

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dos requisitos se requieren para que exista responsabilidad: a) prohibición del hecho en cuestión y, b) un daño causado por dolo o culpa.

La responsabilidad de los escribanos por mal desempeño de sus funciones, es de cuatro clases: a) administrativas; b) civil; c) penal; y d) profesional.

EL Cód. Civil, en el art. 3671, impone al escribano que tenga en su poder un testamento, de cualquier clase que sea, una vez que muera el testador, ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión les causare.

En el Proyecto de Reformas del Cód. Civil de 1936, se extiende la obligación del escribano a cualquiera que tenga en su poder un testamento (art 2022) y se obliga al escribano a informar al Registro de Inscripciones que se crea por esa ley.

Los jueces carecen de facultades para intimar a los escribanos la exhibición de los testamentos, mientras no fallezca el testador.

Los magistrados, al resolver las cuestiones que se planteen con motivo de los testamentos, deben investigar la mala intención del escribano en su negativa a exhibirlos.

En respuesta a las consultas de los escribanos sobre posibles intimaciones judiciales, es aconsejable, por urbanidad social, su presentación ante el juez, si éste accediera a la petición que se le formule en ese sentido, pero negarse a exhibir y menos entregar fotocopia del testamento, mientras no se produzca la muerte del testador.

LA OMISIÓN DE CUMPLIMENTAR LOS RECAUDOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 1246 DEL CÓDIGO CIVIL. SUBSANACIÓN EN SEDE NOTARIAL(*) (347)

LEÓN HIRSCH

Es propósito de este trabajo ofrecer una interpretación, en el marco de nuestro derecho positivo, en punto a la posibilidad de subsanar, en sede notarial, la omisión de cumplimentar los recaudos exigidos por el art. 1246 del Cód. Civil.

En la tarea de interpretación que nos proponemos, es menester analizar un conjunto de normas y principios que facilitarán la indagación y determinarán las conclusiones.

Ello no significa que el resultado se identificará con la verdad, porque en el proceso de hermenéutica jurídica cada autor hace prevalecer, en gran medida, sus propias concepciones.

Sin embargo, para la valoración del criterio final que se adopte prestarán utilidad, pues quienes deban servirse de él apreciarán si el esclarecimiento se apoya en antecedentes válidos, y en inducciones y deducciones lógicas con rigor jurídico.

Si bien es cierto que la tarea interpretativa de las leyes, como bien lo recuerda Lezcano ("La interpretación de la ley y sus problemas", Revista Notarial N° 853, pág. 1963), constituye un atributo consustanciado con el accionar de los jueces en la aplicación del derecho, ello no significa que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dicha misión se circunscriba al ámbito jurisdiccional. Por el contrario, tal actividad la realizan los legisladores, doctrinarios y demás hombres de derecho, en la esfera de su competencia.

Sabidamente Castán Tobeñas (Función notarial y elaboración notarial del derecho, pág. 95) decía que "análogamente a como sucede en la función judicial, es forzoso en el ejercicio de la función notarial: a) fijar los hechos que interese recoger y consagrar en el documento, b) determinar la norma jurídica que les sea aplicable, y c) plegar, en definitiva, aquéllos a ésta, enlazando debidamente armonizados los deseos y voluntad de los requirentes con las disposiciones de la ley".

Aplicar el derecho, necesariamente supone interpretarlo. La facultad de interpretar las leyes es privilegio de todo aquel que deba aplicarlas, y por ende, el escribano no puede estar marginado de tal función.

En esta orientación el IV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Río de Janeiro del 20 al 28 de agosto de 1956, declaró que "el notario latino, por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como asesor de las partes en cuanto a ella; además, ante su oscuridad, sus contradicciones y sus omisiones, él está llamado a aclararla e interpretarla. La práctica notarial es así una fuente de derecho que complementa la obra del legislador" (Congresos y jornadas. Doctrina notarial, pág. 73).

1. La comunidad de vida que crea el matrimonio, origina una serie de cuestiones de carácter patrimonial, cuya solución adecuada se pretende encontrar mediante la teoría del régimen matrimonial

Sobre el particular, Cornejo (Régimen de bienes en el matrimonio, pág. 8) considera que el régimen matrimonial es el conjunto de normas que organiza y fija las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y con respecto a terceros.

1.1. En materia de regímenes matrimoniales el cuadro que ofrece el derecho comparado, en cuanto a sus clases o tipos, puede resumirse siguiendo a Lasala Samper (El régimen matrimonial de bienes, pág. 14), de la siguiente manera: a) Sistema inglés de "absorción", b) régimen de separación de bienes, c) sistema de "unión de bienes o unidad de administración", d) sistema de "comunidad de adquisiciones o gananciales", f) sistema de "comunidad de bienes muebles y ganancias", y g) sistema "dotal".

Son también dispares los criterios legislativos en orden al problema de la libertad de estipulación de los contrayentes.

Puede así ocurrir que en alguna legislación se les conceda plena libertad para establecer, mediante convenio, su estatuto económico, conforme a las características que ellos mismos quieran idear, sin necesidad de sujetarse a una elección entre los tipos legalmente preestablecidos, e incluso combinar notas y caracteres tomados de diversos tipos conocidos.

Hay países, en cambio, donde los contrayentes no poseen semejante libertad, sino que, en unos se les niega totalmente, como ocurre en aquellos en los que la ley no prevé sino un solo tipo de régimen, de sumisión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligatoria; en otros, la libertad individual no sufre al respecto notables atenuaciones o limitaciones, bien porque el legislador prohíbe expresamente la estipulación de determinados tipos preestablecidos y constituidos por ella.

1.2. Como bien lo puntualiza Tedeschi (El régimen patrimonial de la familia, pág. 4), la consideración del interés de la familia, como interés superior al de cada uno de sus miembros singulares, domina todo el derecho de familia, y por tanto, también las relaciones patrimoniales de los cónyuges y el régimen patrimonial de la familia en su conjunto.

En nuestro derecho, el régimen patrimonial del matrimonio es forzoso, y consecuentemente están proscriptas las convenciones entre los cónyuges tendientes a modificarlo (Conf. Borda, Tratado de derecho civil argentino. Familia, t. I, pág. 202).

La condición de los bienes que forman el capital de la sociedad conyugal, es ajena a toda incidencia de la voluntad de los cónyuges; Los bienes serán propios de cada uno de los esposos, o gananciales, según las previsiones de la ley a que están sometidos, previsiones de orden público que no pueden dejarse a un lado por intención coincidente de los cónyuges o la de cualquiera de ellos (Conf. CNCiv., Sala B, 27/3/64, LL, t. 118, pág. 259).

Tal aseveración tiende a reafirmar un principio que es rector en lo que atañe al régimen de bienes de la sociedad conyugal: el orden público.

2. Los bienes gananciales son aquellos que cada uno de los cónyuges, o ambos, adquieren durante el matrimonio por cualquier título que sea, salvo herencia, donación o legado, o cuyo dinero de adquisición fuera propio de uno de ellos u originado en una permuta con un bien propio.

3. Los bienes propios son aquellos que la mujer y el marido introducen al matrimonio, los que en adelante se adquieren por herencia, donación o legado, así como también aquellos que, aun habidos a título oneroso durante el matrimonio, vienen a reemplazarlos por subrogación real.

4. Es evidente que con la sanción de la ley 17711, el régimen de administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal ha variado, fundamentalmente en virtud de los nuevos textos de los arts. 1276 y 1277 del Cód. Civil, del art. 1º de la ley 11357 y de la derogación del art. 3º de esta última.

De acuerdo con lo que estatúa el Cód. Civil, el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, tanto dotales como gananciales. La mujer casada era una incapaz relativa, cuyo representante era el marido.

4.1. Con el advenimiento de la ley 11357, la situación varía fundamentalmente. La mujer puede administrar y disponer libremente del producido de su profesión, oficio, empleo o industria honestos y los bienes adquiridos con el producido de dichas actividades.

4.2. La ley 17711 inicia una tercera etapa, estableciendo la igualdad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídica de los cónyuges y concluye con la incapacidad de la mujer casada.

Si bien podría resultar ilustrativo reseñar el régimen vigente durante las dos etapas anteriores, a fin de no extendernos demasiado, solo nos ocuparemos del actual.

5. El art. 1276 del Cód. Civil sienta el principio general de que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier título legítimo. El artículo siguiente introduce las excepciones a esta regla.

Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuera dudosa, la administración y disposición corresponde al marido, con las mismas excepciones o salvedades a que nos hemos referido.

En su último párrafo, el art. 1276 establece que uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste, no teniendo el mandatario obligación de rendir cuentas.

Se establece, pues, una administración bicéfala. Cada cónyuge administra y dispone de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o cualquier título legítimo y, por razones de orden, cuando no se pueda determinar el origen de aquéllos, así como también en el supuesto de duda, la ley atribuye la facultad de administrar y disponer al marido, sin que por ello se prejuzgue sobre el origen del dinero empleado en la adquisición.

5.1. Como ya adelantamos, el principio general del art. 1276 se ve restringido notablemente por el artículo siguiente. Las salvedades que el primero menciona, son enunciadas por el art. 1277, abarcando un amplio sector de actos relativos a inmuebles, derechos y bienes.

Dicho artículo dispone que "es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes".

El requisito del consentimiento de ambos cónyuges también se extiende a algunos inmuebles propios. En el párrafo siguiente, el artículo de que se trata preceptúa que "también será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratándose en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

La reforma recoge así la tendencia de la legislación moderna, iniciada en los países nórdicos después de la Primera Guerra Mundial, requiriendo la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intervención de ambos cónyuges en ciertos actos de trascendencia, tanto económica como familiar.

Se ha dicho que los fines que decretaron el requisito del asentimiento, responden al propósito de evitar que determinados bienes que se consideran importantes y que deben servir a las necesidades de la familia, puedan ser distraídos para otros fines, en perjuicio de la satisfacción de esas necesidades.

Se ha pretendido instituir un régimen de protección en favor del cónyuge no administrador, para amparar su porción eventual que, en los bienes del matrimonio, pudiera corresponderle a la disolución de la sociedad.

6. El régimen de administración de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad conyugal, a los fines de determinar la responsabilidad de los cónyuges por las deudas que contraigan, reviste vital importancia.

Por ello, conviene remarcar, como enseña Belluscio ("El régimen matrimonial de bienes en la reforma del Código Civil", LL, 131 - 1458), que el principio es el de que cada uno de los cónyuges tiene la administración - en sentido lato - de sus bienes propios y de los gananciales por él adquiridos. Quedan así, equiparados ambos esposos en cuanto a la administración de sus bienes; la administración por la mujer no es ya como lo era con el sistema de la ley 11357, una excepción al principio de la administración de la sociedad conyugal por el marido, y ha desaparecido la figura del administrador de la sociedad conyugal.

En la práctica, la modificación, y con respecto a los inmuebles gananciales adquiridos por la mujer quedan sometidos a su administración, aunque no se haga constar en la escritura que el origen de los fondos empleados en la adquisición se halla en la actividad lucrativa de la mujer o en su patrimonio propio.

Se ha sostenido que en el régimen de la sociedad conyugal, la ausencia de mención del título del origen de los fondos empleados en la compra del inmueble, resulta inconducente para determinar el sistema de gestión y la responsabilidad por las deudas, pues la titularidad de la adquisición es el criterio de atribución que informa la materia (C.S., 1º/12/ 87, autos: "Fisco Nacional, D.G.I. c/Hays, Juan T.").

6.1. En el plenario de las Cámaras Civiles y Comerciales de la Capital Federal (19/9/40, LL, t. 20, pág. 537, fallo 10.392) quedó sentada la doctrina de la limitación de la responsabilidad prevista en los arts. 5º y 6º de la ley 11357, según el cual cada esposo sólo responde por las deudas que hubiere contraído el otro cuando la obligación se originara para satisfacer las cargas del hogar que se indican en el art. 6º. A tal fin quedan afectados los bienes mencionados en el art. 5º.

La limitación del derecho de los acreedores del marido o de la mujer quedó fijada en estos términos: "Los del primero no podían ejecutar los bienes de administración reservada de la mujer, los de la segunda no podían ejecutar los bienes gananciales bajo administración del marido". La excepción la brindaba el art. 6º que sentaba los supuestos de responsabilidad.

Se admite así que uno de los elementos que tipifican el régimen legal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

argentino de separación de deudas, está constituido por la irresponsabilidad de un cónyuge respecto de las obligaciones contraídas por el otro; en otras palabras, por la insensibilidad del patrimonio administrado por cada uno, respecto de las deudas de su consorte.

6.2. La modificación del art. 1276 trajo como consecuencia un nuevo régimen patrimonial matrimonial.

La división de la responsabilidad que instauró la ley 11357 (arts. 5° y 6°) se acentuó. Por tanto, cada cónyuge no responde por la deuda del otro.

La división por mitades de los bienes que la ley califica como gananciales queda diferida al momento en que se produce el hecho que provoca la disolución de régimen.

EL origen de un bien está determinado cuando consta quién es el titular del derecho o de los derechos sobre el mismo, sin que sea necesaria la mención del origen de los fondos empleados en la adquisición, salvo que se tratare de bienes propios (art. 1246, Cód. Civil y Plenario de las Cámaras Civiles del 14/7/72).

Sin ánimo de reabrir un debate, que consideramos superado por la doctrina y la jurisprudencia, es oportuno recordar que cuando el adquirente está perfectamente individualizado, no puede aplicarse el segundo párrafo del art. 1276, y de ahí lo innecesario de la determinación del origen de los fondos gananciales que, de ser obligatoria, a nuestro juicio, también regiría para el marido.

En tal sentido la Sala A de la Cámara Nacional Comercial (JA, 5/10/ 72, pág. 5) resolvió que "ya no es del caso inquirir acerca de cuáles son los bienes reservados de la mujer, desde el momento que la totalidad de los bienes que ella adquiere y que se encuentran a su nombre, sean gananciales o propios, responden únicamente por sus deudas personales, salvo el caso del art. 6° de la ley 11357...". Es de resaltar que los arts. 5° y 6° de la ley 11357 han modificado el principio genérico contenido en el art. 1275, inc. 3 del Cód. Civil, al establecer, con relación a las deudas contraídas por los cónyuges a nombre propio, la irresponsabilidad del otro con sus bienes gananciales que adquiriera o administre (Conf. Cám. Federal de la Capital, Sala la Civil y Comercial RdN, N° 734, pág. 640).

A la vez, la Sala C de la Cámara Nacional Civil en fallo del 18 de marzo de 1969 (LL, t. 135, pág. 998) expresó que frente al régimen de la ley 11357 puede sostenerse que en las obligaciones contraídas por los cónyuges a nombre propio, el principio genérico es la irresponsabilidad y su excepción la responsabilidad en los casos limitativamente determinados en dicha ley. Agrega que ello es así, por haberse establecido un régimen de separación de deudas, como principio general, en cuya virtud los bienes propios de los cónyuges y los gananciales que éstos administren, sólo responden por las deudas contraídas por cada uno de ellos, con excepción de los casos previstos en el art. 6° de la ley.

Conviene también recordar que en los supuestos de excepción, la responsabilidad, como impone el citado art. 6°, sólo afecta a los frutos de sus bienes propios y a los frutos de los bienes gananciales que administre.

6.3. A juicio de Mazzinghi (Derecho de familia, t. II, pág. 252, nota 4)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no es justificable restringir la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la obligación a los frutos de sus gananciales, porque tratándose de obligaciones comunes, es justo que responda no solamente con los frutos, sino también con los bienes.

No obstante las atendibles razones de justicia invocadas por tan prestigioso jurista, lo cierto es que la ley claramente sólo impone la responsabilidad respecto de los frutos de los bienes propios o gananciales, y por tanto, ella no puede extenderse a los bienes mismos.

7. Como ya señalamos (supra 3), entre otros, revisten el carácter de propios, los bienes adquiridos con dinero de alguno de los cónyuges. En tal supuesto, lo adquirido sigue la condición del dinero: pertenece al cónyuge de quien era aquél (art. 1266, Cód. Civil).

En lo atinente a los bienes dotales, el art. 1246 establece que "los bienes raíces que se compraren con el dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo pertenece a la mujer".

Dos son las condiciones esenciales que exige la norma transcripta: a) La manifestación de que el dinero es de la mujer, y b) cómo el dinero le pertenece.

Desde su sanción, el art. 1246 no ha sufrido variantes, pero las modificaciones introducidas a otras disposiciones legales, que completan el sistema patrimonial del matrimonio, han influido en su mecánica.

Originariamente, tratándose de bienes inmuebles, el marido era quien efectuaba la compra y se requería el consentimiento de la mujer, así como la expresión de que el dinero era de ella y cómo le pertenecía.

Bien sostienen Fassi - Bossert (Sociedad conyugal, t. I, comentario al art. 1246, pág. 183), el efecto querido con tal manifestación era lograr que dicho bien no respondiese por las obligaciones contraídas por el marido administrador.

Como ya dijimos, al sancionarse la ley 11357, la mujer pudo actuar sin intervención del marido, pero la jurisprudencia entendió que aún subsistía el cumplimiento de los recaudos apuntados.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en fallo del 13/ 5/38, fue una de las primeras que llegó a la conclusión de que el requisito exigido por la última parte del art. 1246 no fue suprimido por la ley 11357 (LL, t 11, pág. 169).

Sin embargo, la ley 11357, en virtud de lo preceptuado por su art. 3º, inc. 2º, apart. c), facultó a la mujer a administrar y disponer de sus bienes propios y los que le correspondieran en caso de separación judicial de bienes, lo cual, sin duda, incidió directamente en el art. 1246.

En efecto, a partir de entonces, la presencia del marido se torna innecesaria. La mujer comparece en la escritura de compra, adquiere para sí y unilateralmente manifiesta el origen propio del dinero con que efectúa la compra.

Por otra parte, el régimen de separación de deudas, al cual nos referimos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más arriba, torna carente de virtualidad el objetivo tenido en cuenta por Vélez respecto de terceros. Sólo conserva interés la designación del dinero con que se adquiere, para conferir carácter de propio al bien, de donde resulta que no es el interés de los terceros el que está en juego, sino el del otro cónyuge.

Con la sanción de la ley 17711, la situación, en tal sentido, no varía, pero sí, en cambio, en cuanto a la necesidad de que también el marido se ajuste a las formalidades señaladas.

Señala Borda (ob. cit., pág. 248) que ahora resulta incontrovertible que el art. 1246 es aplicable a ambos cónyuges: a) En primer lugar porque la nueva ley ha colocado a ambos esposos en una situación de igualdad jurídica, en todo lo que atañe al régimen patrimonial de bienes; b) en segundo lugar, porque el marido ya no puede, como en el régimen anterior, disponer sus bienes gananciales sin el consentimiento del otro cónyuge.

Esta posición ha sido sostenida en las V Jornadas de Derecho Civil, donde por 39 votos contra 3 se aprobó una declaración según la cual "el art. 1246 debe ser interpretado con amplitud, reconociendo por igual a marido y mujer la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra de bienes inmuebles".

Si bien el criterio expresado es ampliamente mayoritario, debemos reconocer que no es absoluto, ya que autores como Belluscio y Spota han considerado que con la sanción de la ley 17711 la norma ha sido tácitamente derogada.

En este aspecto señalan que después de la adopción del régimen conyugal de administración separada, carecen de trascendencia las manifestaciones contenidas en los arts. 1246 y 1247 del Cód. Civil, por cuanto aquella tenía por finalidad la de poner los inmuebles propios de la mujer a resguardo de los terceros acreedores; y si además de mantener la vigencia de la norma se extienden sus efectos al marido, significaría tanto como facilitar a éste el camino para defraudar los derechos del cónyuge.

Sin perjuicio de los razonables argumentos de los distinguidos tratadistas, personalmente, como ya adelantamos (infra 6.2), adherimos a la tesis mayoritaria que otorga vigencia a la norma y extiende su aplicación a ambos cónyuges.

También en el simposio mencionado se declaró que "tal manifestación importa una presunción juris tantum" sobre el carácter del bien adquirido.

7.1. Analizaremos ahora la oportunidad en que debe formularse la manifestación exigida por el citado art. 1246 del Cód. Civil. Conforme lo dispone el artículo mencionado, la manifestación debe - en principio - formularse en el acto en que se realiza la adquisición.

Sin embargo, dentro del Cód. Civil no existe norma alguna que prohíba que tal manifestación se efectúe con posterioridad al acto adquisitivo.

Machado (Exposición y comentarios al Código Civil argentino, t. III pág. 600, com. art. 1246) fue posiblemente el primer autor que en nuestra doctrina sostuvo que la mujer, en todo momento, podrá probar que los dineros le pertenecían, no pudiendo en forma alguna perjudicarla la omisión en el acto escriturario. Preguntaba: "La manifestación de que los dineros son de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mujer, ¿es de absoluta necesidad? Creo que no, pues si la intención manifiesta es que la adquisición sea para la mujer, en cualquier caso ésta podrá demostrar que los dineros le pertenecían; esa omisión no puede perjudicarla haciéndole perder un bien adquirido para ella con su dinero, y el art. 1266 viene en apoyo de esta opinión al declarar que los bienes adquiridos con el dinero de alguno de los cónyuges corresponden al dueño del dinero y para quien compró. ¿Por qué dar una importancia tan capital a la declaración de que era con dinero de la mujer? Por otra parte, ese dicho no hace fe ni prueba contra terceros, y puede ser falso y, cuando se ha omitido, atacada la enajenación puede probarse la verdad."

Es evidente que la correcta determinación de la categoría de los bienes que componen el patrimonial de la sociedad conyugal reviste fundamental importancia.

No cabe tampoco dudas de que el hecho de no cumplirse con las exigencias del art. 1246, induce a admitir que el bien reviste el carácter de ganancial.

Pero debe tenerse en cuenta que tal presunción legal no es *juris et de jure*.

Consecuentemente, una interpretación estricta y rígida podría llevar en ciertas hipótesis, a producir resultados no previstos ni queridos en modo alguno por la ley, porque podrían desvirtuar total o parcialmente los intereses que se tuvieron en mira salvaguardar.

Por otra parte, el silencio no puede desvirtuar la procedencia del dinero, como tampoco la afirmación de que el mismo es propio - sin serlo - modificará el carácter del bien adquirido.

Esta interpretación ha prevalecido en el ámbito judicial, al permitir calificar la naturaleza de los bienes y llegar, en algunos casos, a declarar excluido un inmueble propio de la mujer, que figuraba adquirido por los dos cónyuges, como si fuera ganancial; y en otros casos, bienes que aparecían como propios de uno de los cónyuges en la escritura de adquisición, han sido declarados de pertenencia de la sociedad conyugal (CNCiv., Sala D, Cap. Fed., 17/11/65, autos: "Llacay de Ramírez Monja, Zulema Emilia c/Ramírez Monja, Domingo s/rectificación de escritura", RdN, N° 684, pág. 1151).

También se ha admitido en sede judicial la posibilidad de salvar la omisión mediante información sumaria, sin intervención del otro cónyuge y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer este último, en el supuesto que revelara un interés legítimo en caso de disconformidad (CNCiv., Sala C, RdN, N° 796, pág. 1083).

Como resultado de lo expresado, puede afirmarse que la manifestación no siempre tiene un carácter absoluto.

7.2. Spota (Curso sobre temas de derecho civil, pág. 461) enfáticamente sostiene que "si se ha omitido expresar el origen del dinero, esa omisión se puede salvar por el cónyuge de cuya exclusiva propiedad es el bien, se trate de la mujer o del marido. Cualquiera de ellos administra por sí solo. Entonces, admitimos que tanto el marido como la mujer, al adquirir el bien raíz, pueden, según nuestro derecho que nada prohíbe al respecto, expresar en la escritura de inversión el origen del dinero con que se adquiere el inmueble, y lo mismo procede aseverar tratándose del contrato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de permuta o cambio de un bien por otro bien. Ello, puede además ocurrir en escrituras complementarias, expresándose ese origen del dinero o del bien permutado. Debemos tener en cuenta que son actos unilaterales, en los cuales no interviene nada más que el que adquiere o el permutante a quien le interesa, porque el que vende o el otro permutante ningún interés en contra puede invocar. No se trata de una capitulación prenupcial ni de alterar el régimen patrimonial del matrimonio, sino de expresar la verdad de los hechos en el momento de la inversión o con posterioridad a ella".

7.3. En la XVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, celebrada del 31 de agosto al 2 de setiembre de 1989, donde el tema fue debatido en profundidad, el dictamen de la mayoría declaró que: "la omisión de la mención del origen del dinero con que se adquiere un inmueble, a que alude el art. 1246 del Cód. Civil puede ser subsanada por escritura complementaria".

En el sentido expresado se expidieron Cristina Armella, Susana Marta Bonanno y Agueda Luisa Crespo en un meduloso estudio aportado a tal Convención. También Julio César Capparelli y nosotros, en sendas ponencias fundadas, llegamos a la misma conclusión.

7.4. En autos: "Du Pree, Cleia Lucía de c/Du Pree, Juan", tramitados ante la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal (JA, 1946 - IV - 819), se resolvió que "el hecho de que la escritura de compra de un inmueble no exprese que la compradora, mujer separada de hecho de su esposo, ha adquirido el bien con dinero propio, no le impide formular posteriormente esa declaración mediante otra escritura, creando de tal modo la presunción legal *juris tantum* (art. 1246, Cód. Civil), de que se trata de un bien dotal. Por tanto, quien sostenga que el inmueble de referencia es común, debe cargar con el peso de la prueba, habiendo desaparecido con ello la presunción genérica que establecen los arts. 1271/2, Cód. Civil, en favor de los gananciales".

Dicho tribunal fundó su sentencia en dos circunstancias: a) Que no hay disposición legal que lo prohíba; b) que la manifestación relativa al origen del dinero importa una presunción *juris tantum*, susceptible de prueba en contrario.

7.5. En dictamen 29.130 producido por el fiscal de Cámara Santo S. Faré, en autos "Alfredo Soares Gache s/recurso de recalificación", tramitado ante la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal del 26 de abril de 1990, formula lúcidos interrogantes que le permiten dar respuestas convincentes para arribar a conclusiones terminantes sobre los aspectos esenciales de la problemática en análisis que, por su claridad y razonada elocuencia, nos permitiremos transcribir en lo pertinente.

Expresa: "Considero fundamental para inclinarme porque V.E. revoque la resolución del Registro de la Propiedad, que no existe controversia alguna entre las partes. Si ello es así, ¿cuál puede ser el motivo de obligarlos a ir a un proceso judicial? Además, ¿cuál es la norma legal que impone la necesidad de una orden judicial para que se inscriban actos aclaratorios del tipo que nos ocupa cuando son otorgados por los propios interesados?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Carece de todo asidero, entonces, recurrir a la jurisdicción judicial, cuya intervención es sólo supletoria en el otorgamiento de actos jurídicos privados, y debe por tanto considerarse incompetente en tanto sean los interesados, en ejercicio de su capacidad, quienes intentan efectuar la aclaración. Es que el otorgamiento de un acto aclaratorio como el que han realizado los esposos..., constituye el ejercicio de un derecho disponible que no ha menester de autorización ni intervención judicial de ninguna especie, porque tampoco podría el juez impedirle a aquéllos su otorgamiento. Llambías dice que el derecho es el ámbito de la lógica y el buen sentido, donde sobran los actos superfluos y estériles (Tratado de derecho civil. Obligaciones, I, pág. 160, II). Estoy convencido de lo superfluo y estéril que resultaría obligar a los citados esposos inventar una controversia, para obtener el mismo resultado que persiguen a través del acto conjunto realizado ante el escribano Soares Gache. Sería entrar en el juego de las ficciones pretender que las partes acudan a la Justicia cuando no tienen nada que dirimir entre ellos. ¿Podría el juez, en ese supuesto mediando un allanamiento del cónyuge al pedido del otro, oponerse a la modificación de la escritura o exigir el cumplimiento de otro requisito que no sea el que previó el escribano interviniente, en punto a que los esposos no se encontraban inhibidos y que el inmueble no reconoce gravámenes? ¿Por que dudar o poner en tela de juicio que el matrimonio... omitió por descuido, u olvido, consignar el origen de los fondos en la escritura de compra de fs. 38/40? Existe en todo el ámbito del derecho una presunción general de buena fe (en este caso buena fe - creencia), aunque no haya sido formulada expresamente en el Cód. Civil, y del cual sus arts. 2362 y 4008 son sólo aplicaciones particulares. El legislador no puede tener otro punto de partida que el de la honestidad de los ciudadanos; bien está que se prevea sus desviaciones para evitarlas o corregirlas; pero sería de un pesimismo poco tranquilizador si supusiera que el hombre es deshonesto por regla general; admitir que en casos particulares lo sea y, por tanto, prevenirlos, está muy distante de presumir que por lo general se obre de mala fe. Considero que la modificación que pretenden las partes no afecta derechos de terceros. En primer lugar porque, como ya lo señalé, ni los esposos están inhibidos ni el inmueble embargado; en segundo término, si no obstante ello en el día de mañana se presentara un acreedor del cónyuge intentando la ejecución del inmueble, nada impedirá a aquél ejercer la acción de simulación y contará, además, con la ventaja de conocer anticipadamente las pruebas de las que tendrá que valerse la esposa para probar el origen de los fondos, ya que ellas quedaron consignadas en la escritura de fs. 1."

8. En el examen de los fundamentos que los distintos autores sustentan para negar al procedimiento notarial aptitud para subsanar tales omisiones, hemos advertido una suerte de aprensión por los posibles perjuicios que podrían producirse a los derechos de terceros.

Por ello, estimamos necesario formular algunas reflexiones sobre el particular.

Como hemos visto, la omisión de los recaudos exigidos por el art. 1246 del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cód. Civil, hace "presumir" que los bienes deban reputarse gananciales. Sin embargo, en las relaciones entre los cónyuges, es posible prescindir de la formalidad del citado art. 1246, por lo que resulta admisible la posterior determinación del origen propio de los fondos a través de otros medios de prueba (Conf. Fassi - Bossert, ob. cit., pág. 202; Belluscio, Nociones de derecho de familia, t. V, pág. 65; Borda, ob. cit., Familia, t. I, pág. 384; Bossert, "Los inmuebles propios de la mujer casada", JA, Doct. 1971, pág. 486; CNCiv., Sala C, LL, 1977 - D - 620; ídem Sala D, ED, 57 - 567; ídem, Sala F, LL, 139 - 277).

La doctrina, en forma unánime, ha interpretado que el cónyuge que ha prestado su conformidad no puede luego atacarla, salvo, obviamente, si el consentimiento hubiere estado viciado por error, dolo o violencia. Respecto de él, la presunción juris tantum se transforma juris et de jure.

Ello no quiere significar que en todos los casos debe el cónyuge necesariamente concurrir al acto para prestar su consentimiento. Si lo presta, su consentimiento opera el cambio de la presunción, respecto de él; si no concurre, se mantiene la presunción juris tantum y, por tanto, si se siente afectado puede atacarla judicialmente.

Con relación a los terceros, la cuestión puede ofrecer diversos matices.

Frente a los terceros, acreedores del cónyuge titular del bien, sea propio o ganancial, la responsabilidad es total.

Frente a los terceros, acreedores del cónyuge no titular del bien, sea propio o ganancial, de acuerdo con lo ya expresado, conforme el art. 6º de la ley 11357, sólo se responde con los "frutos" de tales bienes, cuando las deudas sean contraídas para "atender a las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes".

Para mayor claridad daremos un ejemplo:

a) Una señora titular de un bien ganancial: Respecto de sus deudas personales, responde íntegramente con el bien. Respecto de las deudas del cónyuge, sólo responde con los "frutos" de dicho bien para atender a los casos señalados (art. 6º, ley 11357).

b) Una señora titular de un bien propio: Respecto de sus deudas personales, responde con el bien íntegramente. Respecto de las deudas del cónyuge, sólo responde con los "frutos" de dicho bien para atender los casos señalados (art. 6º, ley 11357).

c) La señora del ejemplo a) omitió manifestar el origen de los fondos invertidos en la compra del bien, y con la conformidad de su cónyuge otorga una escritura complementaria salvando dicha omisión: Respecto de sus deudas personales, responde íntegramente con el bien. Respecto de las deudas del cónyuge, sólo responde con los "frutos" de dicho bien para atender a los casos señalados (art. 6º, ley 11357).

Como podemos apreciar, conforme con la actual mecánica del régimen de bienes de la sociedad conyugal la subsanación de la omisión de los recaudos exigidos por el art. 1246 del Cód. Civil, sea cual fuere el caso, en ningún supuesto los terceros podrían ver disminuidos sus derechos, pues su situación no se altera por el cambio del carácter del bien.

Por todo lo expuesto sostenemos que la omisión de expresar en el acto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquisición de bienes inmuebles los recaudos exigidos por el art. 1246 del Cód. Civil, puede subsanarse a posteriori en sede notarial, mediante el otorgamiento de una escritura complementaria.

INCONGRUENCIAS DEL DOMINIO HORIZONTAL CON LOS CEMENTERIOS PRIVADOS(*) (348)

CARLOS ISMAEL WEXLER

SUMARIO

I. Nueva realidad. II. Perpetuidad. III. Propiedad y posesión. IV. Mantenimiento del cementerio. V. Retribución de servicios. VI. Asambleas. VII. Erogaciones extraordinarias. VIII. Consideraciones finales.

I. NUEVA REALIDAD

EL desmesurado crecimiento de las principales concentraciones urbanas del país, entre múltiples problemas, ha generado un desarrollo de sus cementerios públicos de tal magnitud que mantenerlos en las condiciones de higiene y salubridad requeribles demanda ingentes erogaciones que cada vez más difícilmente pueden atender los respectivos municipios, cuyas conocidas penurias financieras les impiden rodear aquellos servicios de un marco de respeto y dignidad que, en memoria de los difuntos, desean sus deudos.

La ley 9094, sancionada el 26 de junio de 1978 por la provincia de Buenos Aires, abre las puertas para que la iniciativa privada concorra a satisfacer esas necesidades, permite que empresas particulares ofrezcan, a cambio de un precio cierto, espacios ubicados en predios de su propiedad, perpetuamente destinados a sepulturas, acondicionados a tales fines y habilitados por la autoridad competente; faculta a esas entidades para que, además, se comprometan a prestar servicios de conservación y mantenimiento permanentes del lugar, contra el pago periódico de otras retribuciones dinerarias.

II. PERPETUIDAD

Las trabas catastrales, los gastos y honorarios profesionales, y los diversos problemas jurídicos que supone garantizar la perpetuidad de este derecho de sepultura, transmitiéndolo de la única manera que la ley prevé al respecto, es decir, constituyendo al adquirente en titular de dominio (art. 2510, Cód. Civil), han llevado al uso de otros institutos que, por ser notoriamente insuficientes, provocan justificada inquietud en la doctrina nacional.

La atención se ha centrado en este problema, y la tendencia mayoritaria entiende que sólo se obtiene la perpetuidad buscada con el sometimiento de los cementerios privados al régimen del dominio horizontal, alegando que, de ese modo, los espacios destinados a sepulturas pueden ser considerados como unidades independientes y, sin dificultades catastrales,