

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los autos y se impone sobre ella.

"El fin supremo del proceso es procurar la justicia". lo que obliga a dar primacía a la verdad jurídica objetiva (Morello, La Corte Suprema en acción, p. 322, ed. 1989).

Si bien la escritura de compra es deficiente, pues no dice en forma expresa que el dinero pertenece a la mujer como lo dispone el art. 1246, Cód. Civil, sino que "la compra la realiza exclusivamente con dinero proveniente del ejercicio de su profesión de docente y expresa su voluntad de reservar para sí la disposición y administración del mismo, prestando su conformidad a dicha afirmación su cónyuge Ricardo Orta...".

Bien es cierto que "la cosa obtenida con dinero percibido por la esposa como producto de su trabajo, ganado durante la vigencia de la sociedad conyugal, no tiene carácter propio sino ganancial" (ED 11 - 729 y 25 - 218), pero la referencia a dinero proveniente de la profesión de docente ejercida durante una vida, desde los 18/19 años en que normalmente se gradúan estos profesionales, hasta los 42 años en que contrae nupcias, adquiriendo la finca 6 años después, hace nacer la vehemente presunción de que al casarse la señora de Orta tuvo que aportar dinero propio, pues de otro modo, en sólo 6 años, con la magra retribución de un maestro, no se puede adquirir una finca en Mar del Plata, por la importante suma de \$ 35.000 en el año 1974, debiendo tenerse en cuenta que el causante era de la misma profesión.

Habiéndose pagado el precio con producto del ejercicio de la docencia, ejercida durante 24 años en estado de soltería por la señora de Orta, resulta injusto otorgar a ese dinero el carácter de ganancial. Máxime, cuando al acto comparece el esposo, prestando su conformidad para que su cónyuge disponga y administre como propio el bien adquirido.

El doctor Alvarez, expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el doctor Ulla y así votó.

3ª cuestión. - El doctor Ulla dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde juzgar procedente el recurso y en consecuencia, anular la resolución impugnada. Remitir los autos al tribunal que corresponda, a fin de que dicte nuevo pronunciamiento. Con costas a la vencida (art. 12 ley 7055)

Los doctores Iturraspe y Alvarez, dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la prevista por el doctor Ulla y así votaron.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve declarar procedente al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la resolución impugnada. Remitir los autos al tribunal que corresponde, a fin de que dicte nuevo pronunciamiento. Costas a la vencida. - Decía C. F. Ulla. - Juan B. Iturraspe. - Raúl J. Alvarez (Sec.: Irmgard E. Lepenies).

IV SOCIEDAD CONYUGAL. Bienes propios. Bien indiviso parcialmente propio de uno de los cónyuges. Adquisición de las restantes porciones durante la sociedad conyugal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTRINA: Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal.

Cámara Nacional Civil, en pleno.
Autos: "Sanz, Gregorio O."(*)

Buenos Aires, julio 15 de 1992.

Cuestión: "Si reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal".

La mayoría, en forma impersonal, dijo:

La cuestión que derivó en la convocatoria al pronunciamiento de la Cámara tiene origen en la resolución del Registro de la Propiedad Inmueble que requirió el asentimiento del cónyuge del vendedor para la transmisión del dominio de un inmueble en el cual éste tenía originariamente una porción indivisa propia, habiendo adquirido después a título oneroso las restantes porciones indivisas; el registro consideró que estas últimas tienen carácter ganancial, por lo que resultaría aplicable el art. 1277 del Cód. Civil.

El tema no ha sido tratado por Vélez a través de una norma específica en el título referido a la sociedad conyugal, no obstante que las fuentes que tuvo a la vista al organizar esta materia contiene normas expresas al respecto. Concretamente, el art. 1408 del Cód. Civil francés dispone que la adquisición hecha por uno de los esposos que era propietario de una porción indivisa no tiene carácter ganancial, surgiendo un derecho de recompensa en favor de la comunidad por el monto abonado; en tanto que el Código de Chile, en el art. 1729 establece la solución contraria, conforme a la cual el bien "pertenece pro indiviso al cónyuge (que tenía una porción propia) y a la sociedad". Este último precedente fue seguido por el art. 1956 del Cód. Civil uruguayo. De manera que la omisión de una norma expresa sobre el tema ha determinado, en nuestro ámbito jurídico, el surgimiento de interpretaciones encontradas (conf. Guaglianone, "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal", pág. 272, N° 275).

La respuesta afirmativa que esta mayoría da al caso específico planteado admite dos fundamentaciones diferentes:

Desde una perspectiva, el fundamento está dado por el efecto declarativo de la partición, teniendo en cuenta que, conforme al art. 2696 del Cód. Civil, cualquier acto a título oneroso que ponga fin a la indivisión es de naturaleza partitiva y, por tanto, le alcanza dicho carácter declarativo.

Conforme al art. 2695, tras la partición "cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido, desde el origen de la indivisión propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote". Conforme entonces a dicha norma y al art. 2696, en caso que un condómino adquiere la totalidad de las porciones indivisas del bien, corresponde considerar que ha sido propietario exclusivo de la totalidad del bien desde la adquisición de la porción originaria. En consecuencia, por aplicación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dicho principio, en el caso en análisis corresponde reconocer, al cónyuge que tenía una porción propia, el dominio de la totalidad del bien, lo que significa extender ese carácter propio a las restantes porciones indivisas adquiridas posteriormente a título oneroso, sin perjuicio del derecho de recompensa que la sociedad conyugal tendrá por lo abonado en esas compras (conf. Fassi - Bossert, Sociedad conyugal, t. I, p. 289, N° 37).

De manera que resulta suficiente, como fundamento, el efecto declarativo de la partición ante la ausencia de textos derogatorios respecto de las relaciones entre esposos, como son las ya citadas normas chilena y uruguaya, sin perjuicio de que puedan invocarse con carácter corroborante elementos contenidos en nuestro ordenamiento, tales como el acrecentamiento funcional que admite el art. 1266, aunque referido a aumentos materiales del bien propio; la consolidación, durante el matrimonio, del usufructo que pesa sobre un bien propio (art. 1270); la redención de servidumbres sobre bienes propios que sólo determina, en favor de la sociedad conyugal, el surgimiento de un crédito por lo abonado (art. 1272). Estos elementos han sido considerados fundamentación determinante de la calificación única por diversos autores (conf: Olivera, "Una hipótesis de condominio y empleo útil en el ámbito de la sociedad conyugal", JA 1953 - III - 101; Guastavino, "La calificación dual de los bienes en el matrimonio", LL, 123 - 1192; Mazzinghi, Derecho de familia, t. II, pág. 204, N° 221).

Esta fundamentación implica, entonces, la posibilidad de establecer, en otros casos, una calificación dual, es decir considerar propias y gananciales a las distintas porciones indivisas cuando el cónyuge que tenía una porción propia no adquiere la totalidad de las restantes (conf. CNCiv., sala F, "Gatti s/apelación", del 9/9/86), como también cuando no es el cónyuge que posee una porción propia el que luego adquiere las otras porciones indivisas, sino que compra el otro cónyuge, pues entonces no opera el efecto previsto en los arts. 2695 y 2696. Justamente, por este motivo fue desechada dicha fundamentación, arribándose a la calificación dual, en un fallo de la sala B (conf. "Bonomi s/sucesión", del 12/6/59 - LL, 95, 600 -) ya que, siendo la mujer propietaria de la porción propia, fue el marido quien adquirió posteriormente las restantes porciones.

Desde otra perspectiva, la respuesta afirmativa no se funda en el efecto declarativo de la partición, sino en la idea de unificación de la propiedad, que es una constante en el pensamiento de Vélez, quien a través de diversas normas evidencia el disfavor con que observa las comunidades, tratando de desalentarlas. Ello conduce a sostener que no es armónica con este lineamiento del Código la cotitularidad de partes propias con partes indivisas que están en comunidad (conf. Planiol - Ripert, Tratado práctico de derecho civil francés, t. 8, pág. 282, N° 236, Habana, 1945).

En la cuota de condominio está la potencialidad sobre el todo, ya que dicha cuota se proyecta a toda la cosa y al adquirir el condómino otras porciones, se reafirma ese derecho sobre el todo.

Para explicar la importancia de advertir que la titularidad sobre la cuota incide en realidad sobre cada una de las moléculas integrativas de la cosa y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en ese sentido gravita sobre toda la cosa, se han invocado diversas disposiciones concordantes del Código Civil. Ellas son: a) El uso y goce de toda la cosa común por los distintos condóminos (art. 2684); b) la posibilidad de defender la coposesión de toda la cosa a través de acciones posesorias y de interdictos (art. 2489); c) la atribución a cada uno de los condóminos de acción reivindicatoria de la totalidad de la cosa ante la desposesión provocada por un tercero (art. 2679) y de igual modo el otorgamiento de las acciones negatorias (arts. 2800 y 2801) y confesoria (arts. 2795, 2796 y 2799); d) la expansión del derecho de los condóminos ante la renuncia o abandono de alguno o algunos de los cotitulares (doctrina del art. 2685); e) el derecho de división del condominio ejercitable en principio irrestrictamente (art. 2692); f) el alcance declarativo de la partición, pues si se entiende que las cosas otorgadas en la partición le pertenecieron desde el origen de la indivisión (art. 2695) es porque, desaparecidos los otros derechos sobre las cosas que comprimían la titularidad del condominio, se produce la expansión consiguiente del derecho sobre toda la cosa (conf. Alterini, Jorge H., Código Civil anotado, t. IV - A, dirigido por Jorge Joaquín Llambías, glosa al art. 2673).

La cuota de condominio constituye la medida del contenido de un derecho que, precisamente, por ser indiviso entre los restantes condóminos, se ejerce sobre la totalidad de la cosa; es decir, al representar la parte alícuota la medida de un derecho sobre la cosa, la adquisición de otras partes indivisas no implica la adquisición de nuevos derechos dominiales, sino el acrecentamiento funcional de un derecho que preexiste (conf. Olivera, ob. y lug. cit.; Guastavino, ob. y lug. cit.). Concretamente, el cónyuge titular de una porción participa a título propio en la relación de comunidad que implica el condominio; si después acrece su cuota parte por adquisiciones con fondos gananciales, lo único que varía es la extensión de sus derechos de participación en el aspecto cuantitativo de la relación de comunidad, pero, en cambio, no varía en su origen el título o causa que determinó la relación de comunidad misma (conf. Zannoni, Derecho de familia, t. I. pág. 503).

También, entonces, desde esta perspectiva argumental son invocables, en aval de la calificación única del bien, las ya citadas soluciones del Código que coinciden en reconocer carácter propio a los acrecentamientos materiales, incluidas las mejoras introducidas en el bien propio, la redención de servidumbre, la consolidación del usufructo, etcétera.

Por todo lo expuesto y respondiendo al tema de la presente convocatoria, como doctrina legal aplicable (art. 303, Cód. Procesal), se resuelve: "Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal".

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, como doctrina legal aplicable (art. 303, Cód. Procesal), se resuelve: "Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal".

Vuelvan los autos a la sala de origen. Dése cumplimiento a lo dispuesto por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el art. 62 del reglamento del fuero.

Los doctores Germano Bregliano, Russomano y Greco no firman por hallarse en uso de licencia. - Luis G. Lérica. - Jorge E. Escuti Pizarro. - Santos Cifuentes. - Jorge M. Alterni. - José L. Galmarini. - Alberto J. Bueres. - Alí J. Salgado. - Gustavo A. Bossert - Ana M. Conde. - Fernando Posse Saguier. - Ricardo L. Burnichón. - Leopoldo L. V. Montes de Oca. - Marcelo J. Achával. - Néstor A. Cipriano. - Archivaldo P. Mc. Garrel. - Delfina Borda de Radaelli. - Zulema D. Wilde. - Teresa M. Estévez Brasa. - Julio R. Moreno Hueyo. - Emilio M. Pascual. - Jorge A. Giardulli. - Carlos Polak. - Hernán Daray. - Ana M. Luaces (en disidencia). - Hugo Molteni (en disidencia). - Gerónimo Sansó (en disidencia). - José A. M. de Mundo (en disidencia). - Osvaldo D. Mirás (en disidencia). - Juan C. Dupuis (en disidencia). - Mario P. Calatayud (en disidencia). - Julio M. Ojea Quintana (en disidencia). - Eduardo L. Fermé (en disidencia). - Benjamín E. Zaccheo (en disidencia). - Carlos R. Degiorgis (en disidencia). - Gladys S. Alvarez (en disidencia). - Carlos H. Gárgano (por sus fundamentos). (Secc.: José M. Scorta).

En disidencia, los doctores Luaces, Molteni, Sansó, de Mundo, Mirás, Dupuis, Calatayud, Ojea Quintana, Fermé, Zaccheo, Degiorgis, Alvarez y Gárgano, dijeron:

El tema sometido a consideración del tribunal en pleno, es uno de los que más polémicas ha generado dentro del régimen patrimonial del matrimonio. Ello se debe a que nuestro ilustre Codificador omitió tratarlo, no obstante que tuvo a la vista las soluciones del Código Civil francés, cuyo art. 1408 se sustenta en el principio de que la adquisición hecha por uno de los esposos que era propietario de una porción indivisa no tiene carácter ganancial, y del chileno, cuyo art. 1729, seguido por el art. 1956 del Cód. uruguayo, admite una solución distinta, por cuanto en la misma hipótesis declara que "pertenece pro indiviso a dicho cónyuge y a la sociedad a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de los que haya costado la adquisición del resto".

Esta minoría considera que frente al silencio de la ley, cuadra inclinarse, entre las dos soluciones posibles, por aquella que sea cabal reflejo de la verdad y que garantice a los cónyuges una real protección de sus respectivos aportes, como así también a terceros sobre los bienes que constituyen la garantía de sus créditos.

En efecto, parece indiscutible que la posibilidad de reunirse en un mismo bien una calidad propia en cuanto a determinada parte alícuota y ganancial en la otra, no ofende ningún principio fundamental, sea que la totalidad del dominio se condense así en los cónyuges, fuere que concurren otros condóminos extraños (conf. Guaglianone, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, pág. 272, N° 275, Ed. Ediar; Guastavino, "La calificación dual de bienes en el matrimonio", en LL, 123 - 1181, N° 20).

También es indiscutible que los bienes son propios o gananciales según las previsiones de la ley a que están sometidos y que el régimen patrimonial del matrimonio es de orden público no pudiendo ser alterado por una interpretación extensiva de otros institutos que resultan extraños a los principios en que se sustenta (conf. Lafaille, Curso de derecho civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Derecho de familia, N° 309, Buenos Aires, 1930; Rébora, Instituciones de la familia, t. II, pág. 101, Buenos Aires; Moreno Dubois, "La sociedad conyugal frente al orden público", LL, t. 118, pág. 259).

Si es así, parece claro que no existe obstáculo legal en admitir la coexistencia de un bien en parte propio y en parte ganancial. Por el contrario, prescindir de esta atribución dual no sólo sería contrario a la verdadera naturaleza de las cosas, sino que violaría aquel régimen que - como se dijo - es de orden público. Baste señalar que por esta vía, pese al origen ganancial del aporte para la adquisición de las partes indivisas de un bien, en el que uno de los cónyuges ya poseía cuotas propias, se propagaría tal carácter a la totalidad, dejándose de lado normas fundamentales como lo son los arts. 1272 y concs. del Cód. Civil.

La tesis de la mayoría pone énfasis en el disfavor con que ve el legislador el mantenimiento de comunidades, pero a juicio de esta minoría se trata de soluciones que no podrían aplicarse al régimen patrimonial del matrimonio en razón de oponerse a principios de orden público que de este modo se verían desvirtuados.

En cuanto al efecto declarativo de la partición, sobre el que también se funda el parecer de la mayoría, a nuestro modo de ver el art. 2696 del Cód. Civil en el que se pone mayor acento, no resulta aplicable al caso, toda vez que dicha regla regula los efectos de la partición entre los condóminos, pero nada establece cuando, como en el caso pueden verse afectados los derechos de un tercero - el cónyuge no condómino - que por aquel arbitrio vería variar la naturaleza ganancial de los bienes empleados para la extinción del condominio, sin tener a su alcance remedio alguno para impedirlo.

Es cierto que conforme a la postura que no se comparte, existiría un crédito de la sociedad conyugal o del otro cónyuge por los fondos invertidos en la adquisición del bien que se considera propio, el que se haría efectivo en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Empero, este arbitrio no protegería adecuadamente los derechos del cónyuge no adquirente quien, frente a la insolvencia del titular que tiene la libre disponibilidad del bien sin necesidad de contar con el asentimiento de aquél, podría ver burlados sus derechos.

La injusticia de esta solución se evidencia con mayor claridad en hipótesis en que el cónyuge titular de algunas partes indivisas de escasa importancia, adquiridas con fondos propios, luego incorpora las restantes, con la inversión de fondos gananciales, pese a lo cual la totalidad del bien tendría aquel carácter. Así, a modo de ejemplo, si alguien detentara como propia una décima parte de un bien y luego adquiriera con fondos gananciales las nueve décimas partes restantes, pese a ello, su cónyuge o la sociedad conyugal (según la postura que se asuma), únicamente tendrían un crédito, pero el bien seguiría siendo propio.

La tesis de la mayoría busca en su apoyo la aplicación de soluciones que se consideran análogas, tales como las preconizadas por los arts. 1266, 1270 y 1272 del Cód. Civil, pero en rigor en todas ellas no está en cuestión la titularidad del bien, operada a través de un acto único que le imprime el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

carácter propio, sino el aumento o mejora sobreviniente. En tales casos se aplica el viejo principio del derecho que establece que lo accesorio sigue la suerte del principal. Repárese que en los casos de aluvión, edificación, plantación u otra cualquier causa, el cónyuge tiene desde el inicio una vocación a la totalidad del bien, por lo que los aumentos son de su propiedad, tal como lo indica el art. 1266 antes citado. Pero, en caso de aportes de partes indivisas, no se advierte impedimento legal para que se considere como de pertenencia de la sociedad conyugal las restantes luego abonadas con fondos gananciales.

Bien ha dicho Guaglianone, que en supuestos como el que es motivo de este plenario no se trata de agregar algo a un bien, como en el caso de las mejoras, sino de comprar un bien (cuota indivisa), cuando ya se poseía otra cuota indivisa independiente de la primera. Y para evidenciar más aún su idea de autor señala que lo mismo es sumar partes ideales respecto de una cosa, que comprar el fondo lindero de otro que ya se tenía en propiedad (conf., Régimen patrimonial del matrimonio, t. II, pág. 124).

El tema de la convocatoria se refiere a una hipótesis muy particular dentro del régimen patrimonial del matrimonio, cual es el vinculado al cónyuge propietario de partes indivisas con carácter de propias, que luego adquiere las restantes con fondos gananciales. Pero los problemas que pueden surgir abarcan múltiples situaciones, que a nuestro juicio merecen una respuesta congruente por integrar distintos aspectos de una cuestión que debe ser globalmente analizada. Así, además de la referida, se da - entre otras - la situación de empleo simultáneo de fondos propios y gananciales en la adquisición del bien; de empleo sucesivo de fondos gananciales y propios; y dentro de éstos, de la adquisición de las restantes partes indivisas o de algunas solas (conf. Guastavino, "La calificación dual de bienes en el matrimonio", LL, 123 - 1181 y siguientes).

Frente a este panorama, en la interpretación de las normas aplicables, como se expresó, debe haber coherencia en las soluciones.

Sin embargo, dentro de la posición que se estima equivocada, para hipótesis que tienen una identidad sustancial, se han brindado soluciones opuestas, Así y a modo de ejemplo, existe doctrina que a la par que afirma el carácter propio de las nuevas porciones indivisas adquiridas por quien detentaba las restantes en esa misma calidad, considera ganancial esa adquisición cuando no se incorpora la totalidad de la porción pro indivisa restante, sino únicamente una parte (conf. CNCiv., sala F, in re 'Gatti Osvaldo s/inc. apelación resolución Registro de la Propiedad Inmueble', del 9/9/86; véase asimismo fallo de la Sala C, publicado en LL, del 19/ 6/92, f. 90470, que da el ejemplo de adquisición de la cosa por un cónyuge con dinero ganado durante el matrimonio y heredado por el otro). Adviértase que si un cónyuge aporta al matrimonio un tercio del inmueble como propio y luego, en lugar de adquirir con fondos gananciales los dos tercios restantes, lo hace sólo respecto de otro tercio, en esta postura este tercio será ganancial por compartirse aun el condominio con un tercero y, en consecuencia, el bien será mixto en los dos primeros tercios. Pues bien, si más adelante aquel cónyuge, otra vez con fondos gananciales, adquiere el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

último tercio, cabe preguntarse qué habrá de ocurrir con el efecto declarativo de la partición. ¿Toda la cosa será propia cuando hubo un interregno en el que un tercio fue ganancial? Queda en evidencia que los bienes no podrían ir mutando su naturaleza en base a esas arbitrarias contingencias y que, por ende, esta tesis, a nuestro juicio, no es sostenible.

Por otra parte, a la par que se dice que cuando se adquiere con dinero ganancial la parte indivisa de un bien del cual uno de los cónyuges tiene otra parte indivisa a título propio debe considerarse propio todo el bien, también se afirma que cuando esa segunda adquisición se hace con fondos gananciales, pero de administración reservada del cónyuge no propietario "no parece posible escapar a la calificación dual: el bien será en parte propio y en parte ganancial" (conf. Borda, "Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal", LL, 1983 - A - 836 y sigtes.).

Por último y para no seguir abundando, también se menciona el caso de aporte de fondos propios de uno de los esposos para la adquisición de partes indivisas de un bien originariamente ganancial del otro. Aquí se dice que hay un condominio, en parte propio y en parte ganancial (conf. Gowland, "Bienes propios y gananciales: Concurrencia de aportes. Calificación del bien", en ED, 54 - 450, punto III).

Lo expuesto demuestra que en los casos referidos, en los que al igual que el que es materia de la convocatoria existieron aportes propios y gananciales, se admitió el carácter dual de la calificación, dándose relevancia a la realidad sobre la ficción, lo que refuerza la posibilidad de preconizar una solución sistemática y acorde con el régimen patrimonial del matrimonio.

Por todo lo expuesto y respondiendo al tema de la presente convocatoria, como doctrina legal aplicable (art. 303, Cód. Procesal), se resuelve: "no reviste la calidad de propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que detenta porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal". - Ana M. Luaces (en disidencia). - Hugo Molteni (en disidencia). - Gerónimo Sansó (en disidencia). - José A. M. de Mundo (en disidencia). - Osvaldo D. Mirás (en disidencia). - Juan C. Dupuis (en disidencia). - Mario P. Calatayud (en disidencia). - Julio M. Ojea Quintana (en disidencia). - Eduardo L. Fermé (en disidencia). - Benjamín E. Zaccheo (en disidencia). - Carlos R. Degiorgis (en disidencia). - Gladys S. Alvarez (en disidencia). - Carlos H. Gárgano (por sus fundamentos).

Fundamentos del doctor Gárgano:

Un inmueble puede reunir el carácter de propio y ganancial, según la forma y constancias de adquisición de sus partes indivisas, pues no existe prohibición legal al respecto (Guaglianone, A. H., Régimen patrimonial del matrimonio, pág. 128; escribano Allende Iriarte, J., Revista del Notariado N° 706, pág. 747).

Los efectos retroactivos de la partición respecto de los derechos y de las obligaciones recíprocas de los coherederos (arts. 3503 a 3513, Cód. Civil) y de los condóminos (arts. 2695 a 2697, Cód. Civil), no se extienden a la sociedad conyugal, pues la determinación del carácter propio o ganancial de un bien responde a reglas propias de dicha sociedad. La diferencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre un bien en condominio y un bien ganancial está explicada claramente por el Codificador en la nota al art. 1264 del Cód. Civil. Las restantes porciones indivisas de un bien, adquiridas a título oneroso durante la sociedad conyugal, revisten el carácter de gananciales si la causa o título de la adquisición no ha precedido a dicha sociedad ni se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges. Para disponer o gravar las porciones indivisas gananciales es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (arts. 1267 y 1277, Cód. Civil).

La solución prevista en el art.1266 del Cód. Civil en los supuestos de aluvión, edificación, plantación u otra cualquier causa, no es aplicable por analogía para resolver la cuestión propuesta a la consideración del tribunal en pleno, pues la adquisición de partes pro indivisas con dinero de la sociedad conyugal, no es equiparable a los "aumentos materiales" que acrecen a la "especie principal" perteneciente a uno de los cónyuges. El aluvión se produce por el acrecentamiento de tierra que se recibe "paulatina e insensiblemente" por efecto espontáneo de la corriente de las aguas. Aumenta la tierra de la especie principal (heredad ribereña) y pertenece al dueño de ésta (art. 2572 y sigtes., Cód. Civil). No es lo mismo adquirir porciones indivisas de una isla que el aumento de material de la misma producido por el aluvión. En la edificación y plantación se trata de incorporar materiales o semillas o plantas a la especie principal (art. 2587 y sigtes., Cód. Civil), lo cual no puede compararse con la adquisición de partes pro indivisas de un inmueble.

El usufructo que se consolida con la propiedad durante el matrimonio, tampoco guarda analogía porque una cosa es adquirir el dominio de una parte pro indivisa y otra distinta es recuperar el uso y goce, pues el nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones (art. 2916, Cód. Civil).

Lo que se hubiere gastado en la redención de una servidumbre o en mejoras, durante el matrimonio, valoriza el inmueble propio de uno de los cónyuges, lo cual no es comparable con la adquisición del dominio de partes pro indivisas, pues en el primer caso el cónyuge obtiene una ventaja o valorización del bien propio, pero en el segundo se adquiere el dominio de las restantes porciones. A igual conclusión se llega respecto de la hipoteca, ya que en este supuesto se trata de la cancelación de una deuda. Por consiguiente, si el Registro de la Propiedad comprueba que una parte del inmueble reviste el carácter de ganancial, debe exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1277 del Cód. Civil respecto de la porción adquirida durante el matrimonio.

Ampliación de fundamentos de la doctora Alvarez:

El efecto declarativo de la partición no adjudica derechos a los condóminos o comuneros como pretende la mayoría, convirtiendo de ganancial en propio un bien. Al interpretarlo así, le dan efecto traslativo, que es justo lo contrario al efecto declarativo.

Ver comentario siguiente

(*) (424)TRASCENDENCIA DE UN RECIENTE PLENARIO SOBRE CALIFICACIÓN