

## LA OBLIGACION DE ESCRITURAR PREVISTA POR EL ARTICULO 1185 DEL CODIGO CIVIL

Por ANIBAL VILLANUEVA y ANTONIO M. VILLANUEVA

### S U M A R I O

- I. — INTRODUCCION.
  - a) El art. 1185 y sus concordantes.
  - b) Planteo del problema.
- II. — JURISPRUDENCIA.
  - a) Primeros fallos y evolución.
  - b) Fallos de Repetto-Celma.
  - c) Fianario del 3-X-1951.
- III. — DOCTRINA.
  - a) Nuestros autores.
  - b) Antiproyecto de Biliñoi.
  - c) Proyecto de la Comisión Reformadora.
- IV. — NUESTRO ANALISIS.
  - a) La interpretación de las normas jurídicas.
  - b) El cambio de la Jurisprudencia.
  - c) El juez puede otorgar la escritura en nombre del deudor.
  - d) La del art. 1185 no es una obligación inuito personas.
  - e) No hay falta de consentimiento cuando el juez otorga la escritura.
  - f) Presuntas inconuencias.
    - Cuando el demandado es el vendedor.
    - Cuando el demandado es el comprador.
  - g) Conclusión.

#### I — Introducción.

##### a) *El art. 1185 y sus concordantes.*

1. El Código Civil en su sección tercera del Libro II, "De las obligaciones que nacen de los contratos", Título I "De los contratos en

general", Capítulo IV "De las formas de los contratos", dispone cuáles contratos deben ser hechos en escritura pública. En efecto, el artículo 1184 en sus once incisos determina qué tipo de contratos deben llevarse a cabo y, en especial por su conexión con el problema, transcribimos el inciso 1º, que dice:

1184. "Deben ser hechos en escritura pública...

1º) Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro".

El artículo siguiente, el 1185 —que juntamente con el 1187 constituye el modo principal de la cuestión— dice:

1185. "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

El art. 1186, respetando la voluntad de las partes, introduce una excepción al 1185 al expresar que éste no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública.

Y finalmente el art. 1187 expresa:

1187. "La obligación de que habla el art. 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdida e intereses".

2. En la transcripción de los artículos, nos permitimos resaltar mediante el subrayado, las partes —un tanto contradictorias— que hacen en particular al problema a desarrollar. También, acotamos que de acuerdo con lo dispuesto en principio por el art. 1187, será necesario tener presentes las normas que rigen las obligaciones, en especial las que rigen las obligaciones de hacer —art. 625 y siguientes— así como la disposición del art. 505, sobre todo en su inciso 2º; para ver si ellas son en realidad aplicables a la obligación de escriturar, de que habla el art.

1185, o sí, por el contrario, priva lo dispuesto en la parte final del art. 1187.

b) *Planteo del problema.*

3. El planteo lo hemos adelantado en las consideraciones precedentes, pero trataremos de puntualizarlo más detenidamente.

Supuesto el caso de que las partes no hagan la declaración que prevé el art. 1186, trátase de saber si la obligación consignada en el instrumento particular debe considerarse como una típica obligación de hacer (en este caso de hacer escritura pública), tal como dice el art. 1187 en su primera parte: "... será juzgada como una obligación de hacer...", en cuyo caso serían de aplicación las normas referentes a esa clase de obligaciones, recordando principalmente los arts. 629: "Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada..."; 630: "Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses..."; 631: "El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación, ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses", y consecuente con estas disposiciones, dice el art. 505: "Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:

- 1º) Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado;
- 2º) Para *hacérselo procurar por otro a costa del deudor*;
- 3º) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

El otro aspecto de la cuestión es determinar, si no obstante lo que expresa el art. 1187 en su primera parte (y por lo cual cabría la ejecución forzada ante el incumplimiento), la obligación debe resolverse en el pago de pérdidas e intereses, tal como lo señala el mismo artículo en forma expresa en su parte final.

4. Se advierte fácil la implicancia de la interpretación: según sea una u otra la posición que tomemos, muy distinta será la solución del caso. Si tomamos el ejemplo típico, ya que es el que con suma frecuencia se da en la realidad, del instrumento particular firmado por las partes por el cual se obligan a la transmisión de bienes inmuebles (el llamado "boleto de compraventa" de inmuebles), vemos que el acreedor puede:

- 1º) Tomando la primera solución: demandar al deudor para que le otorgue la escritura; en su defecto solicitar al juez que la otorgue por el deudor (ejecución por otro), o pedir daños e intereses.
- 2º) Tomando la segunda solución: demandar al deudor para que le otorgue la escritura; en su defecto, pedir daños e intereses (solución ésta que sería lo que a la letra expresa el art. 1187 en su parte final).

5. Anticipamos que las soluciones, tanto en doctrina como en jurisprudencia, son contradictorias. Parecería que el art. 1187 encierra una contradicción, desde que juzga a la obligación del art. 1185 como una obligación de hacer, y seguidamente le asigna efectos distintos que los que corresponden a esa clase de obligaciones, porque si ante el incumplimiento la obligación debe resolverse necesariamente en el pago de pérdidas e intereses, no estamos ante una típica obligación de hacer. Pero visto desde otro ángulo, también podemos decir que no es que le asigna efectos distintos, sino que no le adjudica todos los efectos, las plenas consecuencias, que corresponden a las obligaciones de hacer. Es decir, que la obligación del art. 1185 sería de hacer, pero con las limitaciones, para el caso de incumplimiento, que establece el art. 1187. Desde luego que éste es un problema de hermenéutica, que más adelante desarrollaremos.

## II — JURISPRUDENCIA.

### a) Primeros fallos y evolución.

6. Nos parece conveniente entrar en la consideración de la jurisprudencia, antes que de la doctrina, porque entendemos que casi todo cuanto hace a este problema ha sido elaborado más por la vía jurisprudencial que por la doctrina. Es relativamente breve el tratamiento del problema en la doctrina y es, en cambio, exhaustivo en la jurisprudencia por la controversia fecunda de magníficos jueces.

7. Interpretando el art. 1185 en un sentido literal, desde un principio la jurisprudencia sostuvo invariablemente que las partes debían comenzar por demandar previamente la reducción a escritura pública del instrumento privado, lo cual hacía necesario un segundo pleito para demandar la escritura de traspaso<sup>1</sup>. Es decir, que la persona provista

<sup>1</sup> LASALLE: "Derecho Civil", t. VIII, p. 248; SALAS: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Cometas, t. I, p. 131; SALAS: "Código Civil anotado", t. I, Art.

del documento protocolizado no poseía un título de propiedad, sino simplemente el derecho de entablar la demanda de escrituración. Pero luego se abandona esa interpretación, y a partir de un fallo de 1913, señala Lafaille<sup>4</sup>, se admite la demanda directa para solicitar la escritura de traspaso. Interpretación uniforme que se mantiene hasta nuestros días, y esto parece ser lo más lógico, ya que las partes al contratar es evidente que quieren obligarse a la escrituración del contrato de compraventa y no sólo del boleto<sup>5</sup>.

8. Del cúmulo de fallos que hacen a esta cuestión, entendemos que tres de ellos configuran la columna vertebral del problema, no sólo por haberse casi agotado en los mismos su estudio, y porque en ellos quedan claramente analizadas y fijadas las posiciones antagónicas, sino también porque son los que determinan en un momento dado el rumbo de la jurisprudencia.

Los tres fallos a que aludimos, y que sucesivamente iremos comentando, son los siguientes:

- 1º) *Caso Byrne v. Pons y otro*; Cám. Civil 1ª de la Capital, del 23 de diciembre de 1921<sup>6</sup>.
- 2º) *Caso Ferris v. Del Valle*; Cám. Civil 1ª de la Capital, del 15 de septiembre de 1922<sup>7</sup>.
- 3º) *Caso Casas de Francisco, Amalia v. Rodríguez Condé, Manuel*; Cám. Nac. de Apel. en lo civil en pleno de la Capital Federal, del 3 de octubre de 1951<sup>8</sup>.

#### b) *Polémica Repetto-Colmo.*

9. Tanto en el caso del año 1921, como en el de 1922, citados precedentemente, les ha cabido a los doctores Repetto y Colmo, en su carácter de camaristas, y a través de sus respectivos votos, sostener una viva controversia sobre el problema que estamos tratando.

El doctor Repetto sostuvo invariablemente que en el caso de no cumplimiento de la obligación de escriturar, ésta se resuelve en el pago de daños y perjuicios; posición compartida en ambos fallos por la totalidad de los camaristas, con la única excepción del doctor Colmo, tam-

1187, p. 493 y 494; Macuzo: "Exposición y Comentario del C. Civil Argentino", t. III, An. 1185, p. 499.

<sup>4</sup> Lasalle: obra cit., p. 244.

<sup>5</sup> Lasalle: "Curso de Contratos", t. I, p. 182.

<sup>6</sup> J. A., t. III, p. 1160.

<sup>7</sup> J. A., t. IX, p. 391.

<sup>8</sup> J. A., 191-IV-155; y La Ley, t. 64, p. 478.

bién en ambos casos, quien sostuvo que ante el incumplimiento puede el juez otorgar la escritura.

10. El primer caso, *Byrne v. Posee*, y otro, se trata de un juicio por escrituración de un boleto de compraventa. El juez de primera instancia había condenado a los vendedores a otorgar la correspondiente escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses. Los demandados consienten la sentencia; pero el vencedor la apela por entender que la condena subsidiaria al pago de los daños y perjuicios para la hipótesis de que la escrituración no se cumpla, lesiona su derecho a pedir el cumplimiento en especie de la obligación —como lo pide— y el otorgamiento de la escritura por el juez.

11. El doctor Colmo dice en su voto que repudia la jurisprudencia según la cual el incumplimiento de un boleto de compraventa (en el que no hay sea ni pacto resolutorio convenido— como ocurría en este caso—) se resuelve en la indemnización de daños. Sostiene que la obligación no es personal y que, por consiguiente, no cumplida por el deudor, debe ser cumplida por un tercero a costa de él —art. 505, inc. 2<sup>o</sup>— agregando además que se trata de una obligación de hacer, que se rige por las disposiciones para este tipo de obligaciones, art. 625 y ss., y que jamás en una obligación de hacer el deudor puede liberarse ofreciendo los daños, art. 631.

12. El doctor Repetto hace en su voto un minucioso análisis de la cuestión. Comienza por indagar las fuentes del código, y sostiene que Vélez ha seguido la solución que adoptó Freitas en su proyecto de Código para el Imperio del Brasil, que reconoce cierto efecto a la convención que debiendo ser hecha por escritura pública lo fuese por instrumento privado o verbalmente. Los arts. 1185 y 1187 del Código Civil corresponden exactamente a los arts. 1930 y 1931 de aquel autor<sup>1</sup>, de lo cual concluye: "en principio, pues, como sea la solución de Freitas así será la del Código Civil argentino".

Los textos del "Esbozo" citados, y el 951, núm. 3 que cita Freitas al final del 1931, haciendo una referencia, son los siguientes:

1930. "Los contratos que debiendo ser hechos por escritura pública, lo fueren por instrumento privado firmado, o que fueren hechos por instrumento privado firmado en que las partes se obliguen expresamente a reducirlos a escritura pública, no quedarán

<sup>1</sup> Coincidente con ello LAPALLA, obra cit., p. 248; SALAS, obra cit., p. 132.

concluidos como tales, mientras la escritura pública no fuere firmada, pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública, si los instrumentos privados hubieren sido judicialmente reconocidos o comprobados.

Es procedente esta disposición cuando los instrumentos privados fueren minutas, anotaciones del contrato, o cartas misivas, siempre que estén firmadas\*.

1931. "La obligación originada por estos contratos, hechos en la forma de instrumento privado, será juzgada como obligación de hacer, y la parte remisa sólo podrá ser demandada por la otra a efecto de que otorgue y firme escritura pública, bajo apercibimiento de resolverse la obligación en pérdidas e intereses (art. 951, núm. 3)".

Y el art. 951 que está ubicado en la parte que trata sobre las obligaciones de hacer, dice:

951. "Los efectos accidentales de la obligación de hacer, son los siguientes:

3º) Si el deudor no quiere ejecutarlo (se refiere al hecho), siendo él sólo quien puede hacerlo, el acreedor sólo tendrá derecho para pedir la ejecución de la obligación en las pérdidas e intereses".

Cita Repetto seguidamente, el art. 951, núm. 3, que Freitas intercala al 1931, y sostiene que él aclara ya bastante el alcance del art. 1931 en el sentido de que la obligación de hacer escritura pública se resuelve siempre en daños y perjuicios y constituye una obligación de hacer "sui generis".

Pero hay más, agrega: "Freitas, como en nuestro código civil, distingue, en cuanto a las facultades conferidas al acreedor, dos especies, diré, de obligaciones de hacer: a) las que sólo pueden ejecutarse por el deudor en persona, que constituyen la excepción, y b) las que pueden ser ejecutadas por otro, que representan la regla general.

En el primer caso, el acreedor sólo tiene el derecho de pedir el cumplimiento de la obligación bajo pena de resolverse en daños y perjuicios, en el segundo el acreedor tiene el derecho de pedir, a su elección, la ejecución del hecho con la conminación de ser autorizado a ejecutarlo por sí mismo o por un tercero a costa del deudor, o para exigir la ejecución del hecho con la conminación de resolverse la obligación en pérdidas e intereses.

\* FREITAS: "Código Civil", artículos citados.

Ahora bien, como el art. 951, núm. 3, contempla precisamente la primera hipótesis, no puede resultar más evidente que en la intención de Freitas la obligación de hacer escritura pública corresponde al género de las que en caso de no cumplirse, sólo dan derecho a los daños y perjuicios y jamás a la ejecución en especie por un tercero, y mucho menos por el juez".

(Es de hacer notar que Repetto llega a estas conclusiones partiendo del supuesto de que la obligación de escriturar sólo puede ser ejecutada por el deudor en persona, y en un párrafo de su mismo fallo lo dice expresamente cuando manifiesta: "...esa obligación de escriturar es como aquéllas de las que el deudor únicamente puede cumplir").

Finalmente, y luego de señalar algunas soluciones de la legislación extranjera, el doctor Repetto apunta algunas inconvenientes que a su juicio se sucederían, si se admitiese que el juez pudiera otorgar la escritura. Señala en especial el que se produciría "cuando el asunto se mira del lado del comprador, es decir, cuando es éste quien resiste la escrituración", ya que el juez no puede reemplazarlo eficazmente si no tiene en sus manos el dinero que representa el precio.

El fallo confirma la sentencia de primera instancia por el voto de los doctores Repetto, Pera, Juárez Celman, de la Torre y en disidencia Colmo.

13. En el segundo juicio, *Fessia v. Del Valle*, se dispone —como en el anterior— que en el caso de no cumplimiento de la obligación de escriturar, ésta se resuelve en el pago de daños y perjuicios.

En esta oportunidad el doctor Colmo se dedicó a replicar con detallado estudio, cada una de las afirmaciones que el doctor Repetto formulara en el caso anterior.

Admite que nuestro código ha copiado casi a la letra los preceptos del "Eboço", pero observa que la referencia que se hace en el art. 1931 (nuestro 1187) al art. 951, núm. 3, significa que en Freitas la solución de los daños e intereses que dicho art. 1931 contiene, debe ser entendida con arreglo al inciso 3 del art. 951, en el que se dispone que los daños e intereses proceden como solución meramente subsidiaria, cuando se trate de un hecho que "el sólo (el deudor) puede realizar", y no como parecería resultar de nuestro art. 1187 —agrega— del mero hecho de que el obligado se niegue a escriturar.

Expresa luego que, en el peor de los supuestos, quedaría en Freitas como en nuestro código un problema de hermenéutica. Y que a su juicio al art. 1187 corresponde interpretarlo dentro de la armonía de los principios esenciales del código como son los arts. 505, incs. 2º y 3º, 626



y m., 579 y m., 636, 740, 1204, etc., entre otros, que ponen a la evidencia —dice— el pensamiento del codificador, en el sentido de que éste quiere siempre, salvo objetiva imposibilidad, que toda obligación se cumpla en especie, y no mediante el sustitutivo de los daños y perjuicios.

Luego refuta que la obligación de otorgar una escritura sea personal; y manifiesta: “es personal la obligación que sólo puede ser cumplida por el deudor; un tenor reputado, un artista conocido, un abogado inimitable, etc. La obligación de otorgar escritura nunca puede ser, ni remotamente, personal. Todo lo que en ella aporta el obligado es el consentimiento y la firma; su consentimiento está reemplazado por la sentencia que le condena; su firma se halla sustituida por la de aquél (un extraño o el mismo juez) que firme por él; se trata de un acto jurídico, y cualquier acto jurídico puede ser realizado por mandatario”.

Hace algunas consideraciones acerca de la legislación extranjera, y finalmente rechaza los inconvenientes a que aducía el doctor Repetto en su voto, en especial a aquel caso en que el obligado que se rüega a escriturar es el que ha prometido comparec. Al respecto dice: “Yo no termino de asombrarme en este asunto. La contingencia es eventual y nada tiene que hacer con los principios en juego. Tan positivo es ello que puede ocurrir en cualquier otra situación: en una venta privada, en una venta judicial, etc. . .”.

Concluye el doctor Colmo citando numerosos preceptos del código, para demostrar la intención del codificador en el sentido de que la obligación se cumpla in natura. El art. 1187 —dice— debe ser interpretado de acuerdo con ese espíritu del legislador. Cuando en él se habla de daños e intereses, es, seguramente, porque se alude a la situación en que el cumplimiento es imposible”.

El doctor Repetto se limita a ratificar lo expresado en la causa *Byrne v. Fosse* y otro, ya comentada.

Votan los doctores Repetto, Pera, Juárez Colman, de la Torre, y en disidencia Colmo.

c) *Plenario del 3 de octubre de 1951.*

14. En el juicio *Cases de Franelco, Amalia v. Rodríguez Conde, Manjuel*, el 3 de octubre de 1951 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno de la Capital Federal, resolvió lo siguiente:

“Cuando en un juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntaria de un bien inmueble procede la condena a escriturar, puede el juez firmar la escritura si no lo hace el obligado”.

Esta decisión se logró por un ajustado margen de votos, ya que de un total de doce jueces, siete votaron a favor y cinco en contra de la solución del plenario.

Lo hicieron en el sentido afirmativo los doctores: J. Ramiro Pédetti, Alberto Baldrich, Saturnino F. Funes, Rafael E. Ruzo, Antonio Abina, Manuel G. L. Arias Gastex y Agustín Abina.

Lo hicieron en el sentido negativo los doctores: Miguel Sánchez de Bustamante, J. Miguel Bargalló, Roberto E. Chute, César H. Méndez Chavarría y Juan E. Coronas.

El fallo es importante no sólo, desde luego, por su carácter de plenario, sino también porque varios de los camaristas, en exhaustivos, ilustrados y muy bien fundados votos, trataron in extenso el problema. Y dado precisamente lo extenso de los votos, sólo hacemos un breve resumen de los mismos para sintetizar el sentido de cada uno de ellos.

15. En primer término se expide el Dr. Sánchez de Bustamante en un enojadísimo voto. Comienza por señalar que el problema que plantean los arts. 1185 y 1187 no es nuevo, y en ese sentido manifiesta: "El codificador no ideó una solución desconocida, ni introdujo una disposición incoherente o ambigua dentro de sus grandes construcciones jurídicas —obligaciones, contratos en general, compraventa, etc.—, por el contrario se inspiró en los antecedentes de la compraventa de bienes inmuebles y quiso dar una solución legal a una tradicional y ardua disputa, bien conocida entonces, inclinándose decididamente a favor de una de las dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales en pugna y en contra de la que adoptó el Código Napoleón. Este equiparó la promesa sinalagmática de venta a la venta: mientras nuestro código las distinguió expresamente y les atribuyó diferentes efectos".

(Obrévese, sin embargo, sin entrar a considerar ahora si la solución del art. 1187 es coherente o no con todo el sistema, que en más de una oportunidad el codificador vuelve en su obra disposiciones de distinta fuente que no amalgaman. Un ejemplo es precisamente, el haberse apartado en la compraventa del Código de Napoleón en cuanto para éste la promesa de venta equivale a la venta, y haber mantenido la solución de dicho código en la compraventa de cosas ajenas —art. 1599 del código Francés en que debe tenerse al tiempo del contrato, pues con él se opera la transmisión) \*.

\* Ruzo: "La venta de la Cosa Ajena", p. 12, Nº 3; p. 13, Nº 8: "... es forzoso concluir que en nuestro cód. civil falta la lógica. No podemos tomar la solución romana, y española, y del viejo derecho francés en materia de transmisión del dominio y la del código de Napoleón en materia de compraventa de cosas ajenas,

Hace luego el Dr. Sánchez de Bustamante un estudio que se remonta al derecho romano, pasa por el francés, Freitas, los borradores de Vélez, y concluye con estas consideraciones: "Por lo tanto, debe entenderse que en el sistema argentino, la obligación de escriturar la compraventa no consiste en el hecho impersonal, objetivo o material, de firmar el instrumento público... En el supuesto especial que examinamos, se trata nada menos que celebrar el contrato futuro en la forma impuesta por la ley, lo cual requiere el consentimiento de la parte para obligarse definitivamente a transferir la propiedad. Como la voluntad es incoercible, nadie puede obligar a una persona a vender, a menos que la ley disponga que el precontrato o promesa valga como venta actual, y nuestra ley dice lo contrario, sancionando el incumplimiento con los daños y perjuicios".

Finaliza admitiendo que no habría ninguna dificultad técnico-jurídica en que el juez otorgue directamente la escritura, o que la sentencia tenga el valor de título y sustituya a la escritura, etc., pero siempre que una ley de fondo reformara la legislación vigente. "Reconozco que nuestro código es susceptible de ser perfeccionado —agrega—, pero la reforma debe venir por la vía legislativa y abarcando el problema en su conjunto, ya que son graves y variados los efectos que pueden surgir de la sentencia constitutiva".

16. El doctor Podetti hizo en especial, consideraciones de aspecto procesal, y en ese sentido manifestó: "...la voluntad exteriorizada al convenir el contrato preliminar debe cumplirse (art. 1197), y de no ser así, al actuar el poder jurisdiccional, incitado por la acción y mediante el proceso, la voluntad del Estado, representado por el Juez, sustituye a la nueva exteriorización de voluntad que implica el cumplimiento de lo prometido, en todos los casos, salvo el de imposibilidad material... De ahí que puede afirmarse, que la cuestión en debate corresponde al estado de ejecución de la sentencia, porque en el período de conocimiento, el objeto del proceso es obtener la sentencia que reconozca el derecho y en el período de ejecución el objeto son los bienes o los actos u omisiones del deudor, que exigen la ejecución forzada o por vía indirecta.

Si admitiéramos la posibilidad de que el acto volitivo del vencido fuera factor indispensable para el cumplimiento de la sentencia que condena a escriturar, crearíamos un nuevo caso o arrepentimiento que el código civil no prevé... nécese que no se pretenda ejercer violencia

---

porque esta última se justifica, proclama, en virtud de haberse introducido una variante fundamental en aquel punto...." y p. 39, 39-40.

sobre las personas, ni coercibilidad sobre su voluntad, puesto que se trata, como he dicho, de un hacer en el cual puede y debe ser sustituido el querer actualizante de la voluntad ya expresada en el boleto y el acto material del cobro, por los del juez, que quiere y hace a nombre del Estado”.

Luego analiza los arts. 1183 y 1187 y expresa que de ambos resulta que el boleto de compraventa o contrato preliminar es un contrato concluso que obliga a un hacer: otorgar escritura pública; y el art. 1187 dispone que podrá demandarse la escrituración bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses, y crocegada se pregunta: “¿Pero es ésa una alternativa para el acreedor? De ninguna manera.—responde—, a ello se opone el sistema del código y la clara opinión de Vélez. Tratándose de una obligación, debemos recurrir a las normas sobre las obligaciones y el art. 505 nos señala en orden lógico y en gradación de posibilidades, los efectos de ellas”.

Indica, para concluir, que para completar la correcta comprensión de los arts. 1185 y 1187 que se refieren a una obligación de hacer, se debe recurrir a las disposiciones del código sobre las obligaciones de esa especie.

17. El doctor Funes, finalmente, hace una interesante observación sobre el consentimiento prestado en el boleto y al respecto dice: “Cuando se contrata por instrumento privado, cuyas formas se han cumplido, la venta de un inmueble, se compra y se vende, según la intención que las partes ponen en la celebración del acto. El vendedor se obliga a entregar el dominio del bien, mediante las prestaciones que a tal efecto ha de cumplir: la instrumental, con la escritura pública, y la material por la tradición... El fin perseguido está siempre dentro de una sola y única voluntad jurídica, definitivamente establecida por el consenso... Cuando las partes quieren arrepentirse o bien subordinar a un acontecimiento la existencia de la venta, la ley les reconoce los medios jurídicos para alcanzar esos efectos (arts. 1202 y 553 C. C.)... La escritura pública forma ad probationem, en el caso, es elemento de la eficacia última del acto, pero no de la esencia del consentimiento”.

Más adelante agrega: “No hay en el código, implícito, el denominado pacto de contrahendo, con potestad de arrepentimiento al comprar y vender inmuebles por actos privados, pues quien demanda la escritura demanda la compraventa y al pedir la ejecución del contrato—que lo es por el sólo mérito del consentimiento—pide la prestación debida, que coactivamente, si media resistencia del deudor, ha de cumplirse por ministerio de la autoridad judicial”.

Después de otras consideraciones sobre los arts. 1185 y 1187 y respecto de las soluciones en el derecho y la doctrina comparadas, termina votando afirmativamente.

### 111) Doctrina.

#### a) Nuestros autores.

18. Sostienen que ante el incumplimiento la obligación que estudiamos debe resolverse en daños y perjuicios: los civilistas Machado, Salvat, Ramónico, y Lafaille con ciertas reservas.

Sostienen la posición contraria, entre otros: Llerena, Colmo, y los precegalistas Jofré y Abina.

19. Machado en su comentario al art. 1187 expresa: "Se ha suprimido la palabra *escritura pública* que completa el sentido, debiera decir: "será jugada como obligación de hacer escritura pública", porque la obligación de escriturar no es en realidad una obligación de hacer en el sentido legal, desde que no es un servicio el que debe prestarse, art. 625. Si fuera obligación de hacer, el juez podría ordenar la escrituración, si con ello se conformara la otra parte, y sin embargo, no puede llevarse a cabo. En el sentido legal, lo que ambas partes se obligaron es a hacer la escritura pública; si no se hiciera, se pagarán los daños y perjuicios porque el contrato no se lleva a efecto, reglándose según lo dispuesto en esta materia...".

Sin embargo, esto no estaría muy acorde con el comentario que hace al art. 1185; sobre el mismo dice: "Los contratos tienen dos momentos: uno preparatorio, que antiguamente se llamaba la perfección, y otro en que se concluye o se consume. Cuando por instrumento privado se ha vendido un inmueble, se ha concluido un contrato, la venta se ha realizado y las partes deben cumplirla; en la legislación anterior al código se autorizaba para demandar su ejecución; pero éste sólo da derecho para pedir la escritura pública, que en mi opinión significa lo mismo; en efecto, escriturar la venta es realizarla, es pagar el precio y recibir la cosa; luego pedir la escrituración es demandar la ejecución del contrato. Buscando, sin duda, la separación de esos dos momentos, es que ha sido inducida en error una de las Cámaras de Apelación de la Capital, exigiendo se extienda en escritura pública el boleto de enajenación, para demandar enseguida la ejecución del contrato" (se

<sup>18</sup> Machado: "Exposición y Comentario del Cód. Civil Argentino", t. III, Art. 1187, pág. 498.

refiere aquí Machado a la posición —hace tiempo abandonada— de la jurisprudencia de principio de siglo, que señalamos en el N° 7).

Más adelante agrega: "Ahora bien; cuando el contrato es de aquellos que por su naturaleza deben reducirse a escritura pública, como la venta de inmuebles, por ejemplo, el acto queda concluido como obligación de hacer escritura pública, y no da derecho para demandar la cosa al uno y el precio al otro directamente; pero lleva consigo estas acciones al pedir la escrituración, pues se pide virtualmente la entrega de la cosa y el pago del precio. Los objetos de la escrituración coinciden en estos casos con el cumplimiento del contrato..."<sup>10</sup>.

20. Salvat no es muy extremo sobre el tema; manifiesta que en el caso en que las partes han otorgado el contrato en instrumento privado, éste vale como contrato en que se han obligado a hacer escritura pública, con el alcance de que se puede reclamar directamente el otorgamiento de la correspondiente escritura y el cumplimiento del contrato, bajo pena de daños e intereses, o la resolución del mismo. Y con respecto a la discusión sobre si las partes pueden exigir el otorgamiento de la escritura por la autoridad judicial, se limita a señalar la solución que la vieja jurisprudencia había consagrado —la jurisprudencia anterior al plenario de 1951 y posterior a la de principio de siglo"<sup>11</sup>.

La opinión de este autor resulta clara además al hablar del contrato de compraventa; refiriéndose al mismo dice: "La compraventa es un contrato puramente consensual... por excepción tiene carácter formal en el caso de compraventa de inmuebles, en el cual la escritura pública es exigida ad probationem y, a falta de otorgamiento, puede ser reclamada, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de daños e intereses —arts. 1185 y 1187"<sup>12</sup>.

21. Pero Acuña Ancoena en la nota que pone al número 152 de Salvat, es decidido partidario de la solución contraria. Cita en ella a Babiloni y dice: "En una extensa y bien fundada nota al art. 1322 propuesto, Babiloni combate, victoriosamente a juicio nuestro, la interpretación con arreglo a la cual ante la negativa del demandado a extender la escritura pública, la obligación debe resolverse en la de pagar daños e intereses"<sup>13</sup>.

22. Remónico plantea el problema de la obligación de escriturar, menciona la doctrina y la jurisprudencia que tratan el caso, y tomando

<sup>10</sup> MACHADO: *obra cit.*, art. 1185, pág. 493.

<sup>11</sup> SALVAT: *obra cit.*, Nros. 148 a 152, págs. 130 y 131.

<sup>12</sup> SALVAT: *obra cit.*, N° 477, pág. 328.

<sup>13</sup> SALVAT: *obra cit.*, pág. 152, nota N° 146.

posición dice en una nota de su texto: "Por nuestra parte compartimos la opinión de Lafaille: de jure condendo, de lege ferenda, como aspiración, como solución más exacta, justa y jurídica, entendemos que debería aplicarse la norma general de los artículos 505, inc. 2º, 626, 629 y 630, y firmarse la escritura por el juez o por un tercero, en caso de repase el vendedor. Las obligaciones y los contratos se hacen para ser cumplidos, y la solución de los daños y perjuicios es siempre subsidiaria y última, para el caso de que el cumplimiento de la prestación convenida sea verdaderamente imposible de ejecutar por otro que el obligado, o que sea de ejecución imposible porque la cosa ya no existe en poder del promitente, que la ha vendido a otro, o la ha permutado o donado, o que ha sido desposeído de la misma por una venta forzada, por ejemplo, por ejecución judicial.

Pero si esa es nuestra opinión de jure condendo, también entendemos que de jure conditio, ante los claros términos del art. 1187 vigente, en su parte final, y mientras no se sancione una norma contraria, como el art. 619 del Proyecto de Reformas de 1936, es forzar el texto de aquel precepto el proceder a la escrituración por el juzgado, como lo propongan Llerena, Bóhloni, Colmo y Jofré"<sup>18</sup>.

Agrega seguidamente Rozónico, que la aplicación fiel de la norma del art. 1187 no perjudicaría al comprador, pues la indemnización ante el incumplimiento del vendedor debe ser amplia, abarcando todos los perjuicios que se deriven de ese incumplimiento, inclusive el lucro cesante que puede consistir en el mayor valor actual de la cosa con relación al precio de venta"<sup>19</sup>.

23. Lafaille sostiene que el problema parece definitivamente resuelto dentro de nuestro derecho positivo por la recordada disposición del art. 1187 que no se presta a ninguna duda, en el sentido de que en el caso de rehusarse a la escrituración una persona, aún después de la sentencia que lo obliga a ello, no se le puede compeler sino por medio de la indemnización de daños y perjuicios. Pero agrega que ante los abusos que se han producido en épocas de oscilación, no sería imposible arbitrar los medios que permitieran llegar al otorgamiento de la escritura por los jueces, siempre que no mediara verdadera imposibilidad, pero todo ello cuando se reformara la ley"<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Rozónico: "Ensayo de los Contratos en nuestro derecho civil", t. I, pág. 286, nota N° 31.

<sup>19</sup> Rozónico: *ibem cit.*, ídem.

<sup>20</sup> Lafaille: "Curso de Contratos", t. I, págs. 188 y 189.

Pero sin embargo en su Tratado, edición de 1933, en el cual incluye un comentario al plenario de 1951, manifiesta: "Por mucho que Vélez entre el sistema del proyecto Español —art. 1202— (se refiere al proyecto de García Goyena), que negaba valor a los actos desprovistos de la forma legal, y el de Freitas —arts. 1990-1991—, que los consideraba como imponiendo la necesidad de llenar aquél extremo, hubiera optado por este último, no se sigue que invariablemente rigiera el pago de los daños y perjuicios cuando mediare resistencia. A menudo se arguye, que no son aplicables todas las reglas concernientes a las obligaciones de hacer, estimando esta situación como un caso particular. Pero cuando se tratara —como es lo más frecuente— de acuerdos previos a la compraventa y la cosa estuviere a la orden del juez —a consecuencia de un embargo, por ejemplo—, o en manos del propio deudor, no se advierte qué dificultad podría presentarse, una vez pronunciado el fallo, si el vencido se rehusara a comparecer (quiere decir que no se advierte qué dificultad podría presentarse en aplicar todas las reglas de las obligaciones de hacer). Con generalizar una medida previa de esta índole se pondría coto al abuso, ya que el régimen opuesto permite desistirse en todo momento, a trueque de la indemnización, lo que prolonga las causas, y no siempre se presta para una prueba sencilla. En un ambiente donde tanto se ha especulado sobre inmuebles, estas dilaciones dan margen para negociar el bien con utilidad apreciable, debiendo agregarse que la práctica de la seña y la posibilidad de liberarse con su pérdida o la restitución doblada, según que las hubiera entregado o recibido —arts. 1189 y 1202— favorecen todavía estas maniobras ilícitas. Exceptuada la última situación, nos hallaríamos frente a la posibilidad de eludir el cumplimiento mediante la oferta de los daños y perjuicios, solución contraria a la justicia y a los principios admitidos.

Son, pues, de suma gravedad —concluye Lafaille— las consecuencias que acarrea la interpretación hasta ahora vigente (se refiere a la interpretación que regía antes del plenario de 1951), aparte de ser demasiado literal. Recordemos que la Reforma ha procurado introducir temperamentos más prácticos y previsores, y celebremos el cambio realizado<sup>114</sup>.

Y este pensamiento se completa con lo que el mismo autor expresa en la nota N° 126: "Ante la tardanza de una reforma, si llegara a mantenerse la jurisprudencia (la del plenario de 1951), se obtendrían resul-

<sup>114</sup> LAFAILLE: obra cit., t. VIII, págs. 246 y 247.



tados benéficos, que no podríamos censurar quienes los hemos proconizado como una esperanza de *jure condendo*"<sup>18</sup>.

Es decir, en resumen, que Lafaille ha sostenido en un principio que ante el incumplimiento la obligación debe resolverse en daños y perjuicios, propiciando al mismo tiempo una reforma de la ley en el sentido de que pudiera permitirse expresamente que el juez otorgara la escritura en defecto del deudor remiso. Pero luego, ante la tardanza de esa reforma, y sin abandonar del todo su posición primitiva (pues sigue aspirando a la reforma legislativa), admite y propicia la doctrina sustentada por el pleuario de 1951.

24. Llerena es decidido partidario de la tesis de la ejecución forzada, o sea, de que el juez puede otorgar la escritura pública.

Hace en su Tratado un análisis de los artículos del código y de sus fuentes y concluye, igual que Colma, en que la indicación de Freitas al inciso 3º del art. 951 sólo se refiere a aquellas obligaciones que no pueden ser ejecutadas por otros que el deudor personalmente.

Y agrega: "Lo único que puede hacer que no se cumpla una obligación es la imposibilidad material de hacerla ejecutar a la fuerza, como sería el caso en que hubiera que hacer violencia personal a una persona para que haga lo que personalmente tiene que hacer. Pero toda vez que el hecho se puede hacer ejecutar por otro, lo justo y lo racional es que otro lo haga por él. En este caso se encuentra la escritura de venta y la entrega de la cosa vendida, que puede hacerlo el juez"<sup>19</sup>.

Con referencia al art. 1187 expresa Llerena: "Se dice que este artículo no autoriza la ejecución forzada, porque para esto se necesita una violencia personal, y que por esto el codificador ha determinado en el mismo artículo el único derecho que tiene el acreedor en caso de inejecución por el demandado.

Hemos contestado ya todas estas observaciones en el comentario a los art. 505 y 629; contestaremos a más que lo de la violencia personal no existe; y si existe, es exactamente de la misma naturaleza de la que se empleará para hacer pagar al demandado los daños y perjuicios. Supóngase que éste se resiste a escriturar un inmueble vendido; que a consecuencia de esto se le condena a pagar daños y perjuicios; también se resiste a esto; ¿qué se hace en tal caso? Se le embargan bienes, en muchos casos la misma cosa vendida, se sacan a remate, y como el demandado sigue resistiéndose y no firma la escritura de venta, el juez

<sup>18</sup> LAFAILLE: *obis cit.*, pág. 246, nota N° 126.

<sup>19</sup> LLERENA: "Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino" t. IV pág. 278.

aprueba la venta, firma la escritura de enajenación y da posesión al comprador en remate, y si el ejecutado resiste la entrega, el juez la hace cumplir *manu militari* y las cosas quedan terminadas.

Como se ve, el juez hace aquí exactamente en favor del comprador en remate, lo que se niega pueda hacer en favor del comprador particular. Luego, la razón de la violencia personal no existe.

Se dice que esto se hace en virtud del cumplimiento de una sentencia; perfectamente; la escrituración a favor del comprador particular, la posesión al mismo por la fuerza pública, sería también en cumplimiento de la sentencia que ordena escriturar, que tiene tanta fuerza como la que manda pagar daños y perjuicios.

Si para llevar a cabo esto último se va a necesitar un procedimiento exactamente igual al que se necesitaría para llevar a cabo la venta cuyo cumplimiento se demanda, ¿por qué no hacer cumplir lo pactado? ¿Porqué no aplicar los principios consagrados por los arts. 505, 629 y sus concordantes<sup>25</sup>.

25. Colino, cuya edición consultada es de 1928, critica la jurisprudencia corriente en esa época y reitera sus puntos de vista sobre el particular, coincidentes con los sustentados como magistrado, sobre los cuales ya hemos hecho referencia en el N° 11 <sup>o</sup>.

26. Jodré, en *Jurisprudencia Argentina*, en comentario al fallo producido en el juicio *Alan v. Basterreix y Cia.*, hace diversas consideraciones especialmente de aspecto procesal; sostiene que la del art. 1187 es una obligación de hacer y que en caso de rehusarse el deudor al cumplimiento de ella, no se convierte en una obligación alternativa, sino que procede la ejecución por otro. En el caso de la escrituración, no se emplea coacción sobre el demandado —dice— desde que la escritura pública de venta la firmará el juez<sup>26</sup>.

27. Alsina, en su Tratado, se refiere exclusivamente a la cuestión procesal y, precisamente considera el problema en el capítulo que trata sobre la ejecución de la sentencia.

Al respecto dice: "Una de las cuestiones más controvertidas es la que se refiere al cumplimiento de la sentencia que impone la obligación de otorgar una escritura pública. Salvo algunos pronunciamientos en contra, en general, la doctrina y la jurisprudencia, se han inclinado en el sentido de que si la parte condenada se resiste a firmar la escritura, el

<sup>25</sup> LAMENAI *obis cit.*, págs. 274 y 275.

<sup>26</sup> COLINO: "De las obligaciones en general", t. I, N° 360, pág. 252.

<sup>27</sup> JODRÉ: "Jurisprudencia Argentina", t. VI, pág. 205.

juiz puede hacerlo en su reemplazo, siempre que el bien no hubiese salido del dominio del deudor.

Para nosotros —agrega— ésta es la solución exacta. El art. 320 del código de procedimientos, al reglamentar el juicio ejecutivo, autoriza al juez a otorgar la escritura del inmueble vendido si el ejecutado se negase a ello. Si esta es la solución del legislador, tratándose del cumplimiento de sentencia dictada en base a un título ejecutivo extrajudicial, en el que sólo existe una presunción de veracidad, no se explica porqué ha de ser otra cuando se trate de la ejecución de una sentencia dictada en juicio contradictorio, respecto de cuya eficacia no cabe discusión alguna. El cumplimiento de la sentencia de tramos y remate en el juicio ejecutivo y la ejecución de sentencia en el ordinario, no son sino dos aspectos de la ejecución forzada, de modo que los criterios no pueden ser diferentes<sup>144</sup>.

#### b) *Anteproyecto de Biblióni.*

28. Biblióni reproduce con ligeras variantes nuestro art. 1184; suprime el art. 1188 por quedar comprendido en el art. 1321 de su Anteproyecto, y el 1189 por repetir lo que está dispuesto en los arts. 652 y 1202, según Biblióni mismo lo expresa en sus aclaraciones. Al tratar de la forma de los contratos, el art. 1320 dice (corresponde al 1184): "Deben ser hechos en escrituras pública....."

1º) Los contratos que tuvieren por objeto la constitución, modificación, transmisión, o extinción de derechos reales sobre inmuebles".

2º) —

1321. (corresponde al 1185) "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, o verbalmente, o cuando por ellos las partes se hubiesen obligado a reducirlos a escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras la escritura no se firma; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

Quedan sometidos a las disposiciones de este código sobre inexecución de esa clase de obligaciones".

En el comentario a este artículo dice Biblióni que la variante, es decir la inclusión de la expresión "verbalmente", tiene por objeto com-

<sup>144</sup> ALZOLA: "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t. III, Nº 24, págs. 116 y 117.

prender lo dispuesto por el art. 1180 al cual, según ya expresamos más arriba, Bibiloni suprime.

1322. (modifica al 1187) "En el caso del artículo anterior, la parte que se resistiere a cumplir la obligación podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.

Si el condenado no ejecuta lo ordenado, el acreedor puede exigir la ejecución forzada, y el juez otorgará la escritura, siguiéndose el procedimiento establecido para el apremio en el juicio ejecutivo, y el cumplimiento de las sentencias".

1323. (corresponde al 1186) "El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdrá sin la escritura pública".

29. En el comentario a su art. 1322, Bibiloni expresa: "La redacción del actual artículo 1187 ha dado lugar a una interpretación que la propuesta trata de impedir. Se ha considerado que su letra establecía una obligación alternativa a favor del condenado a otorgar la escritura pública, dejando a su elección cumplir la sentencia, o abonar daños y perjuicios.

No es esa la regla general de las obligaciones de hacer: art. 629. Son obligaciones jurídicas y deben cumplirse por ejecución de la prestación. Esa es la regla legal. No hay otra excepción que la resultante de ser el hecho necesariamente prestado por el deudor. Pero la obligación de otorgar una escritura pública no tiene ese carácter. Todos los días otorgan los jueces las escrituras necesarias para la transmisión de los inmuebles que han sido objeto de las ejecuciones forzadas, sea en juicio ejecutivo, sea en concurso civil o comercial. Esto demuestra definitivamente que estamos en el caso de los arts. 629 y 630. El hecho puede ser cumplido sin emplear violencia en el deudor".

Agrega más adelante Bibiloni: "Dispone el art. 1187 que en caso de negarse el deudor a otorgar la escritura, podrá ser demandado para que lo efectúe, so pena de resolverse la obligación en daños e intereses. Si no hubiera otra consecuencia posible que la última solución, sería comprensible. ¿A qué viene entonces la demanda? Ya se sabe que hay negativa a otorgar el instrumento. Sería la única acción posible la de indemnización, si sólo ésta procede en el caso de negativa y toda la demanda se funda en que esa negativa se ha producido. No hay acción sin ella. La ley debería decir, entonces, que en tal caso la parte sólo puede demandar daños e intereses. Entre tanto lo que dispone es que puede demandarse el otorgamiento de la escritura. Si quedan dudas,

¿por qué no resolverías por aplicación de las disposición expresa de la ley? El art. 629 queda violado en otra hipótesis.

Hay que pedir la ejecución forzada y no la indemnización cuando el hecho no se ha cumplido. Sólo cuando ha de emplearse la violencia es que se substituye la acción por la de daños”<sup>22</sup>.

c) *Proyecto de la Comisión Reformadora.*

30. La Comisión Reformadora en su Proyecto de 1936, sigue los lineamientos trazados por Biliboni. Al igual que éste suprime el art. 1188 que queda comprendido en el 818 del Proyecto, y modifica sustancialmente el art. 1185 en el sentido propuesto en el Anteproyecto.

Pero con mejor criterio sistemático elimina el art. 1186 como norma autónoma, la cual pasa a integrar el 818 en su última parte.

Al tratar de la forma de los contratos, los artículos 817, 818 y 819 dicen:

817 (corresponde al actual 1184, y al 1320 de Biliboni). “Deben constar en escritura pública, bajo pena de nulidad:

1º) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre inmuebles”.

2º) ...

818 (corresponde al actual 1185, y al 1321 de Biliboni). “Los contratos que debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueran otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviese firmada aquella escritura. Valdrán sin embargo, como contratos en que las partes se hubieran obligado a cumplir formalidad.

Estos actos, como aquellos en que los interesados se comprometieron a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre las obligaciones de hacer.

El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubiesen convenido que el acto no valdría sin la escritura pública” (esta última parte corresponde al actual 1186, y al 1323 de Biliboni).

819 (modifica al actual 1187, y corresponde al 1322 de Biliboni). “En el caso del artículo anterior, la parte que refusare cum-

<sup>22</sup> Bazzano: “Anteproyecto de Reforma al Código Civil”, t. II, artículos citados y sus comentarios, pág. 198 y ss.

plir la obligación podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.

Si el comprador pidiera el embargo del inmueble, materia del contrato, el juez lo decretará, previo depósito del precio que corresponda pagar en el acto de la escrituración.

Cuando la sentencia condenare a escriturar, y alguna de las partes no hubiere concurrido al otorgamiento, el juez, llenadas las condiciones del contrato, podrá firmar el instrumento por el litigante remiso<sup>31</sup>.

31. En el informe que la Comisión remite al Poder Ejecutivo, capítulo "De la forma de los contratos", dice escuetamente:

"En lo que concierne al 1187, pensamos que no hay razones serias para autorizar la resolución del contrato mediante el pago de los daños y perjuicios, cuando negándose el obligado a firmar la escritura, pudiera ella ser otorgada por el juez. Únicamente en el supuesto de que hubiera necesidad de emplear violencia contra la persona, podría admitirse aquella solución. Para mantener la igualdad entre las partes, se ha dispuesto que ordenada la escrituración por sentencia, el magistrado sólo firmará por el deudor, una vez cumplidas todas las condiciones del contrato. Con igual propósito, hemos colocado en este artículo un párrafo sobre el modo de proceder en la compraventa, caso de aplicación más frecuente"<sup>32</sup>.

#### IV — NUESTRO ANÁLISIS

##### a) La interpretación de las normas jurídicas.

32. La cuestión de la interpretación de las normas jurídicas plantea serios problemas, y ha ocasionado y ocasiona arduas disputas, cuya consideración excede los motivos de este trabajo.

Pero no podemos dejar de tomar en cuenta, aunque sea someramente, algunos aspectos del problema, ya que tratar de decir qué camino debe seguirse ante lo dispuesto en un artículo del código, es una cuestión de interpretación. Como dice Kelsen: "Toda norma debe ser interpretada para su aplicación..."<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Comisión Reformadora de 1896: "Reforma del Código Civil", t. II, artículos citados.

<sup>32</sup> Comisión Reformadora de 1896: *Ibidem* cit., t. I, "Informe de la Comisión" pág. 188.

<sup>33</sup> Kelsen: "Teoría Pura del Derecho", p. 168.

33. En principio digamos que esto se vincula con los métodos de interpretación, y con la elección de los mismos. ¿Podemos echar mano de los métodos tradicionales para interpretar?, y en caso afirmativo, ¿con cuál de ellos lo haremos: con el gramatical, con el exegético, con el histórico, con el de la jurisprudencia de conceptos, con el teleológico...? Porque es evidente que de la elección del método depende el resultado, o sea que las conclusiones son distintas si distintos son los métodos que seguimos.

34. Y además, ¿nos servirán esos métodos para nuestro propósito? Tomemos algún ejemplo: si nosotros tratáramos de interpretar por medio del método exegético, cuya premisa fundamental es “conocer la voluntad del legislador” para desentrañar el sentido de la norma, veríamos que nuestro Código Civil se aprobó a “libro cerrado” y nos encontraríamos con una inmensa laguna para resolver el problema por medio de ese método; podríamos recurrir al autor del proyecto, pero no es un legislador, es un extraño al cual ni siquiera la legislatura le encomendó nada.

Y aún yendo al autor del proyecto (que evidentemente es el “legislador”), como hace el doctor Sánchez de Bustamante en el plenario de 1931, en que ha estudiado los borradores de Vélez, ¿será lo más correcto tomar en cuenta esas impresiones escritas entre 1854 y 1863, para aplicarlas al mundo distinto de un siglo posterior? Una réplica inmediata se impone: el código vigente es de 1860. Pero ¿es que el código que hoy rige es el que escribió Vélez?, o es el actualizado y puesto al día no sólo por las leyes, sino —en especial y en forma más dinámica— por la jurisprudencia que exigida por la cambiante realidad de la vida debe dar soluciones acordes con esa realidad?

35. Si empleáramos el método gramatical, por ejemplo, vemos que el mismo art. 1187 dice que la obligación es de hacer y a región seguida dispone que su incumplimiento se resolverá en daños e intereses. Rápida se advierte —interpretando gramaticalmente— que hay una contradicción, ya que los conceptos son excluyentes; si la obligación es de hacer, no puede resolverse en daños e intereses; y a la inversa, si sólo puede resolverse en daños e intereses no estamos ante una obligación de hacer.

Entonces se puede expresar, como lo hace el doctor Repetto en el caso “Byrne v. Press”, haciendo suyo lo manifestado por el doctor Pera: “Es una obligación de hacer sui generis, que tiene en las disposiciones citadas una sanción también especial que precisa sus efectos propios respecto del acreedor”. Es perfectamente lícito y es un buen argumento,

pero si decimos eso, no estamos interpretando gramaticalmente, atendiéndonos a la letra, sino que realizamos algo distinto: una operación intelectual por la cual tratamos de armonizar una (¿aparente?) contradicción de un artículo del código, con todo el sistema del mismo.

36. Desde luego que éste es un problema de axiología, de valoración; nada obsta a que tomemos un método y arribemos a un resultado, pero importa saber si es el más correcto, si es que aspiramos a dar la mejor solución posible al caso.

Sobre los métodos tradicionales, dicen Aftalión, García Olano y Vilanova: "Si tuviéramos que señalar algún rasgo común de todos estos métodos, diríamos que ese rasgo debe verse en la pretensión, por todos ellos perseguida, de constituir el método por excelencia, la receta infalible para extraer de la ley la única decisión correcta a través de un proceso estrictamente intelectual en que el intérprete sólo pondría a contribución su entendimiento, pero no su voluntad. Pero ocurre que, en los hechos, ninguno de los métodos tradicionales ha demostrado ser capaz de desplazar totalmente a los otros, lo que se pone de manifiesto cuando se repara en que se han ido acumulando más que reemplazando, de lo que es buena prueba el caso, relativamente frecuente, de los jueces y doctrinarios que, para reforzar sus conclusiones, invocan la concordancia de los resultados obtenidos por los más diversos procedimientos metodológicos".

37. Estas y otras dificultades, que sólo pretendemos dejar señaladas, se presentan con motivo de la interpretación. Además, interpretar es un modo de conocer, ¿pero qué es lo que hay que interpretar? Este es otro interrogante que también, modernamente, se plantea la doctrina.

Para Kelsen es la norma. Al respecto dice: "Esta es una operación (la interpretación) del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior (hace referencia a la estructura jerárquica del orden jurídico). En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer... En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico".

\*\* AFTALIÓN, GARCÍA OLANO Y VILANOVA: "Introducción al Derecho", t. I, p. 468.

\*\* KELSEN: *obra cit.*, p. 163.



Además para Kelsen las normas son un marco abierto a varias posibilidades, y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no se sale de ese marco. Consecuente con ello expresa: "La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar"<sup>31</sup>.

Y respecto de los métodos de interpretación dice: "La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta"<sup>32</sup>.

Pero mientras para Kelsen lo que se interpreta es la ley, para Casso lo que se interpreta es la conducta humana mediante la ley, porque lo que evidentemente queda conocido en su verdadero sentido —dice— es la conducta mentada por la norma<sup>33</sup>.

38. Planteados así los problemas, no se pretende dar soluciones, pero se quiere hacer notar que es un tanto incomprensible la manifestación de alguna doctrina o de algún juez, cuando haciendo su propia interpretación a través de uno o varios de los métodos o caminos elegidos, sostienen ser poseedores de una unívoca razón.

#### b) El cambio de la jurisprudencia.

39. Es interesante señalar, como ya se ha hecho, la evolución de la jurisprudencia, y el vuelco dado en el plenario de 1951; si bien la controversia no ha concluido sino sólo por la fuerza obligatoria del plenario, ya que como se ha expresado la decisión se logró por estricta mayoría, pues de doce jueces, siete votaron a favor y cinco en contra.

Sin embargo la ley es la misma, las normas no han variado, ¿y cuál es el motivo por el que los jueces dan ahora una solución distinta a la que daban hace algunos años, ante circunstancias similares?

<sup>31</sup> Kelsen: *ibem cit.*, pág. 166.

<sup>32</sup> Kelsen: *ibem cit.*, p. 167 y 168.

<sup>33</sup> Casso: "Teoría de la Verdad Jurídica", p. 254.

Lafaille mismo, cuyo pensamiento ya hemos resumido, podría ser el ejemplo para una respuesta: primero sostuvo —a tenor de la letra del código— que la obligación debía resolverse en daños y perjuicios; y de lege ferenda la solución contraria, que debía venir por vía legislativa. Pero con el tiempo las situaciones de hecho cambian, otra es la economía, otra es la realidad de la vida, se especula y se abusa y la reforma legislativa no llega. Y entonces no vacila en aplaudir la variación de la jurisprudencia que suple —aunque no formalmente— la reforma legislativa; y propicia su mantenimiento “por los resultados benéficos —dice— que no podríamos censurar quienes los hemos preconizado como una esperanza de *iure condendo*”<sup>44</sup>.

Y si declinamos que otra es la realidad, debemos corregir lo que deliberadamente habíamos expresado arriba: no son similares las circunstancias, sino los hechos (el hecho de concluir un contrato de compraventa de inmueble en instrumento privado, etc.). Hay diferentes pronunciamientos ante hechos similares, pero las circunstancias son distintas.

40. Sobre este mismo particular, es extremadamente claro Cueto Rúa cuando dice: “... Y sin entrar a considerar el argumento práctico de la morosidad legislativa, no se ve qué razón de ciencia pueda existir para negar a los jueces que sentaron una jurisprudencia cuando los hechos sociales presentaban ciertas características, la facultad de modificarla cuando esos hechos cambian. Tales cambios se operan dentro del ámbito lógico que delimitan los conceptos generales de la ley. Las leyes permiten variadas interpretaciones, todas ellas lógicamente fundadas. El que los jueces elijan una de ellas y no otras, depende de la naturaleza de los hechos que juzgan, y de la objetividad de la elección. Una interpretación justificada por su intrínseca justicia, que le asegura el apoyo comunitario, deja de justificarse cuando han cambiado las circunstancias y en vez de lograr justicia, alcanza el resultado opuesto. En ese caso lo que corresponde es que los jueces elijan la más justa de las interpretaciones lógicamente posibles de la misma ley. A los jueces corresponde hacer justicia mediante la aplicación del Derecho.

El cambio de jurisprudencia no es arbitrario, cuando se apoya en la modificación fáctica de las circunstancias, y se ejercita dentro del ámbito suministrado por las normas generales del ordenamiento jurídico”<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> LAFAILLE: obra cit., N° 229, nota N° 128.

<sup>45</sup> CUETO RÚA: “Fuente del Derecho”, pág. 143.

Y agrega más adelante: "... Los cambios jurisprudenciales pueden encontrar su fundamento, también, en el distinto énfasis que se otorgue a algunos valores jurídicos, en desmedro de otros" <sup>41</sup>.

c) *El juez puede otorgar la escritura en nombre del deudor.*

41. Nos decidimos por la solución que establece que el juez puede otorgar la escritura en lugar del deudor remiso (ejecución por otro en la obligación de hacer), y lo interpretamos así, no sólo por creerla la mejor solución, la más justa, sino por que es también la que mejor armoniza con el sistema del código.

Entendemos que ese criterio debió privar desde un principio, con mayor razón todavía si la modificación fáctica de las circunstancias lo hacen necesario.

42. De las disposiciones del código, se infiere un principio: los contratos se hacen para cumplirse. Si se admite que puede derogarse unilateralmente lo convenido en el boleto, se está en pugna con todo el sistema del código. ¿Dónde quedan los artículos 1137 y 1197? Risolía, señalando el derecho resumido en los códigos liberales que siguen la tendencia revolucionaria a partir del código de Napoleón, dice: "Quien ha expresado una voluntad limpia de los vicios que la ley prevé, se halla ligado a ella y sujeto a las responsabilidades emergentes. Quien cumple un acto quiere sus efectos y soporta sus consecuencias" <sup>42</sup>.

Y al referirse a la crisis del principio de la fuerza obligatoria del contrato que es —dice— de fácil percepción, manifiesta que no entra a indagar el fundamento de esa fuerza obligatoria pues son numerosos los ensayos de juristas y filósofos, pero agrega: "Lo que sí debemos decir es ... que el respeto de la palabra empeñada seguirá siendo siempre uno de los pilares básicos del sistema jurídico" <sup>43</sup>.

Por eso no se justifica la interpretación que pone a favor del deudor un motivo más para resolver un contrato: su simple voluntad. Si no hay pacto comisorio expreso, ni señal, ni se usa de las facultades que acuerda el art. 1186, no se ve por qué y precisamente a favor del deudor, y por su sola voluntad, debe jugar la resolución del contrato.

Y es más aún, si el deudor no cumple, la determinación del resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de la condena a

<sup>41</sup> CORTO RUA: obra cit., pág. 144.

<sup>42</sup> RISOLIÁ: "Soberanía y Crisis del Contrato", p. 33.

<sup>43</sup> RISOLIÁ: obra cit., pág. 131.

<sup>44</sup> SALAS: obra cit., p. 695, que remite al fallo respectivo.

escriturar en el plazo señalado por la sentencia, debe hacerse en juicio independiente, ha dicho la jurisprudencia”.

43. Hemos visto ya que aún la doctrina que sostiene que la obligación debe resolverse en daños e intereses, propicia de iure condeño la solución contraria, o por lo menos no se manifiesta en contra de la reforma. La única objeción que pone es que ésta debe hacerse por vía legislativa.

Pero si de interpretar se trata, no se advierte qué dificultad existe en elegir la solución que ellos mismos sienten como más justa; ya que en el marco de posibilidades legales las dos soluciones caben, en el trance de optar, quizá corresponda tomar la que valoramos más justa.

Ni el art. 1187, ni sus fuentes, son de una claridad tan meridiana que nos permita afirmarnos sin reservas en una de las soluciones.

El art. 1187, no prohíbe que el juez otorgue la escritura; dice: “... bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses”; ¿por qué no entender que esto juega para el caso en que la escrituración se haya hecho imposible?

Pero dos serían objeciones, que a continuación desarrollaremos, se han opuesto a la posibilidad de que el juez otorgue la escritura: 1) que la obligación es personal; 2) que hay falta de consentimiento cuando el que la otorga es el juez.

d) *La del art. 1185 no es una obligación intuitu personae.*

44. Una obligación es personal cuando sólo el deudor puede cumplirla porque lo que se ha tenido en mira al contratar, son justamente las cualidades del deudor, aptitudes inherentes a la persona, de manera tal que sólo y únicamente el deudor puede cumplirla. Ejemplo típico un artista reputado, un pintor famoso, etc., con quienes se contrata una prestación en virtud de su arte. Se tiene en cuenta esa cualidad personal, particular, peculiar del individuo; esa aptitud propia que sólo él puede poner en la prestación. Son estas obligaciones en razón de la persona, intuitu personae.

45. Pero no puede decirse que la de otorgar la escritura pública sea una de esas obligaciones. Si se contrata una compraventa de un inmueble, lo que se tiene en mira es por un lado la entrega del precio convenido, y por el otro la entrega del inmueble y la correspondiente transferencia de dominio.

Aquí no juega para nada, como se ve, la persona del deudor que debe otorgar la escritura. Porque a la otra parte no le interesa que esa

escritura la disponga el deudor o un tercero legalmente subrogado a aquél, lo que le importa es obtener la escritura y la tradición del inmueble, que son el motivo de su contrato.

Se dice entonces que la obligación de los arts. 1185 y 1187, es como de aquéllas de las que el deudor únicamente puede cumplir (Repetto, caso *Byrne v. Pesse*), es decir, que en sí no es personal, pero se la asimila en efectos a las personales.

46. Y Repetto llega a esta conclusión basado en el análisis del "Esbozo", fuente de los artículos de nuestro código. Y en especial, el análisis del art. 951, núm. 3, al que Freitas remite en su art. 1931. Pero es que Freitas tampoco es muy claro, ya que el art. 951 que se refiere a los efectos accidentales de las obligaciones de hacer, dice en su inciso 3º: "Si el deudor no quisiera ejecutarlo (el hecho) siendo sólo el quien lo puede ejecutar, el acreedor tendrá únicamente derecho para exigir la ejecución del hecho con la conminación de resolverse la obligación en pérdidas e intereses" \*.

Y al respecto nos parece del todo atinada la consideración que hace Colmo en el caso "*Fessia v. Del Valle*", en el art. 951 —dice— los daños e intereses proceden como solución meramente subsidiaria, cuando se trata de un hecho que "el sólo (el deudor) puede realizar".

En el peor de los supuestos, agrega muy acertadamente, quedaría en Freitas como en el código el problema de hermenéutica.

Evidentemente, Freitas dice que si se trata de un hecho que sólo el deudor puede realizar (obligación personal), en defecto de su realización, sólo proceden daños e intereses; pero no si el hecho puede realizarlo otro.

Y aquí replanteamos el problema: ¿la obligación de escriturar es personal? Nos atenemos a las consideraciones precedentes, pero cuando más, admitimos como Colmo, que tanto en nuestro código como en Freitas el problema es de hermenéutica.

Considerarla personal o no, depende en buena medida de apreciar cómo juega el consentimiento necesario para el acto.

c) *No hay falta de consentimiento cuando el juez otorga la escritura.*

47. No hay falta de consentimiento por parte del deudor, ni tampoco es una venta forzada como se pretende, cuando el juez se subroga al deudor y otorga la escritura.

\* Fuentes: Obra cit., art. 951, inc. 3º.

Se sostiene que como el art. 1185 establece que quedan concluidos como contratos en que las partes se obligan a hacer escritura pública, el consentimiento que se presta es sólo para hacer la escritura pública. ¿Pero escritura pública de qué, cómo, en qué condiciones?

¿Tiene sentido decir que las partes han concluido un contrato sólo para hacer una escritura pública? Si el contrato se cumple normalmente, se presentan al escribano ¿y qué le manifiestan?:

—Venimos a dar cumplimiento a un contrato en que contratamos hacer una escritura pública.

Pero esto es algo desprovisto de contenido, no tiene sentido, porque la escritura pública es una forma escrita, un medio de prueba (*ad probationem*) en este caso, de un acto jurídico que no existe (ya que acto jurídico —art. 944— es el que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos).

Pero no tiene sentido tampoco, porque la escritura es algo que instrumenta el acto, pero no el acto mismo; y esto es así tanto en los casos en que la forma sólo es exigida como medio de prueba (*ad probationem*), como cuando es impuesta como condición de la existencia del acto jurídico (*ad solemnitatem*).

En la hipótesis que examinamos el escribano no podría extender ninguna escritura, si no hay acto jurídico.

48. Es obvio pues que la norma del art. 1185 significa que las partes se han obligado a hacer escritura pública sobre el objeto y las condiciones que pactaron en el boleto de compraventa, en el cual *está prestado el consentimiento* de los contratantes.

Por ello es sumamente atinado el juicio del doctor Podetti en el plenario de 1951, cuando dice: "...se trata de un hacer en el cual puede y debe ser sustituido EL QUERER ACTUALIZANTE DE LA VOLUNTAD YA EXPRESADA EN EL BOLETO... por el *ipse*...".

En otras palabras, el consentimiento ya ha sido prestado por el deudor; el juez lo único que hace es arbitrar los medios para que el contrato se cumpla tal como las partes lo han concertado.

#### f) *Prerrogativas inconvenientes.*

49. Se han querido ver especiales inconvenientes en la realización práctica de esta medida por parte del juez, pero los inconvenientes no son mayores ni menores que los que se pueden presentar en cualquiera otra situación jurídica, en cualquiera otra compraventa, etc.

50. Cuando el demandado es el vendedor: Puede ocurrir que el inmueble continúe en su poder o que lo haya enajenado a terceros. En el primer caso se dice que podrían aparecer embargos o hipotecas hasta por mayor valor que el precio. A esto Colmo responde: "¿Es que por ventura no puede pasar exactamente lo mismo en cualquiera venta privada?, ¿no acontece lo propio en más de una venta judicial?"

Y además, si esto ocurre, y tanto en estas circunstancias como en cualquier venta privada, puede ser de aplicación no sólo el art. 1179 del código civil, sino el art. 173, inc. 9º del código penal que impone prisión de un mes a seis años al que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados.

Al respecto dice Oderigo citando doctrina y jurisprudencia concordantes: "Este inciso (el inciso 9º del art. 173) destaca, como caso especial de defraudación el hecho que prevé (vender o gravar como libres etc.), porque el legislador considera que ese sólo engaño es suficiente para constituir el delito...".

Y agrega el citado autor: "El que vendiere o gravare: el hecho consiste en defraudar a otro, mediante la venta, etc., y se consuma con la obtención de la contraprestación a título de precio de venta, dinero prestado y cuya devolución se garantiza con el gravamen, etc. El sujeto pasivo de la defraudación es el comprador o el acreedor garantizado con el gravamen.

El perjuicio correlativo consiste en el cumplimiento de la contraprestación (total o parcial: precio, seña, etc.) por parte del sujeto pasivo, quien se encuentra en la imposibilidad de escriturar debidamente el dominio cuya transmisión contrató...".

51. En el segundo caso, si el deudor enajena el inmueble a terceros, la escrituración por parte del juez se torna, en principio, jurídicamente imposible y la obligación se resolvería en daños y perjuicios. Y decimos "en principio", porque alguna jurisprudencia ha establecido que: "La circunstancia de que quien prometió en venta un inmueble lo haya enajenado a un tercero, no obsta al progreso de la demanda por escrituración, desde que el obligado puede readquirirlo a fin de dar cumplimiento a la condena" (Cám. 3ª de La Plata, 30-3-1948; Cám. Nac. Civ. A, 27-12-1954. Contra: Cám. Nac. Civ. C, 10-2-1955)".

41 Ouzouff: "Código Penal Anotado", art. 173, inc. 9º, p. 255, nota 888.

42 Ouzouff: *Ibid.*, págs. 285 y 286, nota 903.

43 Salas: *Obra cit.*, art. 1187, p. 694.

52. Cuando el demandado es el comprador: Aquí se sostiene (Respecto en caso *Byrne v. Pome*) que los inconvenientes son mucho mayores, porque el juez no puede reemplazar eficazmente al comprador recalcitrante si no tiene en sus manos el dinero que representa el precio. Y sobre esto se plantean dos cuestiones:

1º) ¿Cómo obtener el precio antes de la escritura si el boleto no produce otro efecto que el de crear una obligación de hacer y mientras aquella no está firmada no hay derecho para demandar judicialmente el pago? Pero es que la obligación que hace con el boleto es de hacer escritura pública, y para hacer ésta es imprescindible aportar las dos prestaciones: tradición de la cosa y precio. Ya dijimos en el N° 37 que la escritura es una forma, un instrumento, que no puede cumplirse si no se aportan los elementos que se van a instrumentar.

No tiene sentido, insistimos, en hablar de la escritura pública en una forma abstracta, porque es condición sine qua non para que nazca la escritura que existan los elementos del contrato que se van a escriturar, que se entregue una cosa y que se pague un precio en el caso en examen. El acreedor (en el caso el vendedor) que se allana a cumplir con el contrato —art. 1291— demanda la contraprestación debida que es la firma de la escritura, y no el pago del precio, éste pasa a ser así un aspecto de la obligación de hacer la escritura, que el deudor debe cumplir.

El juez podría embargar, entonces, el importe del precio, si el deudor no cumple.

2º) ¿Y si el vendedor, a pesar de todo se allana a suscribir la escritura con el juez sin recibir la contraprestación del comprador y demandado luego éste por el pago del precio resulta insolvente?

Evidentemente esto de la insolvencia es un problema común de cualquier compraventa. Como dice Colmo, la contingencia es eventual y nada tiene que hacer con los principios en juego.

Si el juez dispone el embargo del precio para hacer posible la prestación de escrituras, y ello no puede concretarse porque el comprador resulta ser insolvente, y a pesar de todo el vendedor consiente en realizar la escritura con el juez (situación muy hipotética), pues correrá con el álca que ello significa. Pero la hipótesis no merece más consideraciones, pues es una situación común de derecho.

g) *Conclusión.*

53. Hemos tomado partido por una de las soluciones posibles, desarrollando los fundamentos que estimamos hacen a la consideración



del caso; pero todavía se nos ocurre uno último, seducidos por las enseñanzas del eminente jurfilósofo Alf. Ross.

Del jurista escandinavo tomamos el siguiente esquema de reducción de las normas por la razón a un orden sistemático<sup>42</sup>:

- 1) Si el contrato que debe ser hecho en escritura pública se firma en instrumento privado, queda concluido como contrato en que las partes se han obligado a hacer escritura pública (art. 1185).
- 2) Si existe obligación de hacer escritura pública, ésta debe efectuarse en el momento y en las condiciones que la obligación determina.

*Esta es sólo una manera indirecta de decir:*

- 3) Si el contrato que debe ser hecho en escritura pública se firma en instrumento privado, debe igual cumplirse en el momento y en las condiciones que se pactaron, previa escritura pública (que es acto formal).

#### BIBLIOGRAFÍA

- ASTALDÉN, GARCÍA OLANO y VILANOVA: *Introducción al Derecho*. Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1954.
- ALBERA, HUGO: *Tratado técnico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Ed. Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942.
- EMMONS, JUAN ANTONIO: *Anteproyecto de reforma al Código Civil*. Ed. Kraft, Buenos Aires, 1933.
- COLOMO, ALFONSO: *De las obligaciones en general*. Ed. Junta Menéndez, Buenos Aires, 1928.
- COMISIÓN REFORMADORA: *Reforma al Código Civil*. Ed. Kraft, Buenos Aires, 1936.
- CONDO, CARLOS: *Teoría de la Fección Jurídica*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.
- CUNEO RUI, JULIO: *Fuente del Derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- FERRAS, AUGUSTO T. DE: *Código Civil (esbozo)*, trad. castellana. Ed. García Santos-Boldán, Buenos Aires, 1928.
- JORGE, TOMÁS: *Nota en Jurisprudencia Argentina*, t. VI, p. 295.
- KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- LAFAYETTE, HÉCTOR: *Derecho Civil*, t. VIII, *Contratos*, vol. 1, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1953.

<sup>42</sup> ROSS ALF.: "T<sup>o</sup>-T<sup>o</sup>", p. 22 y ss. quien muestra el siguiente esquema:

• Si se acuerda un préstamo, se origina un crédito.

• Si existe un crédito, su importe debe pagarse el día del vencimiento.

*Esta es sólo una manera indirecta de decir:*

• Si se acuerda un préstamo, su importe debe pagarse el día del vencimiento.

Con esto señala Ross, ciertas palabras como "crédito", "obligación", etc., que se utilizan en el lenguaje jurídico por una razón de técnica jurídica, pero que no son más que palabras vacías, desprovistas de toda referencia semántica si se toman aisladas, es decir, fuera del conjunto que integran.

- LABRILE, HÉCTOR: *Caso de Contratos*. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1927.
- LABRILE, HÉCTOR: *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*. Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1931.
- MAGNANO, JOSÉ GUILLERMO: *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1929.
- OSORIO, MARCO A.: *Código Penal Anotado*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957.
- RIZZOTTO, LUIS MARÍA: *Estudios de los contratos en nuestro derecho civil*. Buenos Aires, 1928.
- RIZZOTTO, MARCO AURELIO: *Severidad y crisis del contrato*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1928.
- RIZZOTTO, MARCO AURELIO: *La venta de la cosa ajena*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1929.
- ROSA, ALF.: "Fu-Tu". Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1921.
- SALAS, ANTONIO ENRIQUE: *Código Civil y leyes complementarias anotados*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959.
- SALVAT, RAYMUNDO M.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, actualizado por ANTONIO AZUÑA ARZOBENA. Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- TOMOS DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA: III, IX, y 1951-IV.
- TOMOS DE LA LEY: 98.