

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tesis que propugna la suspensión de los efectos sólo cuando el órgano jurisdiccional así lo decida. Pero es necesaria una reforma al régimen vigente(22)(440).

Contrariamente Llambías opina que hay que esperar la sentencia definitiva. En otra postura se enrolan Borda y Spota, diciendo que es discrecional del juez la suspensión o no de la plena fe del instrumento público argüido de falso.

El procedimiento en sede penal se lleva a cabo mediante querrela criminal. En sede civil, la cuestión está regida por el art. 395 del Cód. de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, en el cual se establece que la redargución de falsedad de un instrumento público tramita por incidente que deberá promoverse dentro de los 10 días de hecha la impugnación, bajo apercibimiento de tener por desistido a quien la formule.

Según un pronunciamiento de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, del 7 de mayo de 1970, publicado en La Ley, 140 - 821, el art. 395 del Cód. de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación sólo se refiere a la redargución de falsedad material del instrumento público pero no a la falsedad ideológica, que debe tramitarse por juicio ordinario, salvo que ambas partes estén de acuerdo en dilucidar la cuestión mediante incidente. La seguridad jurídica involucra la credibilidad en la circulación de los bienes y servicios en una comunidad. El rol del escribano es darle transparencia a las relaciones entre partes y respecto de terceros. Asimismo, es dar seguridad a las partes de que sus derechos no se vean vulnerados. En este aspecto, el fallo que anotamos hace prevalecer la seguridad jurídica en la contratación entre las partes frente a uno de ellos, quien intenta mediante la invocación de la falsedad de la escritura de apoderamiento hacer caer la cancelación de la obligación mediante el pago. El fallo demuestra, una vez más, que frente a una escritura pública no es suficiente la invocación de la falsedad ni menos aún la simple prueba en contrario para hacerla caer, sino que necesita del proceso de redargución de falsedad. Esto implica que para derrotar la fe pública es necesario un proceso especial. En este caso, se demuestra que la fe pública de la que goza el instrumento público que se intenta atacar subsiste. La subsistencia de la fe pública nos alienta una vez más a sostener el valor de la escritura pública, en una sociedad donde es fundamental la seguridad en la circulación de los bienes y servicios.

III. SOCIEDAD CONYUGAL. Carácter de los bienes: propios o gananciales: prueba. Derecho de recompensa. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO (Prov. de Buenos Aires): Fundamentación; cuestiones ajenas

DOCTRINA:

1) La prueba que debe producir el cónyuge que alega que la adquisición realizada lo fue con dinero o fondos propios, exige la constancia en el acto de adquisición de cómo los mencionados fondos le pertenecen a título propio, sólo frente a terceros. En cambio, entre los cónyuges y a los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal, toda prueba es admisible para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acreditar el carácter propio de los fondos empleados en la adquisición.

2) Conforme se encuentra descripto por el art. 1267 del Cód. Civil, de lo que se trata es de que, en el momento de la celebración del matrimonio, el cónyuge tenga un derecho - por lo menos eventual - de adquirir la cosa, derecho que constituya un bien propio. Por lo tanto, no existe más que una variante de la subrogación real, caracterizada porque en lugar de sustituirse - en el patrimonio propio de uno de los cónyuges - una cosa por otra, se sustituye un derecho por una cosa, asumiendo ésta el mismo carácter que aquél, es decir, propia.

3) Basta la causa o título anterior al matrimonio para que la cosa adquirida sea propia, y si el pago se hace con dinero ganancial, surge un crédito (recompensa) en favor de la sociedad conyugal por el importe pagado.

4) Cuando se adquieren bienes entregando como contraprestación dinero en parte propio y en parte ganancial, se le reconoce el carácter correspondiente a la entrega mayor y, a la vez, existe una recompensa en favor de la sociedad conyugal, si es menor la inversión ganancial, por el monto de lo invertido. Para efectuar la valuación de la recompensa, debe aplicarse la regla del art. 13 / 6 bis del Cód Civil, haciendo que ésta sea igual a la proporción que sobre el valor del bien al tiempo de la disolución de la sociedad corresponda a lo invertido por la sociedad conyugal al tiempo de la adquisición.

5) Al ser distintas las fuentes de impugnación que autorizan los arts. 156 y 159 (n. a.) actuales arts. / 68 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires - y, por su parte, el art. 279 del Cód Procesal Civil y Comercial, la pretensión de fundar el recurso extraordinario de nulidad y el de inaplicabilidad de ley de manera conjunta resulta, en principio, inadmisibile.

6) No constituyen temas que habiliten la procedencia del recurso extraordinario de nulidad los meros argumentos de derecho o los reparos al acierto jurídico de la decisión. La obligación que tienen los tribunales de tratar las cuestiones esenciales no implica la de seguir a las partes en sus argumentaciones. M. M. F. L..

Suprema Corte de Buenos Aires.

Autos: "R. de E., M. A. c / E., O. A. Liquidación de sociedad conyugal" (*) (441)

En la ciudad de La Plata, a siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores San Martín, Pisano, Negri, Mercader, Rodríguez Villar, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 50.762 "R. de E., M. A. c / E., O. A. Liquidación de sociedad conyugal".

Antecedentes. - El Juzgado de Primera Instancia N° I del Departamento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Judicial de Morón rechazó la pretensión de la parte actora y en consecuencia atribuyó al bien objeto de autos el carácter de propio. La Sala I de la Cámara de Apelación departamental confirmó la sentencia recurrida, pero reconoció a favor de la sociedad conyugal un crédito a determinarse conforme a lo resuelto, desestimando el pedido de aclaratoria en cuanto a la forma de calcularlo.

Se interpusieron, por la parte actora, los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: 1ª. ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad?. Caso negativo: 2ª. ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?.

A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor San Martín dijo:

Coincido con el dictamen del señor Subprocurador General en el sentido de que el recurso extraordinario no puede prosperar.

Tiene resuelto este Tribunal que al ser distintas las fuentes de impugnación que autorizan los arts. 156 y 159 (n. a.) - actuales arts. 168 y 171, de la Constitución provincial - y, por su parte, el art. 279 del Cód. Procesal Civil y Comercial, la pretensión de fundar este recurso y el de inaplicabilidad de ley de manera conjunta resulta, en principio, inadmisibile (causas Ac. 41.014, sent. del 20 / XII / 89; Ac. 43.847, sent. del 20 / XI / 90, AS, 1990 - IV - 240; Ac. 44.876, sent. del 11 / VIII / 92 entre otras), salvo supuestos excepcionales que en el caso no concurren.

Pero a lo dicho se agrega otra circunstancia: que cuestiones esenciales en la acepción que corresponde al recurso extraordinario de nulidad - son las que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito, las que están constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, las que por su naturaleza influyen realmente en el fallo y las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto mediato de a pretensión (causas Ac. 43.669, sent. del 8 / IX / 92; Ac. 43.658, sent. del 17 / III / 92; Ac. 45.992, sent. del 19 / X / 93), de modo que no constituyen temas que habiliten la procedencia de este reclamo los meros argumentos de derecho o los reparos al acierto jurídico de la decisión. La obligación que tienen los tribunales de tratar las cuestiones esenciales no implica la de seguir a las partes en sus argumentaciones (causa Ac. 40.367, sent. del 6 / IV / 89, AS, 1989 - H - 319). Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Pisano, Negri, Mercader y Rodríguez Villar, por los fundamentos expuestos por el señor juez doctor San Martín, votaron la primera cuestión también por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor San Martín dijo:

A mi juicio sólo en una mínima parte.

a) El agravio referido a que si el cónyuge compra un inmueble y no manifiesta que lo hace con fondos propios - prestando además conformidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el otro cónyuge - el inmueble queda conceptuado como ganancial, no puede ser atendido. En primer término, porque la prolija sentencia no se ha fundado en esta forma de calificar el carácter de los bienes, sino en la causa o título anterior a la celebración del matrimonio, y en segundo lugar, porque la prueba que debe producir el cónyuge que alega que la adquisición onerosa realizada lo fue con dinero o fondos propios, exige la constancia en el acto de adquisición de cómo los referidos fondos le pertenecen a título propio, sólo frente a terceros. Pero entre los cónyuges, y a los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal, toda prueba es admisible para acreditar el carácter propio de los fondos empleados en la adquisición (Belluscio - Zannoni, Código Civil Comentado, t. 6, art. 1271, N° 3).

b) Tampoco la queja referida a la causa o título anterior al matrimonio resiste el análisis.

Conforme a lo que prescribe el art. 1267 del Cód. Civil, de lo que se trata es que, en el momento de la celebración del matrimonio, el cónyuge ya tenga un derecho - por lo menos eventual - de adquirir la cosa, derecho que constituya un bien propio. "Por lo tanto - escribe Belluscio - no existe más que una variante de la subrogación real, caracterizada porque en lugar de sustituirse - en el patrimonio propio de uno de los cónyuges - una cosa por otra, se sustituye un derecho por una cosa. Esta asume entonces el mismo carácter que aquél, es propia" (Belluscio, A. C., Manual de Derecho de Familia, 5ta. ed. actualizada, t. II, pág. 59, N° 332, e).

c) En lo atinente al análisis del art. 1267 del Cód. Civil, que la recurrente califica de incompleto, no resulta más acertada su argumentación toda vez que de las cuatro posiciones que en la doctrina nacional se sostienen con respecto a la interpretación de la última parte del artículo - "y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges" - , la aceptada por la mayoría de los autores y también por la jurisprudencia es la que considera dicha frase como superflua, pues basta la causa o título anterior para que la cosa adquirida sea propia: si el pago se hace con dinero ganancial, surge un crédito (recompensa) en favor de la sociedad conyugal por el importe pagado (Belluscio, ob. cit., t. II, pág. 59, N° 332, e).

d) Asiste, en cambio, a mi juicio, parte de razón a la quejosa en cuanto a la forma en que el tribunal ha decidido el cálculo de la recompensa.

Cuando se adquieren bienes, como en el caso, entregando como contraprestación dinero en parte propio y en parte ganancial, se le reconoce el carácter correspondiente a la entrega mayor y, a la vez, como se viera, existe una recompensa en favor de la sociedad conyugal, si es menor la inversión ganancial, por el monto de lo invertido.

Ahora bien, para efectuar la valuación de la recompensa debe aplicarse la regla del art. 1316 bis del Cód. Civil, haciendo que ésta sea igual a la proporción que sobre el valor del bien al tiempo de la disolución de la sociedad corresponda a lo invertido por la sociedad conyugal al tiempo de la adquisición (Belluscio, ob. cit., pág. N° 419, f).

No corresponde, en cambio, acceder al reclamo de acrecentar el importe del crédito con dinero que se dice aportado, más allá del valor equivalente a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la tercera parte del precio percibido correspondiente a la madre del señor .
e) Con alcance limitado a lo expuesto, voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Pisano, Negri, Mercader y Rodríguez Villar, por los fundamentos expuestos por el señor juez doctor San Martín, votaron también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General con respecto al de nulidad, se rechaza el mismo. En cuanto al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, se hace lugar parcialmente al mismo con el alcance que surge de la votación precedente; costas por su orden (arts. 68, 298 y 298, C. P. C. C.). El depósito previo efectuado se restituirá al interesado. Notifíquese y devuélvase. - Miguel Amílcar Mercader. - Emilio Rodríguez Villar. - Alberto Obdulio Pisano. - Héctor Negri. - Guillermo David San Martín (Sec.: Adolfo Abdón Bravo Almonacid).

Bienes propios: origen, prueba y recompensa(*) (442)

ANDREA C. PERESAN MARTÍNEZ

Este fallo, dictado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, echa luz sobre algunos puntos clave acerca del carácter de los bienes en la sociedad conyugal, puntos que tocan de cerca la labor notarial, aunque su aplicación gira en torno a la prueba oponible judicialmente.

En el caso, la recurrente alega que su cónyuge adquirió un bien inmueble sin manifestar en la escritura que lo hacía con fondos propios - aunque la causa de adquisición sí lo era - y, por consiguiente, pretende se le atribuya ganancialidad al mismo, basándose en la presunción del art. 1271, y en la falta de mención del origen del dinero, a contrario sensu el art. 1246. Esquematisando, y dejando de lado los cuestionamientos procesales de la recurrente para ir al fondo de la cuestión, las definiciones en este fallo serían las siguientes:

Primero: Inaplicabilidad al caso del art. 1246

La constancia del origen del dinero en el acto de adquisición no es una prueba definitiva al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Entre los cónyuges, toda prueba es admisible, y la - tan preocupante para nosotros - constancia del origen es exigible sólo para ser tenida en cuenta en futuras transmisiones de derechos a terceros.

En efecto, la constancia en la escritura del origen del dinero proviene del art. 1246 del Cód. Civil, redactado en un momento histórico nada favorable para las mujeres, que carecían de capacidad jurídica plena; su ratio legis era proteger los derechos de terceros subadquirentes o acreedores, ya que el art. 1253 del Cód. Civil establecía que si el marido enajenaba bienes de la mujer sin su consentimiento (lo cual podía hacer si adquiría bienes con dinero de ella sin mencionarlo), la mujer tenía derecho a reivindicar estos bienes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La doctrina, una vez superada la desigualdad jurídica de la mujer, propuso una relectura del art. 1246, aplicándolo indistintamente a ambos cónyuges, en lo atinente a la mención del origen del dinero; pero lo que se mantiene inalterable es que el fundamento de dicha mención obedece a la seguridad jurídica que debe ser brindada a terceros subaquirentes o acreedores, quienes, al contratar, tomarán los recaudos acordes al carácter del bien en cuya transacción intervienen.

Ahora bien, entre cónyuges la prueba carece de toda cortapisa. El art. 1271 del Cód. Civil establece una presunción *juris tantum*: "... si no se prueba que pertenecían a algunos de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio..."; toda prueba es admisible sobre la "pertenencia" en virtud de cualquier título. La doctrina nacional apoya esta postura. Belluscio, analizando el art. 1246 del Cód. Civil, afirma: "Pero el cumplimiento de estos requisitos sólo era ineludible a fin de acreditar frente a terceros el carácter propio del inmueble; entre partes - o sea entre los cónyuges y sucesores universales - era posible acreditar el carácter propio del bien con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal..." (Manual de Derecho de Familia, t. u, pág. 74).

Zannoni enfáticamente sostiene: "Mientras respecto de terceros, el cumplimiento de los requisitos del art. 1246 del Cód. Civil es de orden público, entre los cónyuges la omisión de la designación de cómo el dinero pertenece a uno de ellos en el acto de la escritura, no obsta para que ese carácter pueda acreditarse por otros medios" (Derecho de Familia, t. 1, pág. 437).

Segundo: Aplicabilidad del art. 1267. Comparación del caso con el plenario "Sanz"

Por aplicación del art. 1267, el Supremo Tribunal considera a la causa o título anterior al matrimonio como fundamento suficiente para caracterizar al bien propio. Esto es, el cónyuge, antes de contraer nupcias, tenía en su patrimonio un derecho - aunque sea eventual - a la adquisición de la cosa, derecho que luego, por un acto jurídico que se lleva a cabo durante el matrimonio, se materializa en el bien concreto. El fallo asimila esta conversión derecho - cosa a una subrogación real.

Si bien la doctrina se halla dividida al respecto, ya que algunos juristas aún sostienen que, si la mayor parte del precio se abona en la escritura, el carácter del bien es ganancial, creemos que el art. 1267 es categórico en este tema, y habla de una causa o título que ha precedido a la adquisición (entendida como acto jurídico instrumental).

Es de destacar la diferencia entre este caso y el tratado por el conocido plenario "Sanz".

En un supuesto como el que nos ocupa, el demandado había firmado un boleto con anterioridad al matrimonio, la causa de la adquisición precedía a la existencia de la sociedad conyugal y él tenía derecho a toda la cosa desde antes de casarse.

En el supuesto del fallo plenario, el titular era propietario de partes indivisas de carácter propio, y no tenía derecho sobre las restantes partes, ni antes ni después de casarse. Su derecho nació cuando las adquirió a título oneroso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

durante la sociedad conyugal, razón por la cual no compartimos la resolución de ese plenario, y menos fundando el carácter del bien en un artículo ajeno a la institución sociedad conyugal, como lo es la retroactividad de la división de condominio, aplicable entre condóminos, por cierto, pero no con relación a terceros, como lo sería, en el caso planteado por los arts. 2695 y 2696, el cónyuge.

Por lo mismo, es de destacar el mérito de los miembros del Supremo Tribunal de la provincia, que resolvieron el caso fundándose exclusivamente en normas que rigen las relaciones entre los esposos, específicas y de orden público.

Tercero: Criterio valorativo de la recompensa

Por último, el tribunal admite el derecho de recompensa a la sociedad conyugal, si en el mentado acto jurídico de adquisición de la cosa se hacen pagos con dinero ganancial. Lo interesante en este punto es que el fallo realiza una justa interpretación del art. 1316 bis del Cód. Civil, cuya redacción deja al arbitrio judicial la valuación del crédito, recomendando "un reajuste equitativo" según "las circunstancias del caso". Aquí, con acertado criterio, la Corte define como parámetro que se respete la proporción aportada por la sociedad conyugal al valor del bien, al momento del "ingreso instrumental" del mismo al patrimonio del titular (léase escritura), o como dijimos, al momento de la conversión del derecho en cosa. Esa misma proporción, trasladada al valor del bien a la época de la disolución, determinará el monto de la recompensa que a la sociedad corresponde.

Concluyendo, consideramos a este fallo como un valioso aporte, que en parte robustece criterios mayoritarios sostenidos por la doctrina, y traza fundamentos claros en una materia discutida y que carece lamentablemente de una normativa coherente, ya que coexisten en nuestro Código nuevos y antiguos artículos, algunos con redacción poco feliz.

IV. NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Sustitución ilícita de propietario en la constitución de la hipoteca. Efectos sobre el tercer adquirente de buena fe. COSTAS.

DOCTRINA:

- 1) Si el titular del dominio fue ilícitamente sustituido en la escritura de constitución de hipoteca sobre el inmueble y éste fue luego vendido en subasta, no es aplicable al comprador la protección de la apariencia brindada al adquirente de buena fe y a título oneroso por el art. 1051 del Cód. Civil.
- 2) El conflicto entre el titular del dominio que no participó en el acto de enajenación y el subadquirente de buena fe a título oneroso que funda su pretendida adquisición en un acto a non domino, debe ser resuelto en favor del primero.
- 3) Si el titular del dominio no ha celebrado acto jurídico alguno de enajenación y es víctima de una maniobra dolosa de terceros, cualquier solución que so pretexto de mantenimiento de una apariencia deje el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dominio en cabeza del subadquirente, por más que sea de buena fe, comportaría una privación del derecho violatoria de la garantía de la propiedad establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional.

4) Para que un subadquirente pueda invocar la protección conferida por el art. 1051 del Cód. Civil, es necesaria la efectiva adquisición del derecho real, por lo menos en su faz externa, cumpliendo los requisitos de título y modo, además de la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad Inmueble.

5) Quien ha limitado su actuación en el proceso a la defensa de aquello que entendía conformaba su derecho, sin apoyar a ninguna de las partes, debe ser encuadrado en el art. 94 del Cód. Procesal. En consecuencia, por más que la sentencia lo afecte como a los litigantes principales, no existe mérito suficiente para reputarlo codemandado a los fines de la imposición de costas.

Cámara Nacional Civil, Sala G.

Autos: "Bottini, Agustín c / Tarek Made"(*) (443)

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 27 de 1995.

¿Es justa la sentencia apelada?.

I. Agustín Bottini demandó la declaración de nulidad e inexistencia de una escritura de constitución de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad en la que afirmó haber sido ilícitamente sustituido por alguien que se arrogó su identidad. La sentencia de grado, por haber comprobado que el constituyente no participó en el acto constitutivo, en el que Horacio C. Fernández se hizo pasar por Bottini con la complicidad de la cónyuge de éste, Norma E. Andrade de Bottini, decreta la inexistencia de ese acto con la consecuencia de invocabilidad de los derechos del art. 1051 del Cód. Civil por parte del comprador en subasta Gerónimo H. Pabón.

Consentido el fallo por todos los restantes intervinientes en el proceso, se alza Pabón quien se agravia a fs. 1206 / 1208 reiterando anteriores invocaciones de su carácter de comprador de buena fe, a cuyo fin objeta la aplicación de la teoría de la inexistencia, sostiene que la sentencia viola la cosa juzgada, deja planteado el caso federal y cuestiona la imposición de costas. Esa pieza fue replicada por el actor a fs. 1209 / 1211, oportunidad en la que también introduce la cuestión federal.

II. El presupuesto de hecho en el que se asienta la decisión recurrida consiste en que el titular del dominio Agustín Bottini no participó en el negocio jurídico instrumentado en la escritura pública ni suscribió la constitución de hipoteca. Estos extremos son reconocidos por el único apelante.

Sin entrar en el debate doctrinario acerca de la esencia o naturaleza jurídica de un acto de supuesta venta volcado en una escritura pública declarada falsa o por sustitución de la persona del hipotecante, cabe puntualizar que nuestra doctrina, casi sin excepciones, descarta para este supuesto de falta de autoría la protección de la apariencia brindada al adquirente de buena fe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y a título oneroso por el art. 1051 reformado por la ley 17711. Una dirección, bien definida, a la que adhiere la sentencia recurrida, lo hace porque considera jurídicamente inexistente el acto por ausencia de un elemento esencial como es el sujeto. Enrolan en esta tendencia Llambías - quizás el paladín de la categorización de la inexistencia como racionalmente autónoma de la nulidad y la anulabilidad (sus obras Efectos de la nulidad y la anulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1953, N° 3, págs. 5 / 6; Tratado de Derecho Civil, Parte General, 7ª. ed., 1978, Nros. 1909 y sigtes., págs. 583 en adelante; sus trabajos "Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente", Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, año III, N° 11, julio - setiembre de 1948, págs. 631 / 660; "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos", LA LEY, 50 - 876 / 890 y su comentario a fallo: "Nulidad y terceros de buena fe", LA LEY, 1979 - D, 102 / 107, en especial las dos últimas, en que trata la hipótesis del propietario ajeno al acto de transmisión); Ernesto Cordeiro Alvarez ("El acto jurídico inexistente", en Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, 1942, pág. 143 y su Tratado de Derecho Civil, Parte General y Obligaciones, t. 1, pág. 261, 1959); Borda (Tratado... Parte General, t. 2, N° 1279, pág. 426, 6ª. ed., y "La reforma del Código Civil. Nulidades", ED, 29 en esp. pág. 737, Nro. 4); Belluscio ("La teoría de la inexistencia y su aplicación al testamento", en el volumen Estudios de Derecho Privado. Homenaje al doctor Pedro León, Córdoba, 1976, págs. 73 y sigtes., en esp. punto 8º., pág. 85 al tratar la inexistencia por ausencia de sujeto, y págs. 86 in fine y 87 al dar como consecuencia la inaplicabilidad del art. 1051 reformado a la hipótesis de autos); Elena I. Highton ("Solución a algunos problemas que plantea el art. 1051 del Código Civil", LA LEY, 1980 - D, 290 - 298); Abelenda (Derecho Civil, Parte General, Ed. Astrea, t. 2, N° 860, págs. 454 / 455, Buenos Aires, 1980).

Otra dirección, sobre las enseñanzas de René Japlot (Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, París, 1909, Arthur Rousseau Editeur, pág. 19 y nota 4 - al pie, pág. 20 y nota 2 - al pie, pág. 514 y sigtes.) desarrolladas luego por Daniel Bastian (Essai d'une théorie générale de l'inopessabilité, París, 1929, Librairie du Recueil Sirey) y trasladadas a nuestro medio según mi información por Roberto Martínez Ruiz ("Distinción entre acto nulo y acto inoponible", JA, 1943 - IV - 335), entiende que la enajenación a non domino, por no haber autoría o intervención de verus dominus en la configuración del estado aparente, se dé un supuesto de inoponibilidad (Allende, "La reforma del Código Civil, ley 17711", LA LEY, 146, en esp. pág. 979, nota 9; Jorge Horacio Alterini, "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, Doctrina, 1971 - 634 y sigtes. en esp. págs. 640 / 641; Trigo Represas, "Nulidad y reivindicación de subadquirentes", en el volumen que con otros dos estudios publica la Ed. Lex, La Plata, 1978, en esp. XI, pág. 103 y sigtes. y pág. 109 con muy atendibles fundamentos; Goldenberg, "El alcance de la protección legal dispensada a los terceros adquirentes de inmuebles: el controvertido agregado al artículo 1051, Código Civil", Revista Notarial, año 1978, N° 841, págs. 1276 y sigtes. en esp. cap. V, en págs. 1291 / 1297). En

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencia, lo obrado por quien sustituye ilícitamente el hipotecante en el acto notarial falso juntamente con quien en él aparece como acreedor no puede esgrimirse contra el propietario, por definición ausente en ese acto, ni da fundamentos a la protección de adquirentes sucesivos.

Cabe agregar que, aun para autores que no admiten en la hipótesis ni inexistencia ni inoponibilidad y la encasillen en la categoría de nulidad absoluta, tampoco resulta aplicable el nuevo dispositivo del art. 1051 (Hernán Cortés, "Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17711 ", LA LEY, 139 - 906 / 912, en esp. 908 / 910; Lilian Gurfinkel de Wendy, Clasificación de las nulidades frente al artículo 1051 del Código Civil, Buenos Aires, 1976, Ed. Depalma, N° 6, págs. 1113 / 1116; Pérez Lasala, "La fe pública registral y las normas civiles argentinas de protección a los terceros", LA LEY, 148 - 1116 y sigtes., en esp. cap. III, punto 5, págs. 1128 / 1129).

Hasta donde llega mi información, sólo disienten Alsina Atienza, por no haberse aprobado una adición que propusiera como miembro de la comisión de reformas - después renunciante - , aunque de lege ferenda considera que la situación del adquirente sin intervención del propietario debe excluirse de la protección del nuevo art. 1051 ("Los derechos reales en la reforma del Código Civil", JA, Doctrina, 1969 - 457 y sigtes., en esp. puntos 81 a 84 en las págs. 470 / 471); Spota (Sobre las reformas al Código Civil, Buenos Aires, 1969, Ed. Depalma, N° 13, letra c, 85 / 86 y "El artículo 1051 del Código Civil comprende el denominado acto inexistente", nota a fallo aparecida en ED 106 / 657), y María Emilia Lloveras de Resk (Tratado teórico - práctico de las nulidades, Buenos Aires, 1985, Ed. Depalma, págs. 464 y sigtes. y conclusiones de fs. 499 / 501). Sin embargo, hay un matiz en las opiniones de estos dos últimos que, con referencia a una particularidad del caso de autos, será analizado más adelante.

La tendencia doctrinaria abrumadoramente mayoritaria, cuya mención aquí dista de ser exhaustiva, ha tenido recepción - en este ámbito sí en forma unánime - en la jurisprudencia hasta ahora conocida. Preferentemente por inclinarse por la inexistencia, o bien evitando pronunciarse sobre esta cuestión teórica por considerarlo innecesario, los fallos resuelven el conflicto entre el titular del dominio que no participa en el acto de enajenación y el subadquirente de buena fe a título oneroso que asienta su pretendida adquisición en un acto a non domino, en favor del primero (1ª instancia firme, LA LEY, 140 - 193 / 6; fallo del doctor Cifuentes, Sala F, LA LEY, 1980 - D, 290 y sigtes. con múltiples referencias en el voto del doctor Yáñez, publicado con la nota de Highton ya mencionada; Sala A, ED, 106 - 657, con voto del doctor Di Pietro, publicado con la nota de Spota cit.; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 10 / 10 / 78, autos "Roldán Ramos c / Grecco", DJBA, 116 - 3452, diario del 27 / 2 / 79, en esp. voto del doctor Ibarlucía; esta Sala, JA, 1985 - 1, págs. 378 / 382).

Entiendo que no puede ser de otro modo. Constituido el dominio, en el caso en cabeza de Agustín Bottini, este derecho real inmobiliario subsiste por la propia inercia de su título en tanto no advenga uno de los medios de extinción mentados en los arts. 2604 a 2610 del Cód. Civil. Para que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pierda por enajenación - que si bien implica extinción para el propietario, constituye en realidad transmisión o adquisición derivada, porque el mismo derecho se traslada al adquirente o bien por ejecución de obligación garantizada con hipoteca - es menester un acto jurídico del dueño capaz de cambiar el estado de su derecho (art. 1040, Cód. Civil) que ordinariamente consistirá en la constitución de una obligación de transmitirlo (art. 574), seguido del pago de esa obligación (art. 725) consistente en el otorgamiento de la escritura pública (art. 1184, inc. 1) y la tradición (art. 2609 y conos.). O bien de la eventual disposición que comporta la constitución de hipoteca. Si el propietario no ha celebrado acto jurídico y es víctima de una maniobra dolosa de terceros, cualquier solución que so pretexto de mantenimiento de una apariencia dejase el dominio en cabeza de un subadquirente por más que fuese de buena fe, comportaría una privación del derecho conculcatoria de la garantía establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional. No hay, por tanto, en la especie función legitimante de la apariencia que pueda computar el recurrente; si Agustín Bottini retuvo el dominio porque fue inepto para hacérselo perder el acto volcado en la escritura pública falsa en la que fue ilícitamente sustituido, la subsistencia de ese derecho es incompatible con el que invoca Pabón.

No es que se trate de la aplicación de una categoría jurídica extralegal, como se dice en el recurso, sino de la interpretación y valoración de los comportamientos implicados, realizada por el organismo jurisdiccional en función del esquema normativo vigente, integrado - como es obvio - por las distintas fuentes del derecho entendidas como criterios de objetividad para la resolución de los conflictos (Julio Cueto Rúa, Fuentes del Derecho, Buenos Aires, 1961, *passim*).

III. Para que un subadquirente pueda invocar la protección del agregado al art. 1051, es necesario que haya adquirido efectivamente el derecho real - por lo menos en su faz externa - cumpliendo los requisitos de título y modo (Trigo Represas, *ob. cit.*, pág. 93). Pabón no lo adquirió nunca, sólo resultó comprador en subasta, abonó el precio y no llegó a diligenciarse el mandamiento que equivaldría a la tradición, por haberse decretado una medida de no innovar, sobre este tópico; mal puede agravarse ahora cuando el cuestionamiento de esa medida lo hizo al apelarla y la Sala dictó el pronunciamiento de fs. 1120 / 1122 que dejó precluida la cuestión. Ni aducir que la sentencia en recurso viola la cosa juzgada que resultaría de la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria tramitada sobre la base de un título falsificado, como ha quedado probado en el presente en conclusión que el apelante no ataca.

Respecto de este requisito, el pensamiento de Spota coincide con la exigencia de tradición, al expresar: "... el tercer adquirente a título oneroso y con buena frecuencia diligente (v. gr. obteniendo la tradición posesoria de quien posee el inmueble)..." (trabajo cit. en ED, 106 - 657, párrafo final). Otro tanto ocurre con Lloveras de Resk (*ob. cit.*, págs. 423 / 425) quien exige, para que el tercero titular de un derecho real obtenga la protección del art. 1051, no sólo la escritura y tradición, sino que el título haya sido inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que el recurrente por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cierto no llegó a hacer.

Por último, es también erróneo el enfoque de Pabón respecto del rol que jugó Norma E. Andrade de Bottini. Esta señora no era titular del inmueble ni hipotecó parte indivisa; sólo concurrió al acto en el que - con su complicidad - un tercero se hizo pasar por Agustín Bottini a prestar el asentimiento del art. 1277 del Cód. Civil con el gravamen que - aparentemente - se estaba constituyendo sobre él (escritura testimoniada a fs. 924 / 932). La alegada ganancialidad es tema interno entre los cónyuges Bottini y sólo significa que, producida la disolución de la sociedad conyugal, cada uno de ellos se llevará la mitad o el valor de esa mitad. De ninguna manera, que pueda acordarle legitimación para hipotecar el todo ni una parte indivisa. Cualquier conflicto que pueda suscitarse sobre la base de un hipotético enriquecimiento sin causa queda al margen de la continencia del presente, cuyo objeto se limitó a la invalidez del acto de constitución efectuado sin la autoría del titular dominial.

IV. La parte actora, sin incluir en su demanda a Gerónimo H. Pabón ni ampliarla contra él, le cursó la cédula de fs. 48. El notificado compareció diciendo que le contestaba pidiendo la repulsa en cuanto a él concierne (fs. 67 / 68). Si bien pudo entenderse que con esta actitud se consideró demandado, lo cierto es que al haber limitado su actuación a la defensa de lo que entendía su derecho, sin apoyar a ninguna de las partes, quedó encuadrado en el art. 94 del Cód. Procesal y, por más que la sentencia lo afecte como a los litigantes principales (su art. 96 in fine), no hay mérito suficiente como para reputarlo codemandado a los fines de la imposición de costas. Debe aclararse, por tanto, que las de primera instancia, impuestas a los demandados - y él no lo fue - no le comprenden, y, con ese alcance, admitirse este agravio.

Distinto es el caso de las de la alzada, en la que la controversia se trabó exclusivamente entre este apelante y la parte actora, desde que al no triunfar su pretensión recursiva en cuanto a la aplicabilidad del art. 1051 inviste, sin lugar a dudas, el carácter de apelante vencido en su recurso (doctrina de los arts. 68 y 69, Cód. Procesal).

V. Por lo expuesto, voto por la afirmativa. Propongo confirmar la sentencia en todo lo que fue materia de recurso por Pabón, con la sola modificación - o aclaratoria - de que no lo alcanza la condena en costas de la instancia de origen. De compartirse mi voto, las costas de la alzada se impondrán al recurrente vencido en su recurso.

Los doctores Bellucci y Montes de Oca votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Greco.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 1169 / 1173 en lo que fue materia de recurso por Gerónimo H. Pabón, con la aclaración de que se encuentra excluido de la condena en costas de primera instancia. Costas de la alzada al apelante vencido. - Roberto E. Greco. - Carlos A. Bellucci. - Leopoldo Montes de Oca.