

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

configura - verdaderamente - una convención entre los esposos sobre un bien que pertenece al acervo matrimonial. Como tal, rige la prohibición del art. 1218, cuando sostiene que "toda convención entre los esposos sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal es de ningún valor", régimen estricto y original que supera, ciertamente, al más limitado que establecía el art. 1717 del Cód. de Chile (conf. Segovia, t: I, p. 347, nota 1; Fassi, Santiago y Bossert, Gustavo A., Sociedad conyugal, t. I, p. 103).

Esta prohibición, de aplicación obligatoria, de carácter estricto y previo a toda consideración ensayada en sede administrativa, imposibilita acceder al requerimiento formulado en los términos que lucen a f. 1. Esta solución tampoco podría obtenerse en la hipótesis de que se permita la demostración de que la porción que está en cabeza de la esposa fue adquirida con fondos propios, pues tal demostración carecería de virtualidad para consagrar la ilegítima transmisión de la porción indivisa del marido a su nombre.

Por ello, en virtud de las razones que aquí se han expuesto y con los indicados alcances, habiéndose oído al fiscal de Cámara, se resuelve rechazar el recurso interpuesto a fs.26/32. Hugo Molteni.- Ana M. Luaces. - Jorge Escua Pizarro.

Ver comentario siguiente

LA FACTIBILIDAD DE SUBSANAR, POR UNA ESCRITURA ACLARATORIA, LA OMISIÓN DE CONSIGNAR EN EL INSTRUMENTO ADQUISITIVO DE DOMINIO LA PROCEDENCIA DEL DINERO EMPLEADO POR LA MUJER, EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 1246 DEL CÓDIGO CIVIL

FRANCISCO FERRARI CERETTI (**)(59)

SUMARIO

I. El caso planteado. II. La vista del fiscal de Cámara. III. El fallo de la Cámara. IV. Antecedentes jurisprudenciales. V. Nuestro pensamiento. VI. Conclusiones

I. EL CASO PLANTEADO

El Registro de la Propiedad de la Capital negó la inscripción de una escritura pasada ante el escribano Alfredo Soares Gache el 31/8/89, por la cual los cónyuges F.P.H. y A.E.Z.A. de H. aclararon que en la escritura del 9/9/70, pasada ante el escribano Marcelo Landó, omitieron consignar que el precio pagado por la compra del inmueble lo fue con dinero propio de la cónyuge proveniente de la venta de inmuebles que poseía por haberlos adquirido siendo de estado civil soltera.

El registrador sostuvo que la manifestación de los cónyuges debió hacerse en el acto de la compra, de acuerdo con el art. 1246, Cód. Civil, por lo que la aclaración debió hacerse por vía jurisdiccional.

Fundó el rechazo en que la norma del art. 1246, Cód. Civil es imperativa, fundada en la inmutabilidad del régimen matrimonial, la prohibición de la venta o donación entre cónyuges, la protección de los terceros que brinda la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

publicidad registral en beneficio de la seguridad jurídica, de conformidad con el decreto 2080/80, art. 47 y 48 (LA 1980-B-1703).

II. LA VISTA DEL FISCAL DE CÁMARA

El fiscal de Cámara doctor Santo S. Faré, en la apelación entablada por el escribano Soares Gache contra la resolución del Registro, se pronunció por a revocación de la resolución del Registro de la Propiedad, basado en la inexistencia de controversia alguna entre las partes, por lo que no puede obligárselos a ir a un proceso judicial para que se proceda a inscribir el acto aclaratorio, además de que no existe norma legal que imponga la necesidad de una orden judicial para que se inscriban los actos aclaratorios cuando son otorgados por los propios interesados.

El otorgamiento del acto aclaratorio importa el ejercicio de un derecho que no ha menester de autorización o intervención de ninguna especie y porque un juez no podría impedirles el otorgamiento ni oponerse al acto que autorizó el escribano Soares Gache, dado que los esposos no estaban inhibidos ni el inmueble embargado.

Tampoco puede dudarse o poner en tela de juicio que los cónyuges omitieron consignar el origen de los fondos fundado en la presunción general de la buena fe que exterioriza el Código, en particular en los arts. 2362 y 4008.

Si el día de mañana se presentara un acreedor del cónyuge, intentando la ejecución del inmueble, nada le impediría ejercer la acción de simulación y contar con la prueba aportada por la esposa para probar el origen de los fondos que quedó consignado en la escritura.

III. EL FALLO DE LA CÁMARA

La Cámara sostiene que no se trata en la escritura aclaratoria de consignar que el dinero empleado fue propio y no ganancial, sino de desplazar de la titularidad del dominio al coadquirente de 1970, esto es, el cónyuge de la declarante.

Esto importa un exceso del art. 1246, Cód. Civil, porque configura una convención entre los esposos sobre un bien que pertenece al acervo matrimonial prohibida por el art. 1218.

Esa prohibición es de carácter estricto e impide que el Registro inscriba aclaratorias en las que se intenta salvar la omisión de hacer constar la procedencia del dinero.

Aunque la esposa demostrase que eran fondos propios adquiridos cuando era soltera, dicha demostración carecería de virtualidad para conseguir la ilegítima transmisión de la porción del marido a su nombre, por cuanto el dinero empleado lo había adquirido siendo soltera.

La prohibición del art. 1218, Cód. Civil, es de aplicación obligatoria de carácter estricto e impide al Registro de la Propiedad tomar nota de una escritura aclaratoria, en la cual los cónyuges intentan salvar la omisión de la procedencia del dinero.

IV. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La C. Civ. 2ª Cap., en autos: "Muzlera y Macías"(1)(60), dijo: "La observación de los requisitos del art. 1246, Cód. Civil, es indispensable cuando se trata de relaciones con terceros, que no pueden verse perjudicados por declaraciones posteriores del marido, en detrimento de sus derechos, pero no rige en las relaciones de los esposos en que se ha admitido reiteradamente que la omisión en dicha escritura del origen del dinero con que se efectuó la adquisición puede ser suplida por la prueba que lo demuestre" (C. Civ. 2ª Cap. 5/ 9/39, JA 67-882; 33-839; 35-1254; 68-459, 34-1275; 36-942; 45-515; 55-196; 56-218; 46-574).

La exigencia del cumplimiento del art. 1246, Cód. Civil, en las relaciones con terceros, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, es de orden público, la declaración debe ser expresa y precisa en la escritura respectiva de cómo el dinero corresponde a la mujer, destinada a impedir que los esposos se confabulen entre sí o con sus herederos para violar la regla que les impide contratar con posterioridad a la celebración del matrimonio, la alteración o modificación del otorgado antes de contraerlo (arts. 1218 y 1219, Cód. Civil).

De todas maneras, la omisión no es de ninguna manera insalvable y si no se hace por escritura aclaratoria puede hacerse posteriormente por todo género de pruebas (JA 26-194; 7-18; 1942 - II - 817).

Para Segovia(2)(61) entre los cónyuges la confesión sobre la naturaleza del bien hace fe, mientras no se acredite ser resultado de un error, dolo o violencia.

Según Borda(3)(62), la exigencia del art. 1246, Cód. Civil, ha adquirido mayor importancia, por la necesidad del consentimiento conyugal para la disposición de los bienes gananciales, exigida por la ley 17711 (ALJA 1968-A-498), art. 1277)

En la presentación del Proyecto que se convirtió en la ley 17711, el 22/ 4/68 se expresó: "Hoy cada cónyuge administra sus bienes propios y los gananciales que él adquiera con su trabajo o cualquier otro título legítimo... Pero, además se ha introducido una reforma importante. Ninguno de los cónyuges puede disponer, sea a título gratuito u oneroso, de los bienes gananciales, inmuebles o muebles registrables cuya administración le corresponda, sin el consentimiento del otro. Tampoco podrá, sin tal consentimiento, aportar esos bienes a sociedades o transformar el carácter de éstas. En adelante ninguno de los cónyuges puede administrar los bienes del otro ni obrar en su nombre sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandato legal ha desaparecido... sólo cuando no se puede establecer el origen de los bienes ni cuál de los cónyuges lo aportó al matrimonio, la ley se inclina a reconocerle la administración al marido".

Los errores u omisiones pueden ser corregidos por una escritura rectificatoria o aclaratoria.

La doctrina y la jurisprudencia son abundantes al respecto, como sostiene Salvat (4)(63)

La C. de Apels. en lo Civil, el 7/12/36, resolvió que es requisito previo, el requerimiento del certificado de la inexistencia de embargos e inhibiciones que afecten la propiedad a que se refiere la escritura rectificatoria, desde

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se trata de la modificación de las condiciones de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad (ley 1893, arts. 240 y 288) (ALJA [1853-1958] 1-138).

Como sostiene Baldana(5)(64), por disposición del art. 1184, Cód. Civil, inc. 1, las escrituras aclaratorias destinadas a corregir hechos o circunstancias omitidos en otros instrumentos deben ser hechas por escritura pública.

No hay por qué privar a la mujer del derecho de probar en cualquier forma que el dinero era de su propiedad.

Así lo confirma, en relación con el marido, el art. 1228, Cód. Civil, "la confesión del recibo de la dote, en cualquier forma que sea hecha, probará la obligación (del marido) de restituirla a la mujer o a sus herederos".

La confesión releva de toda prueba y, en consecuencia, es lógico que, si el marido sostiene que ha recibido la dote de su mujer, ello tenga plena validez.

El art. 1229, Cód. Civil, en el mismo orden de ideas, salva los intereses de la mujer frente a los terceros, cuando la prueba del recibo de la dote surge de una escritura pública, testamento, partición u otros instrumentos públicos de igual autenticidad.

La mujer, en nuestro derecho, es propietaria de los bienes que introduce al matrimonio, pues la entrega de ellos al marido no la priva del dominio (art. 1251, Cód. Civil).

V. NUESTRO PENSAMIENTO

Salvando el respeto que nos merecen nuestros magistrados, coincidiendo con Gowland(6)(65) no participamos de la sentencia de la Cámara, vertida en el caso que motiva este estudio.

La doctrina y la jurisprudencia son enteramente favorables al razonamiento que expusimos hace largos años(7)(66) coincidente en un todo con los argumentos del fiscal de la Cámara.

El caso del art. 1246, Cód. Civil, ha sido preocupación constante de los notarios, porque es uno de los casos en que incurren en omisiones en las escrituras que deben ser subsanadas, tema que tratamos recientemente en esta publicación(8)(67).

El Codificador, ya en 1869, previó la forma de corregir los errores de las escrituras públicas en el art. 996, Cód. Civil, estableciendo: "El contenido de un instrumento público puede ser modificado o quedar sin efecto alguno por un contrainstrumento público o privado, que los interesados otorguen, pero el contrainstrumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contraescritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz y en la copia, por la cual hubiera obrado el tercero".

Así se ha consignado en numerosos fallos: JA 47-156; 50-366; 1952-I-9; 1953-III-205; 72-744.

Los errores y omisiones deben subsanarse por una escritura rectificatoria o aclaratoria, como se ha sostenido en la doctrina y la jurisprudencia, que es sobreabundante al respecto, como sostiene Salvat(9)(68).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si se trata de relaciones entre los esposos, ha resuelto la C. Civ. 2ª Capital 10), el 19/12/80, "El hecho de llenarse en parte las formalidades del art. 1246, Cód. Civil, en las escrituras de adquisición no basta para consagrar sin discusión el carácter de los bienes adquiridos, sino que esa declaración sólo tiene el valor de una presunción susceptible de ceder ante la prueba en contrario de la cual resulte justificado el carácter verdadero de dichos bienes".

Es de advertir que la redacción dada en el Código de 1869, al art. 1246, obedece a la circunstancia de que a esa fecha la mujer era incapaz para contratar, el marido era el administrador absoluto de los bienes y podía disponer de ellos con total libertad, de allí la exigencia del consentimiento de la mujer de modo de demostrar la intención de adquirir.

Entonces el régimen de los bienes del matrimonio estaba organizado bajo el sistema de comunidad restringida con administración marital.

El marido era el administrador legal de la sociedad conyugal, de sus bienes propios y de los de su mujer, con las limitaciones expresadas en el libro I, secc. 2ª, tít. II, cap. IV.

Sólo quedaban afuera los bienes que la esposa se hubiera reservado a ese fin en la convención nupcial o que le hubiera donado el marido en el mismo acto o los que ella adquiriese después por legado, herencia o donación con la condición de no ser administrados por el marido (arts. 1217, 2 y 3, 1226 y 1227).

En esa época era frecuente que el marido otorgara una venia a la mujer, para que en su ausencia pudiera administrar y disponer de los bienes.

Con la reforma introducida por la ley 17711, a partir de 1968, en el caso de que el marido adquiriera un bien inmueble para su mujer, debe justificar en forma fehaciente cómo el dinero empleado en la compra pertenece a la mujer; de no ser así, faltaría uno de los extremos que exige el art. 1246.

En esos casos, es necesario que los escribanos asesoren a las partes para no omitir el cumplimiento del art. 1246.

De todos modos, si se omitiera consignar en la escritura adquisitiva la forma en que el dinero pertenece a la mujer, no puede impedirse que por una escritura posterior se complemente la falla, aclarando la procedencia del dinero empleado, mencionando con precisión el acto del cual proceden los fondos, ya sea por una venta simultánea instrumentada por acto público o por herencia, legado o donación o por una certificación bancaria, cuando no se trata de la venta de un inmueble, porque en esta época es muy diversa la manera de cómo puede justificarse la propiedad de un dinero.

Es necesario señalar que el Registro de la Propiedad incurre en exceso al negar la inscripción de una escritura aclaratoria o complementaria.

En definitiva, está reservado a los magistrados disponer la inscripción, cuando los casos se presenten a los Tribunales.

La sentencia ha omitido la doctrina sentada por Borda (11)(69), Fassi y Bossert(12)(70) y Mazzinghi(13)(71), que admite que por un acto posterior de los cónyuges se puedan complementar las enunciaciones exigidas por el Cód. Civil art. 1246.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. CONCLUSIONES

El art. 1246, Cód. Civil, requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Que los bienes inmuebles se compren con dinero de la mujer; 2) Que la compra se haga con su consentimiento; 3) Que se haga con el fin de que los adquiera la mujer, 4) Que eso se exprese en la escritura; 5) Que se designe cómo el dinero corresponde a la mujer.

La doctrina del art. 1246, Cód. Civil, sólo rige las relaciones de la sociedad conyugal con los terceros.

Adquirido un inmueble de acuerdo al art. 1246, Cód. Civil, ese solo hecho crea la presunción iure et de iure a favor de la mujer que puede oponer a todo acreedor ajeno a la sociedad conyugal, sin necesidad de producir otra prueba.

La regla del art. 1246, Cód. Civil, no juega en las relaciones de los cónyuges entre sí o con respecto a los herederos del marido; contra éstos o aquél la mujer puede hacer uso de todo género de pruebas para demostrar que el bien ha sido adquirido con dinero de su propiedad.

Con relación al fisco - siempre insaciable - la mujer puede, también, plantear todo género de pruebas para justificar que el bien es de su propiedad y no de la sociedad conyugal.

Cuando la escritura no llena los requisitos del art. 1246, la prueba de la mujer debe ser concluyente e inobjetable para que pueda prosperar.

La mujer respecto de terceros no puede sostener otra prueba que la del art. 1246, salvo violencia o fraude de que hubiere sido víctima, sólo conserva una acción personal contra el marido.

Si la prueba del recibo de la dote surge de un instrumento público, produce efecto contra terceros.

La responsabilidad del marido o de los herederos es por el valor de la enajenación.

La mujer conserva la propiedad de los bienes que introduce al matrimonio.

Durante la existencia de la sociedad conyugal, la prescripción no corre entre marido y mujer.

La modificación introducida por la ley 17711, en el art. 1277, Cód. Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, elimina la exigencia del art. 1246.

En cuanto a la interpretación que se hace en la sentencia, de que la escritura aclaratoria importa un desplazamiento del coadquirente, es totalmente errónea, por cuanto lo que se pretende es acreditar la pertenencia del dinero empleado a la mujer, con el consentimiento del cónyuge concurrente a ese acto.

El art. 1246, Cód. Civil, ha opuesto una valla a la defensa que puedan intentar los cónyuges para poner a cubierto su patrimonio ante cualquier contingencia próxima o lejana, con respecto a los terceros, restringiendo las posibles colusiones en perjuicio de los extraños, lo que está muy lejos de ocurrir en el caso llevado a la decisión judicial, porque no aparecen embargos ni se encuentran inhibidos los cónyuges, como lo acredita el certificado del Registro de la Propiedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Además, como dice el fiscal, no existe mérito para dudar o poner en tela de juicio que el matrimonio H. omitió por descuido u olvido consignar el origen de los fondos de la escritura de compra.

En el ámbito del derecho existe una presunción general de buena fe, aunque no haya sido expresamente recogida en el Cód. Civil, pero ha tenido aplicaciones particulares en los arts. 2362 y 4008.

El hecho de que la ley prevea sus desviaciones para evitarlas o corregirlas, no puede servir para que se presuma por regla general que el hombre es deshonesto.

El episodio motivo de este estudio debe servir de lección para los casos en que sin base jurídica se rechazan las inscripciones de las escrituras.

II. ESCRIBANOS. Feria obligatoria. Inconstitucionalidad. Poder de policía. Razonabilidad

DOCTRINA: Es inconstitucional el decreto 2146-G-1984, reglamentario de la Ley Notarial de San Juan, en cuanto impone la feria obligatoriamente a todos los notarios. J.L.A.

Corte de Justicia de San Juan, Sala 1ª.

Autos: "Rojas Silva, Fernando" (*) (72).

San Juan, setiembre 25 de 1991.- ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad deducido en autos? En su caso: ¿Qué resolución corresponde dictar?

El doctor Velert Frau dijo:

Contra la sentencia pronunciada por la Sala 3ª. de la Cám. Civ., Com. y Minería, en fecha 31/8/89, obrante a fs. 92/97 de los principales, deduce el accionante el recurso de inconstitucionalidad reglado por el art. II, ley 2275.

El mencionado decisorio, conformando el dictado en la instancia, no hace lugar a la acción de inconstitucionalidad deducida por el actor, quien alega que el art. 104, ley 3718 y los arts. 87 a 93, decreto reglamentario 2146/84, que establece y reglamenta la feria notarial en la Prov. de San Juan, son contrarios y violan garantías constitucionales tales como el derecho de propiedad, de trabajar, y de igualdad ante la ley; y que su aplicación le provoca un daño irreparable, en razón de que se instituye obligatoriamente la feria notarial, durante la cual se le priva de trabajar por un mes, en las fechas que esas disposiciones legales establecen, y por ello se encuentra impedido de cobrar honorarios, que son su única fuente de ingresos para el mantenimiento de él y su familia, a la vez que vulnera la igualdad ante la ley, cuando se le impone el otorgamiento de vacaciones a su personal por un mes, cuando otros empleadores, por disposición de las normas de la ley de Contrato de Trabajo, t.o., están obligados a darlas, pero con sujeción a la antigüedad del personal, y por los lapsos que ese cuerpo legal prevé.

El sentenciante sostiene que si bien el notario no es un funcionario público, se encuentra investido de una función pública, con delegación especial del Estado, sujeto a su potestad reglamentaria y disciplinaria. Su función es esencialmente legitimadora. Entonces, el Estado conserva el pleno poder