

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II SOCIEDAD CONYUGAL: Inmueble adquirido por boleto durante su vigencia y pagado el saldo con fondos propios después de disuelta: naturaleza ganancial; derecho a un crédito contra ésta; normativa aplicable: disposiciones que rigen el condominio

DOCTRINA: 1) Si el inmueble fue adquirido por el demandado durante la vigencia de la sociedad conyugal, pagándose entonces parte del precio, pero fue escriturado a nombre de aquél y pagado el saldo después de la disolución de ésta, para dilucidar si es ganancial o propio son aplicables las disposiciones de los arts. 1272, párr. 2º y 1273 del Cód. Civil.

2) El bien adquirido por boleto durante el matrimonio y escriturado y pagado el saldo del precio después de la disolución de la sociedad conyugal es ganancial; y tal situación solo confiere al cónyuge que haya pagado parte del precio después de disuelta aquélla; con fondos propios, un crédito contra ésta, pero no un mayor porcentual en el condominio del bien.

3) Si el inmueble pertenece a una sociedad conyugal disuelta y no liquidada, existe un condominio; razón por la cual, para su división y las respectivas rendiciones de cuentas de las partes, deben aplicarse las normas que regulan esa institución, y no las del mandato o la gestión de negocios. M.M.F.L.

Cámara Nacional Civil, Sala D.
Autos: C.L.A. c/ S., J. O. (*) (293)

2ª INSTANCIA. - Buenos Aires, junio 20 de 1989. - La sentencia apelada ¿es ajustada a derecho?
EL doctor Russomanno dijo:

1º Vienen estos autos a conocimiento de esta Sala en razón de que la Corte Suprema, a fs. 275/276, dejó sin efecto el pronunciamiento de la Sala B de esta Cámara de fs. 218/220 vta. que revocó la sentencia de primera instancia de fs. 173/177 vta.

La sentencia de grado admitió la demanda y condenó al accionado a pagar a la actora la suma de A 36.523,47 en el plazo de veinte días, bajo apercibimiento de actualización por depreciación monetaria hasta la fecha de su pago, y a rendir cuentas de la administración del inmueble de la calle Castro Barros; todo con costas.

Apelaron ambas partes la sentencia, expresando sus respectivos agravios la actora a fs. 194/201 vta. y el demandado a fs. 203/208 vta.

En sus respectivas expresiones de agravios, la principal discrepancia entre las partes consiste en que en tanto que la actora pretende que declare que el bien en cuestión es íntegramente ganancial y pertenece a la sociedad conyugal que integraba con el accionado, éste afirma lo contrario y reitera su pretensión de que se declare que el inmueble es de su exclusiva propiedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A este respecto exclusivamente, el juez de la anterior instancia acierta, a mi juicio, en punto a que la pretensión del accionado es totalmente inadmisibles porque, aunque es verdad que al comprar el inmueble en pública subasta, J.O.S. manifestó que o adquiriría "en comisión" (véase expte. "Lagalaye, María y Marcelina s/ Sucesión", agregado por cuerda), no puede tenerse por demostrada la existencia de un comitente "con la sola declaración testimonial que obra a fs.153 (preguntas 2,3 y 4)". "Aparte de que la falta de recibo de la presunta entrega del dinero para el pago de la seña, comisión y sellado por parte del comitente, no puede ser suplida en el caso por la simple declaración testimonial (ello así porque es habitual que en operaciones inmobiliarias y en atención a la magnitud de las cifras que significa el pago de dichos conceptos, se documentan los mismos) está el hecho cierto de que en la citada sucesión en la que realizó la compra, no se efectuó la denuncia del comitente, por lo que debe tenérselo al comisionista como real comprador" . A tales razones cabe agregar que en los mencionados autos sucesorios existen diversas constancias que demuestran, a mi juicio acabadamente que, malgrado lo expuesto en el boleto de compraventa, J.O.S. compró para sí y no en comisión o, por lo menos, que el comitente desistió de la operación y el comisionista la hizo suya cuando subsistía la sociedad conyugal con la actora.

En efecto, teniendo presente que las partes contrajeron matrimonio el 25 de enero de 1968 (véase expediente agregado sobre divorcio por el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil) y que su sociedad conyugal quedó disuelta por sentencia del 4 de abril de 1975, no existen dudas acerca de que, dentro del lapso comprendido entre esas dos fechas, J.O.S. expresó su voluntad de adquirir para sí el inmueble en cuestión; así, a fs.196 con fecha 4 de agosto de 1970 se presenta por derecho propio, y solicita "ser tenido por... parte en calidad de comprador" a fs. 199, ahora con firma de una letrada, formula idéntica petición el día 22 de setiembre de 1970; también su propio derecho e invocando su condición de comprador, el 30 de abril de 1971 y el 25 de febrero de 1972, solicita aprobación de remate y que se le otorgue la posesión del bien, a lo que se provee de conformidad a fs.228 vta. en marzo de 1972; y en presentación con firma de letrado y por su propio derecho a fs.324 J.O.S. expresa textualmente: "vengo a manifestar bajo juramento que he tomado posesión jurídica y material del inmueble sito en la calle Castro Barros, libre de inquilinos y/u ocupantes, el día 7 de setiembre de 1972".

La conclusión de que J.O.S. compró para sí el inmueble en cuestión no resulta desvirtuada con los dichos del testigo C., puesto que nada dice acerca de la fecha en que habría desistido de su compra y, en cambio asevera "que nunca tomó posesión del inmueble".

Ahora bien, si el inmueble fue adquirido por el demandado durante la vigencia de la sociedad conyugal, pagándose entonces parte del precio, pero fue escriturado a nombre de aquél y pagado el saldo después de la disolución de ésta, para dilucidar si es ganancial o propio son aplicables las disposiciones de los arts.1272, párr.2° y 1273 del Cód. Civil, que respectivamente establecen que son gananciales "los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nombre de uno solo de los cónyuges", y que "se reputen adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce". En base a dichas disposiciones legales, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que es ganancial el bien adquirido por boleto durante el matrimonio y escriturado y pagado el saldo del precio después de la disolución de la sociedad conyugal (conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, t. I, p. 515, núm. 355; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino - Familia, 7ª ed., Buenos Aires, 1984, t. I p. 288, núm. 339; ST Santa Fe, Sala II, agosto 8 - 1941, LL, 23 - 596; CNCCom., Sala C, mayo 16 - 1975, ED, 63 - 141; CNCiv., Sala C, junio 23 - 1975, ED, 63 - 370).

Tal situación sólo confiere al cónyuge que haya pagado parte del precio después de disuelta la sociedad conyugal, con fondos propios, un crédito contra ésta (conf. Zannoni, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 516, núm. 356 y nota 175; Borda, G. A., ob. cit., t. I, p. 289, núm. 342, e]; CNCiv., Sala A, febrero 20 de 1974, ED, 54 - 147; ídem, Sala B, diciembre 31 - 1952, LL, 71 - 703; ídem, Sala B, mayo 27 - 1964, ED, 8 - 796), pero no un mayor porcentual en el condominio del bien.

En cuanto al crédito que correspondería al demandado por sus pagos posteriores a la disolución de la sociedad conyugal y a sus demás inversiones en el inmueble, a que alude al contestar la demanda, no fue debidamente reclamado por aquél por no haber reconvenido y, en consecuencia, no puede serle reconocido en este proceso.

2° De lo expuesto surge que las consideraciones del sentenciante de grado relativas a porcentualidades en el condominio del bien y a recompensas en favor del demandado son manifestaciones extra petita, por lo cual no deben ser convalidadas en esta instancia, ya que violan el principio de congruencia que consagran los arts. 163, inc. 6° y 277 del Cód. Procesal.

La buena voluntad del juez de la anterior instancia y las razones prácticas que invoca en su pronunciamiento, no pueden autorizar un apartamiento de los términos de la litis porque, de tal modo, no sólo violenta el principio de congruencia, sino que afecta el orden público al vulnerar la seguridad jurídica que emana de la garantía del debido proceso, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional (conf. CNCiv., Sala B, agosto 13 - 1981, L. 270.771). Por ello, la doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que de acuerdo con lo que dispone el art. 277 del Cód. de rito, el tribunal de apelación no tiene facultades para decidir acerca de cuestiones no propuestas al juez de primera instancia en los escritos constitutivos del proceso, es decir en los escritos de demanda, reconvención y sus respectivas contestaciones (conf. Fassi, Santiago C., Código Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, t. I, p. 482, núm. 941; Palacio, Lino E. Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1975, t. V, p. 460, núm. 667; CS, diciembre 24 - 1985, ED, 119 - 223; CNCiv., Sala F, junio 14 - 1985, ED, 117 - 632; ídem Sala G, diciembre 26 - 1984, ED, 113 - 463, etc.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La nulidad del fallo apelado, por las razones que dejo señaladas, puede ser subsanada por la vía de la apelación concedida que incluye el recurso de nulidad, por defectos de la sentencia (art.253, Cód. Procesal), por lo cual, en el aspecto al que me estoy refiriendo, corresponde dejar sin efecto el punto I de la parte dispositiva del pronunciamiento en recurso, dejando establecido que se confirma la demanda declarando que el inmueble de la calle Castro Barros de esta Capital Federal pertenece a la sociedad conyugal que integraran L.A.C. y J.O.S., como bien ganancial, desestimando los agravios del demandado y admitiendo parcialmente los de la actora.

3° Dado que el inmueble en cuestión pertenece a una sociedad conyugal disuelta y no liquidada, estoy de acuerdo con la opinión del tratadista Guillermo A. Borda en que, en tal caso, existe un condominio (ob. cit, t. I, p.435), por lo cual considero que, para su división y las respectivas rendiciones de cuentas de las partes, deben aplicarse las normas que regulan esa institución, y no las de mandato o la gestión de negocios, como lo entiende la actora.

Por lo tanto, para la división de tal condominio deberá procederse de conformidad con lo establecido en el art. 2692 y sigtes. del Cód. Civil y por la vía del juicio sumario - y no por ejecución de sentencia, como pretende la accionante - en virtud de lo dispuesto en el art.676 y sigtes. del Cód. Procesal.

4° En cuanto a la rendición de cuentas, ordenada en el punto 2° del fallo apelado, por las razones que expuse precedentemente, juzgo que debe desestimarse el agravio expuesto al respecto por la actora y confirmarse en ese aspecto el pronunciamiento.

5° Con respecto a las sanciones por temeridad y malicia que pretende la actora, pienso que debe rechazarse el reclamo, porque no advierto que el demandado haya incurrido en actos de inconducta procesal que las justifiquen, habiéndose limitado a sostener una posición jurídica, que en este voto no comparto.

6° Por las razones que dejo expuestas, propongo que, admitiendo parcialmente los agravios de la actora y desestimando los de la demandada, 1) se deje sin efecto el punto 1° de la parte dispositiva de la sentencia apelada, dejando establecido que se hace lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, se declara que el inmueble de la calle Castro Barros, de esta Capital Federal, pertenece como bien ganancial a la sociedad conyugal que integraran L.A.C. y J.O.S.; 2) se desestime la pretensión de la actora de que la partición se efectúe por vía de ejecución de sentencia; y 3) se confirme el punto 2) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Propongo, asimismo, que se rechace el pedido de que se apliquen sanciones procesales al accionado. Todo con costas de ambas instancias a cargo del demandado vencido (art. 68, Cód. Procesal).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los doctores Bueres y Ambrosioni, por razones análogas a las aducidas por el doctor Russomanno, votan en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, 1) se deja sin efecto el punto 1º de la parte dispositiva de la sentencia apelada, dejándose establecido que se hace lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, se declara que el inmueble de la calle Castro Barros, de esta Capital Federal, pertenece como bien ganancial, a la sociedad conyugal que integraran L.A.C. y J.O.S.; 2) se desestima la pretensión de la actora de que la partición se efectúe por vía de ejecución de sentencia; 3) se confirme el punto 2º de la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Asimismo, se rechaza el pedido de que se apliquen sanciones procesales al accionado. Todo con costas de ambas instancias a cargo del demandado vencido. Los honorarios se adecuarán conforme a este pronunciamiento una vez determinado el monto del juicio en virtud de lo establecido en el art. 23 de la ley de arancel. - Carlos E. Ambrosioni. - Mario C. Russomanno. - Alberto J. Bueres.

Ver comentario

EL TÍTULO ONEROSO DE ADQUISICIÓN EN EL PENSAMIENTO DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD

EMILIO PATRICIO NAVAS(**)(294)

INTRODUCCIÓN

Comentamos el fallo de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, número 43376, que dispuso que un inmueble adquirido por boleto de compraventa, vigente la sociedad conyugal, reviste carácter de ganancial, aunque el pago del saldo de precio, la escritura pública, y la adquisición del dominio se cumplan una vez decretado el divorcio.

Sin adentrarnos en la practicidad de la solución procesal concreta arribada por el Tribunal, intentaremos centrar nuestro análisis en el problema de la calificación como ganancial del bien que motivó la litis.

El artículo 1272 del Código Civil dispone que: "Son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado, como también los siguientes: Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges. .."

Las alegaciones de las partes y los fundamentos de los distintos sentenciantes versaron, a nuestro entender, sobre una cuestión si se quiere lingüística. El modo en que abordaremos este análisis implica prescindir de los agregados que al Código Civil se hicieron por la ya veinteañera reforma de la ley 17711, que si bien facilitan la correcta solución del caso, podría creerse sortean el fondo del problema a dilucidar.

Anticipando desde ya nuestro criterio coincidente con el vertido por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sala D, en el fallo que se comenta, invitamos al lector a internarse en las galerías de la interpretación del lenguaje y, tras él, de las normas.

I. NORMA Y LENGUAJE

El derecho positivo es antes que una manifestación de imperio, un hecho semiótico, un fenómeno de comunicación.

La norma que citamos más arriba no es un objeto material cuyos límites puedan ser valuados en centímetros o en intensidad de color. Es una realidad eidética que se expresa a través del lenguaje. En este sentido es correcto afirmar que toda aplicación normativa requiere "interpretación", esto es, una actividad racional que distinga sus alcances, que sopesa sus límites.

Cuando se habla del significado de las palabras llamadas "palabras de clase"(1)(295) se suele aludir a su denotación (las cosas y los hechos que simbolizan), o a su designación (los requisitos que deben reunir las cosas o hechos para ser incluidos en la clase denotada).

Las "palabras de clase" suponen hacer una clasificación de la realidad, agrupando teóricamente ya cosas, ya hechos, tomando en cuenta alguna característica común.

"Por lo tanto, la tarea de hacer una clasificación supone seleccionar como relevantes ciertas propiedades que posean en común determinadas cosas (o hechos), haciendo caso omiso de otros rasgos semejantes y de las propiedades diferentes que puedan tener. Esta selección no está determinada por la realidad (las cosas no claman: "¡tomad mi redondez y no mi peso para clasificarme!"), sino que simplemente se la hace tomando en cuenta la necesidad que quiere satisfacerse con la clasificación"(2).(296)

Resulta también menester referirnos al hecho, por todos conocido, de la existencia de ambigüedad semántica en algunas palabras. Así para comprender el sentido de las mismas resulta necesario conocer el contexto en el que se las emplea. "Si se dice: «El cabo de Hornos es muy frío», se puede dudar si se alude al clima de determinada región austral o la falta de sensibilidad de un militar que se apellida «de hornos»"(3)(297).

Habiendo recogido estas ideas sobre "designación" y "ambigüedad semántica" del jardín del lenguaje natural, nos disponemos a cruzar los umbrales de lo jurídico..

II. DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES

Nuestro codificador, en la nota al Título IV del Libro III de los derechos reales, nos recuerda que: "Aunque en la nota al art. 497 definimos los derechos reales, tratando ahora especialmente de ellos, diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto.

"Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que sólo crea una relación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentren tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo de derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa o el hecho que es el objeto.

"Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos a una prestación, es decir, a un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción. La persona a la cual pertenece un derecho real, puede reivindicar el objeto contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o a la prestación. Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre mismo objeto el mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior. . ."

Como vemos, esta clasificación que "designa" con notable detenimiento qué debemos entender por derecho real y por derecho personal en el Código, implica también un criterio de interpretación para evitar los posibles errores provocados por la ya mentada "ambigüedad semántica de las palabras". Oigamos los párrafos finales de la nota referida:

"La causa eficiente del derecho personal es la obligación, siempre y únicamente la obligación, cualquiera sea su origen: un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasi - delito, o la ley.

"La causa eficiente del derecho real es la enajenación, o generalmente, los medios legítimos por los cuales se cumple la transmisión en todo o en parte de la propiedad".

Preocupado, como se ha dicho, por la llamada "ambigüedad semántica de las palabras" y habiendo distinguido dos "designaciones" diferentes, el codificador nos aclara en la nota al artículo 4010: "La palabra «título» es empleada aquí para designar no el acto, el instrumento que compruebe el hecho de una adquisición, sino la causa de la adquisición".

En este orden de ideas debemos interpretar pues que en el contexto de nuestro Código Civil la palabra "título" posee un alcance distinto si la encontramos referida a los derechos reales o a los personales. Esto es, connote la obligación nacida de "un contrato, un cuasicontrato, un delito o la ley" o bien "los medios legítimos por los cuales se cumple la transmisión en todo o en parte de la propiedad".

Diremos ahora refiriéndonos al fallo comentado que el artículo 1272 - ubicado en el Libro II Sec. III del Código Civil -, cuando señala que: "Son también gananciales. . . Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges" hace una caracterización claramente referida a los derechos personales. Le es pues aplicable a la palabra "título" en este artículo la "designación" - los requisitos que deben reunir los hechos para ser incluidos en la clase denotada - correspondiente a los derechos personales y no los requisitos que la palabra "título" importe en la esfera de los derechos reales. Ahora bien, la distinción entre derechos reales y personales de la que nos estamos ocupando no es, en el pensamiento de nuestro ilustre codificador,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una clasificación intrascendente o con fines meramente académicos. Sabemos que está reflejada en la división utilizada por Vélez Sársfield para la redacción del Código Civil; y especialmente referida a la propiedad la encontramos en el artículo 577 y su nota.

Diremos, entonces, que las alegaciones del demandado tendientes a demostrar que no ha entrado en posesión - que no ha adquirido el dominio hasta después de disuelta la sociedad conyugal -, podrán ser ciertas, pero son ineficaces. A los efectos de la clasificación del bien como ganancial, el título, esto es, la causa de la obligación, es ese contrato de compra y venta, ese contrato que obliga a ambas partes contratantes, ese contrato que resulta exigible y connota la causa eficiente del derecho personal.

No resulta, repetimos, en el sistema del Código, relevante a este respecto la alegación del momento del nacimiento del derecho real. Así el artículo 1273 dispone la ganancialidad aun en la situación más extrema: "Se reputan adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce".

III. EL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA Y LAS FORMAS REQUERIDAS POR LA LEY

Legisla el Libro II de los derechos personales en las relaciones civiles, refiriéndose la Sección III de los contratos en general.

Allí encontramos, entre otras, disposiciones referentes a las donaciones y la compra y venta.

En el Título VIII al legislar sobre las donaciones nos dice el codificador (art. 1810): "Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, y, a falta de éste, ante el juez del lugar y dos testigos, bajo pena de nulidad: 1º Las donaciones de bienes inmuebles. . ."

Respecto del contrato de compra y venta (Título III) no encontramos una norma similar, sino que nos dice: "Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero" (1323). La sola restricción, que no anula el contrato pero que no le hace aplicables las normas de la compra y venta, es la establecida en el art. 1326: "El contrato no será juzgado como de compra y venta, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le faltase algún requisito esencial".

Vemos, pues, cómo el codificador define claramente un contrato consensual en la compra y venta. Sin embargo el artículo 1184 dispone que: "Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1º Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro. . ."

¿Quiere decir que el artículo 1810 que declara nulo el contrato de donación de inmuebles que no se efectúe por escritura pública resulta superfluo? Y en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ese caso, ¿resulta contradictorio con el artículo 1184 inciso 1º el que en él se disponga que, a falta de escribano público, las donaciones deben ser hechas en la forma ordinaria de los contratos ante el juez del lugar y dos testigos?

Tanto la donación como la compra y venta son "título" causa eficiente del derecho personal y "título" causa eficiente del derecho real ¿Cuál es el alcance de la diferencia que el codificador plantea al reglar los contratos en particular? O si se quiere de esta otra manera: ¿Cuál es el valor de la escritura pública en el contrato de compra y venta?

Decimos desde ya: la falta de escritura pública hace nulo el "contrato" de donación. Pero la falta de escritura pública no anula el contrato de compra y venta.

El doctor Dalmacio Vélez Sársfield tuvo oportunidad de expedirse sobre el alcance de la escritura pública en el contrato de compra y venta al argumentar en la causa de don Juan Bautista Peña con Jaime Llavallol donde se ventilaban dos contratos, el uno por cartas y el otro por escritura privada; allí dijo:

"Aunque en ella (la carta de aceptación de la oferta), se habla de otorgarse una escritura pública esto era meramente para prueba perpetua del contrato, y como el término para el pago del precio. La escritura no es requerida por esencia en el contrato de venta a no ser que se haya hablado de ella como una condición suspensiva del consentimiento mientras el acto no se reduzca a instrumento público. Es preciso pues distinguir por los antecedentes del contrato, por los hechos convenidos, el caso en que las partes han querido que la escritura pública fuese necesaria para la validez de la convención, de aquel en que los contratantes después de haber convenido en el precio y en la cosa, han hablado de otorgar escritura pública sólo para mayor seguridad, o para una prueba más auténtica y permanente de la venta ya perfecta. En el primer caso las partes han querido contratar *in scriptis* y no de otro modo, y así las cosas estarían íntegras hasta que el acto hubiera sido consumado. En el segundo, la venta quedaba perfecta y no dependía del otorgamiento del instrumento público el cual en la intención de las partes sólo debía servir para asegurar las pruebas de sus convenciones. Para comprenderlo así en nuestro caso bastaba que yo me hubiera obligado a no arrepentirme de mi oferta; pues si no podía hacerlo después que ella fuese aceptada por el dueño del terreno porque no se hubiera otorgado la escritura pública tampoco lo puede Mataró, pues que la obligación era bilateral y correlativa. Si después de esto quería crearse de la escritura pública una condición resolutive de su terminante aceptación a mi oferta, debía haberlo expresado; no puede suponerse, ni suplirse, porque jamás uno de los contratantes pudo reservarse interiormente una vía secreta para apartarse de una obligación que siempre existe para el otro que había creído y debía creer irrevocable. Ningún juez por cierto autorizará semejante fraude. El sentido íntimo, la conciencia de cada uno mejor que todas las razones posibles dirá que él no podía disolver un contrato que tenía derecho a que yo lo cumpliera sin excusarme la falta de escritura pública"(4)(298).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El contrato de compra y venta queda perfeccionado como tal cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (dirá luego el texto del artículo 1323); estos requisitos esenciales (art. 1326) implican la existencia de un vínculo obligacional y por lo tanto un "título" de derecho personal.

¿Podríamos afirmar que aquello que nos obliga con nuestro cocontratante en la compra y venta, no nos obliga con nuestro cónyuge?

La compra y venta que es "título" en el sentido del artículo 1272 se encuentra tipificado con el consentimiento de las partes, la cosa y el precio . Por ello el boleto de compraventa suscrito en subasta pública es "título" que hace al bien ganancial, siendo intachable la decisión alcanzada en el fallo que se comenta.

IV. EL BOLETO DE COMPRAVENTA NO ES TÍTULO DEL DERECHO REAL

La línea argumental que llevamos nos conduce a analizar el "título" de la adquisición del bien que nos ha hecho calificarlo como ganancial desde la óptica del derecho real.

El codificador menciona en el artículo 1277 citado a "los bienes que adquiriesen"; redundante el decir que se llaman "bienes" en este código los objetos inmateriales susceptibles de valor - art.2312 -, e igualmente las cosas (objetos corporales susceptibles de tener un valor art. 2311), y que tal expresión "adquisición de bienes" es precisa y feliz, toda vez que el título de derecho personal importa siempre la adquisición de un "bien" - derecho patrimonial - y éste, a su vez, la eventual adquisición de una "cosa".

Debemos ahora afrontar el camino que se nos presenta. Dijimos que el boleto de compraventa era "título" en el sentido de los derechos personales; y pretendemos sostener aquí que el mismo instrumento no es "título" del derecho real de dominio.

Traeremos para nuestro análisis la nota al artículo 577 del Código Civil:

"Freitas, sosteniendo el principio de la tradición para la adquisición de la propiedad dice: «Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce».

"Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron.

"Establecido el derecho personal de donde tiene que resultar la transmisión de la propiedad, muchos jurisperitos no quisieron ver nada más y dieron luego la propiedad como transmitida y adquirida sólo por el simple poder

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del concurso de las voluntades en un momento dado. Tomóse la propiedad en su elemento individual solamente, y no se atendió a su elemento social. Contóse con la buena fe de las convenciones, como si la mala fe no fuese posible.

"Las cosas que se conviene transmitir es posible que no sean transmitidas, y la misma cosa puede ser vendida a dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independiente de cualquier manifestación exterior de la transferencia del dominio, el segundo comprador podría de buena fe, transmitir también la cosa, que así irá sucesivamente pasando a otros. Tenemos entonces un choque de derechos, una colisión donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente a la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? Si este mal no puede ser evitado del todo, ¿no convendrá evitarlo lo más que sea posible? Según la teoría del Cód. Francés sobre la transmisión de la propiedad, como efecto inmediato de los contratos, no hay intervalo entre la perfección de los contratos, la transmisión y su adquisición realizada. La tradición y la posesión nada valen. El derecho personal, y el derecho real son una misma cosa. El contrato es el propio dominio; y el dominio es el contrato. No hay diferencia alguna entre el título para adquirir y el modo de adquirir, entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto.

"La innovación del Código Civil de Francia fue tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta a la buena razón, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las leyes anteriores. Troplong, Martou y otros muchos jurisconsultos no dejaron de confesar que esta innovación tan grave fue subrepticamente introducida, sin la discusión especial y profunda que ella reclamaba. Aún así, el nuevo principio no tuvo aplicación respecto a los bienes muebles, según el artículo 2279, y en cuanto a los inmuebles fue aplicado con restricciones según los arts. 939 y 1069. En vano el legislador francés proclamó su principio de la transmisión de la propiedad solo por efecto de las convenciones, pues que la fuerza de las cosas lo obligó a violarlo en relación a los muebles y a no mantenerlo respecto a los inmuebles, sino por medio de disposiciones contradictorias e incompletas, que expusieron la propiedad territorial y la garantía hipotecaria a incertidumbres y peligros tales, que la segunda generación sintió la necesidad de reformar radicalmente la legislación en esta parte.

"Lo que desde luego no se había conocido por la fascinación de un bello principio en apariencia, que realizaba el poder de la voluntad humana, vínose a conocer después por las exigencias económicas de un buen régimen hipotecario. Y en verdad, el sistema hipotecario del Código Civil francés, quedó profundamente viciado desde que confundió los derechos personales con los derechos reales. Era una anomalía y una providencia inútil manifestarse al público el derecho real de la hipoteca, cuando el primer derecho real: «la propiedad», fuente de todos los otros, no tenía la misma publicidad en los casos más frecuentes.

"En la actualidad, felizmente, la teoría del Código francés se halla reducida en todo su valor a un mero aparato de palabras que no tiene significación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

práctica alguna, desde que el propietario no es propietario respecto de terceros, si no hace transcribir sus títulos en un registro especial y público, establecido para este efecto. Teniéndose así reconocida la necesidad de un hecho externo, como indicador legal de la transmisión de la propiedad, no descubrimos razón alguna por la cual en relación a las partes contratantes, se deba seguir el principio opuesto de la transferencia del dominio, sólo por efecto de consentimiento. ¿Y cómo se concibe que un derecho real sólo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto, y sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos; y cuando se le niega este carácter no existe el dominio. Si el vendedor, desde el momento del contrato, tiene perdido el dominio de la cosa vendida, no se concibe cómo pueda venderla válidamente por segunda vez, a otra persona, sólo porque el primer comprador no fue diligente en hacer transcribir su título en los registros hipotecarios, pues desde entonces no puede ejercer su dominio, adquirido por el contrato, contra un tercero el segundo comprador - . . ."

El pensamiento del codificador no podía ser expresado con mayor claridad y precisión. La necesidad práctica de distinguir entre derechos personales y derechos reales, ¿podría expresarse de manera más cruda?

El derecho real es un derecho absoluto, esto es, oponible erga omnes, "sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos", reconoce un elemento individual de derecho personal contrato de compra y venta o cualquier título de adquisición y un elemento social.

En pos de ese elemento social ínsito en el concepto de propiedad "fundamento de todas las relaciones civiles", es que se requiere una forma especial de publicidad: la tradición. Al tiempo que se exigen requisitos de forma para el "título", no ya obligacional sino "medio legítimo por el cual se cumple la transmisión de todo o en parte de la propiedad". Puesto que si se le niega el carácter social "no existe el dominio".

Y si, como se dijo en la nota al Título IV, Libro III ya citada: "Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas el mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior. . .", se impone la necesidad de la fecha cierta para la validez del título del derecho real. Si a esto le sumamos la perpetuidad del dominio, art. 2510, el requisito de la escritura pública establecido en el art. 1184 para "los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro", se nos presenta en su ratio más nítida.

"Antes de la tradición el acreedor no adquiere sobre la cosa ningún derecho real", nos dice el artículo 577, y "la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio", el art. 2602. Así, aquel título de derecho personal que me convierte en acreedor no será "suficiente" para convertirme en titular de dominio sin cumplir con el requisito del art. 1184, toda vez que sin esto no se abre la llave del 2602 - tradición - hacia el 577 - adquisición del derecho real - .

Decimos más, en el pensamiento del doctor Vélez Sársfield, el contrato de compra y venta instrumentado por privado, no sólo no es "título suficiente"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como causa de adquisición del derecho real. Para la adquisición de "derechos reales" (art. 1184 inc. 1º), la falta de escritura pública hace recaer sobre ese "título" la pena de la nulidad. Sin escritura pública no hay "título" de derechos reales; queda en cambio intacta la facultad del adquirente en el contrato de compra y venta de hacer cumplir al enajenante su compromiso de "transferir la propiedad de la cosa" (escritura pública - 1184 y tradición - 577 -) al igual que éste podría demandar de aquél su compromiso de "recibirla y de pagar por ella un precio cierto en dinero" (art. 1323, Cód. Civil). Pero el derecho real con la consecuente obligación de respeto por la sociedad y el derecho de reivindicar - no ha nacido.

V. CONCLUSIONES

El fallo comentado, adhiriendo a una sólida doctrina nacional en temas de familia, adopta en este aspecto una posición abierta a las dos "designaciones" del término "título", llave con la cual sorteamos el pesado "fantasma de las formas", al que ya hemos hecho referencia en una anterior colaboración para con esta Revista suscripta por la autoridad doctrinaria de la doctora Ana Raquel Nuta (5)(299).

Se dispone en el fallo, como entendemos es la solución correcta, que un inmueble adquirido por boleto de compraventa, vigente la sociedad conyugal, reviste el carácter de ganancial aunque el pago del saldo del precio, la escritura pública y la adquisición del dominio se cumplan una vez decretado el divorcio. Puesto que el "título oneroso de adquisición" en el sentido del art. 1272 está ya configurado.

Dijimos y repetimos aquí que la palabra "título" en la esfera de los derechos personales, tanto en las relaciones civiles como en las relaciones de familia, alude a "la obligación, siempre y únicamente la obligación, cualquiera sea su origen" - de la nota al Título V, Libro III, Cód. Civil.

El pago del saldo de precio, con el que se cumple con fondos propios de uno de los cónyuges una de las obligaciones emergentes del "título" de derecho personal emanado vigente la sociedad conyugal, da derecho a aquél a reclamar de ésta, en su disolución, un "crédito" y no la "cosa", tal como correctamente así lo resuelve la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

El cónyuge que habiendo adquirido un bien, vigente la sociedad conyugal, pretenda refugiarse en los recaudos impuestos por la norma en amparo de la sociedad para la adquisición de derechos reales, obra lisa y llanamente en FRAUDE a la ley civil; fraude "lingüístico" viejo como la ley misma.

"Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude el que, salvadas las palabras de la ley, elude su sentido" (Digesto 1.3.29 PAULO, Comentarios a la Ley Cincia. Libro único).

La solución alcanzada en este fallo es, por lo tanto, acertada y ejemplar. Como nos parece ejemplar que la Cámara abandone "la buena voluntad del juez de la anterior instancia y las razones prácticas que invoca en su pronunciamiento", y declare que a cuestión de los créditos a favor del demandado por no haber sido planteada expresamente por éste, no puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser resuelta en este proceso, remitiéndola a una nueva instancia procesal, respecto de la cual quizá haya operado prescripción liberatoria en favor del cónyuge que estuvo a punto de ser burlado en sus derechos como socio en la sociedad conyugal.

Vemos, pues, cómo ese "papelito" - instrumentos privado -, que subsistió aquí por tratarse de una adquisición judicial, pero que muchas gentes desaprensivas lo rompen al acaso al tiempo de suscribir el instrumento público requerido "para prueba perpetua del contrato", toma la dimensión que le corresponde en la esfera del derecho personal - civil -, dejando evidente sombra, no sólo en el campo moral, sino también en las agrias páginas del derecho penal.

Concluimos, pues, junto con el fallo que se comenta y el artículo doctrinal citado más arriba, que el boleto de compraventa es un contrato de compraventa; al tiempo que el boleto de compraventa no es título suficiente del derecho real de dominio.

Y que esto es así en razón de que el aspecto social de la propiedad del que habla el doctor Vélez Sársfield en la nota al art. 577 (hoy lo llamaríamos función social de la propiedad), ha sido tenido en especial consideración al tiempo de estatuir el régimen legal de los derechos reales adoptando en consecuencia los conceptos de tipicidad y de numerus clausus.

Esta realidad normativa de los derechos reales - reglamentación de fondo de la garantía constitucional de la propiedad - genera los requisitos de título suficiente más modo suficiente para acceder a la relación directa e inmediata entre la persona y la cosa, en la que sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos, es decir, a la sociedad (concepto de derecho real como derecho absoluto: oponible erga omnes).

No se trata ya de la obligación de un individuo, ya respecto de su cocontratante, ya respecto del socio de la sociedad conyugal. Se trata del nacimiento de esa "obligación" pasivamente universal, la obligación del reconocimiento por parte de toda la sociedad del derecho de propiedad. "¿Cómo se concibe que un derecho real sólo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto, y sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos; y cuando se le niega este carácter no existe el dominio" (de la nota al artículo 577).

Estos principios fuerzan la incorporación de preceptos tales como los del artículo 1184, ya que iluminan la normativa de derechos reales que se aleja diametralmente de la libertad de formas, libertad de contratación, en fin, de la preeminencia de la voluntad de los particulares, por la preeminencia de la voluntad de la ley en pos del bien común.

Diremos con don José Puig Brutau que "es preciso hacer notar que el criterio de numerus clausus a rajatabla que proclama el Código argentino no responde a una convicción teórica sino a una conveniencia práctica; es decir, no se trata de un resultado alcanzado como una consecuencia lógica sino que se trata de una disposición que trata de encauzar una política jurídica . . ." (6)(300).

Tal como lo analiza el autor catalán, el criterio de Vélez Sársfield en materia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de derechos reales señala una política legislativa con normas de orden público, sustancialmente de orden público(7)(301), que atienden así al fin del derecho cual es el armónico desenvolvimiento de la personalidad individual en pos del bienestar social. Allí debemos buscar la ratio de la diferencia legislativa entre derechos personales y reales adoptada por nuestro codificador.

"Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual." Dalmacio Vélez Sársfield - de la nota al art. 2508 Cód. Civil.