

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IX. SOCIEDAD CONYUGAL. ORIGEN DEL DINERO. Obra literaria. Autoría. propio. Producido, ganancial

DOCTRINA: 1. Para que se tenga por operada la subrogación real, por enajenación de un derecho intelectual, la manifestación debe ser lo suficientemente clara y concreta de las circunstancias indicativas de esa procedencia.

2. Como principio general se considera: a) El precio obtenido por la enajenación del derecho intelectual durante el matrimonio es propio por subrogación real. b) Durante la vigencia de la sociedad conyugal el producido económico de los derechos intelectuales, cualquiera sea el modo de explotación, reviste el carácter de ganancial.

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de los escribanos León Hirsch, Angélica Guilmil Moldes y Héctor B. Slemenson, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 31 de agosto de 1988) (Expte. 5031-B-1988) .

ANTECEDENTES: El escribano L . F . A . B . consulta el siguiente caso:

La señora E . R. de J., residente en Milán, Italia, casada en primeras nupcias con don A. J., adquirió por compra, por intermedio de apoderado un inmueble sito en esta Capital Federal, según escritura del 18 de junio de 1963 otorgada ante el escribano E.T.T.

En la escritura de apoderamiento, otorgada ante el cónsul argentino en Milán, que el escribano E.T.T. transcribe íntegramente, la señora E.R. de J. manifestó que el dinero invertido en la compra es "propio" de la otorgante, por provenir "de la producción de publicaciones literarias de lo que certifica su esposo presente al acto". La escritura de apoderamiento es de fecha 16 de enero de 1963.

El consultante considera que el bien. por las razones que aduce, no puede considerarse "propio", sino "ganancial", pero ante el criterio del letrado de la titular de dominio, contrario al suyo, y el fallecimiento de don A . J . solicita opinión de este Colegio de Escribanos.

CONSIDERACIONES: 1. Los derechos subjetivos de contenido patrimonial, tradicionalmente se los ha clasificado en "personales" y "reales".

Como bien lo señala López Castro (Enciclopedia Jurídica Omeba - Propiedad intelectual, pág. 636) durante mucho tiempo se insistió en forzar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dichas categorías jurídicas para hacer entrar en sus moldes las relaciones que se derivan de la creación de obras intelectuales. Por ello, los derechos de los autores de obras científicas, literarias y artísticas, de los inventores y descubridores, se los asimiló al derecho real de dominio.

Tal identificación no podía ser más ficticia.

En efecto, si partimos de nuestro Código Civil, que en este aspecto ha seguido la tradición romanista, "el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona" (art. 2506). En tal sentido es exclusivo, perpetuo y absoluto.

En cambio, los derechos de autores e inventores, sólo en parte se refieren a cosas, consideradas como "objetos corporales susceptibles de tener un valor" (art. 2311), pues fuera del significado material de las sustancias sobre las que se elaboran (papel, madera, lienzo, etcétera), que en la actualidad suele ser ínfimo comparado con la creación en sí, aquella categoría de derechos comprende dos aspectos que le son propios, a los que una moderna terminología denomina "derecho económico o pecuniario" y "derecho moral del autor"

1.1. El "derecho económico o pecuniario" es considerado como la posibilidad de disfrute que asiste a los autores respecto del producido material de la obra.

1.2. El "derecho moral" del autor constituye "el aspecto del derecho intelectual que concierne a la tutela de la personalidad del autor como creador y a la tutela de la obra como entidad propia" (Mouchet y Radaelli, Los derechos del escrito del artista, pág. 26).

1.3. Nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 17 que "todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley".

Dicho texto ha restringido temporalmente el alcance del derecho que reconoce, modificando en este aspecto el proyecto de Alberdi, que establecía: "Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento."

González Calderón (Curso de derecho constitucional, pág. 264) sostiene que "el autor de una obra literaria o de un descubrimiento científico, así como el que logra aplicar y desarrollar un invento suyo, pone en estas cosas más originalidad de la que vulgarmente se cree, y lo que produce tiene más un sello de su personalidad que la propiedad de las cosas bienes materiales. El derecho de recoger los frutos del trabajo intelectual sin limitaciones como las que establece nuestra Constitución, justificase por los sacrificios de toda índole que el que lo ha realizado se ha visto obligado a hacer, dedicándole todo su esfuerzo mental y sus energías físicas más intensas o consagrando su labor, quizá, la vida".

Como se puede apreciar, nuestra Constitución Nacional adhiere a la teoría que asimila el derecho intelectual al derecho real de dominio, considerando sólo el aspecto económico o pecuniario de aquel, con prescindencia de su contenido moral.

1.4. La doctrina más generalizada, receptando la caracterización formulada por el jurista belga Edmond Picard, ha considerado a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos intelectuales como una categoría especial de derechos subjetivos, de contenido complejo (patrimonial y moral a la vez), en cuya virtud los autores se ven reconocidos en el goce de las consecuencias económicas que se derivan de su creación y en el señorío sobre las relaciones intangibles que los vinculan a la misma (confr. López Castro, ob. cit., pág. 637).

2. Es sabido que el régimen patrimonial de la sociedad conyugal ha sido estructurado en el Código Civil sobre la base del distingo entre bienes propios y bienes gananciales.

El régimen patrimonial del matrimonio es en nuestro derecho "forzoso", y consecuentemente, están proscriptas las convenciones entre cónyuges tendientes a modificarlo (confr. Borda, Tratado de derecho civil argentino, Familia, t. J, pág. 202).

2.1. 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 raíces 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 de lado por la intención coincidente de los cónyuges o la de cualquiera de ellos (CNCiv., Sala B, marzo 27/64, L.L., t. 118, pág. 259).

2.2. Si bien es cierto que del texto de la escritura resulta la declaración de la adquirente expresando que, por las razones que invoca, el bien reviste el carácter de propio, corresponde analizar si en verdad dicha manifestación es suficiente para calificar al bien como tal.

Debe tenerse presente que la conformidad prestada por el cónyuge no puede cambiar el carácter del bien, porque este no depende de su voluntad, sino de la ley.

Con todo acierto Yorio (Tratado de la capacidad jurídica de la mujer, pág. 194) señalaba que la afirmación de que el dinero es propio - sin serlo - no puede modificar el verdadero carácter del bien adquirido.

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".

Por ello, resulta de fundamental importancia establecer si los derechos patrimoniales de esencia jurídica intelectual que adquiere el cónyuge con su labor científica o literaria y el producido de los mismos integran la categoría de los bienes propios o pasan a ser gananciales del matrimonio.

3. Antes de la reforma del año 1968, sostuvieron su calidad de propio, Bibiloni (Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino, t. V, pág. 199); Borda (ob. cit., pág. 321); y Spota ("Los derechos intelectuales y la sociedad conyugal", L.L. 128 - 905).

En cambio, lo consideraron ganancial, Cornejo (Régimen de bienes en el matrimonio, pág. 62); y Guastavino ("Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes en el matrimonio", E . D . 21 - 430) .

3.1. En sede judicial el único fallo que resuelve la cuestión que registra en el caso del escritor Roberto Art. (CNCiv., Sala B, 7/9/67; L.L.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

128, pág. 905, E.D. 21 - 430).

En primera instancia la sentencia distinguió el aspecto moral y el pecuniario de los derechos intelectuales, interpretando que el último, en sí mismo, reviste calidad de propio del autor porque depende del aspecto moral que no puede afectarse a la sociedad conyugal; y sólo admitió el carácter ganancial de los beneficios obtenidos por explotación del derecho intelectual durante la sociedad conyugal, como frutos civiles de un bien propio.

La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia respecto a la ganancialidad de beneficios por explotación de obras intelectuales durante la comunidad, pero modificó la calificación del aspecto patrimonial del derecho intelectual considerado en sí mismo, que a criterio del tribunal reviste también carácter ganancial.

3.2.A partir de la reforma del año 1968, la ley 17711 agregó un párrafo nuevo al artículo 1272, que dice: "Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial."

La fuente de dicho agregado la encontramos en el art. 678 del Anteproyecto de Babiloni y la doctrina francesa.

3.3. La solución legal impuesta por el mencionado agregado, ha merecido la crítica de autores como Llambías (Estudio de la reforma, pág. 356); Mazinghi (t. II, N° 207, pág. 156); y Belluscio (Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t. 6, pág. 144), quienes consideran que la solución es injusta, pues rompe el principio de participación igualitaria de los esposos en los bienes obtenidos durante el matrimonio por cualquiera de ellos, salvo que la adquisición fuere por título de herencia, donación o legado; y que no se justifica el distinto tratamiento del trabajo concretado en una obra científica, literaria o artística, y del concretado en una cosa material o un bien inmaterial, que puede ser tan intelectual como aquél, como en el caso del médico, el abogado, el arquitecto o el ingeniero.

3.4. Es evidente que lo importante de la reforma ha sido definir el carácter de los derechos intelectuales en cuanto al régimen patrimonial matrimonial (confr. Vidal Taquini, El régimen de bienes en el matrimonio, pág. 244), sin embargo, a lo que no da solución clara es al carácter del precio obtenido por la cesión total de la obra intelectual.

3.5. Para Borda (ob. cit., N° 321); Guaglianone (Régimen patrimonial del matrimonio, t. II, pág. 179); Vidal Taquini (ob. cit., pág. 244/245); y Belluscio (ob. cit., pág. 144), tal como lo sostuvo Babiloni, el precio obtenido por la enajenación del derecho intelectual durante el matrimonio es propio por subrogación real.

3.6. En cambio, Fassi - Bossert (Sociedad conyugal. Comentario al artículo 1272, pág. 367), consideran que el precio obtenido por dicha enajenación reviste el carácter de ganancial.

Dichos autores entienden que todo cuanto hace al contenido extrapatrimonial del derecho intelectual pertenece en exclusividad a su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autor. En tal contenido incluyen no sólo la posibilidad de decidir que la obra se publique o no, sino cuanto hace a la forma, título o utilización de seudónimo respecto a la publicación; la posibilidad de arrepentirse de la publicación ya decidida o de retirar la obra de circulación; de impedir, ejercitando las vías legales, que otros se atribuyan la paternidad de su obra o que le atribuyan la autoría de otras obras, etcétera. En lo atinente al producido económico, durante la vigencia de la sociedad conyugal, ingresa - dicen - como ganancial, cualquiera sea el modo de explotación, así provenga de contratos de edición temporarios, contratos de porcentaje o a tanto por obra vendida, contratos de representación, o cesión total de la obra (ob. cit., pág. 368).

3.7 Personalmente adherimos al criterio sustentado por quienes entienden que en tal supuesto se ha operado subrogación real, y por ende, el precio obtenido por la enajenación de la obra reviste el carácter de propio.

4. De acuerdo con las consideraciones expuestas, corresponde determinar si la declaración formulada por la parte vendedora importa darle al bien adquirido el carácter de propio o ganancial.

4.1 Se afirma que el dinero con que se ha efectuado la operación reviste el carácter de propio por provenir "de la producción de publicaciones literarias".

La fórmula utilizada nos resulta por demás confusa, pues invita a suponer: a) que el dinero invertido proviene de la enajenación de obras literarias de su autoría; b) que el dinero invertido proviene del "producido" de la publicación de obras literarias de su autoría; c) que el dinero invertido proviene del "producido" de la publicación de obras literarias de autoría de terceros.

De interpretarse que se está en presencia del supuesto mencionado en el ítem a), el bien revestiría el carácter de propio, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1272, primera parte del último apartado.

De interpretarse que se está en presencia del supuesto mencionado en el ítem b), el bien revestiría el carácter de ganancial, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1272, in fine, del último apartado.

De interpretarse que se está en presencia del supuesto mencionado en el ítem c), el bien revestiría el carácter de ganancial, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1272, apartado cinco.

5. Como lo ha señalado Gatti (Estudios sobre el régimen matrimonial de bienes. Sociedad conyugal, págs. 191/196), la subrogación importa siempre la idea de cambio, de mutación o sustitución de una relación jurídica cualquiera, y asume dos variedades: la subrogación personal y la real. Esta última importa la sustitución jurídica de un bien por otro, de tal modo que el bien nuevo ocupe el lugar del antiguo para quedar sometido al mismo régimen jurídico. Puede verse la aplicación del principio en algunas disposiciones legales y alcanza su formulación técnica más precisa y concreta en materia de sociedad conyugal, a los efectos de mantener íntegramente el principio de la conservación y restitución de los bienes que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituyen el patrimonio de los cónyuges.

En opinión de Zannoni ("Bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio por la cónyuge", L.L. 120 - 541) la subrogación real a que hemos hecho referencia (suprs 3.5.), se caracteriza por: a) individualización de elementos dentro de la universalidad patrimonial; b) salida de uno de esos elementos por pérdida o enajenación; c) determinación precisa entre el factor saliente y el que lo reemplaza; y d) nexo de filiación entre el bien sustituido y el que lo reemplaza.

Como bien lo resalta Pelosi ("Recaudos exigidos por el artículo 1246 del Código Civil", Rev. del Not. N° 734, pág. 636): "Si bien el escribano, en principio, se limita a consignar en el texto documental la declaración de la mujer, que autentica en cuanto hecho del mundo físico, debe instruirla sobre la conveniencia de proporcionar los datos necesarios para una idónea manifestación y poner su celo y aptitud a fin de que ella reúna las mejores condiciones que disipen todo eventual problema al respecto".

Lamentablemente, en el caso en examen la manifestación formulada no ha sido tan precisa. Pensamos que para cumplir con los requisitos del art. 1246 debió haberse consignado en la escritura que el dinero proviene, por ejemplo, de la venta de una determinada obra literaria de su autoría. Ello ubicaría la cuestión en la primera parte del último apartado del art. 1272, y por tanto, el bien adquirido, por subrogación real, revestiría el carácter de propio.

5.1. Frente al caso concreto, desde nuestra óptica, se advierten dos interpretaciones que conducen a una misma conclusión: s) que el dinero proviene de la producción (industrial o comercial) de publicaciones literarias de terceros, es decir, que el inmueble se habría adquirido con dinero proveniente de las ganancias obtenidas como empresaria editora. Esta interpretación estaría sustentada en la declaración formulada ante el funcionario consular, cuando al otorgar la escritura de apoderamiento manifestó ser "de profesión industrial"; b) que el dinero proviene de la edición de sus obras literarias, es decir, se trataría de una autora que adquiere el bien con el "producido" de su obra.

En ambos casos el bien revestiría el carácter de ganancial y no propio como lo calificó la adquirente.

5.2. No obstante ello, si la real intención fue expresar que se trata de un correcto supuesto de subrogación real, por provenir el dinero de la venta de una obra literaria de su autoría, nada obsta la prueba judicial posterior que permita la verdadera caracterización jurídica del mismo.

Tanto en la doctrina como en las decisiones judiciales hay coincidencia en consagrar el carácter *juris tantum* de la presunción emanada del incumplimiento de los recaudos del art. 1246, habiéndose afirmado que "las partes pueden valerse de toda clase de prueba a los efectos de demostrar el origen del dinero y el verdadero carácter del bien, no obstante los términos en que se hubiese redactado la escritura adquisitiva del dominio". Para una más completa referencia a los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales sobre este aspecto, nos remitimos al dictamen producido por la escribana Beatriz A. de Cerávolo, aprobado por el Consejo Directivo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en sesión del 20 de abril de 1983 (Rev. del Not. N° 788, pág. 447).

CONCLUSIONES:

I. La redacción de la manifestación formulada por la adquirente en la escritura objeto de la consulta, no permite caracterizar al bien como propio.

II. Sin perjuicio de ello, en sede judicial podrá aportarse la prueba pertinente que permita la verdadera caracterización jurídica del bien.

CONSULTAS ARANCELARIAS

I. ACTAS DE SORTEO Y ADJUDICACIÓN. Circunstancias de hecho no valorables por el Colegio

DOCTRINA: Cuando el arancel fija un importe entre un mínimo y un máximo (art. 6°, inc. 11), y así se ha percibido, las circunstancias de hecho exceden las facultades colegiales para valorarlas.

(Dictamen del consejero Daniel A. Ferro, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 24 de agosto de 1988) (Expte. 4497-C-1988).

I. ANTECEDENTES: A fs. 20/ 23 se presenta la entidad Neoserv SA", representada por su presidente señor Sifrido Lorenzo Coccolo, cuya personería acredita con la documentación que adjunta a fs. 2/12, elevando consulta de arancel respecto de la factura N° 13.603, obrante a fs. 1, con fecha 3 de mayo de 1988, emitida por el escribano R. J. A., regente registro N°..., por la suma de A 15.266,47, importe correspondiente a gastos y honorarios por quince (15) actas de sorteo y adjudicación por licitación del círculo cerrado efectuadas en la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación. A fs. 13/19, obran fotocopias de cada una de las actas labradas por el escribano actuante. A fs. 24, pasa el expediente a dictamen de la Comisión Asesora de Arancel. A fs. 24 vta., dicha comisión entiende se debe dar vista al escribano interviniente. A fs. 25, se resuelve conferir vista al escribano A. A fs. 26, obra cédula de notificación. A fs. 27/28, obra nota de descargo del escribano, y a fs. 29, pasan estos actuados a la Comisión Asesora de Arancel para producir dictamen.

II. CONSIDERACIONES: La presentante, en su nota obrante a fs. 20/23, luego de hacer referencias a circunstancias de hecho, que no son probadas y negadas por el escribano A. en su descargo obrante a fs. 27/28, centra su consulta en la evaluación realizada por el escribano interviniente respecto del importe de honorarios establecidos por el Arancel Notarial en su artículo 6°, inc. 11) que dice: "Los honorarios de los siguientes actos, contratos y escrituras se ajustarán a las disposiciones e importes que a continuación se expresan: . . .inc. 11) Por cada acta de rifa o sorteo, de asambleas o de reunión de comisiones, de comprobación de hechos, o ... de un mínimo de