

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

daños que causaron los que están bajo su dependencia. Responde el notario, sencillamente porque él es quien contrajo la relación contractual, y la labor de estudio de antecedentes es de su exclusiva responsabilidad, porque suya es la responsabilidad por las tareas que delega.

### **3) Imposibilidad de liberación de responsabilidad**

Como norma principista, el notario no puede ser liberado de responsabilidad porque el don fideifaciente que la ley le da se tornaría en un potencial de incalculables irregularidades.

Aquí podría repetirse todo lo dicho y escrito sobre las características singularísimas en orden legal, social, moral, ético, de la función notarial y deducir la imperiosa necesidad social que requiere que este ser humano asuma una responsabilidad irrenunciable, acorde con las facultades que la ley hace descender sobre él.

De todos modos, aunque pactara la liberación de la responsabilidad, el notario no escaparía a la responsabilidad extracontractual porque ésta deviene de la ley y habría que pensar hasta qué punto un convenio de tal naturaleza entre notario y partes no sería sancionable porque, indudablemente, si por esa vía proliferaran títulos defectuosos, el orden social estaría comprometido y esto no podría ser aceptado en una comunidad jurídicamente organizada.

### **TRES DICTAMENES**

MARIO ZINNY

<b>ESCRITURACIÓN DE INMUEBLE PROMETIDO EN VENTA A OTRO ADQUIRENTE(*) (554) (**)</b>
---

Señor Presidente del Colegio de Escribanos S/D

Se nos consulta sobre si se encuentra ajustada a Derecho la escritura de compraventa mediante la que se transfiere a favor de "X" el inmueble prometido en venta a "Y" (mediante boleto inscripto en el Registro General). El caso exige, antes que nada, no caer en el equívoco de entenderlo como reducido al conflicto entre quien adquiere por escritura pública y quien adquiere por boleto; no se trata aquí, en efecto, de la oposición entre instrumento público e instrumento privado, o entre derecho real y personal, ni menos todavía de oponer la función notarial al Registro de la Propiedad Inmueble. Y es que el caso está referido, en una primera etapa, a la pugna entre el derecho personal de uno y otro adquirente a pretender el otorgamiento de la escritura (y adviértase que la situación puede presentarse aun cuando no exista la inscripción del boleto; medítese en el supuesto de que obre en poder del escribano un primer boleto y se le requiera para autorizar la escritura a favor de otro comprador).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Y bien, ¿cómo debe actuar el escribano ante el conflicto entre los dos adquirentes potenciales del mismo inmueble y la decisión del vendedor de escriturarlo a favor de uno de ellos? Obviamente, caben al escribano varias posibilidades. De ellas debe descartarse, en principio, la que consiste en que, sin más trámite, acepte el escribano el requerimiento y autorice la escritura a favor del segundo adquirente, pretendiendo fundar su decisión en que la promesa de venta, aun inscripta, y en tanto mera fuente de un derecho personal, no afecta el poder de disposición del titular del dominio y su consiguiente derecho de transferirlo a quien le plazca. Y procede descartarla porque el poder de disponer de un inmueble, como los restantes poderes y derechos que el ordenamiento jurídico reconoce, sólo debe ejercerse de manera lícita; en tanto la conducta del propietario que transfiere a un tercero el inmueble prometido por boleto está específicamente incriminada por la ley (Código Penal, artículo 173). Ello trae por consecuencia la nulidad de la transferencia por vicio en la causa de la compraventa escriturada (Código Civil, artículos 502 y 953), esto es, y así la moderna dogmática, por darse el supuesto de ilicitud causal del negocio(1)(555). De allí entonces que deba el escribano descartar la posibilidad de autorizar sin más trámite la escritura; así lo dispone, por otra parte, la propia ley que en la provincia regula sus funciones, toda vez que le inhibe de actuar cuando "su intervención sea contraria a las leyes" (ley 6898, artículo 11 - d) .

En el extremo opuesto de las posibles actitudes del escribano se encuentra aquella que consiste en rechazar de plano el requerimiento hasta tanto se aclaren perfectamente las circunstancias del caso y todo ello culmine en la pertinente cancelación de la inscripción registral del boleto. Pero esta posibilidad, que de ordinario será la que corresponda y se funda, precisamente, en los argumentos esgrimidos para no adoptar la primera, puede sin embargo tener que descartarse. No será fácil que ello acontezca porque, por otra parte, esta solución resultará siempre la más sencilla, la que menores dificultades y riesgos supondrá para el escribano.

¿Pero qué ocurre cuando al escribano le constan la resolución o rescisión del primitivo boleto? ¿Qué ocurre cuando el primer comprador, arbitrariamente, trata de entorpecer y dilatar la escrituración a favor del segundo adquirente? ¿Qué sucede incluso si, aun cuando al escribano no le constan la resolución o rescisión del boleto, ese segundo adquirente, a quien el vendedor impone formalmente de la situación, decide afrontarla y correr con los riesgos? ¿Qué sucede entonces, por fin, cuando a todo ello se suman la urgencia del tráfico inmobiliario actual y los inevitables perjuicios que toda dilación supone?

Procede recordar ahora que la escritura pública de compraventa es, entre otras cosas y antes que nada, nada más y nada menos que lo que por definición es, a saber, el documento que representa al negocio jurídico de la compraventa; conviene asimismo advertir que en la mayoría de los casos, por no decir en todos, estas escrituras funcionan en nuestro país, dentro del proceso de transferencia de los bienes raíces, no ya tanto como documentación del negocio sino como requisito exigido para la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

transferencia del derecho real, desempeñando en la práctica el papel de instancia última para la definitiva adquisición del dominio(2)(556). Y recordábamos lo que la escritura de compraventa por definición es (documento que representa al negocio de la compraventa) y advertíamos acerca del papel que suele jugar en nuestro país, porque cabe entonces la posibilidad de que la escritura carezca de efectos "traslativos" (basta con que se difiera la tradición del inmueble, en cuyo caso no funciona como instancia última para la adquisición del dominio) o "definitivos" (basta con que los efectos negociales se encuentren subordinados a condición resolutoria, o pacto de retroventa). Concluyendo, que pueden darse escrituras de compraventa de inmueble destinadas, no ya a un efecto inmediato y definitivamente traslativo, sino justamente, a documentar la compraventa en sus diversas modalidades; en cuyo caso dichas escrituras quedan sujetas, por consiguiente, a todas las contingencias y vicisitudes propias del negocio que representan.

Por otra parte, y respecto ya de las escrituras en general, las contingencias y vicisitudes en cuestión (validez e invalidez, eficacia e ineficacia negociales, en sus diferentes especies, grados y matices) dependen de circunstancias y requisitos cuya comprobación suele exigir investigaciones de hecho no siempre compatibles con la función notarial. Así, el caso de algunos de los vicios que afectan a la voluntad de los otorgantes (incapacidad natural, coacción), o el de la veracidad de algunas de sus declaraciones (declaración de la mujer casada de que compra con dinero propio, declaración del apoderado sobre la vigencia de su poder). Y en estos casos, ¿cuándo y cómo debe el escribano investigar los hechos de que respectivamente dependen aquellos vicios de la voluntad o la veracidad de estas declaraciones? ¿Hasta cuándo es justo dilatar el otorgamiento de la escritura para alcanzar la certidumbre? Y, en todo caso, ¿podrá el escribano lograrla? Es llegado el momento de considerar la naturaleza típicamente jurisdiccional de estas labores de reconstrucción histórica, que exigen otra investidura y, de manera fundamental, medios de prueba idóneos para alcanzar esa certidumbre hacia la cual, justamente, el proceso judicial tiende.

Y si pueden escriturarse compraventas que, en cuanto tales, no necesariamente provocan la inmediata y definitiva transferencia de la propiedad; y si esa transferencia puede eventualmente llegar a depender, como todo efecto negocial, de investigaciones de hecho no siempre compatibles con la función y posibilidades del notario, no hace falta más para advertir que, si se dan las circunstancias necesarias (y de las que como ejemplo enunciáramos el conocimiento personal del notario sobre la resolución o rescisión del boleto, el entorpecimiento y dilación arbitrarios por parte del primer comprador y la asunción de los riesgos por parte del adquirente), se advierte, decíamos, que en dichas circunstancias la conducta del escribano que autoriza escritura de compraventa a favor de "X", respecto del inmueble prometido en venta a "Y" (con boleto inscripto en el Registro General), se ajusta a Derecho, y éste es el caso de la escritura en cuestión, donde, fundamentalmente, los propietarios han impuesto en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

detalle al adquirente de la promesa de venta, su inscripción y forma de resolución.

Debe todavía considerarse que la escritura del colega exhibe, además, una adecuada técnica de la redacción, a cuyo tenor"... Las partes pactan las siguientes cláusulas... b) Los vendedores dejan constancia:

1) Que al tomo 2, folio 172, número 118937 de Promesas de Ventas del Registro General, se halla inscrita una promesa de venta, cuyo objeto fue parte del inmueble recién vendido a favor de... Este contrato fue rescindido por incumplimiento de los promisorios el 12 de junio del corriente año, mediante telegrama 289". Y es que la inclusión en el texto del pacto expreso a cuyo tenor los vendedores imponen formalmente al comprador del boleto inscripto y su resolución, trae por consecuencia dos efectos de fundamental importancia: 1) La automática exclusión de la posibilidad de aplicar al caso los artículos 594 y 3269 del Código Civil (prioridad del segundo adquirente con posesión de buena fe) y 1051 del mismo Código (prioridad del tercer adquirente de buena fe); y adviértase que a través de ello se logra, nada más y nada menos, que colocar a la Justicia en condiciones de brindar su amparo al primer adquirente(3)(557).

2) La automática exclusión de todo tipo de responsabilidad del notario interviniente (penal, civil y/o profesional) cualesquiera sean las vicisitudes de la operación escriturada.

El Registro General, por su parte, inscribe provisoriamente la escritura y deniega su inscripción definitiva. Y procede como debe. Basta para advertirlo atender a la posible ilicitud de la operación (y su consiguiente anulabilidad) y al hecho (le que todo ello depende de la vigencia del boleto inscripto en el propio Registro, por cuya razón el presunto vicio adquiere carácter ostensible o manifiesto. En sede registral el problema se reduce, por consiguiente, a una cuestión de calificación; y sólo interpretando en forma restrictiva el pleonasma "formas extrínsecas" (expresión mediante la que la ley registral nacional define el ámbito de la calificación) sería posible negar en este caso la potestad calificadora (recuérdese, sin embargo, que la ley registral provincial extiende la calificación a las nulidades manifiestas y que, por otra parte, como ejemplo de defectos subsanables enuncia a "los que afecten la validez formal del título, siempre que resulten del mismo o de su confrontación con los asientos registrales referidos a la inscripción que se solicita").

El Registro brinda así, a las partes y la Justicia, el tiempo necesario para resolver el caso (concediendo para ello el plazo de la inscripción provisoria); para que en definitiva, y como bien se lo señala al resolver el recurso de recalificación, de la prueba en sede judicial resulte: a) o bien la cancelación de la inscripción del boleto e inmediata inscripción definitiva de la compraventa escriturada; b) o bien la nulidad de ésta, con obligación para el propietario de escriturar el inmueble a favor del primer adquirente.

Y cualquiera sea la solución del caso, y las consiguientes vicisitudes de la operación escriturada, no existe responsabilidad alguna del notario interviniente, cuya escritura, como ya lo señaláramos, se ajusta a Derecho.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**DENUNCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA EN ESCRITURA DE MUTUO E HIPOTECA**

Señor Presidente del Colegio de Escribanos

**I. El caso.**

Se nos consulta sobre el caso de una escritura de mutuo e hipoteca cuya parte pertinente dice: "El señor . . . expone: que recibe en este acto, en dinero efectivo y a su entera satisfacción, de manos de la acreedora, la suma de pesos...". El caso queda planteado cuando el propio deudor denuncia a la escribana por falsedad ideológica alegando que no se entregó ni recibió dinero alguno, sino que la acreedora (institución de crédito) se limitó a acreditarle el importe en su cuenta corriente; importe que, aclara, no fue depositado por él en dicha cuenta corriente (pues en la oportunidad no percibió un solo peso en dinero efectivo) sino tan sólo acreditado al efecto de cancelar deudas ya existentes de carácter común y quirografario. Se habría transformado así a los créditos respectivos en privilegiados, en perjuicio de los restantes acreedores y pese a lo establecido en el art. 122, inciso 4, de la ley 19551 ("Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consisten en: ... constitución de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación que originariamente no tenía esa garantía"). Ello habría sido posible, siempre según la denuncia, mediante el ardid consumado con la directa participación de la escribana, quien consignó falsamente como ocurrido delante de su presencia un hecho que jamás tuvo lugar; maniobra que, se sostiene, sólo se pudo llevar a cabo con la directa y maliciosa acción de la funcionaria. Al ampliar la denuncia, por fin, se insiste en que el ardid consistió en no individualizar las deudas anteriores que se cancelaban con el último crédito, haciendo aparecer a éste, garantido con hipoteca, como distinto y autónomo; y aun cuando se reitera que para concretar la maniobra era indispensable el concurso de la escribana, se advierte, al ampliar la denuncia, que los autores materiales de la misma fueron los directivos de la acreedora, a quienes en dicha ampliación se imputa el delito de defraudación.

Y bien, señor Presidente, un análisis exhaustivo del caso exige que nos pongamos previamente de acuerdo sobre los aspectos conceptuales y terminológicos del mismo; perderemos así un par de minutos que recuperaremos con creces al evitarnos el peligro de las confusiones que inexorablemente acechan en materia tan delicada como la presente.

**II. Conceptos y terminología. Comportamiento humano jurídicamente relevante. Situación jurídica. Documento. Fe pública. Documento público. Escritura pública. Eficacia probatoria de la escritura pública. Acto del notario. Acto de los otorgantes. Relativa independendencia en cuanto a los efectos de uno y otro. Derecho real de hipoteca. Contrato de hipoteca. Contrato de mutuo. Escritura de hipoteca. Escritura de mutuo e**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**hipoteca.**

Comencemos recordando, entonces, que en el mundo se da el comportamiento humano; vivimos, vulgarmente hablando, "haciendo cosas". Algunos de nuestros comportamientos le interesan al Derecho (comportamientos jurídicamente relevantes); y cuando de ellos se trata, ocurre que a la acción u omisión humana se les imputa una situación jurídica. Comportamiento y situación. He allí dos conceptos que importa, de manera fundamental, distinguir claramente. El comportamiento nos supone en "actividad", declarando nuestra voluntad (contrate de compraventa, contrato de mutuo), realizando nuestra voluntad mediante operaciones puramente efectivas o materiales (tradición, pago) e incluso omitiendo la conducta prevista (silencio ante la intimación). La situación, por el contrario, nos supone "quietos", expectantes ante la posibilidad o necesidad de volver a comportarnos según la posición en que aparezcamos colocados respecto de los demás y respecto, asimismo, de los bienes jurídicamente tutelados (situación jurídica de propietario, situación jurídica de titular del derecho real de hipoteca).

El comportamiento ocupa un lugar en el tiempo y el espacio, trasciende exteriormente y es, por consiguiente, susceptible de percepción. La situación en cambio, no puede percibirse (en tanto sólo consiste en relaciones o vínculos entre sujetos y objetos, mera creación del espíritu humano que las valora). El comportamiento es temporalmente fugaz, pasa en instantes; la situación perdura, subsiste pese a sus transformaciones. El comportamiento es la fuente; la situación, la consecuencia; y comportamientos y situaciones, normativamente enlazados en un continuo proceso, conforman el mundo jurídico. Del género comportamiento, por fin, 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, etc.

Algunos de nuestros comportamientos, por otra parte, no sólo le interesan al Derecho, sino que, además, le preocupan. Sea en razón de la trascendencia socio - económica de su causa, sea como consecuencia del valor patrimonial de los intereses que mediante los mismos se regulan, lo cierto es que frente a ellos el Derecho se ve obligado a adoptar una política legislativa destinada a tutelarlos de manera especial. Y la preocupación del Derecho se debe, en buena medida, a aquella fugacidad temporal que habíamos advertido en el comportamiento; en efecto, ocurren y pasan tan rápido nuestras actitudes y conductas que, cuando se insertan en la historia, no siempre dejan rastro. De allí la necesidad de fijarlas, de reproducirlas, de reflejarlas, de representarlas, en fin, para que de ellas quede memoria. Y para lograrlo, el Derecho se vale del documento, que en definitiva no es sino un objeto destinado a representar los hechos de este mundo.

Claro está, sin embargo, que hay veces en que la mera documentación suele no resultar suficiente para disipar aquellas preocupaciones del Derecho ante cierto tipo de comportamientos, a los que juzga

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

especialmente trascendentes. Y es entonces cuando el Derecho recurre a la fe pública, que en su acepción técnico - jurídica no es más, ni menos, que autenticidad (y autenticidad es verdad, en su sentido contingente de verdad histórica) impuesta por el Estado (el entusiasmo de algunos especialistas suele llevarlos a distinguir tantas clases de fe pública como ramas del Derecho hay, proclamando para cada una el carácter de autónoma y sui generis; igualmente peligrosas por lo confusas son las retóricas e imprecisas concepciones de la fe notarial como una fe subjetiva, romántica y psicológica, concepciones éstas a las que tan afectos solemos ser los notarios). Para imponer la fe pública, por otra parte, el Estado se vale de unos funcionarios que andan por el mundo con los ojos bien abiertos y los oídos prestos, narrando por escrito lo que perciben; esos escritos, en tanto reconocen como autor a un funcionario público, pertenecen, justamente, a la categoría de los documentos (o instrumentos) públicos. Cuando el autor es un escribano, por fin, y asienta su escrito en el protocolo, su documento lleva en nuestra legislación el nombre de escritura pública.

La escritura pública, antes que nada y en tanto documento, representa y perpetúa el comportamiento humano; en segundo lugar, y en cuanto documento público, goza de la virtualidad de éstos, a saber: se prueba a sí misma, o lo que es igual, se constituye en la prueba del comportamiento que representa. La eficacia probatoria de la escritura, sin embargo, sufre variaciones de intensidad, para comprender las cuales es necesario advertir que la escritura representa o contiene dos comportamientos y no uno: el comportamiento del escribano que lo autoriza y el comportamiento de los particulares que la otorgan. Y así, si de escritura de compraventa se trata, cabe distinguir la declaración del escribano que narra que oye a los otorgantes decir que venden y compran, de la declaración de los otorgantes que consienten la compraventa; e incluso, en su caso, procede distinguir todavía la declaración del escribano que narra que ve a los otorgantes pagar y recibir el precio, del acto de éstos, que entregan y reciben el dinero. Advertido lo cual se comprende el sentido de los arts. 993 y 994 del Código Civil, que regulan diferentes supuestos de eficacia probatoria de la escritura: el máximo grado de eficacia, hasta la argución civil y criminal de falsedad, se concede a "la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese enunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia" (Código Civil, art. 993); en nuestro ejemplo, el de la compraventa propuesto, el hecho de que el escribano estuvo presente, ese día y en ese lugar, narró lo acontecido, leyó la escritura y la firmó ("hechos cumplidos por él mismo"); y también los hechos percibidos por él, de que los otorgantes dijeron que vendían y compraban y entregaron y recibieron el dinero ("hechos cumplidos en su presencia"). En cambio, los instrumentos públicos sólo hacen plena fe (hasta la prueba en contrario) "en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las conversaciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ella" (Código Civil, art 994); en el caso de nuestro ejemplo, el hecho de ser reales y no simulados esa compraventa y ese pago efectivamente celebrados ante el notario.

Esta distinción entre el acto del escribano y el acto de sus otorgantes se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

pone por otra parte de manifiesto, y es útil tomarlo en cuenta, cuando se advierte la relativa independencia de que gozan en cuanto a sus efectos; y así, las vicisitudes que sufre uno pueden no incidir en el otro, que queda incólume. Piénsese en el caso de que el contrato devenga nulo por probarse la violencia previamente ejercida contra una de las partes (caso donde la violencia y consiguiente anulabilidad que afectan al contrato no impiden que el acto del notario se mantenga perfectamente válido y eficaz; es más, este acto notarial y la escritura que lo representa, en tanto prueba del negocio anulado, podrán ser útiles para determinar los efectos negociales secundarios o divergentes que la nulidad deja en pie - así, la indemnización del perjuicio); medítese, a la inversa, en el caso de la llamada "conversión formal" prevista en el art. 987 del Código Civil, donde la nulidad del acto notarial por vicio en la forma o incompetencia del funcionario deja a salvo la validez del acto de los otorgantes. Es necesario, por consiguiente, prevenirse contra el peligro de confundir el acto del notario con el acto de los otorgantes, y a ambos con el documento que los contiene; como cuando con imprecisión se alude, genéricamente, a documento "nulo" o escritura "nula", con lo que parece darse a entender que la nulidad recae, inexorablemente, sobre todo: continente y contenido (sabido es que las categorías de validez e invalidez, eficacia e ineficacia, no corresponden al documento - mero objeto corporal - , sino a los actos que el documento contiene - conducta humana que trasciende y sufre las vicisitudes de la vida).

Dos palabras más para ponernos de acuerdo, conceptual y terminológicamente, sobre el mutuo y la hipoteca.

La hipoteca suele concebirse, casi exclusivamente, como derecho real; en olvido de que el derecho no nace por generación espontánea y requiere para su constitución que las partes consientan el contrato respectivo, esto es, justamente, el contrato de hipoteca; de donde una cosa es el derecho real de hipoteca (situación jurídica) y otra el contrato que le da la vida (comportamiento humano); y por cierto que al notario corresponde ocuparse del contrato y no del derecho real, porque es el contrato (en cuanto declaración de voluntad que trasciende exteriormente) lo que el notario percibe y narra. Por otra parte, el contrato de hipoteca debe distinguirse claramente del contrato al que la hipoteca accede, por lo general mutuo (y que la distinción no es frecuente lo prueba el hecho de que en la gran mayoría de los formularios notariales aparezcan confundidas las cláusulas de uno y otro negocio). Adviértase, además, que estas llamadas escrituras de hipoteca suelen ser no sólo de hipoteca, ya que a veces representan, no únicamente el contrato hipotecario, sino, a la vez, el mutuo respectivo. Bien entendido que el mutuo, en tanto contrato real, requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa (en nuestro caso, dinero); bien entendido además que el mutuo, o el contrato principal de que se trate, pueden preexistir a la constitución de la hipoteca, en cuyo caso es necesario determinarlos. De donde resulta que las escrituras "de hipoteca" constituidas en garantía de préstamos en dinero pueden ser: a) de hipoteca únicamente, porque la obligación principal preexiste a la garantía (en este



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

supuesto el notario se limita a percibir y narrar las declaraciones de las partes que individualizan la obligación principal y consienten la hipoteca); b) de mutuo e hipoteca (en este otro, el notario percibe y narra la entrega del dinero y las declaraciones de las partes que consienten uno y otro contrato).

**III. Encuadramiento jurídico del caso. El grave riesgo de ceder a la tentación de simplificarlo en extremo reduciéndolo a dos únicas posibilidades que respectivamente dependen de la prueba.**

Y ahora sí, señor Presidente, con los conceptos y la terminología en claro nos encontramos en condiciones de abordar jurídicamente el caso. Se trata, en definitiva, de una escritura pública (documento) que representa el acto del notario (narración de lo que sensorialmente percibe) y los actos de los otorgantes (contratos de mutuo e hipoteca); estos últimos son percibidos y narrados por el escribano, que en nuestro caso oye al deudor decir que recibe el dinero (mutuo) y que habrá de devolverlo en tal y cual forma (cláusulas del mutuo); le oye asimismo declarar que en garantía constituye hipoteca en primer grado sobre tales y cuales inmuebles (cláusulas de la hipoteca); y oye por fin a la acreedora prestar su conformidad al respecto.

Pero la redacción de la escritura ofrece una particularidad: El escribano narra que "el deudor expone que recibe el dinero" (advírtase que ni siquiera se incluye la fórmula de estilo "en mi presencia doy fe"). Y es una particularidad, porque lo corriente, cuando se narran actos materiales o efectuales (así, entregas de dinero), es que se limite el notario a certificar directamente el hecho de la entrega; ello así porque, en definitiva, los otorgantes "dicen" o "hacen", y cuando de esto último se trata se limitan a "hacer", sin estar declarándolo a la vez, justamente porque en estos casos la actividad se agota en el "hacer" material. Y como lo que los otorgantes "dicen" se oye, pero lo que los otorgantes "hacen" se ve, la parte dispositiva de estas escrituras suele iniciarse, por ejemplo, como sigue: "Los comparecientes dicen: que han acordado celebrar el préstamo hipotecario que habrá de regirse por las siguientes cláusulas: 1) El señor . . . entrega en este acto al señor . . . X pesos en dinero efectivo, en mi presencia, doy fe. . .". Sin embargo en esta escritura, y en alguna otra de los últimos tiempos se advierte que, en vez de narrar el escribano su directa percepción visual del hecho de la entrega, se limita a narrar el hecho, al que accederá por el sentido del oído, de que el deudor declara que recibe el dinero. ¿Defectuosa técnica de la redacción escrituraria? ¿Prudencia del notario? Ya volveremos sobre ello.

Sea como fuere, lo cierto es que el propio deudor denuncia la falsedad del acto, alegando que no hubo entrega material del dinero sino simple acreditación del importe en su cuenta corriente. ¿Estarían dados los elementos que la falsedad ideológica requiere? A primera vista, lo estarían: inserción por el escribano de un relato falso (si bien es cierto que quien declara que recibe el dinero es el propio otorgante, también lo es que, en definitiva, ello ocurre ante el escribano, quien por otra parte es, salvo excepciones, el autor de la redacción), respecto de un hecho que el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

documento debe probar (si bien es cierto que no todas las escrituras de "hipoteca" se destinan a probar el mutuo, también lo es que cuando el mutuo se perfecciona en el acto del otorgamiento se constituye en uno de los hechos que el documento está destinado a probar), de modo que pueda resultar perjuicio (el perjuicio es posible porque el deudor reconoce obligaciones preexistentes respecto del mismo acreedor; la falsedad encubriría, así, la mera transformación de esos créditos preexistentes en privilegiados, en perjuicio, precisamente, del resto de los acreedores).

Es aquí, justamente a esta altura del camino, donde, si avanza desprevénidamente, acecha al intérprete el peligro de ceder a la tentación de simplificar el caso, reduciéndolo a dos únicas posibilidades que, respectivamente, dependen de la prueba, a saber:

1) Se entregó efectivamente el dinero y entonces: a) No hay falsedad; b) Los contratos de mutuo e hipoteca son plenamente eficaces (con la excepción prevista en el art. 123 de la ley 19551, a cuyo tenor el contrato de hipoteca puede ser declarado ineficaz si se prueba que la acreedora tiene conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor).

2) No se entregó el dinero y entonces: a) Hay falsedad; b) El contrato de mutuo no existe (porque la falsedad consistiría, precisamente, en dar por acontecido un hecho - entrega que perfecciona el mutuo - que jamás tuvo lugar); y el contrato de hipoteca, por su parte, deviene ineficaz (en tanto pasa a garantizar obligaciones preexistentes - ley 19551, art.122, inciso 4-).

Pero las cosas distan, señor Presidente, y distan mucho, de ser tan sencillas. Y así, este enfoque esquemático y superficial del caso resulta en extremo peligroso, porque deja en las sombras aspectos de la cuestión que, a nuestro modesto parecer, adquieren fundamental importancia en la valoración de la prueba.

**IV. El enfoque correcto. Aspectos de la cuestión que el enfoque superficial deja en las sombras.**

El esquema soslaya, fundamentalmente, tres aspectos de la cuestión. Primero, la existencia del nuevo contrato de mutuo. Adviértase que, en los hechos, es imposible negar la perfección del mismo; es más, el propio denunciante se encarga de probarlo, al reconocer que la acreedora se limitó a acreditarle el importe respectivo en la cuenta corriente. Y la acreditación equivale a la entrega del dinero, en tanto los fondos pasan a quedar a disposición del deudor. De donde la falsedad, si existe, consistiría, no ya en narrar como acontecido un mutuo que jamás tuvo lugar, sino, en todo caso, en no relatar con fidelidad el modo en que dicho mutuo se perfeccionó.

Cabe entonces preguntarse: aun si de la prueba resulta que el procedimiento adoptado para perfeccionar el mutuo fue, directamente, el de acreditar el importe en cuenta, ¿puede negarse el hecho de que hubo, en el acto, entrega del dinero? ¿Cómo desconocer la entrega si, como queda

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

dicho, los fondos pasan a quedar a disposición del deudor? ¿Se trató por otra parte de dinero en efectivo? ¿Cómo negarlo, en tanto no se acreditan al deudor bienes ni valores sino dinero "contante y sonante", que queda inmediatamente a su disposición y puede retirar cuando le plazca? Recordemos ahora la redacción de la escritura: "El deudor expone: que recibe en este acto, en dinero efectivo y a su entera satisfacción, de manos de la acreedora, la suma de X pesos...". Y entonces, y aun cuando se hubiera limitado la acreedora a acreditarle el importe en cuenta, ¿es posible negar el hecho de que el deudor recibió de ella el dinero, en ese acto, en efectivo y a su entera satisfacción?

No, señor Presidente, no es posible negarlo. ¿Y por qué, entonces, si de un nuevo mutuo se trata, es que entra a jugar el art. 122, inciso 4, de la ley 19551? Muy sencillo. Ello ocurre porque se dan dos circunstancias que lo permiten, a saber: 1) El deudor se encuentra en período de sospecha; 2) Su cuenta corriente registra saldo negativo, por cuya razón el importe que se le acredita se compensa con el que adeuda; se llega así, en definitiva, y aun cuando a través del procedimiento indirecto de la novación, al resultado que dicha disposición legal reprueba, esto es, "constitución de hipoteca respecto de obligación que originariamente no tenía esa garantía". Pero adviértase bien, porque éste es el segundo aspecto de la cuestión que el enfoque superficial soslaya, que las dos circunstancias de que se trata (circunstancias determinantes del perjuicio al resto de los acreedores, perjuicio que a su vez se constituye en elemento esencial de la falsedad ideológica que se imputa), esas dos circunstancias son extrínsecas, ajenas al nuevo mutuo en sí considerado. Y porque lo son, justamente, es que el invocado artículo 122, inciso 4, de la ley 19551, con rigor dogmático digno de elogio, alude a la "ineficacia" de los actos del deudor, y no ya, como el artículo 110 de la vieja Ley de Quiebras, a la nulidad absoluta o anulabilidad de los mismos. La exposición de motivos de la ley 19551 señala que "la anacrónica denominación de actos absolutamente nulos y actos anulables que contiene la ley actual ha sido reemplazada por el concepto de ineficacia que refleja más adecuadamente la función del instituto, según la moderna doctrina. Se destaca así la inimponibilidad de los actos a los acreedores, sin que importe por ello su nulidad, y, aun menos, que ésta pueda ser "absoluta", todo lo cual produciría efectos distintos y aun ajenos al interés del concurso, extraños a la acción revocatoria concursal y a los fines perseguidos por la ley".

Es que la ineficacia en sentido estricto, señor Presidente, se distingue de la invalidez (y del género invalidez son especies los conceptos de nulidad y anulabilidad, absolutas y relativas) por el hecho de que la vicisitud en los efectos se debe, no ya como en el caso de esta última a vicios que afectan al acto en sus presupuestos o elementos (así, en los casos de nulidad por incapacidad de la parte o defecto en la forma), sino que está motivada por, precisamente, circunstancias ajenas, extrínsecas al negocio en sí considerado. En este sentido, la moderna dogmática en forma unánime. Baste al efecto citar a Betti (Teoría general del negocio jurídico, pág. 349): "Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz el negocio en el que están

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseco a él". Y por ello es que se da la ineficacia del negocio y no su nulidad o anulabilidad en los supuestos de negocio sujeto a condición, donde los efectos del negocio válido se difieren o caducan como consecuencia de eventos extraños al negocio en sí considerado; o en los supuestos de autorización o aprobación (donde los efectos dependen de éstas); o en los casos de impugnabilidad (donde los efectos están subordinados a las acciones de revocación, rescisión, resolución o reducción); o, por fin, en aquellos casos de ineficacia "relativa" o "parcial", en que los efectos del negocio no pueden oponerse a terceros (inoponibilidad) y que nuestra legislación precisamente contempla, por ejemplo, en el invocado art. 122 de la ley 19551 y en el art. 2505 del Código Civil.

Sentado de tal modo que estas dos circunstancias (deudor en período de sospecha y saldo negativo de su cuenta corriente) son ajenas al negocio en sí, queda entonces en descubierto el tercer aspecto de la cuestión, decisivo aspecto, que el enfoque superficial soslaya: Si las circunstancias de que se trata son ajenas al negocio que la escritura documenta, y por consiguiente a la escritura misma, y de estas circunstancias dependen el perjuicio y en definitiva la falsedad, ¿cómo, entonces, señor Presidente, pretender responsabilizar al notario por el mero hecho de que dichas circunstancias existan? Si ni siquiera sería posible imputarle falta de diligencia para ponerse al tanto de las mismas. . . Yo le confieso, señor Presidente, que jamás se me ha ocurrido preguntarle a los deudores de mis escrituras de mutuo e hipoteca: "Señor, ¿está usted en el período de sospecha? ¿Le está usted debiendo ya dinero a este mismo acreedor?" (Y no se me ha ocurrido preguntarlo, entre otras cosas, porque lo probable es que, en el mejor de los casos, la respuesta fuera: "Y a usted ¿qué le importa?"). ¿Por qué no preguntarles también, en tanto ello provocaría la anulabilidad del acto, si se ha ejercido violencia contra ellos para obligarlos a contratar? ¿O, por la misma razón, si han omitido beber alcohol, o drogarse, o si se han tomado la temperatura, en tanto el alcohol, las drogas y la fiebre son susceptibles de alterar la capacidad natural de entender y querer? No, señor Presidente, todo ello conduciría, en definitiva, a un ejercicio histérico de la fe pública que en poco favorecería a la contratación.

Y al quedar en descubierto, este tercer aspecto de la cuestión permite advertir que el denunciante se equivoca al afirmar que la maniobra sólo se pudo llevar a cabo con la maliciosa acción de la escribana. Nada más erróneo, pues basta con no ponerla al tanto de las dos circunstancias apuntadas, circunstancias extrañas al mutuo hipotecario en sí, para que a la funcionaria se le escapen, por completo, las reales consecuencias del otorgamiento. Adviértase incluso que si los otorgantes lo prefieren (y no hace falta aclarar que sólo estamos proponiendo hipótesis dirigidas a demostrar que la participación de la escribana no es en absoluto indispensable), si los otorgantes lo prefieren, advertíamos, nada les impide simular el acto de la entrega; y colocar el dinero en la mesa, a disposición del deudor, y tomarlo éste, y esperar a que la escribana se retire para, en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

menos tiempo del que se tarda en contarlo, devolverlo a la acreedora (en cuyo caso, claro está, la falsedad ideológica es imputable a los otorgantes, por simular el acto de la entrega y hacer insertar su relato). Y en una y otra hipótesis, sin dinero a la vista o con él en la mesa, el perjuicio al resto de los acreedores se consume. Y en una y otra hipótesis la escribana permanece, en absoluto, ajena a la maniobra.

Queda un último aspecto de la cuestión que no podemos dejar de tratar por cuanto sirve para disipar una última duda. ¿Por qué la escribana se apartó de las fórmulas de estilo al narrar la entrega del dinero? ¿Defectuosa técnica de la redacción escrituraria? ¿Prudencia notarial? ¿Sutil intento de eludir la responsabilidad que la fe pública impone? Para estar en condiciones de responder a estos interrogantes es necesario meditar un segundo en la comprobación notarial del hecho de las entregas de dinero, en nuestro país y en los últimos tiempos.

El dinero sufre, como no podía menos de ocurrir, el azote de los dos fenómenos que parecieran haber signado nuestra época: La inflación y la violencia. La primera, para limitarnos a lo que nos concierne, complica y retarda el acto de las entregas; al deteriorarse el valor del papel moneda se vuelve necesario entregar cada vez más billetes; los de mayor signo, por otra parte, no circulan en la medida necesaria; y así, día a día, aumenta el número de billetes a entregar y se torna más lenta y dificultosa la tarea de contarlos. Y las entregas de dinero no pueden darse el lujo de ser lentas, entre otros motivos, por la presencia del fenómeno de la violencia, siempre latente, que las torna riesgosas hasta para la integridad física de quienes celebran el acto. Y no hablemos del hecho de transportar el dinero, donde los riesgos suelen aumentar. De allí la conveniencia, hasta la necesidad, toda vez que los otorgantes deban entregar y recibir sumas importantes, de escriturar en los Bancos; y de mover el dinero lo menos posible (andar de aquí para allá los otorgantes con el dinero en la valija no parece ser lo más recomendable). Y es en razón de todo ello, señor Presidente, que en la práctica, en la realidad, los notarios no comprobamos ya, fehacientemente, las entregas de dinero. Los billetes están en la mesa, ocupando toda su superficie; quien los entrega acaba de dejarlos allí, en fajos de a cien allí están, a disposición de quien debe recibirlos, diez mil, veinte mil, treinta mil billetes de diez mil pesos (los de cincuenta mil y cien mil pesos no circulan). Quien los recibe pregunta a quien los entrega: "¿Usted los contó?" Este responde: "Están contados por el Banco, el precinto de los fajos lleva el sello. . .". La señora del que los recibe sugiere: "¿ Contamos un fajo ?" Lo cuentan y está bien. Cuentan entonces los fajos y el número de fajos coincide. Quien recibe el dinero asiente; la señora vacila un segundo y asiente también (contar treinta mil billetes, uno a uno, resulta demasiado, incluso para ella). El escribano pregunta: "¿Conformes? ¿ Todo en orden?" Asentimiento. El dinero cambia de manos, la escritura se firma, los otorgantes se van. Sería una hipocresía, señor Presidente, pretender que, en la inmensa mayoría de los casos, las cosas no ocurren de este modo. Y así la fórmula: "El señor... entrega en este acto al señor. . . X pesos en dinero efectivo, en mi presencia, doy fe", pasa a constituirse, en el mejor de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

los casos, a la luz de esta realidad cotidiana, en mera rutina, en vacío formulismo. Y la otra fórmula, la de la escritura de nuestro caso, que en otro tiempo y otras circunstancias pudo pasar por defectuosa técnica de la redacción escrituraria o mediocre intento del notario de eludir el compromiso que la fe pública le impone, esta fórmula: "El señor... expone: que recibe en este acto, en dinero efectivo y a su entera satisfacción. . .", al no extender la fe pública a hechos que al notario no le constan, pasa a mostrarse más de acuerdo con lo que en la realidad ocurre.

Y es todo, señor Presidente. No nos compete a nosotros, por cierto, juzgar el caso; y sí tan sólo cooperar, en la medida de nuestras posibilidades en la tarea de esclarecerlo; que es lo que, desde nuestra modesta perspectiva, hemos intentado.

**EN TORNO AL DICTAMEN DE UNA INSTITUCIÓN BANCARIA (QUE RECHAZA LOS TÍTULOS DE LOS QUE SURGE QUE ENTRE LOS CONDÓMINOS QUE ACUERDAN CONSTRUIR A SU COSTO UN EDIFICIO FIGURA UNA SOCIEDAD ANÓNIMA)(\*)(558)**

Una institución bancaria de nuestro medio, modificando el criterio sustentado desde la sanción de la ley de sociedades comerciales, comenzó durante el pasado mes de abril a rechazar los títulos de propiedad de los que surge que entre los condóminos del terreno que acuerdan construir a su costa un edificio figura una sociedad anónima. Se partiría del supuesto de considerar a dichos condominios como sociedades de hecho, y el rechazo se fundaría, aparentemente (y decimos aparentemente porque no obran en nuestro poder los fundamentos respectivos), en el artículo 30 de la ley de sociedades, a cuyo tenor "las sociedades anónimas y en comanditas por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones".

El escribano autorizante de uno de los títulos rechazados se dirigió oportunamente al Colegio de Escribanos solicitándole se expida sobre: 1) Si los títulos en cuestión son observables; 2) Si es posible considerar a los condominios de que se trata como sociedades de hecho. El Colegio de Escribanos, dada la singular trascendencia de la cuestión, decidió solicitar el dictamen de los doctores Angel Chávarri, Hernán Racciatti y Juan Farina, quienes se expidieron coincidentemente, sosteniendo la bondad de los títulos y negando a los condominios del caso naturaleza de sociedad. No obstante, el banco mantiene su posición y los títulos observados se siguen rechazando.

Y bien. Lo exhaustivo de los dictámenes de los doctores Chávarri, Racciatti y Farina, a los que nos permitimos adherir, y el prestigio de sus autores nos eximen de tratar el aspecto del caso acerca del que se les solicitara dictamen. En idéntico sentido, pero aludiendo no ya al condominio sino a las propias sociedades formadas con el exclusivo fin de construir el edificio, Gatti y Alterini, en Prehorizontalidad y boleto de compraventa, pág. 72, se oponen a las mismas sosteniendo que "es imposible crear artificialmente una vocación asociativa que en la realidad de los hechos no existe respecto

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

de quienes sólo aspiran a satisfacer sus necesidades habitacionales a través del derecho de propiedad" (si a las propias sociedades se les cuestiona en estos casos la vocación asociativa, no hace falta más para advertir las dificultades con que debe enfrentarse quien pretenda descubrirla en el condominio).

Claro está, por otra parte, que si respondemos negativamente a este primer interrogante que la cuestión plantea ("¿hay o no hay sociedad de hecho?") la daremos automáticamente por concluida. Pero procede considerar que hacer depender exclusivamente el caso de dicha circunstancia, limitándolo así a una única alternativa ("hay sociedad, de hecho y el título es observable" o "no hay sociedad de hecho y el título es perfecto"), equivale a negarle la trascendencia social que obliga, justamente, a plantearlo a fondo. Es que el enfoque parcial a que aludimos deja en la sombra aspectos que a nuestro entender invisten fundamental importancia. El primero: ¿Cuál es el fundamento del artículo 30 de la ley de sociedades? Lo determina claramente Halperín (Sociedades Anónimas, página 669), para quien en definitiva se trata de amparar 109 intereses de los accionistas y el interés general, evitando que, al formar parte de otras sociedades, pueda la administración de la sociedad anónima sustraerse al régimen de fiscalización privada o estatal que la ley ha dispuesto para las de su tipo. Llegados a este punto, conviene perder un minuto en recordar que la historia de las ideas en torno al tema de la interpretación de la ley ha mostrado siempre la preocupación del intérprete por alcanzar y comprender los fundamentos de la misma. De suerte que, sucesivamente, se ha venido éste preguntando, y admítasenos la grosera síntesis: 1) ¿Qué quiso decir el legislador? (así, la escuela de la exégesis, donde lo que interesa es descubrir las intenciones del autor de la ley); 2) ¿Qué dijo el legislador? (así, la escuela sistemática, donde lo que importa es el fundamento objetivo que es posible deducir del Derecho tomado en su conjunto); 3) ¿Qué sería bueno que hubiera dicho el legislador tomando en cuenta las actuales circunstancias? (así, en general, las modernas escuelas). No es posible entonces, adviértase bien, pretender interpretar una disposición legal ateniéndonos exclusivamente al texto aislado de las pocas letras que componen al artículo; porque ese artículo no está solo en el mundo (las deformaciones del especialismo suelen conducirnos a olvidarlo); forma parte de una ley, que a su vez integra un sistema de Derecho al que se ha incorporado, el que a su vez está al servicio de la justicia. Cabe entonces que nos preguntemos: ¿se vulneran el interés de los accionistas, o el interés general, por el mero hecho de que una sociedad anónima adquiera una o varias unidades de propiedad horizontal, a construir o en construcción? Es que aun si consideráramos que al cooperar a construirlas a su costa se está de algún modo asociando al resto de sus condóminos, ¿deberemos además necesariamente concluir en que por esa vía se burlan los mecanismos de control que para la administración de las sociedades anónimas se han establecido?

Concedamos también que sí (de lo contrario volveremos a quedarnos sin caso) y dejemos de tal modo al descubierto el segundo aspecto de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

cuestión que el enfoque parcial soslaya: ¿Cuál es la sanción por transgredir el precepto del artículo 30 de la ley de sociedades? (recordemos que el artículo en cuestión no la incluye). De inmediato se advierte que el precepto del citado artículo consagra lo que la moderna doctrina concibe como una falta de "legitimación" de la sociedad anónima para incorporarse a sociedades que no lo sean por acciones. En estos supuestos (hasta no hace mucho englobados en la genérica calificación de incapacidad de derecho), por otra parte, el orden jurídico mira con disfavor el resultado a que el acto tiende (en nuestro caso, por brindar el mismo la posibilidad de que la administración de la sociedad anónima se sustraiga al debido contralor - recordemos que lo hemos admitido al solo efecto de desarrollar la cuestión - ); y para evitar que dicho resultado se produzca recurre la ley a la nulidad del acto, en tanto la misma se caracteriza, justamente, por extinguir los efectos normales de éste, vale decir, por volver las cosas al estado anterior a su celebración. Pero adviértase además que esta sanción genéricamente consagrada por nuestro Derecho en el artículo 1043 del Código Civil, trasladada al presente caso y pese a sus eventuales consecuencias en el campo de las relaciones jurídicas puramente creditorias o personales, no incidiría en absoluto en los títulos de propiedad, ya que al anularse el acto de la incorporación, quedar sin efecto el vínculo societario y volver las cosas al estado anterior, la sociedad anónima mantiene su original calidad de condómina; y en tal carácter, por división del condominio respectivo, se le adjudica la unidad de que se trate, que es por otra parte lo que en las escrituras observadas consta (por cierto que la sanción tampoco afecta al resto de las adjudicaciones, tanto si consideramos que la pretendida sociedad de hecho subsiste respecto del resto de los condóminos, a quienes se adjudica entonces por liquidación de la misma, cuanto si nos colocamos en el supuesto de que ella se extinga, en cuyo caso el resto de los condóminos adquirirá sus unidades por división del condominio respectivo).

Pero si aceptamos que ésta es la sanción que corresponde a la violación del precepto del artículo 30, vuelve a ocurrirnos que nos quedamos sin caso. Busquemos, pues, alguna otra. Muy a mano, en la propia ley de sociedades, el artículo 369 dispone que "las sociedades anónimas... que formen parte de otras sociedades que no sean por acciones, deberán enajenar sus cuotas o partes de interés en el plazo de 10 años a contar desde la vigencia de la ley; caso contrario quedarán sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente". ¿Cabría entonces recurrir a la analogía y equiparar nuestro caso, en el que la incorporación se produce con posterioridad a la sanción de la ley, a aquellos otros que ella expresamente contempla y están referidos a estados de hechos anteriores a su vigencia? Comencemos por advertir que aquí la sanción no alcanza ya al acto, que conservaría su validez pese a la prohibición de celebrarlo, sino a sus sujetos; consideremos también que ello encuentra explicación en los casos que el citado artículo 369 contempla, pues en los mismos el acto había sido ya celebrado y la sanción se dirige contra quienes no lo dejan sin efecto dentro del plazo previsto. Meditemos además en las gravísimas



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

consecuencias que la sanción de irregularidad comporta, sobre todo para la sociedad anónima, y volvamos a formularnos el interrogante: ¿procede recurrir a la analogía? Y, en todo caso ¿a quién o quiénes alcanza entonces la sanción de irregularidad? ¿A la sociedad que recibe el socio prohibido (en nuestro caso la pretendida sociedad de hecho), o a la que se asocia pese a la prohibición (en nuestro caso la sociedad anónima) ? Sigamos concediendo. Concedámoslo todo, que procede la aplicación analógica del artículo 369 y que la sanción de irregularidad alcanza a ambas sociedades. Y veamos qué ocurre.

En lo que respecta a la pretendida sociedad de hecho no ocurre absolutamente nada, pues ella, en tanto sociedad de hecho, estaría ya sometida al régimen de las sociedades irregulares (ley de sociedades, artículos 21 y siguientes). No olvidemos, por otra parte, que quienes contratan en las escrituras en cuestión, adquiriendo partes indivisas del terreno, sometiendo el edificio a la propiedad horizontal y adjudicándose las unidades, son todos y cada uno de los socios y no la sociedad de hecho, por cuya razón no ya sólo la irregularidad de la misma es irrelevante para juzgar la bondad de los títulos: lo es incluso su desaparición lisa y llana, porque entonces quedan en pie el condominio y los condóminos, que son quienes en definitiva otorgan las escrituras.

¿Y la irregularidad de la sociedad anónima? De inmediato se aprecian las graves y desproporcionadas consecuencias que de esta sanción se siguen para la sociedad anónima y sus socios, lo cual crea serias dudas sobre la justicia de su aplicación. Pero en lo que a nuestro caso respecta, se advierte asimismo que buena parte de dichas consecuencias afectarían en última instancia a la sociedad y a los socios, pero no al título (así, la responsabilidad ilimitada y solidaria de estos, o la posibilidad de que cualquiera de ellos exija la disolución, ley de sociedades, artículos 22 y 234. Puede llegar a preocupar, por el contrario, el especial régimen de las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores partitulares de cada socio en materia de inmuebles (ley de sociedades, artículo 26); y en definitiva la inhabilitación que, para ser titular del dominio de dicha clase de bienes, asigna la jurisprudencia a las sociedades irregulares en razón de la limitada personalidad que la ley les reconoce (Jurisprudencia Argentina, 1978, tomo III, pág. 635). Pero la preocupación se disipa no bien nace; basta para ello con avanzar apenas por el camino que llevamos recorrido para caer en la cuenta de que la estabilidad de las relaciones jurídicas y el principio de conservación de la empresa exigen que la irregularidad, en última instancia, esté destinada a durar tanto como la incorporación de la sociedad anónima a la sociedad de que se trate; y como esta última, la pretendida sociedad de hecho, ya no existe, porque en todo caso fue disuelta y liquidada al adjudicarse a cada socio las unidades respectivas, no cabe sino concluir en que aquella irregularidad sobreviniente ha quedado convalidada. Que es, por fin, lo que las propias escrituras observadas se encargan de probar.

Y ahora sí, nos quedamos sin caso. Una breve mirada al camino recorrido nos muestra que comenzamos concediendo, al solo efecto de poder seguir

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

adelante, la existencia de la pretendida sociedad de hecho (los exhaustivos dictámenes de los doctores Chávarri, Racciatti y Farina demuestran lo contrario y nos dispensaron de tratar el punto). Concedimos también que el mero hecho de que una sociedad anónima adquiriera una o varias unidades de propiedad horizontal, por el régimen del condominio sobre el terreno y la construcción del edificio a costa de los condóminos, importa vulnerar los intereses tutelados por el artículo 30 de la ley de sociedades y torna posible su aplicación al presente caso. Concedimos asimismo la integración del precepto de dicho artículo con todas las sanciones posibles. Y después de arribar a esta altura del camino a fuerza de concederlo todo, concluimos por advertir que no ocurre nada. Y no ocurre nada por la más sencilla de las razones: los títulos rechazados son perfectos.

Esto nos lleva a un último aspecto de la cuestión que es necesario destacar: ¿Qué debe entenderse por título perfecto? ¿Lo será, en el sentido del diccionario aquel título que tiene el mayor grado posible de bondad o excelencia en la línea, esto es, el que carece en absoluto de todo tipo de vicio, cualesquiera sean sus secuelas? No. De ninguna manera. En sentido técnico jurídico, y lo tiene resuelto la jurisprudencia desde hace más de 40 años, "la perfección de un título a los efectos de la transmisión del dominio depende de la seguridad que pueda ofrecer al adquirente de no ser molestado por acción real de tercero, para lo cual es suficiente que no arroje notivo fundado que haga posible ese peligro". (L.L., 1986, t. III, pág. 1105). El concepto surge, en definitiva, del propio Código Civil, cuyo artículo 1425 dispone que "si el comprador tuviese motivos fundados de ser molestado por reivindicación de la cosa, o por cualquier acción real, puede suspender el pago del precio...". Y se comprende que así sea. Los actos jurídicos que conforman el proceso de transferencia o constitución de los derechos reales, e incluso aquellos que le son accesorios o de algún modo se le vinculan, pueden verse afectados por vicios de diferente índole: según el vicio, por otra parte, así las vicisitudes o secuelas. Las hay algunas que sólo inciden en aquel amplio pero contingente espectro de las relaciones jurídicas puramente personales; otras, por fin, afectan directamente al derecho real (dominio, hipoteca, etcétera). Y son estos últimos, los vicios que provocan vicisitudes que afectan al derecho real, los que adquieren trascendencia cuando se trata de juzgar la bondad de los títulos. Porque lo que en definitiva interesa al respecto, y para eso se estudian, es que el adquirente o acreedor hipotecario de que se trate no se vea obstaculizado al pretender ejercer su derecho. No basta entonces con detectar un vicio para observar un título. Hace 20 años recordaba Fernández Mouján (Revista del Notariado. N° 654, 1960, pág. 874) que "en determinado momento la reglamentación de algún instituto de créditos hipotecarios, con enorme gravitación en cuanto a la apreciación de la bondad de los títulos de inmuebles, estableció la condición «libre de todo vicio o defecto legal» para aceptar, a su exclusivo arbitrio, el bien ofertado en garantía, lo que trajo gran confusión. . . Este aspecto del asunto ha quedado superado y la institución aludida admite hoy la acepción que la doctrina y la jurisprudencia han dado a la expresión título perfecto". Adviértase así que en esta materia el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

perfeccionismo y la exquisitez, por muy ponderables que sean, sólo contribuyen a brindar inseguridad y, lo que es peor, injusticia.

Para concluir, una triste paradoja. La experiencia ha acabado por demostrar que la mejor manera de proteger a los adquirentes es transferirles cuanto antes el dominio de lo que adquieren. Y así, en lo que respecta a la delicada etapa de la prehorizontalidad, la primera recomendación de la Comisión la del Congreso Argentino que en 1970 se dedicó al tema, consideró que "una forma máxima de proteger al comprador y vendedor en propiedad horizontal es asegurar el inmediato otorgamiento de un título de propiedad, o sea mediante escritura traslativa de dominio que vincule al comprador con la cosa" y propició que "firmado el boleto de promesa de venta dentro de un plazo limitado e irrenunciable, se deberá otorgar escritura de compraventa y constitución de dominio sobre partes indivisas del terreno...". En idéntico sentido" Gatti y Alterini (op. cit., pág. 89) establecen como bases fundamentales del sistema que proponen: 1) Compraventa de parte indivisa del terreno y consiguiente condominio; 2) Simultáneo contrato de construcción; 3) Partición del condominio y adjudicación de pleno derecho de las respectivas unidades.

Se trata, en síntesis, del procedimiento adoptado en las escrituras que se rechazan. De allí la triste paradoja. Dichas escrituras no son sólo jurídicamente perfectas. Se cuentan, además, entre las que mejor contribuyen a dotar de seguridad a la contratación inmobiliaria en la delicada etapa de la prehorizontalidad.

**OTRAS CAUSAS DE NULIDAD DEL TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO**

FRANCISCO FERRARI CERETTI

**SUMARIO**

I. Expresiones superfluas de las escrituras que no exige la ley. II. La falta de capacidad mental en el momento de otorgar el acto es causal de nulidad del testamento III. La expresión del escribano que el testador no firma por no saber hacerlo cuando sabe firmar es también causal de nulidad.

**I. EXPRESIONES SUPERFLUAS DE LAS ESCRITURAS QUE NO EXIGE LA LEY**

Es común ver en las escrituras de testamento por acto público que los escribanos incluyan atestaciones en el sentido de que "el disponente por su forma de razonar tiene plena capacidad para el otorgamiento del acto".

También en los textos de "formularios" se encuentran parecidas fórmulas, así: "procedió en presencia de los testigos del acto y en aparente pleno uso de sus facultades mentales, dictarme su testamento"(1)(559).

O bien: "procede a dictarme con visible lucidez de espíritu y sano juicio"(2)(560), no obstante las atinadas observaciones que el autor formula