

Modificación de Reglamento de Copropiedad con facultades insuficientes. Venta de cosa ajena. División de condominio, ratificación tácita. Calificación contradictoria de bienes conyugales *

Doctrina

1. Prescripción ordinaria del artículo 3999 del Código Civil

a) *A efectos de acreditar la buena fe requerida por el artículo 3999 del Código Civil, no puede una persona que reviste el carácter de mandatario del vendedor, y adquirente de un inmueble, alegar ignorancia en el alcance de su mandato. Debe basarse para alegar buena fe en su íntima convicción de que la cosa le era enajenada por su verdadero propietario y de que éste actuaba con la plena capacidad jurídica para suponer la misma.*

La duda fundada en elementos objetivos de la capacidad jurídica del enajenante excluye su buena fe y quien pretende la prescripción adquisitiva decenal no puede alegarla, si no existe el error de hecho o la ignorancia que configuran la buena fe del poseedor en cuanto a la legitimidad de su posesión.

b) *La posibilidad de unir una posesión actual con la de los antecesores, es decir, la accesión de posesiones de los artículos 4004 y 4005 del Código Civil, exige que ambas posesiones sean legales. En el caso de sucesores particulares, su propia mala fe los perjudica, pero no la de su antecesor, y podrán ampararse en la prescripción breve si tienen buena fe personal e integran ellos, por supuesto, 10 años de posesión en esas condiciones.*

* Dictamen elaborado por el escribano **Ezequiel Cabuli** y aprobado por la Comisión de Consultas Jurídicas el 26 de febrero de 2007.

c) *El efectivo cumplimiento de la tradición se encuentra fuera de la órbita del notariado, las escrituras que se labran configuran un “título posesorio”, y en la práctica deberán corroborarse con el “hecho” posesorio, con lo que el mero título notarial que declare la transmisión de una posesión es insuficiente, si en los hechos el transmitente carecía de ella.*

2) Venta de cosa ajena. Nulidad relativa. Ratificación

a) *La prohibición de venta de cosa ajena y su consecuente nulidad deben considerarse en relación con el verdadero propietario de la cosa, puesto que a él no puede oponérsele el contrato pero, con relación a las partes contratantes, genera la obligación del vendedor de procurar la adquisición de la cosa para transferirla al comprador u obtener la ratificación del propietario.*

b) *La ratificación por parte del dueño del negocio puede ser “expresa” o emanar de la simple ejecución del contrato por parte de aquel, en cuyo supuesto sería “tácita”, como se infiere del art. 1935 del Código Civil.*

3) División de condominio. Nulidad relativa. Ratificación

a) *El acto de partir y adjudicar en forma privada el condominio, por más que se respeten las proporciones originarias de los condóminos, no puede otorgarse válidamente sin la efectiva voluntad de todos sus integrantes.*

b) *Ninguno de los condóminos puede actuar sobre la cosa común en perjuicio del resto de los comuneros. Por eso, en principio, son ellos los que están autorizados a denunciar la ineficacia del acto que los perjudica.*

4) Calificación contradictoria de bienes conyugales. Subsanación

a) *El hecho de que se haya consignado como ganancial en la escritura de adjudicación por disolución de sociedad conyugal un bien que no lo es no implica que tenga ese carácter, si los ex cónyuges han otorgado posteriormente una escritura que ratificó el carácter propio del mismo.*

Introducción

La escribana L. remite la presente consulta a efectos de que esta comisión considere las observaciones que se han realizado a los antecedentes de la transmisión de dominio a título de compraventa, autorizada por ella, el 27 de abril de 2004.

El inmueble que se transmitió, y cuya observación derivó en la presente consulta, es la unidad funcional 8 de la calle P... El vendedor fue V. F. P. y los compradores, F. L. y G. R.

La observación se plantea al momento en que los señores F. L. y G. R. pretenden vender el inmueble adquirido y son advertidos por la escribana designada sobre la observabilidad del título en cuestión por diferentes motivos, los cuales serán objeto de análisis en la presente consulta.

A efectos de establecer un orden en el análisis (por la cantidad de antecedentes presentados y sus correspondientes observaciones), presentaremos los hechos cronológicamente se han sucedido:

Hechos

1) Conforme el Reglamento de Copropiedad y Administración del año 1974, el inmueble ubicado en la calle P... está integrado por 4 unidades funcionales. En tal reglamento originario (cuya copia no se acompaña) y según lo manifestado por la consultante, existe la cláusula recíproca de sobreedificar (cada propietario sobre el espacio aéreo de su unidad). Conforme este reglamento, el consorcio de copropietarios del inmueble de la calle P... estuvo integrado de la siguiente manera:

UF 1 y UC I: A. S.

UF 2: V. C.

UF 3: cónyuges B. - P. B.

UF 4: cónyuges B. - Z.

2) El 4/11/92 los titulares de las unidades funcionales 2, 3 y 4 otorgan poder a A. S. (UF 1 y UC I), o a quien este venda, para que sobreleve sobre la UC I y pasillo y se adjudique lo construido. En este poder falta comparecer la señora Z. (cotitular junto a su marido de la unidad funcional 4).

La escribana consultante señala que no obstante la señora Z. no comparece en la escritura, estaba presente en el acto y que ha firmado la escritura, pudiendo observarse en la misma que hay una firma de más en la que puede leerse perfectamente su apellido.

3) El 19/11/92 A. S. vende a V. F. P. la UF 1 y la UC I. Es importante señalar que V. F. P. al momento de comprar se encontraba casado en primeras nupcias con L. B., pero que en la escritura se estableció que el dinero de la compra era propio de V. F. P., quien lo había obtenido por la venta de un inmueble propio (UF 1 calle L.). L. B., presente en tal acto, reconoce el carácter de propio del bien adquirido.

4) El 29/11/93 V. F. P. VENDE A Paf.-B. la UF 1 y UC I y estos dos otorgan un boleto y poder especial irrevocable sobre la misma UC I a favor de V. F. P. (es decir que V. F. P. les recompra por boleto y poder irrevocable la unidad complementaria I).

5) El 29/11/93 Paf.-B otorgan un poder especial a V. F. P. para que haga reformas en la UC I y modifique el reglamento originario.

6) El 7/4/94 los hermanos N. e I. C. (en virtud de la donación que a su favor les realizó su padre V. C. sobre la UF 2) otorgan poder a V. F. P. para que modifique el reglamento (cuando V. F. P. lo utiliza en oportunidad de otorgar la modificación de reglamento de los puntos 7 y 8 del presente, el plazo de vigencia del mismo se encontraba vencido).

7) El 26/07/96 COR. (titulares a ese momento de la unidad funcional 3) otorgan el mismo poder especial para modificar el reglamento a favor de V. F. P.

8) El 26/7/96 V. F. P. otorga la modificación de reglamento y adjudicación de las unidades, previamente y en el mismo acto, se vende a sí mismo la mitad indivisa de la UF 1 y la UC I (no tenía poder sobre la UF 1, sólo sobre la UC I).

En el mismo acto otorga la modificación de reglamento y división de condominio. Adjudica las unidades que los propietarios ya tenían y les da de alta a las unidades 6, 7 y 8 (que derivan de la UC I) y se las adjudica a sí mismo.

9) El 16/12/97 V. F. P. otorga la escritura aclaratoria del reglamento y quedan adjudicadas las unidades de la siguiente manera:

UF 2 HERMANOS N. e I. C.

UF 3 cónyuges COS. COR.

UF 4 cónyuges B.- Z.

UF 5 cónyuges Paf.-B. (ESTA UNIDAD SURGE DE LA UF 1)

UF 6 A 10 SE LAS ADJUDICA A SÍ MISMO V. F. P.

10) 27/4/2004 P. VENDE LA UF 8 A CÓNYUGES F. L. Y G. R., escritura que autoriza la escribana L.

11) Los hermanos N. e I. C. vendieron la unidad funcional 2 a M. J. C. el 2 de diciembre de 1998.

12) Cónyuges Paf-B DONAN a B. M. y a M. R. S. la unidad funcional 5 (que surgió de la unidad funcional 1) el 15 de diciembre de 1998.

13) LOS CÓNYUGES F. L. y G. R. pretenden vender la unidad pero su título es observado.

Observaciones formuladas

A) Que V. F. P. no tenía facultades suficientes para formalizar la compraventa de parte indivisa de la unidad funcional 1, dado que el poder otorgado a su favor por los titulares de la Unidad Funcional 1 (Paf.-B.) se otorgo únicamente sobre la unidad complementaria I.

B) Que el poder irrevocable de V. C. a V. F. P. está vencido a la fecha de modificación del Reglamento.

C) Que los ex cónyuges V. F. P. - B. deberían realizar escritura complementaria de la escritura de adjudicación por disolución de sociedad conyugal, a fin de explicar por qué la UF 6 tiene el carácter de ganancial y las unidades 7, 8 y 9 son bienes de carácter propio del Sr. V. F. P.

D) Que Z. deberá ratificar el poder que firmó y en el cual no surge su comparecencia.

Consideraciones

Respecto de las observaciones formuladas, creemos conveniente referirnos específicamente a cada una de ellas:

Observación del punto A del presente: la compraventa que P. se otorgó a sí mismo, con poder insuficiente. Inaplicabilidad del artículo 3999 del Código Civil

El artículo 3999 del Código Civil establece que “El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años”.

Al respecto, opina Salvat que “en los casos en que la prescripción se invoca, el título emana de una persona que no era propietaria de la cosa o del derecho real transmitido o de una persona que siendo propietaria no tenía el derecho de disponer de ella; la propiedad no ha sido, en estos casos, legalmente adquirida y el poseedor se ve entonces, para conservar la cosa, en la necesidad de recurrir a la prescripción [...] desde el momento que él haya adquirido por un título apto para operar la transmisión de la propiedad, el justo título existe, porque la prescripción tiene por objeto cubrir al poseedor, no sólo contra la falta de todo derecho de propiedad en el enajenante, sino también contra los vicios que puedan afectar este derecho” (*Derecho Civil Argentino - Derechos Reales II*, ed. 1952, p. 260).

Para invocar la prescripción breve es necesario, en primer lugar, contar con la buena fe, entendida como la creencia firme de que el que trasmite es “propietario de la cosa”. Tal buena fe, en principio, se presume y basta con que haya existido al momento de la adquisición. La buena fe presupone la existencia de un título y ambas no son condiciones independientes, así lo señala expresamente el legislador en su nota al artículo 3999. El que quiera prescribir debe probar su justo título, pero el mismo justo título hará presumir la buena fe, la cosa está ya adquirida con título y buena fe y la prescripción en tal caso no hace más que consolidarla, poniendo a salvo a quien la adquirió de toda acción de reivindicación.

Conforme al artículo 4010 del Código Civil, el justo título para la prescripción es todo aquel que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana. Dos son los casos que pueden presentarse para conformar un justo título: 1) que aquel de quien emana carezca de capacidad; 2) que aquel de quien emana carezca de legitimación (conf. Comentario a algunas conclusiones de las X Jornadas de Derecho Civil. Highton, Elena).

La posesión es la base fundamental de la prescripción adquisitiva, y debe entenderse válida cuando es continuadamente ejercida por el término de 10 años. Conforme el artículo 3984 del CC, “la prescripción se interrumpe cuando se priva al poseedor del goce de la cosa [...] por el antiguo propietario, o por un tercero”. Es oportuno recordar que el efectivo cumplimiento de la tradición se encuentra fuera de la órbita del notariado, las escrituras que se

labran configuran un “título posesorio”, y en la práctica deberán corroborarse con el “hecho” posesorio, con lo que el mero título notarial que declare la transmisión de una posesión es insuficiente si en los hechos el transmitente carecía de ella.

En el caso traído a análisis, la escritura de venta, modificación del reglamento y adjudicación de unidades, fue otorgada por V. F. P. el día 26 de julio de 1996, como mandatario y adquirente (con poder insuficiente). Posteriormente el mismo V. F. P. otorga la escritura de venta a favor de los actuales propietarios, los cónyuges L.-R, el día 27 de abril de 2004. Entre estas dos transmisiones han transcurrido siete años y ocho meses. Conforme ello, cabe preguntarse si esta última transmisión ha interrumpido, o no, el plazo de prescripción del artículo 3999.

A modo de respuesta nos parece oportuno repasar lo que nuestra legislación dispone sobre la posibilidad de unir una posesión actual con la de los antecesores, es decir, la accesión de posesiones de los artículos 4004 y 4005 del Código Civil. Para admitir la accesión se exige que ambas posesiones sean legales, y en el caso de sucesores particulares, su propia mala fe los perjudica, pero no la de su antecesor, y **podrán ampararse en la prescripción breve si tienen buena fe personal e integran ellos, por supuesto, 10 años de posesión en esas condiciones**. En resumen, si en la última escritura otorgada no hubo defectos de forma, estos sucesores particulares necesitarán de buena fe personal y solamente podrán unir la posesión a su antecesor, si este ha sido de buena fe. Caso contrario, el plazo comenzará a contar desde su posesión legítima (conf. “Accesión de posesiones y actividad notarial”, por Luis Moisset de Espanés).

En este caso, para computar el plazo exigido por el artículo 3999 debemos analizar en las dos transmisiones si los adquirentes pueden demostrar buena fe al momento de otorgar las respectivas escrituras traslativas de dominio.

La buena o mala fe en la adquisición de V. F. P.

En cuanto a la buena fe que se le debe exigir a V. F. P., no podemos dejar de considerar que nuestro Código Civil no admite la ignorancia o el error de derecho para justificar la buena fe (el artículo 20 del Código Civil dice: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”). Coincidentemente, el artículo 4007 dice: “La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho” si el justo título hace presumir la buena fe, no sucede a la inversa, la buena fe no hace presumir ni presupone el justo título.

El error debe reunir las calidades que resultan de la teoría general de los hechos. En particular, no debe provenir de una negligencia culpable. El poseedor debe estar persuadido de que existe el título, el modo, el derecho de dominio en el enajenante, su derecho a transmitirlo, y de que no hay vicios en la transmisión. Si de alguno de esos extremos no está persuadido, es de mala fe (Fernando J. López de Zavalía, *Derechos Reales*, t. I, p. 443).

Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume

(conf. artículo 2362 cc). **¿Cuáles serían, entonces, los casos en que la mala fe se presume?** Enumeramos algunos: a) si el adquirente sabe y conoce que la cosa le es transmitida por una persona que no es el verdadero propietario de la misma o que no goza de la capacidad necesaria para disponer de ella; b) si el adquirente desconoce por ignorancia fundada en un error de derecho que el enajenante no es el verdadero propietario del inmueble o que no goza de la capacidad necesaria para disponer del mismo (conf. dictamen elaborado por la escribana Mariela Grises Eyra, aprobado por la Comisión de Consultas el 7 de noviembre de 2001).

En el presente caso, corresponde señalar que V. F. P. reviste el carácter de mandatario y adquirente del inmueble, con lo cual **no puede alegar que ignoraba el alcance de su mandato**. Como adquirente debe basarse para alegar buena fe en su íntima convicción de que la cosa le era enajenada por su verdadero propietario y de que éste actuaba con la plena capacidad jurídica para suponer la misma.

La duda fundada en elementos objetivos de la capacidad jurídica del enajenante excluye su buena fe y quien pretende la prescripción adquisitiva decenal no puede alegarla si no existe el error de hecho o la ignorancia que configuran la buena fe del poseedor en cuanto a la legitimidad de su posesión.

Interpretamos, teniendo en cuenta tales consideraciones, que **en el presente caso la buena fe no puede amparar la actuación de V. F. P.**, con lo cual el plazo de prescripción requerido por el artículo 3999 no puede computarse desde su adquisición.

La buena o mala fe de los cónyuges F. L. y G. R.

Como vimos en el punto anterior, la actuación de V. F. P., en oportunidad de actuar como mandatario y adquirente, no estaría amparada por la buena fe que requiere el artículo 3999 para aplicar la prescripción ordinaria. Debemos considerar, entonces, la buena o mala fe que tuvieron sus adquirentes, los cónyuges F. L. y G. R., para saber si estos aplican a los requisitos del artículo.

Los cónyuges F. L. y G. R. se encontraron con lo siguiente:

- A) Que la propiedad ha sido transmitida por el titular registral (V. F. P.)
- b) Que conforme a los antecedentes citados, estos reunían los requisitos de forma exigidos.

Respecto del “justo título”, la buena fe del adquirente no sólo se exige en los términos del art. 4010 del Código Civil, sino también con el estudio de los títulos en virtud del deber de diligencia razonable que supone el amparo del artículo 1051 del Código Civil; no obstante ello, **la buena fe requerida en el subadquirente a los fines del artículo 1051 del Código Civil se valora con criterios comparativamente más severos que los que se refieren a la usucapión breve por las condiciones en que opera y por las consecuencias que entraña**. El transcurso del tiempo no se necesita para consolidar las situaciones viciosas en el artículo 1051 mientras se cumple la función consolidatoria en la prescripción adquisitiva; ello explica la apreciación más rigurosa de la buena fe en el primer caso (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala

F, 27/08/1979, Partes: Sigfrido, S. A. en: “Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada, Mario”, LL).

Como vimos, la buena fe del artículo 3999 siempre se presume, por ende, la circunstancia de que estos antecedentes adolecían de defectos en la documentación habilitante constituye extremo demasiado riguroso para considerar mala fe del posterior adquirente.

Por lo tanto, si consideramos que pudo existir buena fe por parte de los adquirentes F. L. y G. R., **el plazo de prescripción ordinaria debe computarse desde la fecha de su adquisición**, es decir, a partir del 27 de abril de 2004 hasta la actualidad. No se cumplen en este caso los diez años exigidos por el artículo 3999 del Código Civil.

Por lo tanto, a nuestro entender, no corresponde la aplicación de la prescripción ordinaria del artículo 3999 del Código Civil, en respuesta a la presente observación.

Por último y respecto del estudio de títulos realizado y que puso en conocimiento de los adquirentes F. L. y G. R. la observabilidad del título que adquirieron, es importante destacar que tal circunstancia no interrumpe el plazo de prescripción, ya que la buena fe debe existir al momento de adquirir el inmueble, y a partir de su otorgamiento deberá computarse el plazo.

Venta de cosa ajena. Ratificación tácita

El artículo 1329 del Código Civil establece como principio general que “las cosas ajenas no pueden venderse”.

La prohibición de venta de cosa ajena y la nulidad que aquel artículo establece lo es en relación con el verdadero propietario de la cosa, puesto que a él no puede oponerse el contrato pero, con relación a las partes contratantes, genera **la obligación del vendedor de procurar la adquisición de la cosa para transferirla al comprador u obtener la ratificación del propietario** (conf. CNCiv., Sala E, “Rozenblum, Horacio B. c. Obras Civiles S. A.”, 2002/06/20, DJ, 2002-3, 667 - *La Ley*, 2002-F, 155.).

Spota señala que “la nulidad de la venta ajena puede quedar cubierta con la ratificación del ‘dominus’ o por el hecho de que el vendedor llegue, posteriormente, a suceder –por sucesión ‘mortis causa’ o singular– al propietario de la cosa (art. 1330, 1ª y 2ª parte); dicha ratificación sería equivalente a la del mandante cuando convalida o ratifica lo hecho por el representante sin poder de representación (‘falsus procurator’). Es lo que también se desprende de los arts. 1161 y 1162 del C. C.: Si bien se declara el acto del representante sin poder como ‘de ningún valor’ no obligando ni al que lo hizo, añade que otra cosa ocurre si media ratificación por parte del tercero teniendo esta ratificación el mismo efecto que la autorización previa”. Asimismo, Spota **rechaza decididamente toda doctrina que considera a la venta de cosa ajena como un acto nulo de nulidad absoluta**. Se trata, por el contrario, de “un acto meramente anulable y de nulidad relativa”, que queda perfectamente convalidado con la ulterior ratificación del dueño del negocio y, al mismo tiempo, inoponible frente al “verum domino” mientras este último no ratifique la operación.

La ratificación por parte del dueño del negocio **puede ser “expresa” o emanar de la simple ejecución del contrato por parte de aquél, en cuyo supuesto sería tácita, como se infiere del art. 1935 del Código Civil.**

De acuerdo con lo desarrollado, la cosa puede ser ajena sin que de ahí derive la invalidez de la compraventa. El vendedor puede no ser dueño de esa cosa [...] sin que ello implique un ataque a “la regla moral”. Y, además, mal puede hablarse de nulidad de venta de cosa ajena si el artículo 1330 del Código Civil “cubre” la anulabilidad en el supuesto de que el vendedor de cosa ajena alcance a ser sucesor general o particular del “verum domino”. Esto, conforme al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 22/03/2002. Partes: “Bustamante, Heriberto T. c. Gayan de Cornejo Diez, Inés N.”, publicado en: *La Ley* 2002-D, 171); en este mismo fallo resulta importantísimo el comentario que realiza el Dr. Moreno Hueyo, quien sostiene que “... Los arts. 1329 y 1330 del Cód. Civil deben aprehenderse de consuno con los preceptos de la representación sin poder en que lo que está en juego es la ratificación y no la confirmación. El actor jurídico puede, pues, quedar incólume con efectos frente al ‘verum domino’, si media ratificación o sucesión del vendedor en los derechos del comprador. Invoco también el fallo registrado en JA, 1997-I-71 de la Excma. Cámara Civil y Comercial de Junín, del 16 de mayo del año 1995 y en especial el voto del doctor Brignardello, donde se pronuncia a favor de la validez de la venta de la cosa ajena, con las valiosas citas del profesor Borda (*Tratado... Contratos*, p. 11) y Jorge Joaquín Llambías (*Código Civil Anotado*, t. III-A, pp. 380/381, comentario al art. 1329, Cód. Civil)”.

Conclusión punto A: aplicación de los preceptos doctrinarios al caso en particular

En cuanto al caso planteado, conforme al punto anterior, el señor V. F. P. no tenía facultades para transmitir la parte indivisa de la unidad funcional 1, quiere decir que éste otorgó una verdadera compraventa de cosa ajena y como vimos en los fallos relacionados, la nulidad relativa que dicho negocio jurídico acarrea puede quedar perfectamente cubierta con la ratificación del “dominus”. Por tales fundamentos, **consideramos que lo actuado por V. F. P. ha sido RATIFICADO TÁCITAMENTE por la donación que luego hacen los cónyuges Paf.-B. de la unidad funcional 5.**

La unidad funcional 5 reconoce como antecedente inmediato la escritura de venta de la parte indivisa de la unidad funcional 1, la modificación de reglamento y la posterior adjudicación de unidades en virtud de la división de condominio operada por V. F. P.; por lo tanto, no solo que los cónyuges Paf.-B. conocían lo actuado por V. F. P. (por estar plasmado en su título de propiedad de la flamante unidad 5), sino que esta unidad es producto de la unidad funcional 1 que, por ende, ha vuelto a sus propietarios originales, implicando ello una justa y debida subsanación al defecto de representación de V. F. P. en los antecedentes referidos. La citada donación implica, además, que estuvieron de acuerdo con la actuación de V. F. P. en ocasión de modificar el reglamento y adjudicar a su nombre la unidad funcional 5.

Observación punto B: utilización del poder irrevocable vendido. Idéntica solución del punto anterior por ratificación tácita. Conclusión

En cuanto a la observación del punto b), consideramos que no resulta relevante referirnos a la utilización del poder irrevocable otorgado a nombre de A. S. “o a quien este venda”, y utilizado por este para modificar el reglamento y adjudicar las unidades una vez vencido su plazo, ya que **la actuación de V. F. P. también fue ratificada, en virtud de que los hermanos N. e I. C. vendieron su unidad** (que tenía como antecedente la modificación del reglamento y adjudicación); conforme a los mismos argumentos vertidos en el punto anterior, su actuación, tachada de insuficiente por la escribana observante, fue ratificada por la venta operada sobre dicha unidad, conforme al informe de dominio que acompaña la escribana consultante.

Observación punto C: contradicción en la manifestación del carácter de los bienes de la sociedad conyugal. Teoría monista. Posibilidad de incluir bienes gananciales en la adjudicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal

Los ex cónyuges V. F. P.-L. B. otorgaron ante la escribana L. la adjudicación por disolución de sociedad conyugal. En tal instrumento, se adjudicó como ganancial la unidad funcional 6 de la calle P..., esta unidad funcional 6 deviene (junto con las unidades 7, 8 y 10, propiedad de V. F. P.) de la unidad complementaria I, en virtud de la relacionada escritura de modificación de reglamento y adjudicación de unidades otorgada por V. F. P.

Al momento de adquirir V. F. P. la unidad funcional 1 y complementaria I, se encontraba casado en primeras nupcias con L. B., pero que en la escritura se estableció que el dinero de la compra era propio de V. F. P., quien lo había obtenido por la venta de un inmueble propio (UF 1 calle L.). L. B., presente en tal acto, reconoce el carácter de propio del bien adquirido por su marido, cumpliendo así con los requisitos exigidos para considerar propio el bien adquirido, de acuerdo con el principio de subrogación real.

Posteriormente V. F. P. construye sobre la unidad complementaria I las unidades 6, 7, 8 y 10. Estas unidades, de acuerdo con la teoría monista (cuyos fundamentos relacionaremos), tendrán a nuestro entender el mismo carácter propio que la originaria.

El hecho de que se haya consignado como ganancial la unidad funcional 6 en la escritura de adjudicación por disolución de sociedad conyugal no implica cambiar el carácter de las mismas. Incluso la señora L. B., en la escritura de transmisión de la unidad funcional 8, **MANIFESTÓ el carácter de propio de dicha unidad, subsanando de esta forma el error cometido.**

A efectos de analizar los fundamentos utilizados para considerar el carácter propio de las unidades construidas por V. F. P., nos remitimos al estudio realizado por la escribana María Marta Herrera, en oportunidad de confeccionar el dictamen de la consulta del expediente número 16-02401-06, que transcribimos a continuación:

Conforme gran parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, siguiendo la tónica de parte de la doctrina francesa iniciada por Guillouard y seguida en nuestro medio por el Dr. Borda, el bien adquirido, parte con bienes propios y parte con bienes gananciales, debería ser atribuido a la masa que abonó la mayor parte del precio, dejando a la otra un derecho de crédito ¹.

Si un bien se adquiere con parte de dinero propio de un cónyuge y parte dinero ganancial, la cuestión deberá resolverse con criterio práctico y equitativo: el bien será propio si más de la mitad del precio del mismo se paga con dinero propio, y por la diferencia habrá un crédito de la sociedad conyugal con el adquirente, y será ganancial, en caso contrario ². Así, en este orden de ideas, se ha resuelto que es propio el bien adquirido por la esposa con dinero de ese carácter, aunque hubiere quedado una deuda hipotecaria pagada con dinero ganancial, por cuyo importe tiene un crédito la sociedad conyugal ³.

Y en caso de ser iguales los aportes para la integración del precio de ambas masas propias y gananciales, el bien será de naturaleza ganancial en virtud del principio *in dubio pro communitate* (este criterio no es compartido por Fassi y Bossert).

De lo dicho se desprende que, en caso de no haber dudas acerca del carácter propio de los fondos con que se adquiere la parte mayoritaria de un bien, el mismo será propio y no ganancial, por aplicación del principio práctico antes indicado ⁴.

En doctrina notarial, quizá el mayor sostenedor de la tesis monista fue el escribano Jorge María Allende, quien manifestó que no existe diferencia entre la compra posterior de parte indivisa y la compra de la totalidad del bien, pagando el precio en forma simultánea con dinero en parte propio y en parte ganancial, considerando que en ambos supuestos debe aplicarse la misma solución, cual es la de calificar como propio al bien. En el mismo sentido se pronunciaron el mencionado escribano Allende y el escribano J. Bollini, en dictamen aprobado por el Consejo Directivo el 20 de noviembre de 1966, en el que se conceptuó que: “El bien adquirido por uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, parte con dinero propio (herencia) y parte con dinero de la sociedad conyugal, debe ser reputado propio, teniendo la sociedad conyugal un crédito respecto de la fracción ganancial” ⁵. En el mismo sentido, el escribano Labayru elaboró un trabajo en el que defiende la tesis monista de calificación de bienes adquiridos con fondos propios y gananciales ⁶.

Finalmente, en un relativamente reciente fallo dictado por la Sala I de la C. 1ª CC de San Isidro, con fecha 19 de noviembre de 2002, el Tribunal de

(1) Borda, *Familia*, t. I, N° 308, p. 226; Díaz de Guijarro, *JA* 37, p. 1.638; Belluscio, *Nociones de Derecho de Familia*, núm. 368, p. 53; Guastavino, *Sistema de indemnizaciones y de recompensas en la sociedad conyugal* (separata), núm. 54, p. 44.

(2) *ED* 4-33; *LL*, t. 11, p. 465; *LL*, t. 58, p. 880; *JA* 1950-IV, p. 285; *LL*, t. 51, p. 569.

(3) *LL*, t. 107, p. 125; *JA* 1950 IV, p. 810.

(4) Cám. Civ. 2ª Cap., 22/4/1950, *LL*, 58, p. 880.

(5) *Revista del Notariado* N° 690, p. 1.514.

(6) *Revista del Notariado* N° 834, p. 581.

alzada, luego de efectuar un análisis de las diferentes doctrinas reinantes y de los hechos del caso planteado –y no obstante las particularidades del caso de marras–, termina expresando: “... que un bien es propio o es ganancial, con el respectivo crédito por los aportes efectuados a favor del cónyuge que invirtió el dinero propio para su adquisición [...] Aun cuando no hay una solución legal explícita, considero preferible la calificación única del bien, porque es la que mejor resuelve la cuestión de la administración de los bienes, y excluye la posibilidad de que sea necesario un asentimiento delimitado por la porción ganancial del bien (art.1277 CC)...”, adhiriendo a la teoría monista por una cuestión de índole práctica, también esgrimida por autores como Mazzinghi y Ortiz de Rozas, cual es evitar que sea necesario cumplimentar el art. 1277 del Código Civil en el supuesto de la venta del bien adquirido en las condiciones ya indicadas.

Conclusión punto C

Conforme lo expuesto, concluimos que no hace falta obtener una ratificación de la cónyuge de P. (la señora L. B.) sobre el carácter propio de la unidad funcional 8.

Observación punto D: división de condominio sin facultades suficientes. Inexistencia de perjuicios. Recomendación

La falta de comparecencia de Z. en el poder a favor de V. F. P. para modificar el reglamento y adjudicar unidades implica que V. F. P. no tuvo legitimación suficiente para producir los efectos propios del acto otorgado.

Ante esta observación podemos argumentar, de acuerdo con los datos aportados, que el reglamento originario (cuya copia no ha sido presentada en el presente dictamen) **establecía que los copropietarios podían sobreedificar sobre sus unidades y adjudicarse el producido**, con lo cual una parte de la escritura que otorgó V. F. P. (la de modificar el reglamento) sería válida si tal cláusula existiera en el reglamento originario.

Ahora bien, V. F. P. otorgó la modificación de reglamento (conforme a la construcción elevada sobre su unidad complementaria I) y también dividió el condominio y adjudicó las unidades resultantes a los condóminos, respetando en cada uno lo que antes tenía (es decir que a cada uno le correspondió lo que ya tenía); en el caso de Z., incluso se respetó su número de unidad funcional (que quedó igual al reglamento originario). No obstante ello, consideramos que el acto de partir y adjudicar en forma privada el condominio, por más que se respeten las proporciones originarias de los condóminos, no puede otorgarse válidamente sin la efectiva voluntad de todos sus integrantes.

Ninguno de los condóminos puede actuar sobre la cosa común en perjuicio del resto de los comuneros. Por eso, en principio, son ellos los que están autorizados a denunciar la ineficacia del acto que los perjudica (conf. “Elizalde de

(7) *Revista del Notariado* N° 872, pp. 143/144.

Mazzuca, Etelvina y otro c. Igarzábal de Hadid, María A.”, publicado en *La Ley* 1991-C, 409 - DJ 1991-2, 432 - ED 142, 741).

Conforme al citado fallo, nos cuestionamos: **¿qué perjuicio puede alegar Z. sobre la división de condominio realizada por V. F. P., si no ha cambiado su situación jurídica antes y después de operarse la adjudicación?**

En respuesta a dicho cuestionamiento, entendemos que la existencia, o no, de tales perjuicios exceden lo estudiado en el presente dictamen, con lo que a todo efecto **recomendamos que la señora Z. otorgue una ratificación de todo lo actuado por V. F. P.**

Asimismo, cabe señalar que de la redacción del poder irrevocable referido surge en la cláusula segunda que se faculta a A. S. “o a quien este venda” para construir y sobreelevar sobre la unidad funcional 1, unidad complementaria I y pasillo común. Luego en la cláusula tercera del mismo se faculta a A. S., entre otros actos, a disponer libremente de lo que construya, pero a diferencia del punto dos, en esta cláusula no se consigna “o a quien este venda”, por lo cual se podría interpretar que esta facultad de disposición no sería transmisible a quien adquiera de A. S., es decir, en el caso particular a V. F. P.

Conclusión punto D

En un todo de acuerdo con lo desarrollado, recomendamos **que ante la falta de comparecencia en la escritura que facultaba a V. F. P. a otorgar dicho acto, se debe requerir la ratificación de la señora Z.**

En cuanto a la existencia de una firma de la señora Z. en el poder que no la tiene como compareciente, el único efecto que podría atribuirse (y en el caso de que esa firma sea efectivamente de la señora Z.) es una presunción de que conoció la existencia de dicho poder pero, al no integrar el acto jurídico, de ninguna forma puede alegarse que ha manifestado su voluntad en ese sentido.

Asimismo y por lo relacionado anteriormente, no queda claro en el poder irrevocable otorgado si las facultades de disposición de las unidades son transmisibles a sucesores particulares, por lo que **recomendamos también que el señor B., en su carácter de cotitular de la unidad funcional 4, otorgue una ratificación de lo actuado por V. F. P. (en iguales términos que su cónyuge), a efectos de aclarar su defectuosa redacción.**