

Disidencia de argumentos

Dictamen complementario elaborado por el escribano **MARIO G. SZMUCH** y aprobado por los miembros presentes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del día 17 de febrero de 2010.

Estoy de acuerdo con el resultado propiciado por mi colega preopinante (inobservabilidad del título), pero no comparto sus argumentos.

Considero que la calificación mixta del bien en principio debe ser descartada ya que la ley no la contempla; tratándose el régimen patrimonial del matrimonio de un estatuto “legal” e inmutable, es forzoso efectuar la calificación dentro de sus previsiones, las cuales no contemplan, al menos no expresamente, la existencia de bienes mixtos.

Nuestro sistema legal procura permanentemente arribar a una calificación única, para lo cual recepta una serie de criterios (p. ej. acrecimiento, subrogación, etc.) a los cuales debe acudir el intérprete para integrarlo.

La calificación dual trae aparejada una serie de complicaciones muchas veces no vislumbradas o insospechadas por sus seguidores. A efectos de demostrar ello, supongamos, a mero título de ejemplo, un inmueble, que no es sede del hogar conyugal, mitad propio y mitad ganancial, y que el cónyuge propietario vende una porción indivisa del mismo, p. ej. una quinta parte (20% indiviso), sin expresar a qué “cuenta” (propia o ganancial) corresponde dicha porción; y ahí, de inmediato, empiezan a surgir los interrogantes y problemas:

- 1) ¿Que régimen legal corresponde aplicar a dicho acto dispositivo: el de los bienes propios o el de los gananciales?
- 2) ¿Quién está legitimado para imputar o calificar la porción indivisa vendida como propia o ganancial: el disponente, su cónyuge, un tercero –juez, escribano, etc.–, etc.?, ¿o dicha porción también es mixta?

- 3) ¿Puede impugnarse la imputación o calificación efectuada?, ¿cuándo?, ¿quién?
- 4) ¿Si nada se expresó en el título y se omitió el asentimiento, debe interpretarse que la porción enajenada era propia?
- 5) ¿Puede hacerse la imputación o calificación con posterioridad al acto dispositivo si se omitió hacerla en el mismo?
- 6) En caso de error, ¿puede recalificarse o reimputarse la porción vendida?
- 7) ¿En todos los casos se puede efectuar la imputación posterior o la reimputación?, ¿en qué casos sí y en cuáles no?
- 8) ¿La imputación requiere la conformidad del cónyuge no titular?
- 9) ¿Y qué sucede si la imputación no se efectuó en el boleto y la escritura de venta es otorgada por el juez por rebeldía del vendedor?

Se trata, como se advierte, de una verdadera catarata de preguntas y problemas, para los cuales la ley no brinda ningún tipo de solución. Aguardo ansioso las respuestas de los dualistas a estos interrogantes.

La sociedad conyugal es un esquema rígido y de orden público, en el cual la tesis dualista introduce un agente extraño llamado *bien mixto*, que considera “más justo”, pero que en definitiva infecta el sistema. Sus sostenedores, con el argumento de defensa de la realidad económica, más propio del derecho tributario que del civil, generan toda una problemática que deja de lado las soluciones legales (p. ej. el sistema de recompensas a la disolución de la sociedad conyugal), para acudir a soluciones “más justas” pero que no dejan de ser *contra legem* dado que el régimen en la materia, reitero, es legal, inmutable y de orden público, y no prevé los bienes mixtos, ni soluciona los problemas que de ellos derivan. Y así, erigiéndose en legisladores de un sistema “más justo”, los dualistas destruyen el sistema legal, plagándolo de lagunas e inconsistencias.

Salvo muy raras excepciones, los más grandes calificados y respetados doctrinarios, profesores y maestros del Derecho de Familia y la gran mayoría de la jurisprudencia de los tiempos actuales, descartan como principio general la calificación dual.

Entonces me pregunto, ¿por qué ir en la dirección contraria?, ¿por qué contradecir, no un fallo plenario (Sanz), porque no se trata del mismo supuesto fáctico, pero sí sus fundamentos, si con los mismos nos van a juzgar a los notarios cuando se ponga en tela de juicio nuestra responsabilidad civil?

La calificación monista fue sostenida en casos similares por esta Comisión: *“La adquisición de partes ideales de un condominio constituido por herencia, de dos de los condóminos casados a los demás, deben reputarse de carácter propio y el inmueble no reviste carácter mixto, teniendo, en todo caso, las sociedades conyugales créditos activos contra ellos por el dinero que se estima ‘ganancial’”*, aquí puede verse cómo ha ido cambiando la posición de esta Comisión con relación a los bienes mixtos, siendo la postura más tradicional de la Comisión descartar dicha categoría.

En definitiva, a mi juicio el título no debe ser observado, y por la teoría del acrecimiento (que puede ser material, funcional, etc.), que claramente informa nuestro sistema, según así lo entiende toda la doctrina especializada, y que muy bien cita el consultante, el inmueble debe ser calificado como propio en su totalidad, sin perjuicio de las recompensas que pudieran corresponder en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta.

Dos aclaraciones más, en orden a un correcto encuadramiento y entendimiento de los fenómenos jurídicos acaecidos en el caso bajo análisis:

- 1) Desde la compra que hizo J. P. hasta la venta que otorgó su nieto E. E. P., en ningún momento hubo situación de condominio respecto del inmueble, sino situaciones de comunidad hereditaria y postcomunitaria, dado que –según información brindada por el consultante– no se otorgó partición de las masas involucradas. Por lo tanto, no corresponde referirse a partes indivisas en el inmueble, sino a cuotas en las masas o universalidades.
- 2) La cesión de herencia, ni siquiera la denominada *sobre bien determinado*, no constituye título al dominio.

En el marco de la sucesión universal *mortis causa* las cosas que conforman el patrimonio relicto son adquiridas singularmente por los sucesores universales a título de partición, vía recta del

1. Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, basado en un proyecto del escribano Alfredo Arce Castro, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 24 de noviembre de 1970.

causante, y no a título de cesión de herencia. La cesión de herencia legítima al cesionario para adquirir bienes por partición.

Por último, y esto tiene que ver más con la doctrina que resulta del dictamen de mi colega preopinante, a efectos de dejar asentada al menos sucintamente mi posición al respecto, considero que el error de derecho no constituye, salvo rarísimas y contadas excepciones, fuente de protección, por lo que no comparto la posibilidad de invocar tal error a efectos de sostener o cimentar la buena fe requerida en el adquirente para gozar de la protección de la prescripción breve. El único error invocable a efectos de gozar de tal protección es el de hecho y siempre que sea excusable, tal como surge de claras normas de nuestro sistema. Cuando la ley permite excusarse en el error de derecho, situación muy excepcional, lo hace de manera clara y expresa (p.ej. art. 784, C. C.).