

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convocados al efecto, se reúnen en la sede del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Av. Callao 1542, los miembros del jurado que tienen a su cargo discernir los premios a los mejores trabajos presentados con motivo de la realización de la XXIII Convención de este Colegio, escribanos Carlos M. D'Alessio, Eleonora R. Casabé y Jaime Giralt Font, con la presidencia del primero, no habiendo asistido el escribano José María R. Orelle. Siendo las 18.45, el presidente declara iniciada la reunión, procediéndose a un extenso y exhaustivo análisis de los méritos y cualidades de la totalidad de los trabajos presentados. Como consecuencia de ello y por unanimidad, los presentes resuelven acordar sólo cuatro premios accésit a los siguientes autores, por la elaboración de los trabajos que en cada caso se indica: a) escribanos Nancy Andrea Farhi, Guido Luconi, Andrea N. Rey, Carola María Rodríguez y Silvia Villani, por el trabajo en conjunto titulado: "Leasing inmobiliario: derecho de uso con opción de compra"; b) escribano Luis Correa Larguía, por el trabajo titulado: "El fideicomiso en la operatoria inmobiliaria y en la privatización de empresas y servicios (En el marco actual de nuestra reactivación económica)"; c) escribano Mario M. Carzolio, por el trabajo titulado: "Colación de bienes gananciales"; y d) escribano Roque Molla, de la Asociación de Escribanos del Uruguay, por el trabajo titulado: "Comercialización de departamentos en construcción". Siendo las 20.20, el jurado declara finalizada la reunión.

7. DESPACHOS DE LAS COMISIONES SOBRE TEMAS DOCTRINARIOS

TEMA I. LETRAS Y PAGARÉS HIPOTECARIOS

Coordinador: León Hirsch

Subcoordinadoras: Violeta Nilos y Marta Goldfarb

Secretaria: Delia Alicia Bonfanti

Comisión Redactora: León Hirsch, Violeta Nilos, Bettina Verónica Freire, Mario Alberto Azpeitia, Aldo Emilio Urbaneja, Rosa Edelma Echeto, Raúl Echevarría, Rosa M. Axelrud de Lendner, Delia Alicia Bonfanti, Susana Nora Morgenstern.

Relator: León Hirsch

1. Declaraciones:

Primera: Que las normas de la ley 24441 no han derogado los arts. 3202 y conchs. del Cód. Civil en materia de letras y pagarés hipotecarios.

Segunda: Que la X foja de actuación notarial constituye un medio idóneo para la emisión de letras y cupones, en razón de asegurar la inalterabilidad del papel exigida por la ley.

Tercera: Que el efecto novatorio que produce la emisión de las letras hipotecarias tiene carácter imperativo y no admite su dispensa.

Cuarta: Que es posible emitir pluralidad de letras hipotecarias con relación a una misma hipoteca.

Quinta: Que la transmisión de los cupones debe revestir las mismas formalidades que la transmisión de las letras.

Sexta: Que es primordial determinar en el momento de la instrumentación de la hipoteca la situación jurídica del tercer hipotecante no deudor de la obligación garantizada.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Séptima: Que la anotación de las letras hipotecarias en el Registro de la Propiedad deberá exteriorizarse con las correspondientes notas consignadas en las letras, en los términos del art. 28 de la ley 17801.

Octava: Que los cupones deberán ser sometidos al mismo procedimiento registral que las letras.

Novena: Que hasta que no se regulen los procedimientos y modos de registración de las letras hipotecarias escriturales, éstas no resultan aplicables.

Décima: Que la técnica de redacción escrituraria debe propender a una clara vinculación de los cupones a las letras hipotecarias y de éstas con el acto de constitución de la hipoteca.

Y, Recomienda:

Primero: Que se adecuen las legislaciones provinciales en materia procesal, tributaria y registral a fin de facilitar la reestructuración de los circuitos financieros por medio de la emisión de la "Letra hipotecaria - Ley 24441".

Segundo: Que se incluya en el texto de las letras y cupones hipotecarios la referencia a la ley 24441.

Tercero: Que se proponga, como medio alternativo, que la futura reglamentación de la ley posibilite la creación y emisión de las letras y cupones en fojas de actuación notarial, toda vez que ello permite un adecuado control y asegura la inalterabilidad del soporte papel.

Cuarto: Que la reglamentación de la ley clarifique sobre la posibilidad de emitir las letras hipotecarias con posterioridad al acto de constitución de la hipoteca, cuando estuviere consentida en el mismo.

Quinto: Que los registros inmobiliarios establezcan las reglas generales a las que ajustarán sus procedimientos a los fines de la intervención que les compete.

Sexto: Que de lege ferenda se sustituya la anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble de las letras y cupones, por la atestación notarial que correlacione la escritura de constitución de la hipoteca y su inscripción.

**TEMA II. RÉGIMEN ESPECIAL DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
REFORMAS**

Coordinador: Horacio M. Vaccarelli

Subcoordinadora: Angélica G. E. Vitale.

Secretaria: Mónica A. Rivero de Navas.

Comisión Redactora: Iris Pérez Serpa de Trujillo

Alberto Fernández

Álvaro Ramírez Arandigoyen

Alberto Conforti

Relator: Horacio M. Vaccarelli

La comisión que trató la ejecución extrajudicial de hipotecas en la ley 24441

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la XXIV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Concluye que:

El rol del escribano en el proceso judicial de ejecución que prevé el art. 598 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, reformado por el art. 79 de la ley 24441, constituye el ejercicio legítimo de sus funciones específicas en la verificación de hechos y ejecución de actos como auxiliar de la justicia. El cumplimiento de tal cometido debe ajustarse a las normas legales sustantivas, formatos y demás disposiciones que regulan el desenvolvimiento de las atribuciones y deberes atinentes a los actos que se le encomiendan y que emanan del poder de superintendencia de los órganos jurisdiccionales superiores o las que en igual sentido derivan de normas que reglamenten específicamente su desenvolvimiento.

En el marco estatuido en el título V de la ley 24441, la intervención del notario designado para los actos de verificación y de ejecución operativa que ella prevé reviste el rol funcional aludido precedentemente no obstante la naturaleza especial de esa ejecución, atento que su designación resulta exteriorizada a priori en la actuación judicial a que hace referencia el art. 54 de la ley citada.

Que las constancias que debe contener la escritura de protocolización de las actuaciones, en los términos del art 63 de la ley 24441, no restan taxativas, ya que a los fines de la individualización del inmueble, el pago del precio y demás elementos que permiten circunstanciada y cronológicamente recrear la ejecución especial del bien subastado, deben estar contenidos en dicha escritura en cumplimiento del recaudo de completividad que las conforma.

Recomienda:

Primero:

Que a los fines de lo establecido por el art. 54 de la ley 24441, el estado registral del inmueble objeto de ejecución se acredite mediante el informe de dominio expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble en los términos prescritos por el art. 27 de la ley 17801

Segundo:

Que el lanzamiento a que hace referencia el art. 54 de la ley 24441 para su ejecución, requiera la expresa solicitud del acreedor, ya que tal opción deviene por el carácter no esencial de la desocupación del inmueble a los fines de la ejecución, circunstancia que resulta contemplada por el art 63, párr. 4 al aludir al caso de no haber mediado desposesión anticipada a la subasta.

Tercero:

Que el acreedor, en ejercicio del derecho a requerir expedición de segunda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o ulteriores copias del título de propiedad del inmueble, motivo de ejecución, acredite a tal fin, ante el Archivo de Protocolos o escribano, en su caso, su legitimación activa derivada de su calidad de acreedor ejecutante.

Cuarto:

Que la notificación prevista por la ley 24441 en el art. 59 al deudor, propietario y demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada, de la fecha de la subasta con la anticipación debida, se extienda a los embargantes a los mismos fines y conteniendo dicha notificación la expresa mención del lugar y hora en que se ha de llevar a cabo la misma.

Quinto:

Que se efectúe la anotación registral de la iniciación del proceso de ejecución especial, como medida cautelar genérica ordenada por el juez en la oportunidad prevista por el art. 54 de la ley 24441, pues resultaría idóneo para la publicidad y debido conocimiento de terceros interesados con la finalidad de evitar los conflictos que pudieren derivar de la pluralidad de ejecuciones judiciales o especiales promovidas sobre el mismo inmueble.

8. CHARLA DEBATE SOBRE "FIDEICOMISO"

En el salón José A. Negri, de nuestra sede de Alsina, tuvo lugar esta interesante disertación sobre una figura relativamente nueva como es el "fideicomiso", a cargo del doctor Mario Alberto Carregal.

Colegas siempre interesados en mantenerse actualizados colmaron la sala, donde atentamente siguieron sus conceptos, y al abrirse el debate fue intenso el preguntar de los notarios, a quienes el doctor Carregal respondió con claridad a todas y cada una de sus preguntas.

9. CHARLA INFORMATIVA SOBRE "RÚBRICA DE LIBROS"

Despertó gran interés esta nueva delegación que el Estado le hace al notariado, confiándole otra incumbencia que supone la prestación de un servicio más a las sociedades en lo que hace en esta oportunidad a la "rúbrica de libros".

La misma estuvo a cargo de la escribana María T. Acquarone de Rodríguez, quien ofreció una extensa charla explicativa con la claridad y docencia que la caracterizan.

Se trabajó en forma práctica sobre los formularios, que se repartieron a los participantes.

10. SESIÓN DE CLAUSURA

PALABRAS DEL ESCRIBANO CARLOS M. D'ALESSIO

Una vez más nos reunimos para compartir las conclusiones de nuestra Convención Notarial. Durante los últimos 24 años son muchos los cambios operados en nuestro país y muy diversas las situaciones por las que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notariado ha atravesado, pero, a pesar de ello, nunca nos hemos privado de esta oportunidad de sustraernos de la tarea diaria para disfrutar del estudio en común. Ello se debe al afán de superación de nuestros colegas y se concreta gracias a la labor tesonera de la comisión organizadora, a la que agradecemos profundamente habernos permitido gozar de este encuentro. La situación que atraviesa hoy el ejercicio de nuestra profesión, en medio de una profunda recesión, nos impone a veces límites para el trabajo intelectual al mantenernos aferrados a la solución de los problemas diarios de nuestra escribanía y nos genera una preocupación que absorbe gran parte de nuestras energías.

Ello nos lleva a valorar más una actitud que, frente a esta angustia, descarta toda posibilidad de parálisis, para desplegar nuestra energía creadora como único medio de enfrentar la crisis con éxito. Negar que los problemas que aquejan hoy a la Nación nos tocan muy de cerca sería una actitud necia que en nada nos ayudaría a resolverlos, pero sumirnos en ese mar de dificultades, dejándonos llevar por una corriente pesimista, sería directamente suicida.

Por eso los escribanos de la Capital Federal unidos con colegas de diversas regiones de nuestro país y algunos hermanos uruguayos que nos honran con su presencia, nos sentamos hoy a profundizar nuestros conocimientos, a compartir nuestras experiencias, en la certeza de que de aquí saldremos mejor pertrechados para hacer frente a los desafíos que el ejercicio actual de nuestra función nos impone.

Al clausurar la XXIII Convención el año pasado, me permití plantear la necesidad de delinear en común el nuevo perfil profesional que nos impone una sociedad que vive una vertiginosa transformación.

Los invito a reflexionar sobre algunos acontecimientos ocurridos desde entonces, en este lapso muy breve en la vida de esta institución, próxima ya a cumplir sus 130 años y, más aún, en la de un notariado presente ya en los albores de nuestra historia.

En la última Convención nos referíamos a un proyecto de ley de vivienda entonces en gestación. Nos ocupamos de estudiarlo a fondo, emitimos nuestras opiniones sobre el mismo, haciendo conocer a quienes lo elaboraban nuestras observaciones; este Colegio se convirtió en el primer ámbito en que los autores de la norma, en setiembre de 1994, la expusieron en público. Hoy nos hallamos debatiendo acerca de un cuerpo legal en el cual el notariado, lejos de ver atacados los principios que sustentan la función - como ocurría en algún anteproyecto de la misma - , es valorado como una institución idónea en la implementación de esta política de vivienda y, como consecuencia de ello, asume nuevas funciones. Ello no obsta a que, como estudiosos del derecho, formulemos nuestras críticas a los aspectos de la legislación que nos parezcan perfectibles, proponiendo opciones para mejorarla.

En octubre de 1994, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires recurrió al notariado para derivarle una función hasta entonces absolutamente ajena a su competencia: las habilitaciones de locales de comercio e industria, y lo hizo por entender que los escribanos somos aptos para dotar al sistema de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la seguridad requerida sobre la base de una honestidad que públicamente se nos reconoce. La XXIV Convención nos encuentra, así, debatiendo acerca de un tema sobre el cual nunca habíamos soñado en convertirnos en expertos.

El 2 de junio último el Poder Ejecutivo Nacional dicta el decreto 754 que, por un lado, generaliza el sistema de precalificación de actos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia, iniciativa nacida en este Colegio hace alrededor de 10 años por obra de muchos de quienes hoy se encuentran en esta sala y, además, confiere a los escribanos de la Capital Federal atribuciones para la rúbrica de los Libros de Comercio. Se logra así, agudizando la imaginación, sortear los escollos jurídicos que durante más de 15 años habían impedido concretar esta idea. La nueva tarea a implementarse en muy pocos días ha sido también motivo de discusión en el ámbito de este encuentro.

Considero que, más allá de las concretas posibilidades de trabajo que cada una de estas medidas abre, es importante que ellas surgen como genuinas soluciones a necesidades de la comunidad y no como la mera satisfacción de las apetencias de un grupo profesional.

Creo que estos hitos en la evolución de nuestro notariado son expresión de esa actitud que señalamos al principio: enfrentar la crisis con una gran dosis de imaginación y trabajo constante que nos abrirán brechas para ir superándola.

Cada uno de ellos configura el comienzo de un camino que habrá que recorrer, superando obstáculos, buscando nuevas derivaciones que permitan ampliar nuestra participación en esas áreas y abordar otras. Queda mucho por hacer, pero contamos con los medios para lograrlo: un notariado que es hoy ejemplo dentro de la comunidad internacional por su capacidad y organización, y una institución que lo nuclea, cuyo prestigio, abonado por la labor común de varias generaciones, constituye un respaldo invaluable en este recorrido.

Estoy seguro de que la próxima Convención nos encontrará habiendo avanzado un buen trecho hacia un final que nunca alcanzaremos, porque para entonces ya nos habremos fijado nuevas metas.

***NÚMERO 843 OCTUBRE -NOVIEMBRE -
DICIEMBRE***

EDITORIAL

UNA CIERTA INTROSPECCIÓN

De tanto en tanto - sería deseable una mayor asiduidad - resulta saludable echar una mirada crítica "hacia adentro" de la Revista del Notariado.

Esta casi centenaria publicación intenta cumplir varias funciones. Puestos a privilegiar alguna de ellas, surge como indudable la labor docente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Buena parte del material editado creemos que contribuye a hacer conocer al lector muy variados aspectos de cuestiones jurídicas - doctrinarias, jurisprudenciales - que mayoritariamente se relacionan con lo notarial, tanto en la sistemática teórica cuanto en su praxis.

Desde siempre se ha tratado de que no sólo lo notarial ocupe nuestras páginas. Esta Dirección ha favorecido, no siempre con mucho éxito, la inclusión de trabajos que incursionaran en otras ramas del Derecho, ante la convicción de que al escribano no debe serle ajeno aquello que excede - a veces en apariencia - el ámbito de su especialidad.

En tal sentido, es invalorable el material proveniente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho (UBA) bajo la denominación de "Temas de Derecho Privado", el contenido de cuyas mesas redondas se publica, por séptima vez consecutiva, en este ejemplar. Tratar de adjetivar el nivel de los profesores que forman parte de dichas mesas sería una tarea por demás redundante.

Ocasionalmente, han tenido cabida otros artículos de interés jurídico general. Pero no con la frecuencia deseable; al menos a nuestro entender.

La jurisprudencia es motivo de cuidadosa selección, aunque no resulta sencillo lograr colaboradores para anotar los fallos. La desinteresada contribución de un grupo de escribanos noveles apunta, en los últimos números, a suplir aquella carencia.

Otra función de la Revista, no menos importante es la de difundir dictámenes (jurídiconotariales, arancelarios, etc.) aprobados por el Consejo Directivo del Colegio. A través de ellos los colegiados se anotan del "pensamiento oficial" respecto de cuestiones sobre las que existen dudas, divergencias, o meramente la necesidad de sentar una suerte de jurisprudencia administrativa ad intra, tenga o no carácter obligatorio.

Por último, nuestra Revista ofrece crónicas de acontecimientos de la vida del Colegio, del Consejo Federal del Notariado Argentino y de la Unión Internacional del Notariado Latino. Es, en tal sentido, un medio insustituible de información.

Cabe preguntarnos, los responsables y los lectores, en qué medida las diversas secciones responden a las necesidades y apetencias reales. Cuáles serían las cosas a profundizar, a agregar o a modificar.

Aun sabiendo lo remiso que son los leyentes para poner sus opiniones por escrito, nos permitimos instarlos a que - por esta vez al menos - nos hagan llegar sus sugerencias. El bien será para todos.

La Dirección

DOCTRINA

¿PUEDE UNO DE LOS CÓNYUGES ENAJENAR LA MITAD INDIVISA DE UN INMUEBLE GANANCIAL DE TITULARIDAD DE AMBOS?.(*)(372)

EDUARDO VÍCTOR CURSACK

SUMARIO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. Condominio de cosas propias. II. Terminología. III. Antecedentes doctrinarios. IV. Fundamentos de los doctores Guastavino, Fassi y Bossert. V. Fundamentos de quienes sostienen que es condominio (Belluscio, Mazzinghi, Vidal Taquini, Zannoni, Méndez Costa). VI. Gestión del bien objeto del condominio entre cónyuges. Disposición. VII. Fallos C. N. Civ., Sala B, junio 23 / 81, "D. F. de F. E., C. c / F. A., M.", LL, 1983 - B, págs. 589 y siguientes.

I. Condominio de cosas propias

El interrogante del título exige una definición previa, en cuanto a la naturaleza jurídica de la referida situación de cotitularidad de los cónyuges sobre un inmueble de carácter ganancial.

No hay ningún inconveniente si el bien es de carácter propio, ya que el art. 1264 del Cód. Civil establece que los bienes donados o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador o testador; y a falta de designación, por mitad a cada uno de ellos. Esta norma incluye a la situación planteada, indiscutiblemente dentro del derecho de condominio, regulado en el Título VIII, del Libro III del Código Civil y definido como "El derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble" (art. 2673 del Cód. Civil).

Ese derecho subjetivo patrimonial se caracteriza:

- a) por ser el mismo derecho de propiedad o dominio, dividido entre varios copropietarios;
- b) por constituir una especie de comunidad o comunión de bienes (art. 2674 del Cód. Civil);
- c) por fraccionarse el derecho de propiedad o dominio en partes indivisas entre los condóminos o copropietarios;
- d) por tener como objeto únicamente a cosas (art. 2673 del Cód. Civil).

II. Terminología

Se emplean indistintamente las expresiones "gananciales de titularidad conjunta", "gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", "gananciales de adquisición conjunta" (Guastavino, Elías P. "Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", LL, t. 145, pág. 629, de 1972). Titularidad es conexión actual de un derecho a un sujeto (Núñez Lagos, Rafael, Los esquemas conceptuales del instrumento público, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967, pág. 21).

El origen o nacimiento de los derechos subjetivos puede coincidir con el momento de su adquisición, pero ello no es necesariamente así ya que se puede adquirir un derecho ya nacido (Messineo, Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1954, t. II, pág. 45).

Presupuestos del derecho subjetivo son la existencia de un sujeto y su capacidad de derecho (Messineo, ob. cit., pág. 14).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por lo común, el derecho subjetivo tiene un solo titular. Así ocurre en el derecho de dominio. Pero puede ser que este derecho tenga varios titulares, lo que origina el fenómeno del sujeto múltiple, plural, plúrimo o cotitularidad, caracterizante del condominio.

Se constituye el derecho de condominio por contrato, por acto de última voluntad o en los casos que la ley designa (art. 2657 del Cód. Civil).

En uso de esta terminología y con respecto al tema planteado, debemos resolver las dos cuestiones que constituyen los presupuestos que condicionan la existencia de condominio sobre un inmueble ganancial de cotitularidad de los cónyuges.

El del sujeto plural o cotitularidad no genera problemas; en cambio, la capacidad de derecho o jurídica de los cónyuges es un tema que tiene cariz polémico.

III. Antecedentes doctrinarios

La cuestión fue analizada en las Quintas Jornadas Notariales de Derecho Civil realizadas en Rosario en 1971. Su tratamiento fue polémico, por lo que en la Comisión respectiva se elaboraron tres despachos:

a) Despacho de mayoría (Fassi, Ferrando, Bossert, Maffía, Legón, Kaller de Orchansky, Méndez Costa, etc.): "Las cosas adquiridas con fondos provenientes de la masa de gananciales de ambos cónyuges se regirán por analogía por las normas del condominio en cuanto sean compatibles con el régimen de la sociedad conyugal".

b) Despacho de primera minoría (Yungano, Vidal Taquini, Mazzinghi y Belluscio): "Las cosas adquiridas por ambos cónyuges, con el producto de bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen del condominio, quedando a salvo las normas del régimen patrimonial del matrimonio.

c) Despacho de la segunda minoría (Díaz de Guijarro, Paz, Sánchez, Almeyra, Guastavino): "Los bienes adquiridos por ambos esposos, con bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen general patrimonial matrimonial sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio".

En la votación del plenario, el despacho c) correspondiente a la segunda minoría obtuvo aprobación.

Los despachos a) y b) arriban a similares soluciones.

Cabe destacar que con el transcurrir del tiempo algunos autores cambiaron los criterios doctrinarios sustentados en las Jornadas mencionadas.

Así, Fassi y Bossert, en su trabajo publicado en LL, t. 151, de 1973; pág. 1060 y siguientes, se adscriben a la posición c), es decir, la aprobada en el plenario de las expresadas Jornadas.

Por su parte, Méndez Costa (Derecho de Familia, t II, Rubinzal - Culzoni, 1990, págs. 98 y 99) se inclina por la tesis del condominio entre los cónyuges.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. Fundamentos de los doctores Guastavino, Fassi y Bossert

a) "Reconocer que la comunidad conyugal constituye un régimen autónomo no importa negar que su naturaleza jurídica corresponda dentro del actual derecho positivo a una especie de sociedad civil.

El análisis de la naturaleza jurídica del régimen comunitario debe, pues, realizarse inexcusablemente dentro de cada legislación" (Guastavino, ob. cit., pág. 631).

b) "Inclusive, dentro de ciertas perspectivas y condiciones, cabría concebir la posibilidad de condominio entre un cónyuge, a título de bien propio, y la comunidad conyugal, como en los casos de calificación dual o mixta, de bienes en parte propios y en parte gananciales" (Guastavino, ob. cit., pág. 631).

c) "Como el condominio supone dos o más sujetos de derecho, cabría preguntar entre quiénes existiría la copropiedad. Si se responde que los titulares del derecho real de condominio son directamente los cónyuges, se eliminaría, dentro de la tesis que tipifica como comunidad al actual régimen de bienes del matrimonio, el carácter ganancial que por hipótesis tienen esos bienes. Si el presunto condominio no se establece entre los cónyuges personalmente, habría que arribar a la extraña conclusión de tener la sociedad conyugal doble personalidad jurídica, pues para la existencia de condominio se requieren por lo menos dos sujetos de derecho" (Guastavino, ob. cit., pág. 632).

d) Dentro del régimen de comunidad de bienes, sin acudir a las normas del condominio en forma directa, por analogía se logran soluciones adecuadas. Si esas normas son insuficientes, hay que acudir a las reglas de la sociedad civil (art. 1261 del Cód. Civil) (Guastavino, ob. cit., pág. 632).

e) Dentro del sistema patrimonial del matrimonio, no es aplicable a la situación de cotitularidad de un bien ganancial entre los cónyuges la regla contenida en el art. 1276 del Cód. Civil, que se refiere a bienes de titularidad exclusiva de cada uno de ellos, por lo que ante el vacío legislativo hay que recurrir a la normativa de la sociedad civil, por expresa remisión del art. 1262 del Cód. Civil (Fassi y Bossert, ob. cit., págs. 1061 y 1062).

V. Fundamentos de quienes sostienen que es condominio (Bellussio, Mazzinghi, Vidal Taquini, Zannoni, Méndez Costa)

Resulta importante tener en cuenta que el régimen patrimonial del matrimonio, de carácter legal, imperativo en su origen, relativamente inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades (Méndez Costa, ob. cit., págs. 76 y 77), es el que califica como gananciales o propios los derechos que integran el patrimonio de cada cónyuge, pero de ningún modo cambia la estructura y funciones de los derechos subjetivos.

En ese sentido, ha dicho el doctor Bellussio que lo que importa no es la calificación de propio o ganancial de las partes indivisas en el condominio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre cónyuges, pues dichos caracteres no afectan a la propiedad exclusiva de su dueño, sino que la hace menos plena debido a la necesidad del asentimiento conyugal (art. 1277 del Cód. Civil), y por eventual sometimiento al proceso de liquidación y partición si continúan en el patrimonio del cónyuge al disolverse la comunidad (voto del doctor Belluscio, C. N. Civ., Sala C, 23 / 6 / 75, "Raute SA c / Catoni Aldana, Anastasio y otra" JA, 1976 - I, págs. 257 y 258).

Fundamentan la admisibilidad del condominio ganancial de los cónyuges en las siguientes razones:

- a) No hay incapacidad jurídica de los cónyuges para ser cotitulares del derecho de dominio sobre una cosa. Al efecto, debemos tener en cuenta que las incapacidades jurídicas se manifiestan por medio de prohibiciones legales, que deben ser expresas, undadas en el orden público (Mosset Iturraspe, Jorge, *Compraventa Inmobiliaria*, Buenos Aires, 1976, pág. 255). Si así no ocurre, es aplicable, en consecuencia, el art. 53 del Cód. Civil: "Le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad jurídica".
- b) No es un derecho incompatible con el régimen de bienes en el matrimonio, que abarca los propios y los gananciales, desde que el condominio sobre una cosa propia es admitido expresamente por el art. 1264 del Cód. Civil.
- c) Belluscio, en el mismo fallo citado, expresa que el condominio es compatible con la independencia patrimonial de los esposos, resultado de la gestión separada que a cada uno compete.
- d) La analogía y los principios generales del derecho, a través de las soluciones del régimen de separación de bienes, confirman la admisión del mismo.
- e) La existencia de sujeto plural o cotitularidad, como presupuesto del derecho de condominio, se cumple atento a que la sociedad conyugal es la denominación que el Código Civil utiliza para designar al régimen de bienes en el matrimonio, pero de ningún modo resulta sostenible que ella constituya un sujeto de derecho que se interponga entre la personalidad de los esposos y sea la titular de los derechos sobre bienes gananciales.
- f) Tampoco es posible sostener que los bienes gananciales integran un patrimonio especial distinto del ganancial de cada uno de los cónyuges.
- g) La jurisprudencia nacional se ha volcado decididamente en favor de la tesis del condominio (Belluscio, Augusto C., "División de condominio entre cónyuges", LL, 1983 - B, págs. 589 y siguientes; ver especialmente fallos citados en pág. 599, nota 28, entre los que se incluye uno de la Suprema Corte de Buenos Aires, LL, 1982 - B, pág. 140).
- h) Admitir el condominio de gananciales es lograr una solución armónica y coherente con el régimen de división o separación de deudas de los cónyuges establecido por los arts. 5° y 6° de la ley 11357.
- i) No integra los bienes gananciales un patrimonio de afectación o universalidad de afectación, como lo sostuvo Rébora (*Instituciones de la Familia*, t. III, Buenos Aires, 1945).