

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

apreciar la prueba. Son los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV, p. 415, N° 421 b y en igual sentido, Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, p. 270, N° 171,3a ed.).

De manera que considero que el sentenciante ha hecho debida aplicación del sistema de valoración de la prueba que marca la ley (art. 384, Cód. Procesal) pues ha considerado las características del bien así como su realidad espacial a la luz de los principios de la lógica y de la experiencia arribando a la solución que juzgó congruente con las circunstancias de la causa.

Por último, corresponde rechazar el agravio referido al otorgamiento de la posesión no solicitada desde que, de la simple lectura de la parte dispositiva del fallo, no surge que así se haya decidido. Voto por la negativa. Los doctores Pisano, Mercader, Vivanco y Laborde, por los fundamentos expuestos por el doctor San Martín, votaron también por la negativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto; con costas (art. 289, Cód. Procesal).

El depósito previo efectuado queda perdido para el recurrente (art. 294, Cód. Procesal), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 2° de la res. 760/6S, modificado por la res. 868/ 77 y de conformidad con la res. 119/86. - Guillermo D. San Martín - Antonio C. Vivanco - Elías H. Laborde - Miguel A. Mercader - Alberto O. Pisano.

[Ver comentario siguiente](#)

EL FANTASMA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

EMILIO PATRICIO NAVAS Y RAÚL FRANCISCO NAVAS (H.) (**)(481)

SUMARIO

1. Tres personas distintas. 2. El fantasma de la sociedad conyugal. 3. La cláusula como seña y a cuenta de precio y los arrepentidos. 4. El laberinto de la divisibilidad de las obligaciones y el hilo del doctor Vélez. 5. Una pequeña pirueta sobre el lenguaje y las naturalezas jurídicas.

1. TRES PERSONAS DISTINTAS

Nos abstenemos de comentar las jugosas implicancias procesales del decisorio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, especialmente el particular modo de ratificar la sentencia de Cámara objeto de recurso precisamente sin haber abierto el recurso, para centrarnos en sus aspectos de derecho sustancial.

Así volvemos a enfrentarnos con la inasible sociedad conyugal.

Don Andrés Bello precisa con magistral sencillez y exquisito lenguaje el núcleo del misterio: "...en la sociedad conyugal hay tres entidades distintas:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el marido, la mujer y la sociedad, trinidad indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí. Respecto de terceros no hay más que marido y mujer..." (1)(482).

Si bien existen varias masas de bienes (los bienes propios del marido, los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales), respecto de terceros la sociedad conyugal no existe como persona en el sentido del artículo 30 del Código Civil. Es decir, la sociedad conyugal no adquiere derechos ni contrae obligaciones con terceros ajenos al matrimonio.

Pero, en las relaciones internas entre marido y mujer, la sociedad conyugal existe como entidad distinta de ambos cónyuges, y por ello adquiere derechos y contrae obligaciones con cada uno de ellos.

Esta particular ficción jurídica choca con nuestra tendencia subliminal a relacionar masas de bienes con el concepto de patrimonio y a éste con personalidad jurídica.

A esto nos conduce el artículo 2312 del Código Civil, última parte ("...el conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.") que por obra de construcción dogmática de Aubry et Rau (el patrimonio es emanación de la personalidad, es ver al conjunto de los derechos reales y personales de un mismo titular desde la óptica del derecho de propiedad) (2)(483) nos vuelve a remitir como en un calidoscopio a la noción de persona ("ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones").

Quizás por esto nos cuesta entender que con esta dualidad para terceros y esta trinidad interna las masas de bienes tengan distintos regímenes de administración y disposición.

La fría prosa de nuestros artículos 1276 y 1277 marca el cruce de los dos caminos de razonamiento que recorren nuestra institución, la ruta de las masas de bienes y la ruta de las personas.

Así cada uno de los cónyuges administra y dispone de sus bienes propios.

Y cada uno de los cónyuges administra y dispone de los bienes gananciales de la sociedad conyugal que entre ellos existe, pero que no existe respecto de terceros, que fueran adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo.

El asentimiento del otro cónyuge sólo es necesario: a) para disponer del inmueble propio asiento del hogar conyugal cuando hubiera hijos menores o incapaces; b) para disponer o gravar bienes gananciales registrables; c) para aportar a sociedades el dominio o uso de bienes gananciales y d) la transformación o fusión de sociedades de personas.

Completando el descuartizamiento de nuestra noción tradicional de patrimonio que la sociedad conyugal produce, disponen los artículos 5º y 6º de la ley 11357: "Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer". "Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es decir, que el régimen de responsabilidad patrimonial ratifica lo expuesto por Bello. La sociedad conyugal no existe como entidad respecto de terceros ajenos al matrimonio, con la única excepción de las deudas contraídas por los cónyuges para satisfacer las cargas de la sociedad conyugal que afectan los frutos de los bienes propios y los frutos de los gananciales del cónyuge no contratante.

Así son prenda común del tercero que contrató con el marido los bienes propios de éste y los gananciales que él administra y dispone. Y son prenda común del tercero que contrató con la mujer los bienes propios de ésta y los gananciales que ella administra y dispone. Esta garantía solo se extiende a los frutos de bienes propios y gananciales del otro cónyuge, si la obligación atiende las cargas de la sociedad conyugal.

2. EL FANTASMA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Mirando con el afán de ser totalmente precisos de frente y a los ojos al fantasma de la sociedad conyugal podemos ver en él un condominio en mano común o una sociedad civil.

Vemos el condominio germánico porque sus titulares se encuentran unidos por un vínculo personal (el matrimonio), además de por la cotitularidad de los bienes gananciales.

Refuerza nuestra visión el entender que ella explica por qué Vélez en la nota al artículo 2675 plantea los bienes de la sociedad conyugal como condominio de origen legal, por qué deben disponerse en forma conjunta los bienes registrables y su comportamiento similar al de la sociedad civil sin personalidad jurídica legislada originariamente por Vélez.

La posibilidad de tener ante nuestros ojos una sociedad civil surge del artículo 1262: "La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este título".

Creemos que ambos puntos de vista sólo son aparentemente distintos.

El primero es producto de prestar atención a la relación interna de los cónyuges con los bienes gananciales de la sociedad conyugal.

El segundo atiende a las relaciones externas de los cónyuges entre sí y de éstos y la sociedad conyugal respecto de terceros.

Así es que, en nuestro concepto, y aplicado a la administración y disposición de los bienes gananciales, especialmente, como en el caso en análisis los que figuran inscriptos a nombre de ambos cónyuges, podamos sostener como hace la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que estamos frente a un condominio.

En nada afecta esta terminología al régimen legal de bienes del matrimonio, que vulgarmente llamamos sociedad conyugal junto con Vélez y siguiendo una antigua terminología que viene de las "costumbres" francesas.

Ningún efecto práctico derivará directamente de ello.

Aun para disponer de su supuesta "mitad indivisa" se necesitará del asentimiento del otro cónyuge.

Sin embargo, es interesante la variación que plantea el caso objeto de este

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comentario respecto del ejercicio del derecho al arrepentimiento que la figura prevista en el art. 1202 del Código Civil generó en el contrato de compraventa que tenía por objeto un bien ganancial inscrito a nombre de ambos cónyuges.

3. LA CLÁUSULA COMO SEÑA Y A CUENTA DE PRECIO Y LOS ARREPENTIDOS

Repasemos un poco la seña, señal o arras de la mano de su inventor Justiniano leyendo su partida de nacimiento, es decir la Constitución Imperial que obra en el Código 4.21.17: "El emperador Justiniano, Augusto a Menna, Prefecto del Pretorio, Mandamos, que los contratos de ventas o permutas o donaciones que no es necesario sean insinuadas, y también de entrega de arras o de otra cualquier causa, pero aquéllos que plugo se hicieron por escrito, y también las transacciones que convino fueran consignadas en instrumento no tengan validez de otra suerte sino si los instrumentos hayan sido puestos en limpio, y confirmados con las firmas de las partes, y si se escribieran por notario, hasta que también hayan sido completados por el mismo, y al fin hayan sido aprobados por las partes, de manera que a nadie le sea lícito, antes que así se haya hecho esto reivindicar para sí en virtud del mismo contrato o de la transacción ningún derecho apoyándose o en un borrador escrito, aunque tenga letra de una de las partes o de ambas o en la misma copia en limpio, aún no esté cerrada o aprobada; de tal suerte que ni aun sea lícito decir en semejantes ventas que se le imponga al vendedor la necesidad o de perfeccionar por el precio establecido en el contrato de venta o de entregarle al comprador lo que le interesa. Lo que mandamos tenga lugar tanto en los instrumentos que en lo sucesivo se hayan de hacer, como en aquéllos que ya fueron escritos pero que aún no fueron aprobados a no ser que sobre ellos ya se haya transigido o juzgado, los cuales no se pueden retractar, exceptuándose solamente los instrumentos de compras, ya escritos en borrador o en limpio a los cuales no extendemos la presente sanción, sino que permitimos que en ellos rijan las antiguas leyes. Añadiendo además esto, que también en lo sucesivo, si para hacer la compra de cualquier cosa se dieron algunas arras o por escrito o sin escritura, aunque no haya añadido especialmente que deba hacerse respecto a las mismas arras no verificándose el contrato, sea, sin embargo, obligado el que prometió vender, rehusando la venta a devolverlas en el duplo, y el que pactó comprar, apartándose de la compra, pierda las arras dadas por él, habiéndosele de negar su repetición. Dada en Constantinopla las Calendas de Junio bajo el segundo consulado del señor Justiniano, Augusto (528)".

Dejemos también que el inventor nos explique sus alcances en el magnífico manual para estudiantes de derecho que son las Institutas, 3.23. proe.: "Hay contrato de venta desde que las partes han convenido en el precio, aunque este precio no haya sido pagado todavía y no se hayan dado aún arras; porque lo que se ha dado a título de arras sólo sirve para acreditar la conclusión del contrato. Sin embargo, es preciso entender esto de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ventas hechas sin escrito, respecto de las cuales nada hemos innovado. Pero en cuanto a las que se hacen por escrito, ha decidido nuestra constitución que la venta no es perfecta sino en cuanto el acto ha sido extendido o redactado ya de la mano misma de los contratantes, ya escrito por un tercero y suscripto por las partes, y si se hace por tabelión o escribano, en cuanto el acto ha recibido todo su complemento y la adhesión final de las partes. En efecto, mientras que le falte una de esas cosas, puede haber retractación, y el comprador o el vendedor pueden, sin incurrir en pena alguna separarse de la venta. Sin embargo, no les permitimos retractarse impunemente, sino cuando nada se haya dado todavía a título de arras; porque si éstas se han dado, ya la venta haya sido hecha por escrito o no, el que se niega a cumplir su obligación, si es el comprador, pierde lo que ha dado; y si es el vendedor, está obligado a dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de arras."

Sobre el tema sólo agregaremos un matiz local de la Capital Federal. Los efectos de la cláusula como seña y a cuenta de precio. Que tuviera una primitiva interpretación en las Partidas y que alcanzara una reformulación, prácticamente definitiva en un histórico plenario de la Cámara Nacional Civil.

Decían las Partidas, 5.5.7. "Quién debe ganar la señal que fuere dada por razón de compra, si la vendida non se acabare. Señal dan los hombres unos á otros en las compras, et acaesce que se repiente después alguno dellos: et por ende decimos que si el comprador se repiente después que da la señal que la debe perder; mas si el vendedor se repientesse debe tornar la señal doblada al comprador, et non valdrá después de la vendida. Pero si quando el comprador dió la señal dixo asi, que la daba por señal et por parte del prescio ó por pagamiento, entonce non se puede repentir ninguno dellos nin desfacer la véndida que non vala."

Resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno, el 29 de diciembre de 1951, en autos "Méndez, Roberto c/Perrupato de Ferrara, Antonia" (3)(484): "1° La cláusula «como seña y a cuenta de precio" tiene una doble función sucesivamente: como seña si el contrato no se cumple y a cuenta de precio en caso contrario. 2° Si existe plazo para escriturar, ése será también para optar por el arrepentimiento, hasta la constitución en mora. 3° Si no hubiese constitución en mora extrajudicial, el arrepentimiento puede tener lugar válidamente hasta la contestación de la demanda. 4° El arrepentimiento es precedente siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución".

Pactada la entrega de una seña, las partes se han reservado el derecho de arrepentirse y han tasado el monto de su incumplimiento.

El derecho al arrepentimiento puede ejercerse hasta la mora en cumplir la obligación principal de la compraventa, esto es, transmitir y adquirir la propiedad de una cosa, que en los inmuebles implica la fecha de escrituración o hasta que el contrato haya tenido principio de ejecución, esto es, actos inequívocos de cumplimiento, como podría ser la entrega de la posesión, ya que la renuncia de derechos no se presume (4)(485).

Sólo constituye una pequeña anécdota, que no modifica el criterio del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

plenario, que la redacción actual del art. 509 del Código Civil generalice la "mora automática".

El caso que comentamos sigue el criterio apuntado, y además caracteriza el ejercicio del derecho al arrepentimiento como indivisible, y en consecuencia no acepta su ejercicio por uno solo de los cónyuges, cotitulares de dominio. A contemplar este matiz nos dirigimos.

4. EL LABERINTO DE LA DIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES Y EL HILO DEL DOCTOR VELEZ

El gran Dumoulin presentaba el problema de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones como un oscuro laberinto del derecho.

Tal vez por ello Vélez, que junto con el derecho romano y el español había resuelto en forma simple la materia, explica largamente su decisión:

"Hemos creído necesario poner algunas notas explicativas en esta materia para que se conozcan los principios de donde partimos, muy diferentes de los que sirven de base a todos los códigos publicados en Europa y América, que no hicieron sino seguir a la letra al Código francés. Algunos comentadores de éste y otros jurisconsultos de los últimos tiempos han hecho ver los errores del Código de Napoleón, que hace un laberinto inexplicable de sus resoluciones. Por esto no haremos concordancia con los códigos existentes, y nuestros fundamentos serán únicamente las Leyes de Partida y el derecho romano, donde se hallan los verdaderos principios de esta materia" (5)(486).

"El Código francés, en el artículo 1217, define del modo siguiente las obligaciones divisibles e indivisibles: «La obligación es divisible o indivisible según ella tenga por objeto una cosa que se entrega, o un hecho que en su ejecución es o no susceptible de división sea natural o intelectual». Los códigos de Europa copian a la letra esta definición, pero Marcadé observa que sólo se refiere a la ejecución de la obligación, y no al objeto de ella al contraerse. La ley romana es más clara y enteramente conforme con nuestro artículo. Unas estipulaciones consisten en dar y otras en hacer y de todas éstas algunas admiten la prestación en parte, como cuando estipulamos que se den diez; otras no lo admiten, como aquéllas que por naturaleza no admiten división, como cuando estipulamos las servidumbres de vía, paso o conducción; algunas admiten ciertamente por naturaleza la dación por parte, pero si no se da la totalidad, no se cumple la estipulación, como cuando en general estipulo un esclavo, o un plato, o un vaso. Porque si se hubiese entregado parte de Stico, aun no se habrá verificado en parte alguna la liberación de la estipulación, sino que o se puede reclamar inmediatamente, o está en suspenso hasta que se dé otro esclavo. De la misma condición es esta estipulación, «prometes que se dará Stico o Pánfilo»" (L. 2, Tit. 1 Lib. 45, Digesto) (6)(487).

La obligación será divisible en tanto la prestación que constituye su objeto también lo sea, desde un punto de vista material, ya que desde un punto de vista ideal todo es mentalmente divisible.

Así, en nuestro caso tanto la obligación de transmitir el dominio como el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho de arrepentimiento aparecen como indivisibles, ya que las partes habían pactado sobre el todo y no sobre la participación de los cónyuges en el bien individualmente consideradas.

Consecuentemente "las obligaciones indivisibles no pueden constituirse respecto de un objeto común a muchos, sino con el consentimiento de todos los condóminos" (7)(488).

Pero también puede justificarse la solución del tribunal por medio de las reglas de la sociedad conyugal, sin apelar a las del condominio.

La administración y disposición del inmueble enajenado correspondía en forma conjunta a ambos cónyuges. Y, por ello, el ejercicio por uno solo de ellos de la facultad de arrepentirse aparece como insuficiente. Máxime cuando la regla es la indivisibilidad.

5. UNA PEQUEÑA PIRUETA SOBRE EL LENGUAJE Y LAS NATURALEZAS JURÍDICAS

La asimilación de la sociedad conyugal a un condominio que realiza el fallo en análisis es correcta en el contexto del caso.

De ningún modo puede generalizarse al punto de aplicar las reglas del condominio, art. 2673 y sig., de manera masiva e indiscriminada a la regulación del régimen de bienes del matrimonio, sobre todo antes de la disolución de la sociedad conyugal.

Debe tenerse especialmente en cuenta la influencia que las particulares reglas y finalidades del derecho de familia otorgan a la institución y el matiz que señalamos al principio de nuestro comentario. De existir un condominio en la sociedad conyugal, éste es de tipo germano, atento al particular vínculo de carácter personal que liga a los cónyuges. De ningún modo un condominio romano puro y simple.

De extremarse el razonamiento de asimilación total, la posibilidad de pedir la partición en cualquier momento que brinda el art. 2692 destruiría toda idea de regulación particular y permitiría liquidar en forma parcial y forzosa la sociedad conyugal en supuestos no previstos por la ley.

IV TESTAMENTO. Nulidad. Actos propios. Capacidad de los testigos. ESCRITURA PÚBLICA. Falsedad ideológica. Abuso de firma en blanco. Nulidad

DOCTRINA: 1) Quien ejecuta un testamento no puede luego plantear su nulidad, por obstar a ello la doctrina de los propios actos.

2) Si bien uno de los testigos del testamento era menor de edad, al no poder cuestionarlo quien lo ejecutó, no puede decretarse la nulidad del mismo y queda así confirmado el testamento y la institución de herederos que contiene.

3) La falsedad de la escritura tratada y motivo del fallo en sede penal comprende a la civil (art. 1202, Cód. Civil).

4) El mandato irrevocable que no se ajusta a los requisitos del art. 1977, Cód. Civil, por carecer de limitación temporal afecta por ello el art. 953 y por ende en el caso