "transfiere"). Pero el tal acto traslativo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no existe; y el dominio se transfiere porque las partes venden y compran ante notario (título) y celebran la tradición del inmueble (modo). Es que si se analizan los conceptos de acto, situación, documento y norma, distinguiendo uno del otro y concibiendo al acto como comportamiento humano jurídicamente relevante, a la situación como consecuencia del acto, al documento como objeto que lo representa y a la norma como precepto que le imputa situaciones, quedará claro que en el supuesto a que se alude la situación de dominio transferido es consecuencia de los actos compraventa y tradición, que la escritura pública es el documento que los representa y que el reconocimiento por el derecho de la función (causa) a que tienden torna innecesario declarar los efectos negociales pues de ello se ocupan las normas del sistema vigente. Y por cierto que no cabe reconocer eficacia sustantiva a nuestro propio acto notarial, que es sólo la declaración intelectual (narración) que tiene por objeto el acto de los otorgantes. Queda por consiguiente en evidencia la falta de relevancia de la declaración que se cuestiona (te transfiero en venta la propiedad de X) y de toda otra concebida en términos semejantes. A ello se debe que las mismas puedan suprimirse del contenido de la escritura sin afectar su trascendencia (en idéntico sentido el despacho de la Comisión Primera aprobado por el Plenario de la Tercera Convención Notarial de Capital Federal, Buenos Aires, abril 1971, de acuerdo al cual "es irrelevante en la escritura la expresión a cuyo tenor el vendedor transfiere el dominio del inmueble . . . "). Piénsese, al efecto, en uno de los boletos que por lo general se celebran (boleto redactado como compraventa y no como promesa), formalizado en escritura pública; y en que dicha escritura demuestre, además, la tradición y habrá sin duda de concluirse en que no hace falta declarar que el dominio se transfiere pues de ello se encarga el Código Civil. Procede recordar aquí, por otra parte, que la mayoría de nuestras escrituras de compraventa de inmueble carecen del pretendido efecto traslativo, en razón de que en ellas se entiende acreditar la tradición con la cláusula "bajo de tales conceptos transfiere los derechos de propiedad, posesión y dominio que a lo vendido tenía", cláusula ésta que tiene su modelo en los viejos formularios españoles anteriores a la sanción de nuestro Código Civil y cuya irrelevancia ha sido declarada por éste ("la sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales", art. 2378) y por la doctrina y jurisprudencia unánimes del país.

7. Consecuencias y Conclusión.

Parece llegado entonces el momento de advertir que hay una única manera de proteger legalmente al comprador: Transferirle el dominio. Pero transferírselo de inmediato. Para ello, y recordando que "deben ser hechos en escritura pública... los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad" (Cód. Civil, 1184-1) y que "los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hechos por instrumento particular... no quedan concluidos como tales" (Cód. Civil, 1185), procede que los notarios dejemos de limitar nuestras escrituras al reducido papel de "requisito de forma exigido para que la transferencia se opere" y reincorporemos a la esfera de nuestra competencia el contrato de compraventa de inmueble, para que éste nazca a la vida, como legalmente corresponde dada la trascendencia económico-social que lo distingue, bajo la tutela de nuestro celo profesional. En idéntico sentido, el Congreso Argentino de la Prehorizontalidad (setiembre 1970), a tenor de cuya primera recomendación "una forma máxima de proteger al comprador y vendedor... es asegurar el inmediato otorgamiento de un título de propiedad o sea mediante escritura traslativa de dominio que vincule al comprador con la cosa". No se trata, por consiguiente, de reformar la ley. Sólo se trata de aplicar la vigente. Porque únicamente así quedarán integralmente protegidos los derechos de las partes (y no sólo los del comprador).(35)(872) Pero aplicarla supone crear las condiciones necesarias para que nuestras prácticas jurídicas recorran el camino de vuelta hacia aquella inmediata escrituración del negocio, desde donde a impulsos del auge de la contratación, la aceleración del tráfico y las demoras del proceso notarial, el boleto de compraventa fuera promovido hasta su vigencia actual. Se trata, entonces, en lo fundamental, de acelerar el proceso notarial de escrituración, dejando a salvo la imprescindible demora que la misma seguridad exige, pero reduciendo aquella que provocan, sobre todo, los deberes fiscales del notario. Debemos tomar conciencia de la decisiva importancia con que hoy cuenta el hecho de que éste no se vea superado en el tiempo por el proceso negocial; es imprescindible que podamos escriturar en 48 horas, como ocurría antes, y como con más razón debe ocurrir ahora, cuando el mundo marcha tanto más de prisa. Es más. El Estado y los notarios debemos comprender que de ello dependen cuestiones mucho más serias que los intereses fiscales o notariales en juego; y es que la seguridad misma de la contratación está hoy subordinada al hecho de que se encuentre una solución al respecto.

Procede, además, procurar reducir a lo indispensable el costo de las hipotecas por saldo de precio (en todo caso, peor resulta, para los intereses del fisco y los notarios, y para la seguridad de los contratantes, que esas hipotecas no se constituyan nunca; y que tampoco consten en escritura pública la infinidad de compraventas de inmuebles que sólo quedan privadamente documentadas como "cesiones del boleto"). Corresponde, incluso, que reeptemos la práctica de la doble instrumentación en el caso de la tradición diferida, lo cual ha sido perfectamente comprendido por el citado Congreso Argentino de la Prehorizontalidad, que recomienda "otorgar escritura de compraventa y constitución de condominio sobre partes indivisas del terreno con sus accesiones (cimientos, estructuras, etc.), con derecho exclusivo a unidades privativas determinadas... y terminada la construcción y requisitos de habitabilidad, otorgar escritura pública por la cual, de pleno

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho, queden definitivos tales títulos . . . " Se trata, por fin, de asumir en la materia el papel que nos compete en la sociedad contemporánea, no sólo en razón de nuestra manera latina de ser notarios, sino también por la fisonomía actual del negocio jurídico y su decisiva importancia como instrumento del tráfico, a saber: el de conducir a los contratantes hacia la seguridad y la justicia a través de la forma y la certeza.