

EJECUCION FORZADA ESPECIFICA DE LA PROMESA DE ENAJENACION DE INMUEBLES. NATURALEZA JURIDICA DE LA ESCRITURA DE TRASLACION DE DOMINIO

por

Gabriel H. Fernández

Sumario

I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del acto contenido en la escritura autorizada. III. Fundamentos de la tesis que entiende que la escritura a que refiere el art. 31 de la ley N° 8.733 debe contener exclusivamente un negocio dispositivo traslativo y no un negocio obligacional. IV. Conclusiones

Al Dr. Miguel Fernández Bolón

I. INTRODUCCION

1) La promesa de enajenación de inmuebles es un contrato definitivo que genera obligaciones sustanciales de transferir la propiedad -a cargo del promitente enajenante⁽¹⁾ y de pagar el precio -a cargo del promitente adquirente- (art. 1 de la ley N° 8.733)⁽²⁾. No se trata entonces, de un negocio preliminar.

La doctrina dominante ha señalado este hecho irrefutable, existiendo prácticamente intersubjetividad en la mayoría de los autores que se dedicaron al tema⁽³⁾, razón por la cual no se expondrán en este trabajo los fundamentos técnicos que determinan tal conclusión, que a nuestro juicio resulta plenamente compartible.

2) Por nuestra parte, solamente agregaremos un argumento más, que no es otra cosa que una variante de los ya propuestos: si la promesa de enajenación de inmuebles fuera un contrato preliminar generador de obligaciones de hacer un nuevo contrato, no se comprendería cuál es el título jurídico que fundamentaría

1. Para algunos autores el enajenante, además de obligarse a transferir el dominio, también se obliga a entregar la cosa (Blengio, Juan; Contratos de intercambio de inmueble por precio rotulados promesas. Validez, eficacia y ejecución forzada específica. Ensayo de aplicación de un modelo basado en la lógica formal; Anuario de Derecho Civil Uruguayo (en adelante A.D.C.U.); Tomo XXIII, págs. 448-450.

2. La promesa de enajenación de inmuebles es un título hábil para transferir el dominio, y también, un título hábil para constituir un derecho real menor de garantía, que exclusivamente asegura el cumplimiento de este tipo contractual, y no otro.

3. Contra: Quagliata y Rodríguez, Nuri; citados por Gamarra en Tratado de Derecho Civil Uruguayo, (en adelante T.D.C.U.), 1992, Tomo IV, pág. 23, nota N° 28.

el pago del precio por parte del adquirente, y la eventual entrega del bien, que se halla admitida por el art. 44 de la ley N° 8.733.

Tampoco resulta admisible la denominada tesis del doble contrato, que postula que luego de la promesa se debe celebrar un segundo contrato, esta vez, de compraventa. Y esta teoría es sostenida incluso por los autores que asignan naturaleza de contrato definitivo a la promesa de enajenación⁽⁴⁾. Esta teoría del doble contrato resulta insatisfactoria. En efecto, señala Gamarra que el segundo contrato sería una compraventa en la cual la obligación del adquirente se cumplió por adelantado, y de la cual solamente surgiría la obligación de traspasar la propiedad del inmueble, pero no emergería la obligación de pagar el precio, que ya se había abonado en cumplimiento de la promesa. Se trataría entonces, de “una compraventa (unilateral) que ... no es una compraventa”⁽⁵⁾.

Entendemos que también podría señalarse que se trataría de una compraventa gratuita, puesto que la obligación de pagar el precio no surgiría de la compraventa sino de la promesa de enajenación concluida con anterioridad al segundo contrato (compraventa). Al momento de celebrar esta segunda convención, aquella obligación ya se habría cumplido en su totalidad (art. 15 de la ley N° 8.733), o bien se habría abonado un 50 por ciento del mismo (art. 16 del mismo texto legal). Luego, no existiría obligación a cargo del comprador, pues la misma se habría agotado en cumplimiento de la promesa.

Y aún en estas últimas dos hipótesis en las cuales no se abonó la totalidad del precio -sino el 50% del mismo-, o no se pagó el precio -pero se realizaron mejoras por determinado monto en el bien- (art. 16 de la ley aludida), el saldo de precio o la totalidad del mismo, igualmente se abonaría en cumplimiento de la obligación de pagar el precio emergente de la promesa de enajenación, y no en cumplimiento de la que nacería de la compraventa (que estaría vacía de contenido).

Además, no sólo la compraventa ulterior, sino también la promesa de enajenación sería un contrato unilateral y gratuito, puesto que de la misma solamente surgiría la obligación del promitente adquirente de pagar el precio, mientras que el enajenante no estaría obligado a nada⁽⁶⁾, porque su obligación principal se ejecutaría con la compraventa, según lo que acontece en la práctica de nuestro país. No obstante, adviértase que la obligación del vendedor debería ser de transferir el dominio, a fin de ejecutar lo dispuesto por el art. 1 de la ley N° 8.733, pero, de regla, la obligación típica del enajenante, en virtud del contrato de compraventa, no es tal, sino la de entregar la cosa, según lo señala la doctrina dominante (arts. 1681 y 1686 del C.C.). Entonces, para cumplir con la obligación de traspasar el dominio, habría que exigir un plus al vendedor: la calidad de “verus

4. Bayley, Molla, Avegno Illia, Cerruti, Peirano, citados por Gamarra; op. cit., pág. 25, notas y 34 y 35.

5. Gamarra. Op. cit., pág. 26.

6. Salvo que se sostuviese que sólo está obligado a entregar la cosa, ignorándose lo dispuesto por el art. 1 de la multiplicada ley, que le impone traspasar el dominio.

dominus” en el momento, o bien de entregar la cosa, o bien de prestar su mero consentimiento en la compraventa, si la cosa ya estaba en poder del comprador (art. 766 del C.C.).

3) No obstante lo expuesto, en la práctica forense, cuando procede la ejecución forzada específica de una promesa de enajenación de inmuebles, invariablemente se ordena al Escribano autorizante la redacción de lo que se denomina un “proyecto de escritura”, que contiene un contrato de compraventa (y también el modo tradición) que luego de autorizado, se da cumplimiento por el Juez “en representación del promitente enajenante”.

4) Viera, en sede de promesa de compraventa de inmuebles, explica el fenómeno de la siguiente manera: “la llamada escritura (pública) de compraventa es un negocio de cumplimiento de las obligaciones contraídas en la promesa... y tiene un contenido compuesto de la consumación de un negocio obligacional al configurar el título hábil para adquirir el dominio y de un negocio dispositivo como lo es la tradición mediante la cual se realiza la transferencia del dominio del inmueble, de la esfera del vendedor al comprador”. La promesa de compraventa, para este doctrinador, “es ineficaz por sí sola para constituir un título hábil para adquirir el dominio”, requiriéndose entonces, una escritura pública de compraventa y tradición, que configuraría “el título hábil para adquirir el dominio y -un negocio dispositivo- tradición mediante el cual se realiza la transferencia del dominio...”⁽⁷⁾.

5) Si bien el citado autor se refiere a la promesa de compraventa de inmuebles fundada en el Código Civil (art. 1664 nral. 1º in fine), que diferencia de la promesa de enajenación de inmuebles prevista en la ley Nº 8.733 y sus modificativas, entendemos que su posición -que no compartimos- no podría ser trasladada al ámbito de la promesa de enajenación de inmuebles.

En efecto:

5.1 Aún cuando el propio autor se encarga de decir que esto “no implica un nuevo contrato (porque) El vendedor y el comprador no hacen sino reproducir ante el Notario el consentimiento ya prestado en la promesa”⁽⁸⁾, lo cierto es que nos encontraríamos nuevamente con un segundo contrato de compraventa, que seguiría al de promesa, generándose una doble emisión del consentimiento (primero en la promesa, luego en la compraventa). Por consiguiente, corresponde reproducir en esta oportunidad, todas las críticas ya referidas a la tesis del doble contrato.⁽⁹⁾

5.2 Por otra parte, debe tenerse presente también, la diferencia de régimen existente entre un negocio y otro. Al respecto, alcanza con recordar que: a) en la

7. Viera, Luis Alberto. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 73 (7-12), 1987, págs. 33 y 35.

8. Viera, Luis Alberto. Op. cit., Tomo cit., página 33.

9. Vé. ut supra. Cap. I, nral. 2.

promesa de enajenación de inmuebles el enajenante se obliga a transferir la propiedad del inmueble y para ciertos autores, también a entregar la cosa -salvo la hipótesis excepcional prevista por el art. 33 inc. 2 de la multialudida ley-, mientras que en la compraventa se obliga a entregar la cosa, de conformidad con la doctrina dominante; b) en la tesis que Viera formula para la promesa de compraventa, el autor exige escritura pública para la compraventa definitiva, que no es necesaria en la promesa de enajenación de inmuebles; c) etc..

5.3 Además los contratos no pueden ser negocios de cumplimiento que extinguen obligaciones, porque por definición únicamente las producen, según la doctrina mayoritaria.

Renacería entonces, por más que se la pretendiera negar, la teoría del doble contrato.

II. NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO CONTENIDO EN LA ESCRITURA AUTORIZADA

1. Gamarra se ha referido a esta escritura, recogiendo la expresión utilizada por el art. 31 de la ley N° 8.733, con la denominación "escritura de traslación de dominio"⁽¹⁰⁾, y ha señalado que en este caso, "La escritura sólo documenta el cumplimiento de una obligación"⁽¹¹⁾. También la jurisprudencia ha hecho referencia al tema, por ejemplo con el uso del mismo giro: "otorgamiento de escritura de traslación de dominio del bien inmueble que se prometió enajenar" o con su análogo "otorgar la escritura de transferencia del dominio"⁽¹²⁾.

Adherimos a la utilización de la terminología explicitada precedentemente, y estimamos que incluso, en rigor, podríamos hablar de "escritura de tradición", pues entendemos que *esta "escritura" debe consignar exclusivamente al negocio dispositivo en sentido estricto "tradición"*, que es el único negocio que debe estar contenido en esa "escritura".

En nuestro derecho positivo, el efecto real se obtiene con la yuxtaposición del título (en el caso, el contrato definitivo de cambio promesa de enajenación de inmuebles) y el modo (en el caso, tradición). Entonces, en esa escritura exclusivamente debe establecerse el modo de adquirir el dominio, es decir, la tradición.

10. Aut. cit.; op. cit.; pág. 51. Vé. también págs. 13 y 124 y ss.

11. Aut. cit.; op. cit.; pág. 122, nota N° 13 y Tomo III; vol. I; págs. 93-94.

12. Vé. por todos: Juzgado Civil 7° a cargo de Gutiérrez, en sentencia N° 8 de 5/2/86 en A.D.C.U., T. XVII, págs. 108-109, N° 723, y Tribunal Civil 4°, integrado por Perera, Alonso de Marco y Burella, en sentencias Nros. 395 del 4/12/1989 y 73 del 27/6/90, en ADCU; Ts. XX y XXI; págs. 138; N° 504 y 284-285, N° 801 respectivamente. En sentido similar, el Tribunal Civil 3°, compuesto por Pessano, Rodríguez de Vecchi y Echeverría señaló en sentencia N° 193 de 10/8/87, la analogía existente entre las expresiones "acción promovida... a los efectos de efectivizar forzosamente la obligación... de transferir el dominio" y "la demanda de escrituración forzada" (A.D.C.U., T. XVIII, pág. 144, N° 839).

Se trata pues, de una “escritura de tradición”, o de transferencia del dominio, que precisamente se obtiene con la tradición.

2. Discrepamos con la posición citada de que la escritura tiene por función “documentar” el cumplimiento de una obligación, puesto que, más que ello, como se verá en los capítulos siguientes, ella es la “forma” disciplinada por la ley para emitir el consentimiento de partes necesario para concluir el negocio jurídico dispositivo traslativo “tradición”. No se requiere documentar por escritura el “cumplimiento” de obligación alguna; lo que se debe documentar es la expedición del consentimiento en el previo momento del nacimiento de las obligaciones (perfeccionamiento del contrato de promesa), hecho que se había documentado a través del instrumento público o privado a que alude el art. 2 de la ley N° 8.733, que corresponde a la etapa del perfeccionamiento y no del cumplimiento del negocio.

Además, si la solemnidad en la promesa de enajenación de inmuebles es alternativa (escritura pública o privada -art. 2 ley N° 8.733), no se advierte por qué razón, luego de cumplir con el requisito formal de la escritura pública o privada, las partes nuevamente deben expedir su consentimiento mediante una nueva escritura (esta vez, necesariamente pública), para instrumentar el cumplimiento de una obligación surgida de un negocio obligacional.

Enunciada la tesis que se sustenta en el presente trabajo, corresponde ahora fundamentar normativamente la misma.

III. FUNDAMENTOS DE LA TESIS QUE ENTIENDE QUE LA ESCRITURA A QUE REFIERE EL ART. 31 DE LA LEY N° 8.733 DEBE CONTENER EXCLUSIVAMENTE UN NEGOCIO DISPOSITIVO TRASLATIVO Y NO UN NEGOCIO OBLIGACIONAL

1. A nuestro juicio, el obstáculo que impide desentrañar el problema radica en la dificultad existente en visualizar que el negocio jurídico “tradición”, como todo negocio jurídico, tiene forma para exteriorizar el consentimiento, la cual puede traducirse de distintas maneras, una de las cuales es la escritura.

El artículo 769 del Código Civil enumera cuatro elementos cuya presencia es necesaria para que se adquiera el dominio a través del negocio dispositivo tradición: a) calidad de dueño o de representante del dueño en el tradente; b) capacidad de enajenar del tradente; c) precedencia de un título hábil para transferir el dominio; y d) *consentimiento de partes*.

Estos cuatro elementos o “calidades que se requieren”, según el nombre del Capítulo II dentro del cual se ubica el preindicado art. 769 del C.C., podrían ser considerados requisitos de validez o de eficacia del negocio jurídico dispositivo tradición⁽¹³⁾.

13. Entendemos que esta diferenciación entre requisitos de validez y requisitos de eficacia, en lo atinente al negocio dispositivo, carece de utilidad, pues la ausencia de cualquiera de ellos determi-

Como se ha observado, el cuarto requisito prescrito por el artículo señalado es el consentimiento de partes.

Ahora bien. Existe intersubjetividad doctrinaria en el sentido que todos los negocios jurídicos tienen forma, ya se trate de negocios consensuales o solemnes. No hay dudas tampoco, acerca de que la forma es una manera de exteriorizar el consentimiento⁽¹⁴⁾.

Entendemos que una de las formas de exteriorizar el consentimiento del negocio jurídico tradición es a través de la escritura, que puede ser pública o privada. En tal sentido, el art. 773 del C.C., en sede de tradición, y en particular, dentro del capítulo relativo a las “calidades que se requieren para adquirir el dominio por tradición y... efecto de tradición”, dispone que “Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”⁽¹⁵⁾.

Entonces, según la aludida norma, la ley puede establecer determinada solemnidad para otorgar la tradición⁽¹⁶⁾. Luego, no existe duda acerca de que una de las clases de solemnidad que puede ser exigida, y que se encuentra incluida en la referencia de la norma preindicada, es la escritura (pública o privada). Obsérvese además, que esta solemnidad disciplinada por el Código Civil para el negocio jurídico “tradición” guarda perfecta armonía con los caracteres que la

na que el efecto dispositivo no se produzca; por el contrario, estando todos presentes, el efecto real se genera “ipso facto”. Esto no necesariamente ocurre en el negocio obligacional, en el cual se debe observar cada elemento, a los efectos de determinar el tipo de nulidad ante la que se encuentra el intérprete. De cualquier forma, el Código, en el nombre del capítulo dentro del cual se halla ubicado el artículo 769 analizado, habla de “efecto” de la tradición.

14. Vé. por todos Gamarra; op. cit., Tomo VIII, pág. 195 y ss.

15. Como ya tuvimos oportunidad de señalar en “Naturaleza condicional de la venta a prueba regulada en el artículo 1685 del Código Civil”, en A.D.C.U., Tomo XXVII, págs. 498-499, estimamos altamente conveniente partir de un análisis sistemático (contextual) del articulado de un cuerpo normativo, de manera que haya entre cada una de las partes de la ley, la debida correspondencia y armonía (art. 20 C.C.). Entendemos que el señalado artículo fundamenta normativamente la consideración contextual de los textos jurídicos, circunstancia que los análisis semióticos han puesto de manifiesto.

Existirían dos contextos a considerar: el que surge del propio cuerpo legal, que nos permitimos denominar interno, y es al que refiere el aludido artículo 20, y el que emerge de otras circunstancias ajenas al dato legal efectivamente sancionado, pero que han sido tenidas en cuenta por el legislador en el momento de dictar el sistema normativo. Este último contexto, que podríamos denominar externo, es al que hace referencia la parte final del inciso 2° del art. 17 del C.C.

Por los motivos expresados, consideramos pertinente manifestar la inconveniencia de analizar aisladamente un artículo de una ley sin tomar en cuenta, al menos, el nombre del párrafo, sección, capítulo o título entero del cual se encuentra, que conforma su contexto interno, y que necesariamente proyecta una primera aproximación al tema a tratar, y muchas veces delimita los ámbitos a considerar.

En el caso de marras, consideramos de especial relevancia la ubicación del artículo referido dentro del Capítulo relativo a las calidades requeridas para adquirir el dominio por tradición.

16. Circunscribimos la noción de “enajenación” empleado por el artículo señalado, al concepto de negocio traslativo (tradición), como lo hace la doctrina en general (vé. Gamarra, op. cit., Tomo VIII, pág. 62).

doctrina dominante asigna a la solemnidad (orden legal y necesidad para la validez -o en este caso, eficacia- del negocio del que se trate⁽¹⁷⁾).

Se deriva de lo expuesto que la tradición, al igual que los negocios obligacionales, es un negocio jurídico que, como regla general, resulta consensual en cuanto a su forma⁽¹⁸⁾, pero puede ser solemne en determinados casos en que la ley expresamente exige el requisito de solemnidad (art. 773).

2. Entendemos que el art. 31 de la ley N° 8.733 consagra uno de los casos en que la ley exige la solemnidad, ya no del negocio obligacional, cuya solemnidad alternativa está disciplinada en el art. 2 del mismo cuerpo normativo, sino del negocio dispositivo tradición, que unido al negocio obligacional produce la traslación del dominio.

2.1 Obsérvese, en primer lugar, que el propio artículo 31 de la ley N° 8.733 menciona textualmente a “la escritura de traslación de dominio”. Es bien sabido que sólo el negocio jurídico dispositivo “tradición” es capaz de producir tal efecto real (la traslación del dominio), pues el negocio obligacional (en el caso de marras, la promesa) no resulta idóneo por sí sólo, para producir la “traslación de dominio”. Entonces, el giro empleado por la ley no puede aludir a un negocio incapaz de generar el efecto determinado por esa misma expresión legal. En otras palabras, sería incoherente con el sistema normativo establecido en nuestro Derecho, una expresión legal que aludiera a una “escritura de compraventa de traslación de dominio”, porque las compraventas no trasladan el dominio⁽¹⁹⁾. Por lo tanto, a nuestro juicio, el art. 31 de la ley N° 8.733 está haciendo referencia a una escritura en la cual se consigna al negocio jurídico “tradición”, pues la ausencia del mismo impide la producción del efecto que expresamente menciona la norma: la transferencia del derecho real de propiedad.

2.2 En segundo término, adviértase que el propio artículo 31 de la ley N° 8.733 está haciendo referencia a una escritura en la cual se consigna al negocio jurídico “tradición”, pues la ausencia del mismo impide la producción del efecto que expresamente menciona la norma: la transferencia del derecho real de propiedad.

2.2 En segundo término, adviértase que el propio artículo 31 de la ley N° 8.733, luego de la referencia preindicada, habla de “enajenante” y de “tradente”. Estos vocablos no dejan dudas de que se está haciendo alusión a la “tradición”, pues sólo el otorgamiento de tal negocio permite al legislador utilizar el término “tradente”. Si se tratara de una escritura de compraventa, y no de tradición, entonces el legislador hubiera incurrido en un infantil error de nomenclatura haciendo mención a un “tradente” (que implica la presencia de un negocio dispo-

17. Gamarra, op. cit., Tomo VIII, págs. 196-197.

18. Gamarra, op. cit., Tomo VIII, pág. 201.

19. Adviértase que la ley no exige ni hace mención de compraventa, cuya celebración se requiere en la práctica forense de nuestro país.

sitivo), cuando en rigor estaríamos en presencia de un contratante vendedor o enajenante que celebra un negocio obligacional.

Entonces, por esta otra vía también arribamos a la conclusión de que la escritura que otorgará el Escribano que designe el adquirente será una escritura de tradición, con el contenido propio de un negocio dispositivo traslativo, siendo erróneo y profundamente equivocado exigir que en la escritura se contenga también una compraventa (unilateral y gratuita según se dijo con anterioridad⁽²⁰⁾). Esta incorrecta interpretación hace decir al texto legal, y exige a las partes (en la especie, al adquirente y al Juez “representante legal del tradente”), la realización de más actos jurídicos de los que el ordenamiento jurídico ordena⁽²¹⁾.

El artículo 31 de la ley N° 8.733 resulta pues, una especificación o concreción de aquello que, con carácter general, ya había edictado el art. 773 del C.C. Se trata de una solemnidad de origen legal, como corresponde a toda solemnidad, pero establecida para la “tradición”.

2.3 En tercer lugar, corresponde tener presente que el art. 31 de la multicitada ley dispone que en determinados casos, y “en el previsto por el art. 15, el Juez competente ... otorgará ... la escritura de traslación de dominio”. El art. 15, por su parte, indica que el promitente adquirente tiene acordada, luego de abonado el precio, “acción para exigir la transferencia ... del bien”. Entonces, carece de acción para exigir la celebración de un segundo contrato, sino que solamente posee acción para celebrar el negocio que le permite obtener el efecto descrito por la norma. Naturalmente que lo que se transfiere no es el bien en sí mismo considerado, sino el derecho de propiedad sobre el mismo. Entonces, el art. 15, con la citada expresión, alude al cumplimiento de la obligación del promitente enajenante, que es la de *transferir la propiedad* del inmueble (art. 1 de la misma ley), lo que se obtiene a través de la celebración de un negocio dispositivo -único apto para producir de eficacia dispositiva.

2.4 Por su parte, con fórmulas análogas, el art. 16 de la ley N° 8.733 también concede al adquirente la facultad de exigir la traslación *del dominio*; el art. 31 de la misma, que es al que se remite al art. 15, refiere a la traslación *del dominio*; y el art. 19 del mismo cuerpo legal señala que “Otorgada la traslación *del dominio*...”

Lo precedente significa que todo el sistema legal está enfocado o dirigido hacia la transferencia del dominio del inmueble, efecto que se obtiene con el negocio jurídico dispositivo, precedido naturalmente, del obligacional. Pero la totalidad de estos artículos presuponen un contrato de promesa válido, y entonces, no aluden a éste, sino a la “tradición”, que es el único negocio que aún falta celebrar, para obtener el efecto aludido por los citados artículos. Entonces, lo que hay que

20. Vé. ut supra, cap. I, nral. 2.

21. Cf. Gamarra, op. cit., Tomo IV, págs. 94-95.

celebrar es este negocio, que yuxtapuesto al obligacional (en la especie, la preexistente promesa) engendra el efecto real.

De ningún modo se requiere la constitución de un segundo contrato de compraventa, o a la escritura de compraventa. Entonces, el criterio que obliga a celebrar la misma resulta exorbitante, pues hace decir al texto legal más de lo que éste efectivamente dice.

2.6 Hay más argumentos todavía. El art. 770 del C.C. ya había señalado que en las ventas forzadas (como en el caso que se analiza), la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, en clara alusión a la tradición. La única diferencia existente con el caso en análisis radica en la referencia a la subasta, pero llama poderosamente la atención la solución prescripta por el Código Civil, igual a la prevista por el multicitado artículo 31 de la ley N° 8.733, el cual tomó a aquél como su fuente directa, a tal punto que formuló la remisión al art. 770 del C.C. a texto expreso, incorporando entonces, en lo que resultare aplicable, el régimen jurídico disciplinado por el referido artículo, para la ejecución forzada de la promesa, eliminando, claro está, la referencia a la subasta.

El empleo, por parte del preindicado art. 770, de la palabra “venta” (forzada) resulta irrelevante, pues es evidente que se refiere a la ejecución forzada de la venta; y en el caso que nos ocupa, a la ejecución forzada de la promesa. Y ésta corresponde a la traslación del dominio, porque se trata de la ejecución forzada de la obligación emergente de la promesa, que justamente consiste en la transferencia de la propiedad, la que se concreta a través del negocio idóneo para producir tal efecto.

2.7 A nuestro juicio, el art. 398.4 del Código General del Proceso (en adelante C.G.P.), que regula el caso de ejecución de obligaciones mediante otorgamiento de “escritura pública”, y en su caso, celebración de “tradición de una cosa”, no modifica las conclusiones extraídas, a pesar de su defectuosa redacción. Este artículo, a nuestro juicio, en lo que respecta a la “promesa”, solamente disciplina la forma en que se instrumenta, desde un punto de vista procedimental, la escritura pública de tradición. La norma, en forma correcta, no se pronuncia acerca del contenido de esa escritura pública, dejando tal cometido a la investigación doctrinaria.

Por otra parte, adviértase que el texto analizado no acierta con el rótulo empleado (“Obligaciones de hacer”), puesto que la tradición implica el cumplimiento de una preexistente obligación de dar en sentido estricto (transferir el dominio), y no de hacer. En la promesa surge la obligación de traspasar el dominio, lo que se efectiviza con la tradición, que en caso, por ejemplo, de resistencia del deudor a dar cumplimiento a su obligación, se instrumenta a través de una escritura pública de tradición (único negocio que puede engendrar efectos reales), siguiendo el procedimiento previsto en la norma.

Por lo demás, corresponde destacar que la norma incorpora el requisito de que la “escritura de tradición” sea pública, lo que constituía una práctica -incuestionada- en la vida forense, a pesar de que ello no se infería del art. 31 de la ley

Nº 8.733, porque la presencia de Escribano no conlleva la conclusión de que la escritura autorizada por éste, forzosamente, fuese pública.

IV. CONCLUSIONES

1. El artículo 2 de la ley Nº 8.733 establece una solemnidad alternativa para emitir válidamente el consentimiento del negocio obligacional definitivo de cambio denominado “promesa de enajenación de inmuebles”, del cual surgen las obligaciones sustanciales de traspasar la propiedad (y entregar la cosa para algunos autores) y de pagar el precio.

2. Por su parte, el art. 31 de la indicada ley, hace referencia a una “escritura de traslación de dominio”, y a la presencia de un “tradente”. Pero sólo la tradición, en tanto negocio dispositivo traslativo en sentido estricto es capaz de “transferir el dominio”. Luego, la ley, al hablar de “escritura” está estableciendo un requisito de solemnidad relativo a la exteriorización del consentimiento de partes del negocio dispositivo tradición (art. 769 nral. 4º del C.C.), concretando así una hipótesis que ya estaba prevista, con carácter general, por el art. 773 del C.C. La referencia al “tradente” ratifica la interpretación expuesta.

3. Por lo demás, el propio reenvío que efectúa el art. 31 de la ley Nº 8.733 al art. 770 del C.C., ubicado en sede de tradición, confirma la interpretación señalada. Este último, a su vez, requiere el otorgamiento de la tradición para las ventas forzadas, en tanto alude al “tradente” y se encuentra ubicado en el Título rotulado “De la tradición”.

4. De los arts. 15, 16 y 19 de la ley Nº 8.733 se infiere la misma conclusión, en tanto hacen referencia a expresiones vinculadas a un negocio dispositivo traslativo, al igual que el art. 31 ya señalado.

5. Resulta pues perfectamente plausible la expresión “escritura de tradición”. Asimismo, resultan también correctos los giros utilizados por la doctrina y jurisprudencia citadas anteriormente, en tanto refieren a “escritura de transferencia” o a “escritura de traslación de dominio”. Este último también fue empleado por la ley (art. 31).

6. En definitiva, el efecto real se genera a través de la sumatoria del título (contrato) “promesa de enajenación de inmuebles” (negocio obligacional), cuyo consentimiento debe expresarse a través de una escritura pública o de instrumento privado (art. 2 de la ley Nº 8.733), y del modo de adquirir el dominio “tradición” (negocio dispositivo traslativo en sentido estricto, cuyo consentimiento también debe exteriorizarse a través de escritura (art. 769 nral. 4 y 773 del C.C.).

7. Esta “escritura”, a la que aluden los arts. 31 de la ley Nº 8.733 y 773 del C.C. es de “tradición”, y con su otorgamiento se genera el efecto real. La ley, y en particular su art. 31, no hizo referencia a ningún contrato de compraventa.

Por consiguiente, resulta técnicamente erróneo y excesivo desde el punto de vista legal, celebrar o exigir la concreción de una compraventa en este estadio

procesal relativo a la ejecución forzada de la promesa de enajenación de inmuebles. Además, exige realizar a las partes, concretamente al Juez y al adquirente, un esfuerzo mayor al disciplinado por la propia ley.

Por el contrario, sólo se requiere el otorgamiento de la "tradicción". Esta debe ser entonces, el único y exclusivo contenido de la escritura aludida en el art. 31 de la ley N° 8.733.

8. Idéntica regla rige, a nuestro juicio, en caso de cumplimiento *voluntario* de la promesa de enajenación de inmuebles. Si el acuerdo de voluntades que perfeccionó al contrato se exteriorizó guardando la forma prescripta legalmente (de lo contrario el mismo sería nulo), al tiempo de producirse alguna de las hipótesis reguladas en el art. 15 o en el 16, solamente corresponde a las partes celebrar una escritura de tradición, no siendo admisible el requerimiento de la conclusión de un nuevo negocio obligacional (contrato de compraventa).

9. Acreditado que la pretensión de ejecución forzada específica de una promesa de enajenación de inmuebles se satisface mediante el cumplimiento de un negocio dispositivo en sentido estricto, traslativo del dominio (tradicción), se observa que el tema evade del ámbito de la "fungibilidad o infungibilidad del hacer" (arts. 1338-1339 del C.C.), pues no están en juego obligaciones, y por consiguiente, no se concibe la presencia de las de hacer.

10. Lo máximo que podría decirse es que el Juez debe prestar el consentimiento del negocio dispositivo a que refiere el nral. 4° del art. 769 del C.C., pero en este caso, el tema está resuelto por el art. 770 del C.C., razón por la cual, no habría lugar a la polémica suscitada en el pasado con respecto a la fungibilidad o no del hacer para fundar la ejecución forzada específica de la obligación de trasladar el dominio⁽²²⁾, y ni siquiera hubiera sido necesaria la previsión disciplinada en el art. 398.4 del C.G.P.

22. Blengio, Juan. "La ejecución forzada específica de la promesa". A.D.C.U., T. XVIII, pág. 319 y ss.

