

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desvelos.

La Dirección

DOCTRINA

CONCURRENCIA DE APORTES PROPIOS Y GANANCIALES ADQUISITIVOS DE DOMINIO (*)⁽²³¹⁾

ALBERTO G. ALLENDE

Nuestro ordenamiento positivo no impide la calificación de un bien fácticamente mixto, que es la conjunción de dos bienes de calificación única, que nacen con el aporte pecuniario de la sociedad conyugal y de uno de los esposos a título propio sobre partes alícuotas que confluyen sobre la cosa. Su determinación reflejará una exacta realidad económica y producirá entre ambas partes alícuotas, los sucesores de sus derechos y terceros, las resultantes jurídicas y patrimoniales motivadas por el origen de los bienes.

SUMARIO

I. Implicancia de la ley 17711. II. Nuestra anterior conclusión. III. Introducción. IV. Análisis del problema. V. Hipótesis que determinan la calificación en estudio. VI. Regímenes económicos matrimoniales. VII. Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. VIII. Personalidad jurídica de la sociedad conyugal. IX. Dominio y condominio. X. Antecedentes normativos específicos de nuestro Código. XI. Posiciones sustentadas por la doctrina y la jurisprudencia. XII. Análisis crítico de las soluciones aplicadas, contrarias a nuestra tesis. XIII. Procedencia de la calificación dual en las hipótesis enunciadas. XIV. Comentario al fallo plenario "Gregorio O. Sanz" del 15 de julio de 1992. XV. Conclusión.

I. IMPLICANCIA DE LA LEY 17711

Comenzaremos este trabajo citando a un importante tratadista que no comparte nuestra opinión. Dice Zannoni⁽¹⁾⁽²³²⁾: "Sabido es que Vélez Sársfield tuvo a la vista y siguió de cerca ambos cuerpos legales (códigos civiles francés y chileno), cuando redactó el título de la sociedad conyugal. Sorprende, pues, que, existiendo en aquéllas normas expresas y que hasta consagran soluciones contradictorias, haya omitido la previsión legislativa". A nosotros nos sorprende mucho más aún que el doctor Borda y sus colaboradores, conociendo la omisión de nuestro Codificador, al redactar el proyecto modificador del Código Civil, no contemplasen el régimen patrimonial de la sociedad conyugal en este tema, para poner fin con una norma expresa a las encontradas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias que defienden las distintas posiciones.

Hubiera bastado insertar el art. 1729 del Código chileno o el art. 1956 del Código Civil uruguayo, para tomar definitivamente el camino que acepta la calificación de los bienes mixtos. Por el contrario, estableciendo un artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

similar al 1408 del Código francés, se hubiese establecido definitivamente la tesis de unificar el carácter de los bienes del matrimonio.

Es cierto que los defensores de la teoría tradicional, que buscan el principio de la unidad, cuentan hoy con el art. 1316 bis del Cód. Civil que establece las recompensas, ya antes conocidas en nuestro Código, como el caso de las recompensas diferidas establecidas en los últimos incisos del anterior art. 1272 del Cód. Civil. Pero quienes intenten usar hoy el nuevo art. 1316 bis, para su aplicación en este caso, lo tendrán que utilizar por vía de analogía aplicándolo a los arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil que fijan el efecto declarativo de la partición. En consecuencia, los defensores de esta postura carecen todavía de una norma específica que tipifique el problema hoy tratado como sería el art. 1408 del Código Francés.

También la ley 17711, en lo relativo al régimen patrimonial de la sociedad conyugal, es criticable en el confuso párrafo del art. 1276 del Cód. Civil, que contrariando el vigente principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, establece una presunción a favor del marido en cuanto a la administración y disposición de los bienes de origen dudoso.

Con referencia al nuevo art. 1277 del Cód. Civil, consideramos que no gravita en el tema en estudio y sólo es aplicable en cuanto a la disposición de los bienes ya calificados.

Terminaremos diciendo que el agregado introducido al art. 1272 del Cód. Civil nos llena de estupor. Se omite solucionar un problema de tanta implicancia como el que hoy tratamos y se sanciona una disposición sobre la que la doctrina en forma contraria tenía coincidencia, salvo excepciones como el propio Borda y el doctor Spota, miembro de la comisión. Por imperio del anterior art. 1272, se consideraban gananciales los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales, respetando siempre los derechos personalísimos del autor, pero no así los de contenido patrimonial, que ingresaban a la sociedad conyugal. Esta calificación de propios otorga hoy un tratamiento injusto y distinto de los otros frutos de la profesión, trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges. En una publicación(2)(233) sobre este tema fijamos nuestra posición contraria a este incongruente agregado al art. 1272.

II. NUESTRA ANTERIOR CONCLUSIÓN

En anterior trabajo(3)(234) publicado en El Derecho el 22 de octubre de 1969 arribamos a la siguiente conclusión: "Nuestro ordenamiento positivo no impide el condominio sobre un bien entre el ente sociedad conyugal y uno de los esposos a título propio, condominio éste que reflejará una exacta realidad económica y producirá entre ellos y terceros las resultantes jurídicas y patrimoniales motivadas por el origen de los bienes".

La estructura jurídica que desarrollamos para llegar a esa determinación no difiere, salvo en pequeñas modificaciones, de la que hoy realizaremos. Los cambios de cosmética que efectuamos son realizados para adecuar nuestra actual conclusión a la evolución de la jurisprudencia, la doctrina y las intrascendentes modificaciones de la ley 17711, que en nada solucionan la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ausencia de disposiciones específicas en esta materia.

En ese trabajo, para arribar a una tesis terminante que permitiera el condominio entre las dos masas de bienes, partíamos de la premisa de aceptar la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, coincidiendo con grandes maestros, tales como Llambías, Legón, Lafaille, Machado, Belluscio, Fassi y Allende, entre otros.

Más tarde, continuando en el estudio de este tema, observamos con sorpresa que otro tratadista que le niega personalidad jurídica a la sociedad conyugal, como Mazzinghi(4)(235), no obstante expresa lo siguiente: "Si dichos aportes propios y gananciales en vez de ser efectuados por uno de los cónyuges son realizados por los dos y los dos aparecen como titulares del bien, no surge el problema de calificarlo de una u otra manera, sino que se establece un condominio entre ambos esposos..."; terminando: "...es decir que la calificación de propia o ganancial no recae sobre la cosa objeto del condominio, sino sobre las partes pro indivisas de cada uno".

También Borda(5)(236), que le niega personalidad jurídica y que fue defensor de la utópica teoría del mayor aporte, por ser impracticable ante aportes idénticos expresa: "...pero la cuestión se complica cuando la adquisición se ha hecho con fondos gananciales de administración reservada del cónyuge no propietario de la otra parte indivisa. En este caso no parece posible escapar a la calificación dual: el bien será en parte propio y en parte ganancial. Aplicando el mismo principio, si la parte indivisa fuera adquirida con bienes propios del otro cónyuge, el bien pertenecerá a ambos en condominio". Este autor, en este trabajo realizado en el año 1983, pasa a modificar en forma absoluta su anterior posición en, la cual desconocía la calificación dual o mixta. Entiéndase que no es una crítica al destacado maestro, sino que es muy importante que señalemos la evolución doctrinaria de este civilista.

Zannoni(6)(237), comentando nuestro citado trabajo y su conclusión señalada al comienzo, expresa: "...claro que este autor acepta la personalidad de la sociedad conyugal...", "...sin perjuicio de ulteriores desarrollos, consideramos insostenible la tesis del condominio".

Nuestra tarea es demostrar que por diversos caminos se puede arribar a la solución correcta de los casos en estudio, y que en definitiva ampararán los derechos y obligaciones de ambas masas de bienes, de los sucesores de sus derechos, terceros y el fisco.

Por tal razón, y en aras de lograr un análisis cuya elaboración y conclusión jurídica no fuesen doctrinariamente controvertidas, renunciaremos, por ahora, a viejas banderas como la defensa de la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, y por ende a la posibilidad que le asistiría de constituir un condominio con una masa propia.

En la búsqueda de otros caminos que señalen la luz para llegar a nuestros objetivos, releendo a los grandes maestros, trataremos de arribar a una solución usando sus sabias observaciones.

Guastavino(7)(238), el estudioso que a nuestro entender más claramente analizó este tema, nos señala: "... si a la sociedad conyugal se le reconoce personería jurídica, la calificación dual del bien se consustancia con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afirmación de la existencia de un condominio entre el cónyuge y la sociedad conyugal y si se le niega esa personalidad jurídica autónoma, la calificación dual se refleja en la afirmación de la posibilidad de reunirse en un mismo bien, una calidad propia en cuanto a determinada parte alícuota y una ganancial en cuanto a otra".

Es decir, que, descartando por ahora la tesis del condominio, nos sumaremos a la segunda figura establecida por Guastavino, quien comparte tal criterio con Guaglianone(8)(239), que expresa: "...en otras palabras, la adquisición así realizada no «es la consecuencia del condominio», ni el nuevo título se confunde con el del esposo que tenía participación en la cosa, puesto que la compra podría hacerla cualquiera. No es exacto, por tanto, que la sociedad conyugal carezca de «título para pretender participación», ya que ella ha suministrado el dinero y no existe a favor del condómino una preferencia que le haya acordado la ley para esa adquisición".

III. INTRODUCCIÓN

El conjunto de normas jurídicas que tiene vigencia en un Estado conforma su derecho positivo que, por ser expreso y obligatorio, es indiscutido y debe ser aceptado por la colectividad con miras al orden social que surge de la relación objetiva de sus integrantes. Por ello es que, dentro de las fuentes del derecho, podemos considerar tradicionalmente la ley como generadora fundamental de aquél.

El derecho, estructurado por medio de las leyes, que nacen de la potestad pública, es constante, conocido y se encuentra en textos expresos, denominándosele derecho escrito. Borda(9)(240) considera que "la ley es la fuente primera y fundamental del derecho, su preponderancia sobre todas las demás es especialmente notable en el derecho civil. Hemos de ver en su momento que ninguna de las otras fuentes tiene autonomía con respecto a la ley, sino que están ligadas a ésta por un vínculo de dependencia y subordinación".

Gény(10)(241) desarrolla su obra sobre el método de interpretación y fuentes en derecho privado, positivo, abandonando la severidad tradicional que obligaba a los jueces a encontrar la solución exclusivamente en la norma escrita aceptando el advenimiento de la costumbre, cuando una situación jurídica no se encuentra expresa ni implícitamente legislada, y considerando secundariamente y con reserva la jurisprudencia y la doctrina, a las que atribuye solamente un valor moral. Pero aun el mismo Gény, en su teoría de la libre investigación científica, establece un absoluto respeto por la ley y exige su aplicación sin retaceos, cuando una cuestión jurídica se encuentra normativamente resuelta.

El art. 22 del Cód. Civil nos impone claramente el principio de que "lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil", y Vélez Sársfield, en el art. 17 del mismo libro, nos señala que "las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En este introito es importante recordar que, dentro de las normas dictadas por la autoridad competente, son llamadas de orden público, de acuerdo con el art. 21 del Cód. Civil, aquellas cuya observancia las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto y que, por ende, son irrenunciables, imperativas e impiden la autonomía de la voluntad.

Hemos querido en esta introducción recalcar un poco conceptos conocidos para demostrar cómo, por medio de una interpretación estricta de los preceptos de nuestro Código, se puede hallar el camino que hemos dejado a un lado por querer ser nosotros los intérpretes de su letra, olvidando que su articulado puede ser materia de apreciaciones doctrinarias, pero sigue en plena vigencia en tanto sus disposiciones no sean modificadas, y aquí en el Código Civil encontraremos, transitando por conceptos que nos pueden parecer ilógicos pero que conforman nuestro derecho positivo, el sendero que nos llevará a la solución lógica y justa del problema que hoy tratamos.

IV. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Dentro del régimen patrimonial de la sociedad conyugal y específicamente dentro del sistema adoptado por nuestro ordenamiento denominado de "comunidad relativa" y tipificado como obligatorio, único e inmodificable, encontramos tres masas de bienes: los propios de cada uno de los cónyuges (arts. 1217, inc. 3, 1263 y concs., 1266, 1267, 1268, 1269, 1270, 1271, 1272, último párrafo, y 1274, Cód. Civil) y los gananciales pertenecientes a la sociedad conyugal (arts. 1251, 1272, 1273 y 1274, Cód. Civil). No nos extenderemos en el estudio de estas disposiciones, pues nuestro libro civil es bien claro al respecto, pero sí nos limitaremos a su concreta definición. Considera Borda(11)(242), de una manera general, que son "bienes propios de los cónyuges aquellos que aporta cada uno al matrimonio, los recibidos posteriormente por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquéllos". Ahora cabe agregarles los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales de acuerdo con el agregado introducido al art. 1272. Nosotros, a nuestra vez, podemos definir como bienes gananciales: los adquiridos a partir de celebrado el matrimonio por cualquiera de los cónyuges por medio de su trabajo o el azar, y también los ingresados mediante la renta producida por la universalidad de los bienes de ambos esposos.

Nuestra legislación no admite más convenciones matrimoniales que las efectuadas por escritura pública previamente a la celebración del matrimonio, y que taxativamente se encuentran enumeradas en el art. 1217 del Cód. Civil.

El Codificador, en la letra de los arts. 1218 y 1231 del Cód. Civil y en la nota referida a la sociedad conyugal, establece fehacientemente que la calificación de los bienes dentro del matrimonio nace del texto legal con prescindencia de la voluntad de los cónyuges, tesis ésta que uniformemente es compartida por la jurisprudencia y la doctrina, que atribuyen a estas normas el carácter de orden público.

La importancia que implica la correcta calificación de las tres masas de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes no sólo interesa a los integrantes de la sociedad conyugal, en cuanto a la facultad de disposición y administración e, inclusive, a la disolución de ésta, sino también a sus sucesores, el fisco y los acreedores que sobre esos bienes, según su determinación, podrán o no ejercer sus derechos.

Por estas razones y las consecuencias jurídicas que ellas acarrearán, la ciencia del derecho, en su afán de cumplir con las normas imperativas que regulan las relaciones patrimoniales del matrimonio en cuanto a la determinación de sus bienes, ve surgir como viable una figura que, perfectamente estructurada en nuestro Código, sin transgredir la calificación única de los bienes, da una nueva determinación dentro del acervo económico de los cónyuges: el bien de naturaleza mixta, dual o propio - ganancial como ha sido definido por estudiosos.

El tema que hoy tocamos, sin lugar a duda, se presta para la gimnasia jurídica por la ausencia de disposiciones expresas, al decir de Allende Iriarte(12)(243): "Si bien la ley no lo contempla tampoco lo prohíbe, a la concurrencia de ambos elementos (cónyuge y sociedad conyugal) en un mismo bien".

Concretamente, trataremos de despejar la incógnita de si es posible, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la concurrencia de derechos sobre determinadas partes alícuotas de un bien entre la masa ganancial de la sociedad conyugal y la masa propia de uno de los esposos.

V. HIPÓTESIS QUE DETERMINAN LA CALIFICACIÓN EN ESTUDIO

Primera hipótesis: Adquisición de un bien abonando su precio en forma simultánea, parte con dinero propio de uno de los cónyuges y parte con dinero ganancial de la sociedad conyugal.

Segunda hipótesis: Adquisición de partes indivisas por la sociedad conyugal en un bien en el que un cónyuge ya es condómino, a título propio, de otras.

Tercera hipótesis: Adquisición de partes indivisas de un bien por un cónyuge, a título propio, en el que la sociedad conyugal ya tiene derechos sobre otra.

VI. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Para y Ripert(13)(244): "El régimen económico matrimonial constituye el estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones recíprocas, sea en sus relaciones con terceros". Dentro de la legislación comparada podemos apreciar cuatro clasificaciones en esta materia dos primeras de carácter general y dos últimas de características especiales.

Cabe destacar que, dentro de estos sistemas que enunciaremos, algunos países poseen el "régimen legal", es decir, el que tiene vigencia imperativa en cuanto los cónyuges no adopten otro de los permitidos, mientras que, por el contrario, en otros estados rige un sistema similar al argentino, forzoso y único.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A. Régimen comunitario o de comunidad: Como su nombre lo expresa existe una masa de la sociedad conyugal formada por el aporte de los esposos. Esta clasificación, a su vez, puede subdividirse en la siguiente forma:

1) Comunidad universal: Es decir, que ingresan a una única masa común todos los bienes de ambos cónyuges.

2) Comunidad relativa o reducida: Formada por los bienes gananciales, pero manteniendo los cónyuges sus bienes propios.

Es importante consignar que, con características propias, Francia y Chile en cuyos códigos se inspiró Vélez Sársfield, al igual que en nuestro país, adoptan este sistema. Planiol y Ripert(14)(245), refiriéndose a los bienes que forman esta comunidad, expresan: "Estos bienes comunes son distintos de los propios de cada uno de los cónyuges, hasta el extremo de que llegan a establecerse relaciones jurídicas entre ellos".

B. Régimen separacionista: Los bienes de los cónyuges se mantienen independientes no sólo en cuanto a la propiedad, sino también en cuanto a la administración, concediendo a la mujer capacidad completa.

Dentro de este régimen no cabría la calificación en estudio y se constituiría lisa y llanamente un condominio entre ambos cónyuges.

C. Régimen sueco: Suecia, con su ley del año 1920, ocupa un lugar aparte. Cada esposo conserva los bienes propios y además posee cada uno sus bienes gananciales, llamados matrimoniales, es decir, que en conjunto los cónyuges poseen cuatro masas de bienes.

D. Régimen de separación de bienes con nivelación de ganancias: Cada esposo conserva su patrimonio, formándose un tercero de la sociedad conyugal con la ganancia que los cónyuges hayan obtenido durante el matrimonio, y que ha de nivelarse con arreglo a normas específicas.

Si bien este sistema presenta caracteres de separación, en su faz liquidadora presenta también caracteres de comunidad.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

La disparidad de criterios sustentados para la calificación doctrinaria de la naturaleza jurídica de nuestra comunidad conyugal tiene su origen, sin lugar a duda, en los distintos regímenes que la legislación comparada adopta para el matrimonio. Vélez Sársfield, en la nota concerniente al tema en cuestión, declaró terminantemente apartarse de los códigos antiguos y modernos; por ende, no cabe otra solución que buscar dentro de la letra de nuestro Código, su espíritu.

El genial cordobés, pareciendo adivinar la oposición que la nominación jurídica por él dada acarrearía, y conociendo la divergencia doctrinaria ya existente en esta materia, no sólo fijó su calificación, sino que hizo uso reiterado de la palabra sociedad y de sus elementos genéricos, estableciendo un determinismo desusado en él dentro del Código.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No obstante, la doctrina ha sostenido los siguientes criterios:

a) Es un condominio: tal es el carácter que le ha atribuido el Código Civil italiano en su art. 216, al establecer que la sociedad conyugal se rige por las reglas relativas al condominio, posición modificatoria de la anterior postura que disponía que subsidiariamente se regía por las disposiciones del contrato de sociedad.

Esta calificación es compartida por el maestro Segovia(15)(246), quien sostiene: "La sociedad conyugal, lo mismo que la civil, es un condominio particular que se constituye desde un principio entre los socios sobre las cosas que se introducen en la sociedad y las que se adquieren para ésta, condominio particular que se hace condominio puro al disolverse la sociedad". Es indudable que esta tesis es de muy difícil defensa, ya que, a diferencia del citado derecho real en la sociedad conyugal, es imposible la venta o constitución de gravamen sobre parte alícuota alguna, e inexistente el derecho de sus integrantes de poner fin a la indivisión, ni de hacer uso del derecho de abandono, características todas esenciales del condominio.

b) Es un patrimonio en mano común: Borda(16)(247) cita esta teoría tomada de la institución germánica del Gesamte Hand, mencionando los siguientes caracteres esenciales:

1) Los condóminos carecen de la acción de división de condominio. 2) Es un patrimonio común separado del resto de los bienes que pertenecen a cada uno de los condóminos. 3) Este patrimonio está afectado a un objeto determinado. 4) La Gesamte Hand viene a ser una posición intermedia entre el derecho real de copropiedad y la personalidad jurídica. Continúa Borda diciendo: "Es indudable que el régimen de comunidad conyugal se adecua de manera bastante satisfactoria a los principios de esta institución".

Sin embargo, Maynial, citado por Planiol y Ripert(17)(248) en su nota, manifiesta: "Pero no parece que la comunidad francesa tenga relación histórica con la copropiedad en mano común (Miteingenthum sugesammter Hand)" agregando a su vez, con referencia a esta institución, Colin y Capitant(18)(249) "No es útil recurrir a una construcción jurídica que, por exceso de sistematización pudiera obstaculizar la evolución de la institución tan original que es la comunidad y que además es de origen extranjero".

Como vemos, la confusión doctrinaria llega en este tema a su más alto nivel. Unos estudiosos, sin atender lo preceptuado por nuestro Codificador en la nota citada, que crea un régimen matrimonial propio, afirman que en esta materia se siguió la tónica francesa; y basados en ello quieren, por analogía aplicar a los conflictos jurídicos planteados sus soluciones. Otros, como el autor citado que desarrolló esta teoría, se inclinan por considerar que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal se adecua satisfactoriamente a los principios de la citada institución. Más adelante veremos cómo, aunque la doctrina francesa niegue su vinculación con el Gesamte Hand, el doctor Borda(19)(250) afirmará refiriéndose al problema analizado en este trabajo: "La cuestión es delicada y ha sido resuelta por los tribunales con un criterio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

práctico y equitativo", es decir, el criterio napoleónico adoptado por nuestra jurisprudencia, que, hemos visto, se encuentra reñido con la institución germánica que el citado autor sostiene, se adecua satisfactoriamente a la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.

c) Es una copropiedad: Planiol y Ripert(20)(251) en tal sentido expresan: "De lo que dejamos expuesto resulta que la comunidad es una copropiedad y no una indivisión ordinaria ni una persona jurídica, una copropiedad sujeta a reglas propias, de origen muy remoto, que contribuye a hacerla una institución original; es un patrimonio que pertenece colectivamente a los dos esposos". En esta corriente podría interpretarse la definición sui géneris dada por Rébora(21)(252), quien, negando el carácter societario de la comunidad conyugal, se inclina por la existencia de un patrimonio de afectación, que en definitiva estaría basado también en la teoría de la propiedad colectiva del antiguo derecho germánico.

d) Es un contrato de sociedad: El carácter contractual que nuestro Codificador imprime al matrimonio está, en nuestra opinión, fuera de duda y solamente por vía de interpretaciones doctrinarias alambicadas se puede negar que la voluntad de Vélez Sársfield, al ubicar la sociedad conyugal a continuación del título de los contratos en general y encabezando su primer título específico, fue considerarla como un contrato de sociedad; no sólo le atribuye un patrimonio (art. 1263, Cód. Civil), le impone cargas y fija sus fines (art 1275, Cód. Civil), sino que le establece la forma de su administración, fiscalización y disolución (arts. 1276 y concs., Cód. Civil). Es indudable que toda dificultad determinativa quedaría disipada con el definitorio art. 1262 del mismo Código, que establece que subsidiariamente, en cuanto no se oponga a las disposiciones del título respectivo, las reglas del contrato de sociedad regirán las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

Esta es la tesitura que aceptamos en forma absoluta y en ella acompañamos a sus partidarios citados por Belluscio(22)(253), tales como Fassi(23)(254), quien considera la sociedad conyugal como un tipo particular de sociedad civil con sus elementos genéricos: carácter contractual, el objeto lucrativo necesario para la atención de las necesidades del hogar y la existencia del affectio societatis, y Guastavino(24)(255), quien considera que la sociedad conyugal argentina es una especie de sociedad civil porque, aunque sea en forma mediata o indirecta, se apoya en el elemento voluntario que genera el matrimonio y todas sus consecuencias personales o matrimoniales. Legón(25)(256), quien encuentra en la sociedad conyugal los elementos primordiales del contrato de sociedad, a saber: a) La existencia de aportes de los cónyuges. b) La voluntad de contraer matrimonio. c) El interés egoísta al percibir el provecho (a diferencia del altruista que se exterioriza en las asociaciones), en el animus lucrandi a fin de atender sus necesidades vitales. d) La participación en los beneficios, que se realiza en la participación de bienes. e) La constitución de un fondo común distinto del patrimonio individual de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los contratantes, que imprime personalidad a la sociedad.

VIII. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Sin lugar a dudas, nos encontramos en el punto decisivo de este trabajo y es indudable que la existencia o no de la sociedad conyugal como un sujeto de derecho distinto de los cónyuges será lo que, a su vez, le permitirá a ésta la constitución de un derecho real de condominio con uno de sus integrantes.

Al avanzar en nuestra tarea, hemos sacado nuestra primera conclusión: la calificación en cuanto a la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal, que para nosotros en nuestro derecho positivo sería un contrato de sociedad. A partir de este andamiaje primario, debemos ir estructurando la obra que nos permitirá arribar a la tesis buscada.

Sin entrar en el desarrollo de las teorías elaboradas sobre la naturaleza Jurídica de la personalidad de derecho, tales como la "teoría de la ficción", "de la propiedad colectiva" o "de la realidad", arribamos, como una necesidad de los fenómenos sociales, a admitir en forma unánime la existencia de entes ideales con una personalidad distinta de sus miembros, los que, por ende, serán en determinados casos sujetos de derecho con vivencia propia y dotados de la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, conforme a lo preceptuado en los arts. 30 y 32 del Cód. Civil.

No es materia de este trabajo el análisis tan debatido sobre la sutil nomenclatura de las personas que no lo son de existencia visible, y daremos para estas por admitida la denominación genérica de personas de existencia ideal, haciendo abstracción de la necesidad de algunas de obtener para su existencia la autorización estatal.

Dentro de estos entes ideales creados por una necesidad jurídica, solamente se concebía, en un principio, la personalidad de las sociedades comerciales pero poco a poco los científicos del derecho fueron ampliando su ámbito tomando las banderas enarboladas por Troplong, expositor sistemático de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y en cuyo vaso bebió nuestro Codificador para inspirarse en la redacción de nuestro libro civil.

La doctrina y jurisprudencia nacionales son prácticamente uniformes en aceptar la personalidad jurídica de las sociedades civiles, a excepción de Segovia(26)(257)

Específicamente, dentro del ámbito de la sociedad conyugal, la doctrina nacional ha producido sus conclusiones siguiendo el camino que los autores se trazaron inicialmente, es decir, aquellos que sustentan la calificación de su naturaleza jurídica como un contrato de sociedad, la aceptan de plano, y aquellos que han mantenido otras posiciones tales como el condominio, un patrimonio de afectación o un régimen de bienes, se manifiestan partidarios de una postura negativa de la personalidad.

Entre los autores que aceptan su personalidad, Lafaille(27)(258) expresa al respecto: "Lógicamente la sociedad conyugal viene a ser, dentro del mecanismo jurídico, un sujeto de derecho distinto de los miembros, con su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimonio, con sus créditos, con sus deudas, por consiguiente, le asiste el derecho en cuestión". Legón(28)(259) afirma que ostenta la sociedad conyugal una personalidad más vigorosa que la que presentan las sociedades comunes. Por su parte, Martín y Herrera(29)(260), en un fallo que dictó el 23 de noviembre de 1920, sin calificar la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal niega enfáticamente su personalidad.

Por lógica, y como resultante de nuestra posición antes citada con referencia a su naturaleza jurídica, nos manifestaríamos partidarios de aceptar la personalidad propia de la comunidad conyugal. Jorge María Allende(30)(261) sostiene: "La sociedad conyugal que nace del matrimonio es un ente social y Jurídico, con una personalidad propia otorgada por las distintas disposiciones contenidas en el Libro Segundo, Sección Tercera, Título II del Cód. Civil". Guastavino(31)(262) emite en este sentido su opinión expresando: "En el derecho argentino suele admitirse la personalidad propia de las sociedades, sean civiles o comerciales; creemos, en consecuencia, que la sociedad conyugal argentina está dotada de personalidad".

Concretando estas conclusiones, llegamos a determinar, en nuestra opinión, que nuestra sociedad conyugal constituye un sujeto de derecho distinto de los miembros que la integran, y al confrontar las normas que la regulan, vemos que le confieren los atributos de la personalidad, es decir, nombre, domicilio, patrimonio y aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, y por último, que no poseen esas normas una prohibición expresa que le impida a la comunidad estar en juicio. Solamente este último atributo, la capacidad de estar en juicio, ha sido motivo de controversias jurisprudenciales, con predominio de la corriente negativa.

Hemos desarrollado este punto a fin de determinar nuestra posición al respecto, pero siendo conscientes de que existe una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial que no concuerda con nosotros, razón que nos motivó a replantear nuestro esquema de trabajo, sin recurrir a apoyarnos en la personalidad jurídica de la sociedad conyugal para arribar a nuestra conclusión final.

IX. DOMINIO Y CONDOMINIO

Para Montesquieu(32)(263), la propiedad era una institución creada por la ley sobre la base del consentimiento prestado por el hombre para vivir bajo leyes políticas y sociales: de esas leyes, unas aseguraban la libertad política, otras, la propiedad. Salvat(33)(264) comienza el primer capítulo del tomo II de los Derechos reales de su famoso tratado diciendo: "La propiedad es una de las instituciones jurídicas más antiguas y generales de la humanidad, pero al mismo tiempo una de las que ha dado lugar a mayores controversias y a críticas de toda clase".

Desde el principio romanista en que el derecho de propiedad era un derecho absoluto, es decir, la libertad del titular de usar y disponer de la cosa plena in re potestas, hasta hoy, esta idea ha ido evolucionando en mayor o menor medida en las distintas legislaciones, para contemplar en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actualidad el interés colectivo de la sociedad y específicamente el interés de los terceros. Las leyes de las Partidas enseñan que(34)(265): "Maguer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere pero débelo facer de manera que no faga daño ni tuerto a otro".

Es sabido que ni siquiera en el derecho romano este principio fue absoluto ya que existían numerosas limitaciones; unas destinadas a mantener el orden de las relaciones de vecindad y otras, en consideración a motivos de interés público.

Nuestro Codificador demuestra una vez más en esta materia su visión y proyección de futuro, ya que, siguiendo el principio romanista del Código Napoleón, en el art. 2506 de su Código inserta expresamente el carácter absoluto que le impusieron Aubry y Rau, de quienes acepta la definición de dominio. No obstante, al fijar las facultades y el ejercicio de ellas por el titular establece normas y principios que, sin frenar la evolución del derecho, son trabas jurídicas a proyectos excesivamente colectivistas que repugnan a nuestras costumbres. El citado art. 2506 del Cód. Civil expresa: "El dominio es el derecho real de propiedad en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona", y ya en el art. 2508 del mismo Código, para explicar el carácter exclusivista del dominio, surge la primera noción de condominio al decir: "El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener; define luego específicamente este derecho real en el art. 2673 en la siguiente forma: "El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble" sentando en forma fehaciente sus características fundamentales, que son: la pluralidad de sujeto, unidad de objeto, indeterminación de porción material alguna en el objeto a los condóminos y el recaer siempre el condominio sobre cosas. Este derecho real puede constituirse por un contrato, por actos de última voluntad o en los casos que la ley designe; pudiendo cada condómino enajenar su parte indivisa sin el consentimiento de los demás comuneros, y los terceros ejercer sus acciones sobre la cosa antes de que ésta sea dividida.

Es facultad también del condómino pedir en cualquier momento la división de la cosa común cuando ésta no se encuentra sometida a una indivisión forzosa, no pudiendo renunciar a este derecho de una manera definitiva. El art. 2695 del Cód. Civil señala: "La división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad", pero luego en el artículo siguiente agrega: "El mismo efecto tendrá, cuando por licitación uno de los condóminos hubiera venido a ser propietario exclusivo de la cosa común, o cuando por cualquier acto a título oneroso hubiera cesado la división absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros". Vélez Sársfield termina el título fijando en posteriores artículos las consecuencias de la retroactividad de la división, y sus reglas, en cuanto a la manera de hacerla, y sus efectos serán similares a las disposiciones de la sucesión.

Más adelante, avanzando en este trabajo, veremos cómo algunos de los defensores de la posición que llamaremos tradicional se basarán en estos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil para negar la posibilidad jurídica de la tesis que sostenemos, mientras que otros elegirán, para defender una postura similar, el principio de la unidad de la propiedad, que unánimemente acepta la doctrina francesa como inspiradora del art. 1408, párrafo 1, del Código Napoleón, en contraposición con la corriente superada en el derecho francés, que pretendía darle al efecto declarativo el carácter de origen del citado artículo.

X. ANTECEDENTES NORMATIVOS ESPECÍFICOS DE NUESTRO CÓDIGO

Como es sabido, el redactor de nuestro Código, entre otras fuentes, se inspiró en forma muy especial en el Código Napoleón, y su influencia fue importante en el aspecto de la técnica jurídica, ya que numerosas normas que nos son comunes provienen del derecho romano que fue la fuente madre de ambos ordenamientos.

Segovia(35)(266), mencionando los códigos que el Codificador tomó como origen, manifiesta, refiriéndose al Código Civil chileno redactado por Bello, que éste era considerado por Vélez Sársfield de una categoría muy superior a los europeos.

Veremos ahora las disposiciones específicas que sobre el tema en cuestión poseen ambas fuentes de nuestro libro civil.

Código Napoleón: Aunque Vélez Sársfield aclara en la citada nota del título relativo a la sociedad conyugal que en esta materia se aparta de los códigos antiguos y modernos, la ausencia de disposiciones específicas en el nuestro motivó que el art. 1408, párrafo primero del Código francés haya sido analógicamente el inspirador de gran parte de las soluciones jurisprudenciales al problema que hoy tratamos. Su texto expresa: "La adquisición hecha durante el matrimonio, a título de licitación o de otra suerte, de una parte del inmueble en que uno de los cónyuges era propietario pro indiviso, no constituye gananciales salvo indemnizar a la comunidad la suma que se ha entregado para esa adquisición". Según Pothier, citado por Planiol y Ripert(36)(267), la solución admitida por el texto surge del efecto declarativo de la partición y de los actos equivalentes (licitación, cesión de derechos hereditarios, etc.), y continúan diciendo los maestros franceses: "Pero esta explicación ha sido abandonada en la actualidad. No solamente olvida que la regla del art 1408 párrafo primero, viene del derecho romano en que la partición producía un efecto atributivo; no sólo es válida únicamente cuando el esposo copropietario adquiere la totalidad de las porciones indivisas y no puede aplicarse por extensión al caso en que solamente adquiera algunas, sino que sobre todo presenta el inconveniente de exponer la interpretación del art 1408, párrafo primero, a todas las controversias originadas por el art. 883, especialmente en cuanto a la gestión de saber si los actos que no ponen fin en su totalidad a la indivisión producen un efecto declarativo".

Código chileno: Bello, el genial redactor del Código chileno, obra de impecable factura, empapado de las teorías contractualistas de la época, se aparta en esta materia de la influencia romanista pura de los códigos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tradicionales y sienta explícitamente el principio de considerar la sociedad conyugal como un sujeto de derecho, permitiendo sin ninguna limitación el condominio entre un cónyuge y la comunidad conyugal. Esta disposición surge expresamente del art. 1729 del Cód. Civil chileno, que dice: "La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas pro indiviso y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenece pro indiviso a dicho cónyuge y a la sociedad a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de lo que haya costado la adquisición .

Interpretación de estas disposiciones: no existe en nuestro ordenamiento positivo disposición expresa, tal como ocurre en las normas vistas de Francia, Chile y hoy en el Uruguay, que contemplen el problema en análisis, es así como nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia deben definir por vía de interpretación las numerosas situaciones que en esta materia se suscitan.

La omisión de nuestro redactor en seguir en forma expresa cualquiera de los dos caminos trazados por los códigos que tomó como fuente en esta materia, ha sido interpretada doctrinariamente de distinta forma. Solari(37)(268), tenaz defensor de la teoría que nosotros llamaremos revisionista, expresa: "Podría de ella extractarse la conclusión de que Vélez Sársfield no le asignó importancia jurídica o no lo tuvo en cuenta, pero puede también admitirse, y a mi juicio esto es lo más correcto, que el Codificador, deliberadamente, no dispuso nada al respecto porque no se justificaba establecer una norma que no fuera de excepción al principio general de que todo lo adquirido por compra durante el matrimonio es de carácter ganancial"; mientras que Jorge María Allende(38)(269), partidario de la corriente tradicional, interpreta la carencia de disposición expresa en esta forma: "Comparando los dos artículos, el francés y el chileno, evidentemente, se establecen dos conceptos diferentes y opuestos. Si bien Vélez Sársfield no copió ninguno de los dos, en publicaciones anteriores sostuvimos que a nuestro juicio quedó más cerca del principio francés, pues de no haber participado del mismo lo hubiera negado expresamente, adoptando sin retaceos el art. 1729 chileno".

XI. POSICIONES SUSTENTADAS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A. Posición tradicional. Los que sostienen esta tesis ante el silencio específico de la ley, defienden su teoría por vía de la interpretación de varios artículos del Código, que se encuentran ubicados en el Libro Segundo de los derechos personales, en el Libro Tercero de los derechos reales e inclusive en la Sección Primera del Libro Cuarto relativo a las sucesiones. Básicamente defienden el principio de la unidad de la propiedad por medio de un fuero de atracción que ejercería el bien de origen, generalmente propio y en algunos casos inclusive ganancial. Los medios de defensa para un mismo objeto inexplicablemente en derecho son variados, y los diversos caminos que toman sus partidarios utilizando prácticamente todas las materias de nuestro Código arriban a una misma solución.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La doctrina extranjera, que comenta el derecho positivo, que Vélez Sársfield manifestó no seguir, y que contiene disposiciones favorables en su posición, es utilizada como argumento por los tradicionalistas, tal el caso del art. 1408, párrafo primero, del Cód. Civil francés.

Nuestros autores, salvo las excepciones ya citadas sosteniendo esta posición, poco y nada han producido; no así la jurisprudencia que en diversos fallos y con distintas sustentaciones jurídicas, al defenderla dio originalmente el margen de ventaja que esta postura poseía sobre la otra, por la mayor jerarquía como fuente integradora del derecho que tiene la jurisprudencia sobre la doctrina. El ya citado Jorge María Allende(39)(270), en dictámenes del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, conferencias y monografías, ha sido quien doctrinariamente ha defendido esta tesis, utilizando como base de su argumentación el camino seguido por la Cámara Civil Primera de la Capital Federal en su fallo del 23 de marzo de 1923: la aplicación de los arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil en cuanto al efecto declarativo de la partición o división del condominio. El citado autor manifiesta, en concreto, que no debe diferenciarse el caso de compra posterior de partes indivisas del de 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 la solución debe ser igual y consistir en declarar propio el bien. Otra de las soluciones que nuestra jurisprudencia ha adoptado es la de "accesión", tal como resolvió la misma Cámara Civil Primera de la Capital Federal, que en su sentencia de fecha 21 de agosto de 1929 consideró que el bien propio de uno de los cónyuges, con la nueva adquisición efectuada por la sociedad conyugal, se veía acrecentado en virtud de los arts. 1266 y 1272, antes último inciso, del Cód. Civil.

También la figura jurídica de la "mejora", como en el caso de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, de la Capital Federal, fue utilizada de acuerdo con lo resuelto en el fallo de fecha 29 de marzo de 1951 al considerar que: la adquisición por parte del causante de lo que correspondía a sus condóminos importa introducir una mejora en el inmueble y como tal le alcanza lo dispuesto en el art. 1262 del Cód. Civil y considerando que esta norma con la contenida en el art. 1206 del Cód. Civil fluye necesariamente de aquel carácter". La influencia de la doctrina francesa también aparece en nuestras decisiones jurisprudenciales en el caso de la adquisición de un bien con empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, cuando en varios casos adoptan la solución dada por Guilloard(40)(271), al considerar que el carácter estará dado por quien concurriese con una parte mayor en el precio; si fuese la sociedad conyugal quedaría un crédito a favor del cónyuge a título propio y viceversa. Entre otros fallos ha adoptado esta solución la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, Sala E, según sentencia del 5 de octubre de 1965.

Es decir, que defiende esta posición una frondosa jurisprudencia que tomando las rutas del "efecto declarativo", de la "accesión", la "mejora" o "el mayor aporte", tienen por objeto arribar a un mismo destino: impedir la existencia de derechos sobre determinadas partes alícuotas de un bien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre la sociedad conyugal y uno de los cónyuges a título propio.

B. Posición revisionista. La calificación de los bienes propios y de los bienes gananciales que, con prescindencia de la voluntad de los cónyuges emana de la ley con el carácter de orden público, y la necesidad económica de un veraz determinismo patrimonial en el matrimonio, imponen la aplicación jurídica de la definición de justicia dada por Ulpiano: *Unicuique suum* (a cada uno lo suyo), y que Gattari(41)(272), tan acertadamente, usará como título de su trabajo.

Estas son las razones que motivaron la defensa de esta corriente que junto a otros autores, sostenemos.

Es indudable que el maestro Yorio(42)(273), en 1943, fue el primer autor nacional que valientemente y sin retaceos adoptó esta postura al manifestar: "También puede ocurrir que sólo una parte tenga el carácter de propio y la otra ganancial, cuando la adquisición se ha efectuado con dinero de la sociedad conyugal; en ese caso el bien tiene el doble carácter de propio y ganancial .

Las resoluciones notariales, a su vez, ya en 1944, en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, se veían enriquecidas por un audaz dictamen para esa época, efectuado por los escribanos Briones e Illa, que admitía la existencia de un bien de ese carácter.

Allende Iriarte(43)(274), el notarialista que con dedicación sistemática se abocó al estudio del régimen patrimonial de los cónyuges, es citado invariablemente por los autores de ambas posturas. Ante la imposibilidad de oír ya su palabra, en la claridad de sus escritos encontraremos la explicación que definitivamente lo dejará enrolado en la posición revisionista. Su colega y homónimo amigo Jorge María Allende(44)(275), en defensa de su teoría, transcribía este texto publicado por el autor antes citado en 1946: "Mi criterio se inclina a desconocer la existencia de un bien que el temor, más que la cautela notarial, trata de introducir al acervo conyugal, un bien que podríamos llamar de naturaleza mixta, por hacer gravitar en el mismo la influencia de dos aportes. Conviene desterrar esta tentativa de complicar por prudencia la transmisión inmobiliaria, definiendo de una vez el carácter de propio o ganancial, de disposición reservada, sin perjuicio de las acciones creditorias que deberán ventilarse en el orden personal". Pero en el mismo trabajo cuyo párrafo se cita encontramos, al referirse a otras ideas, la explicación de sus posteriores opiniones, al decir: "En los sucesivos estudios de la ley reafirmé o expuse mi evolución sobre conceptos que anteriormente vertiera. Aferrarse a una idea cuando el juego de la ley evidencia el error no es actitud propia de investigador honesto"... "Yo contestaré diciendo que mi teoría del silencio quedó en el crematorio de la evolución y repito que aferrarse a una norma no es actitud científica honesta" . Esta honestidad científica es la que permite la evolución doctrinaria de Allende Iriarte(45)(276), cuando en 1956 expresó estos conceptos que Solari(46)(277) y Vales(47)(278) utilizarán luego para defender sus trabajos de contenido revisionista: "Si la división de los bienes conyugales en propios y gananciales implica la existencia de dos situaciones jurídicas diferentes, nada se opone, ya que si bien la ley no lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contempla tampoco lo prohíbe, a la concurrencia de ambos elementos (cónyuge y sociedad conyugal) en un mismo bien". Era difícil sacudir los esquemas establecidos, pero los estudiosos que tuvieron esa primera inquietud fueron seguidos por otros, y así comenzó a tomar cuerpo y autonomía esta teoría revisionista a la que hoy adherimos

El doctor Osvaldo Solari(48)(279), en las XV Jornadas Notariales Bonaerenses realizadas en Mar del Plata, con un impecable trabajo que arriba a sólidas conclusiones, coloca el detonante al problema, obteniendo la primera victoria doctrinaria con el despacho de la comisión que no sólo no rechaza su tesis hasta ese momento no aceptada, sino que decide: "Que el Consejo Directivo por medio de una comisión especial o en la forma que estime conveniente continúe el análisis de los temas debatidos y se pronuncie en el término y la oportunidad que el mismo fije".

Mientras Solari trabaja en la provincia de Buenos Aires, en este sentido en la casa notarial de la Capital Federal, en 1960, los doctores Ernesto Vales y Augusto Rossi eran derrotados en la Comisión de Consultas Jurídicas por el dictamen producido por el aguerrido Jorge María Allende y su colega Héctor Gotusso, que sostenían la tesis tradicional.

En este estado llegamos, en el mismo año 1960, a la X Jornada Notarial Argentina, celebrada en la ciudad de Jujuy, donde nuevamente Solari(49)(280) aporta un enjundioso trabajo que analiza las disposiciones específicas de los códigos francés y chileno, las normas del nuestro y sus proyectos modificatorios, para poner el broche de oro con la fresca jurisprudencia, en esa época, de la Cámara Nacional Civil, Sala B, de la Capital Federal, que en Junio de 1959 cambia el sentido jurisprudencial aceptando un bien de naturaleza mixta al resolver: "Entiende el tribunal que en la adquisición efectuada por Bonomi para la sociedad conyugal de algo en que ya tenía parte su esposa, mantiénese siempre la misma situación jurídica respecto de los inmuebles pero generándose la indivisión entre ellos y la sociedad conyugal" mencionando también el citado autor la resolución del juez de primera instancia que terminantemente decía: "A mi modo de ver no existe incompatibilidad legal en que una porción indivisa de un mismo bien se considere del dominio propio de la esposa y la restante de pertenencia de la sociedad conyugal". También Vales(50)(281) se hace presente con un ponderable trabajo acompañado de Gattari(51)(282), que efectúa el suyo mediante un frondoso estudio del tema, impregnado de conceptos filosóficos.

Los elementos aportados por estos estudiosos obtienen el pronunciamiento del plenario que aconseja: "Que con miras a la seguridad contractual y hasta tanto el problema sea definitivamente clarificado se tengan esos bienes como si fueran en parte propios y en parte gananciales". Indudablemente esta resolución sería la inspiradora de la aprobación, el 13 de noviembre de 1963 por parte del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, del dictamen que en un caso de los contemplados produjeron el mismo Vales y José María Orelle.

Este tema, que en el orden nacional parecería hasta entonces ser exclusivo de la competencia judicial y de la doctrina notarial expresada por sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estudiosos y por sus colegios, es analizado por un civilista de la talla de Elías Guastavino(52)(283), mediante un trabajo publicado en 1966 bajo el título de "La calificación dual de bienes en el matrimonio" . El citado jurista, luego de traslucir en él la brillantez analítica que lo caracteriza, llega a una conclusión que, aun efectuada con recomendaciones formales, lo encuadra en la presente posición: "Desde el punto de vista conceptual e inclusive legal posiblemente, debe reconocerse que no hay obstáculo a que un bien reúna la calidad de propio y ganancial, pero ante la posibilidad de fundar legalmente la calificación única del bien en su totalidad, sin menosprecio del derecho de la masa que aporte el dinero, ni perjuicio de terceros, debe preferirse esta última solución a fin de evitar las complicadas situaciones que generaría la superposición de los regímenes legales aplicables a las masas de bienes propios y gananciales . No podía ser otra la conclusión de este jurista, dada su posición ya citada por nosotros, en que se define como partidario de ubicar la sociedad conyugal, en cuanto a su personalidad jurídica, adepto de su aceptación.

Esta postura se fortalece también con el decidido apoyo del profesor Guaglianone(53)(284), quien al respecto considera que las razones de la jurisprudencia no son convincentes al preferir la calidad única en las adquisiciones de partes alícuotas de un inmueble del que ya era condómino uno de los cónyuges, aceptando sin reservas, para tal supuesto, la dualidad de su calificación.

En las VI Jornadas Notariales Cordobesas, realizadas en esa ciudad en agosto de 1984, el doctor Gabriel Ventura(54)(285), delegado de esa provincia y corredactor con el autor del despacho favorable a la postura que sostenemos, presentó un enjundioso trabajo donde, entre otros conceptos, estableció: "el bien mixto es la conjunción conceptual de dos bienes de calificación única, pero dicha conjunción no implica que no puedan liquidarse o disponerse de ellos en forma separada, conforme al régimen general de las porciones indivisas"

Es de esperar que estos estudiosos del derecho sean imitados por otros que, poniendo su luz sobre el problema, logren esclarecer un tema de tanta importancia e implicancia jurídica y patrimonial como el que hoy nos ocupa y que no supo solucionar definitivamente la ley 17711.

XII. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SOLUCIONES APLICADAS, CONTRARIAS A NUESTRA TESIS

Refiriéndonos expresamente a la primera de las hipótesis, señalada en el apartado tercero del presente trabajo, es decir, a la adquisición de un bien abonando su precio en forma simultánea, parte con dinero propio de uno de los cónyuges y parte con dinero ganancial de la sociedad conyugal, a diferencia de la generalidad de la doctrina, la tradicionalista la rechaza de plano y la revisionista la acepta con algunas reservas, creemos que nos encontramos ante la situación en que la calificación de un bien como de naturaleza mixta se encuentra jurídica y prácticamente justificada. La jurisprudencia no lo ha considerado así y siguiendo la tónica de parte de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doctrina francesa iniciada por Guillaud y defendida dentro de nuestro país por Borda(55)(286), ha utilizado la solución, para nosotros incorrecta por las lesiones jurídicas y patrimoniales que ocasiona, de considerar la adquisición con una calificación única que estaría dada por la masa propia o ganancial que realizó "el mayor aporte" generando a su vez un crédito a favor de la otra.

Consideramos improcedente la solución dada para llegar mediante el mayor aporte a la determinación única del carácter del bien, ya que no cabría la subrogación real del art. 1266 del Cód. Civil, pues en este caso, en el supuesto de ser mayor el valor de aporte de la masa ganancial y menor el de la masa propia, no podría el bien calificarse como ganancial, pues sería improcedente desconocer la norma terminante del art. 1246 del Cód. Civil que establece: "Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer son de la propiedad de ella..."; por consiguiente, tal calificación, efectuada por vía interpretativa, sería contraria a una disposición expresa que califica en forma concreta con el carácter de propio la adquisición efectuada, y también de imposible aplicación este sistema en los casos de adquisición de bienes con aportes idénticos por parte de ambas masas.

No aceptamos tampoco el camino de la "accesión" que se pretende también aplicar por medio del mismo art. 1266 del Cód. Civil, ya que la definición de cosas principales del art. 2327 del Cód. Civil impone: "Son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas" y la de cosas accesorias del art. 2328 del Cód. Civil, que determina: "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas". Si consideramos las características de las masas pecuniarias que forman el acervo de los bienes en el matrimonio, notamos que no existe masa accesoria alguna que dependa o exista por otra, pues cada una tiene su vivencia propia, reglada por normas específicas que determinan su origen, su administración y su disposición. El error interpretativo surge de pensar que se daría el caso del art. 2334 del Cód. Civil cuando dice "Si las unas se han adherido a las otras, para formar un todo, sin poderse distinguir la accesoria de la principal...". No hay tal adhesión, ya que estas masas pecuniarias continúan con la misma separación jurídica que han tenido siempre; sólo existe una concurrencia común con un fin determinado. Quedan, por lógica, fuera de aplicación los argumentos de la "mejora" o del "efecto declarativo de la partición", ya que antes de la adquisición efectuada por ambas masas en forma simultánea de la totalidad de la cosa, no había bien que mejorar ni a qué retrotraerse para lograr el citado efecto declarativo, en lugar del traslativo, que sería en forma indubitable el que se operaría.

En virtud de lo expuesto, consideramos terminantemente que en la primera hipótesis se produce una adquisición lisa y llana, a la que concurren como adquirentes una masa propia y otra ganancial que tendrán derechos sobre partes alícuotas en proporción a sus respectivos aportes y que generarán por consiguiente las consecuencias que jurídica y económicamente correspondan.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El caso de las dos últimas hipótesis enunciadas en el mismo apartado tercero, similares ambas para nosotros en su solución funcional, motiva, según Guastavino(56)(287), "uno de los supuestos más arduos de calificación", habiendo tomado nuestra jurisprudencia para obtener la calificación única del bien el camino de la "mejora" y del "efecto declarativo".

Refiriéndonos específicamente a la figura de la mejora, Boffi Boggero(57)(288) la define como "la modificación material de la cosa que produce un aumento de su valor económico".

Sabemos que las mejoras pueden ser naturales o humanas, y al descartar las primeras por razones obvias, caeríamos en nuestro análisis dentro de las humanas, y de acuerdo con el art. 591 del Cód. Civil: "Son mejoras necesarias aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada. Son mejoras útiles, no sólo las indispensables para la conservación de la cosa, sino también las que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella. Son mejoras voluntarias las de mero lujo o recreo, o de exclusiva utilidad para el que las hizo". No obstante lo confuso del texto transcrito, debemos clasificar las mejoras en necesarias, útiles y voluntarias. Las mejoras efectuadas en un bien encuadrado dentro de los supuestos en estudio podrían responder a cualquiera de las causales del citado art. 591 del Cód. Civil, es decir, que estas mejoras podrían responder a una razón necesaria, útil o voluntaria. Inclusive, el art. 1272 del Cód. Civil, en uno de sus apartados, determina como ganancial: "Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges". Del análisis de estas disposiciones no vemos que surja cómo se puede interpretar como "mejora" una adquisición efectuada con todos los requisitos y consecuencias jurídicas inherentes a la compraventa, ya que nunca podría constituir una mejora en otro bien, sino que sería una nueva adquisición con su individualidad y produciría los efectos y resultantes motivados por el citado contrato. Sin lugar a ninguna duda, la pretendida aplicación de los arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil y el efecto declarativo y retroactivo que producen no puede ser utilizado nada más que en las dos últimas hipótesis, ya que en la primera no existe, como hemos dicho, antes de la adquisición, bien que dividir, ni comunero que pueda ser considerado titular de su compra desde el origen de la indivisión, ya que en ese caso el nacimiento del dominio no puede ser otro que el acto adquisitivo al que simultáneamente han concurrido las dos masas de bienes.

Es decir, que analizando la procedencia de su aplicación para las dos últimas hipótesis, al descartar la primera por los motivos expuestos, la conclusión de los sostenedores de esta tesis sería considerar las adquisiciones posteriores hechas con dinero ganancial como efectuadas por el condómino titular a título propio, existiendo un crédito por el monto invertido a favor de la sociedad conyugal, y viceversa.

Veamos un poco las fuentes de estos arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil. El Codificador, en su nota, fija sus orígenes en el art. 883 del Cód. Civil francés, el que, a su vez, instituye explícitamente el efecto declarativo, que lógicamente Vélez Sársfield refleja en los artículos que reproduce. Ahora

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bien, como interpretamos ese efecto declarativo, ¿cómo y cuándo debemos aplicarlo? Marcadé - citado por Llerena(58)(289), expresa: "Nuestra regla, en efecto, no siendo más que una ficción, debe restringirse rigurosamente a los casos previstos. Fictio ultra casum fictum non operatur". Partiendo de esa premisa terminante, no entendemos cómo una norma de derecho excepcional puede ser interpretada analógicamente, haciéndola extensiva a casos no previstos en especial.

La licitación a que se refiere el art. 2696 del Cód. Civil, sin duda alguna es la que realiza el coheredero o condómino a efectos de poner fin a la indivisión, y para interpretar fielmente la inspiración del artículo madre de éste en el Código Napoleón, debemos considerarla cuando este acto haga cesar la indivisión en forma absoluta. Al respecto, continúa expresando Llerena: "La venta no es una partición ni puede producir sus efectos a menos que ésta se haga como único medio de dividir. Para comprender el espíritu de nuestro artículo, es necesario no tomar aisladas las palabras que estudiamos. Para que el acto a título oneroso produzca los efectos de la partición, es necesario que haga a la indivisión absoluta, es decir, un acto que se ejercite como medio de efectuar la indivisión y al cual concurren todos los herederos o comuneros". Termina vehementemente el maestro refiriéndose así a los que interpretan el artículo en otra forma: "No vale la pena tomarlos en cuenta, pues no los guía un espíritu recto y sereno y sólo el de la crítica a toda disposición con la que no están de acuerdo".

Machado(59)(290), otro gran estudioso que comentó nuestro Código, a su vez, expresa: "Pero es completamente falso en la copropiedad que nace del contrato, pues el que ha adquirido una tercera parte de la cosa no puede decir que la ha adquirido en su totalidad desde el principio, y que la partición ha venido a reconocerle y declararle un derecho que tenía anteriormente". Aunque no concuerden con estas opiniones Lafaille y Segovia, es indudable que los argumentos dados por Llerena y Machado son terminantes.

Ya hemos dicho anteriormente en este trabajo que la disposición expresa que en el derecho francés trata el problema en cuestión es el art. 1408, párrafo primero, del Código Napoleón, que, a su vez, se origina en el derecho romano, donde tenía un efecto atributivo, y hemos dicho también que los tratadistas franceses niegan que el principio que los inspiró fuese el efecto declarativo, ya que este artículo está basado en el principio de la unidad de la propiedad, a los fines de no producir las controversias a que hicimos referencia mencionando a Planiol y Ripert, con el sistema de las recompensas que juegan en el régimen de la sociedad conyugal y, a su vez, son incompatibles con el espíritu del art. 893 del Código Napoleón.

XIII. PROCEDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DUAL EN LAS HIPÓTESIS ENUNCIADAS

Al enunciar precedentemente las tres hipótesis del apartado III, podría parecer que hubiésemos omitido supuestos en que cabría la calificación en estudio, pero ex profeso nos hemos limitado a exponer los únicos casos en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que, a nuestro entender, éstas cabrían. Consideramos que hay situaciones en que aun existiendo un aporte pecuniario de ambas masas, éstas se realizan en un marco jurídico que no es el adecuado para producir la calificación dual del bien.

Algunos casos concretos que hemos omitido, ya resueltos uniformemente por la jurisprudencia y la doctrina, serían, por ejemplo, la redención de una hipoteca con dinero ganancial que grava un inmueble propio o la inversión de dinero ganancial introducida en concepto de edificación u otros aportes que acrecienten el valor de un bien cuya adquisición ha sido efectuada a título propio. Es indudable que aquí sí cabría en forma inobjetable la aplicación del art. 1272 del Cód. Civil, siendo las mejoras que han dado mayor valor a los bienes propios y lo que se hubiese gastado en cualquier otro objeto del que sólo uno de los cónyuges obtenga ventaja ganancial, pero el bien seguirá siendo propio. Es decir, que sin modificar el carácter de origen del bien quedaría en estos supuestos un crédito hacia la sociedad conyugal por el monto que ésta hubiese invertido. Esta resultante es indubitable, pues el titular del bien lo ha sido desde la adquisición del dominio, y en este acto se ha producido su calificación.

También la aplicación del art. 1272 del Cód. Civil, norma que es de excepción, jugaría en estos casos al convertir el dinero de la sociedad conyugal en algo propio de uno de los cónyuges, produciendo el crédito mencionado a favor de ésta, situación que se produciría ante la imposibilidad de operarse transmisión de dominio alguna sobre una parte indivisa, pues el aporte realizado no lo ha sido para una adquisición, ya que, además de carecer de las formalidades legales para una compraventa, ésta estaría normativamente prohibida.

Caso contrario sería si el aporte pecuniario se realizara en las situaciones de las hipótesis enunciadas, donde existiría el ánimo de adquirir el dominio y se darían todas las condiciones jurídicas para la existencia de derechos de ambas masas de bienes sobre determinadas partes alícuotas que conforman el bien.

La precedencia jurídica de la calificación en estudio surgiría de la letra del art. 1264 del Cód. Civil y de su nota, donde Vélez Sársfield fehacientemente establece la viabilidad de la existencia de un bien de conformación análoga al de esta naturaleza, al disponer en el citado artículo: "Los bienes donados o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador o testador; y a falta de designación, por mitad a cada uno de ellos". Termina la nota referida con un extenso ejemplo explicativo de la importancia jurídica y práctica de establecer una clara diferencia entre los bienes parafernales de cada uno de los cónyuges y los bienes que constituyen el acervo de la sociedad conyugal. Coincidimos plenamente con la sintética sentencia de Gattari(60)(291): "el carácter de los bienes responde a las causas que originan los derechos sobre ellos"

Nosotros consideramos que la calificación del bien no surgirá de nuestra preferencia en darle un tratamiento más o menos práctico, sino que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imperativamente nacerá su determinación de las disposiciones de orden público en esta materia de nuestro derecho positivo, que lo calificarán en tal o cual forma de acuerdo con las causas jurídicas que motivaron su adquisición.

XIV. COMENTARIO AL FALLO PLENARIO "GREGORIO O. SANZ" DEL 15 DE JULIO DE 1992

El art. 303 del Cód. de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación sobre la obligatoriedad de los fallos plenarios, dispone: "La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales será aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal; sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria"

La claridad de su texto nos libera de su comentario y sólo podemos agregar que la obligatoriedad de la doctrina fijada sólo cesará por un cambio en la legislación que derogue o modifique la norma interpretada según aquélla.

Sin lugar a dudas, este fallo plenario debe interpretarse en dos sentidos: 1) La sentencia del caso específico a la cual se llega por el pronunciamiento del Registro de la Propiedad Inmueble, que requirió el asentimiento del cónyuge vendedor para la transmisión de dominio de un inmueble en el que éste tenía originariamente una porción indivisa propia, habiéndose adquirido después a título oneroso las restantes porciones indivisas: el Registro consideró que estas últimas tienen el carácter de gananciales, por lo que resultaría aplicable el art. 1277 del Cód. Civil. En el caso determinado y teniendo expresamente en cuenta que la masa ganancial aportada había sido establecida en cabeza del esposo que tenía la parte indivisa propia original, la Cámara, en un controvertido fallo con doce votos en disidencia, fundándose en los arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil y su efecto declarativo, consideró extensivo el carácter originario de propio a las nuevas adquisiciones gananciales, sin perjuicio del derecho de recompensa a la sociedad conyugal por lo abonado. Y 2) El contenido del fallo es importantísimo, pues expresamente determina que el caso en cuestión es un supuesto especial, por darse esa concurrencia de igual titularidad, del esposo propietario de la parte indivisa propia original y titular de las gananciales adquiridas posteriormente. Es por eso que fehacientemente establece luego de fundamentar la sentencia del caso específico: "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". "...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".

Es decir, que expresamente el controvertido fallo plenario admite la existencia de la calificación dual dentro del régimen de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conyugal en otros supuestos diferentes del que fue motivo de la sentencia. Cabe agregar que los doctores Luaces, Molteni, Sansó, de Mundo, Mirás, Dupuis, Calatayud, Ojea Quintana, Fermé, Zaccheo, Degeorgis, Alvarez y Gárgano fundaron su voto en disidencia en un meduloso fallo que recoge los argumentos de la doctrina y de la jurisprudencia revisionista, basándose en el principio de que el régimen patrimonial de la sociedad conyugal es de orden público, expresando, entre otros conceptos: "Si es así, parece claro que no existe obstáculo legal en admitir la coexistencia de un bien en parte propio, 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". Luego determinan que, si bien existiría un crédito por los fondos invertidos, el que se haría efectivo al liquidarse la sociedad conyugal, esto no protege debidamente al esposo acreedor, ya que el otro tiene la libre disposición del bien, y, en caso de insolvencia del titular, éste podría disponer del bien sin su asentimiento y burlar así sus derechos. También argumentan sobre la injusticia que existiría si el titular de la parte indivisa propia de un 10 por ciento adquiere con gananciales a su nombre el otro 90 por ciento, logrando la calificación de propia en su totalidad, en desmedro del importante aporte ganancial. En consecuencia, el fallo plenario en cuestión nos indica la imperiosa necesidad de obtener una disposición terminante en este aspecto que ponga fin a una fatigosa controversia doctrinaria. Pero es indudable que implica un reconocimiento expreso en un fallo plenario de la existencia de los llamados "bienes mixtos" y de la preocupación de nuestra Justicia en solucionar un tema no determinado en nuestro derecho positivo.

XV. CONCLUSIÓN

Nuestro ordenamiento positivo no impide la calificación de un bien fácticamente mixto, que es la conjunción de dos bienes de calificación única que nacen con el aporte pecuniario de la sociedad conyugal y de uno de los esposos a título propio sobre partes alícuotas que confluyen sobre la cosa. Su determinación reflejará una exacta realidad económica y producirá entre ambas partes alícuotas, los sucesores de sus derechos y terceros, las resultantes jurídicas y patrimoniales motivadas por el origen de los bienes.

PROBLEMÁTICA DE LOS LLAMADOS BIENES MIXTOS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL. ANÁLISIS DEL FALLO PLENARIO "SANZ"(*) (292)

NORBERTO E. CACCIARI, SUSANA E. CATUREGLI, MARTA E. GOLDFARB (SUBCOORDINADORA), NILDA L. NOSTRO DE SEGHETTI, HORACIO L. PELOSI (COORDINADOR), ROBERTO F. SEGHETTI Y RITA A. SLIMOVICH DE BURSTEIN

Si ante el silencio del Codificador se opta por la calificación dual del bien, a lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nada se opone, debe encuadrarse la situación como un bien económico funcional mixto, en el que cada parte indivisa conserva sus características, y al que sólo pueden aplicársele las reglas del condominio en cuando no sean incompatibles con el régimen de la sociedad conyugal.

SUMARIO

I. Bienes propios y gananciales. Bienes mixtos: concepto. Posiciones doctrinarias. La jurisprudencia relativa a ellos. A. Naturaleza de la sociedad conyugal. B. Bienes propios y gananciales. C. Bienes mixtos. 1) La doctrina. 2) La jurisprudencia. Los fallos vinculados con el tema. II. El fallo plenario "Gregorio O. Sanz". Doctrina sentada por la mayoría. La posición de la minoría. A. La posición de la mayoría. B. La posición de la minoría. III. Alcances del citado fallo. La resolución técnico registral N° 4/92 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal. IV. Algunos supuestos especiales. V. Conclusiones. Nuestra opinión.

I. BIENES PROPIOS Y GANANCIALES. BIENES MIXTOS: CONCEPTO. POSICIONES DOCTRINARIAS. LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A ELLOS

A. NATURALEZA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Nos parece oportuno, en un primer enfoque del tema al que nos abocaremos, efectuar una síntesis de las diversas conceptualizaciones sobre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.

Al respecto se ha planteado un amplio espectro de divergencias doctrinarias, dando motivo la cuestión a que se aplicaran analógicamente las reglas de la sociedad civil, se la concibiera como un ente ideal, acordándole personalidad jurídica o se intentara buscar su andamiaje en la figura del condominio.

La doctrina francesa habla de comunidad, a diferencia de nuestro Código Civil, que la denomina "sociedad conyugal".

Para Toullier, la comunidad es propiedad del marido, los bienes le pertenecen. Producida la disolución al fallecer un cónyuge, aquéllos se dividen entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro.

Para Duranton, la comunidad es una persona moral, equivalente francés de nuestra persona jurídica, distinta del marido y de la mujer.

En opinión de Aubry y Rau la comunidad es una sociedad universal de bienes sin personalidad jurídica. En tanto que Troplong sostiene que es una sociedad civil con personalidad jurídica, lo que constituye una especie de esa sociedad a la que no se aplican las normas que rigen la sociedad.

Como sociedad civil con personalidad moral atenuada, la conceptúa Bonnetas.

Planiol estima que es una copropiedad, sujeta a reglas particulares que se asimila a la sociedad, pero no es una sociedad ordinaria ni tiene personalidad moral.

Para Josserand, es una copropiedad en mano común del derecho germánico. (Posición intermedia entre la indivisión y la sociedad; el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimonio no tiene personalidad jurídica, pero sí ciertas reglas de organización.)

Colin y Capitant, así como Ripert y Boulanger y también Mazeaud, estiman que la comunidad tiene una naturaleza jurídica sui generis, caracterizada porque los bienes son afectados a los intereses del hogar y la familia, sin que la comunidad sea propietaria.

García Goyena la considera como sociedad legal y le aplica subsidiariamente las reglas de la sociedad.

Como sociedad universal, la conceptúa Freitas.

En la doctrina alemana prevalece el criterio de que es una copropiedad en mano común.

Pasando a la doctrina nacional, podemos recordar que Rébora considera la sociedad conyugal un patrimonio de afectación, que es un patrimonio distinto del patrimonio individual de cada cónyuge, con entidad propia.

Fassi y Bossert, Legón y Guastavino sostienen que es una especie particular de sociedad civil.

Fassi sustenta su posición en los siguientes aspectos:

1) Carácter matrimonial (constituir la sociedad conyugal); 2) objeto lucrativo (satisfacción de las necesidades de la familia y distribución de los beneficios) y la existencia de la affectio maritalis.

Por su parte, Legón fundamenta su opinión en: a) existencia de aportes de los cónyuges; b) voluntad (querer contraer matrimonio); c) interés egoísta, por cuanto el provecho lo reciben los socios; d) animus lucrandi; e) partición de beneficios que se realiza en la separación de bienes; f) constitución de un fondo común distinto del patrimonio de cada contratante.

Guastavino considera que la sociedad conyugal argentina es una especie de sociedad civil, cuyo elemento voluntario crea el matrimonio y sus consecuencias personales y patrimoniales.

Para Lafaille, es un estatuto forzoso impuesto por la ley, que tiene similitud con el contrato de adhesión.

En opinión de Segovia, es un condominio particular que nace entre los socios sobre las cosas que cada uno aporta a la sociedad y las que se adquieren para ésta, que al momento de su disolución se hace condominio puro.

Borda estima que es un condominio con bases distintas del derecho real. Es una copropiedad especial de carácter asociativo e indivisible, afectada especialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración es conferida por la ley a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes.

Bibiloni, Bidau y Ramella, entre otros, consideran que se trata de un régimen legal de orden público impuesto por la ley.

Para Cornejo, es una institución autónoma, con características propias y originales.

Belluscio rechaza la teoría del condominio y tampoco admite que se trate de un patrimonio de afectación; estima que es una sociedad particular, aunque no dotada de personalidad jurídica. "Sólo existe como sociedad en las relaciones entre los socios, no en las de ellos con terceros".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En su obra Régimen patrimonial del matrimonio, Guaglianone entiende que es un sistema patrimonial de relaciones entre los cónyuges y de éstos con terceros.

La doctora Méndez Costa, en su obra Derecho de Familia, conceptúa que el régimen legal que regula las relaciones entre cónyuges y de éstos con terceros es un régimen legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con el elemento de gestión conjunta de separación de deudas como regla y de partición por mitades.

En opinión de Mazzinghi, por la institución del matrimonio se pasa a formar parte de un régimen de derechos y obligaciones que ligan a los cónyuges entre sí y que también regulan las responsabilidades frente a terceros por ser las personas, marido y mujer, los que, con el sustento de una cierta capacidad Jurídica, habrán de resultar afectados por las normas que ese régimen patrimonial matrimonial les impone.

Así, en este terreno de las relaciones patrimoniales, el régimen de bienes queda sometido a las disposiciones legales como un sistema imperativo apoyado en un juego de presunciones que conduce a la distinción entre bienes propios y gananciales, con a secuela de efectos que implica tal caracterizan en todo lo referente a la actividad jurídico - económica de los cónyuges ,como en lo relativo a responsabilidad por deudas, derecho de participación una vez concluido el régimen, destino del acervo hereditario, no sólo en la capacidad para recibirlo, sino en las proporciones que se asignen, y el no menos importante sistema de protección en la gestión de bienes; circunstancias, todas ellas, que tanto importan en el desarrollo de la función notarial.

B. BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

Son bienes propios los que los cónyuges aportan al matrimonio y los recibidos con posterioridad a su celebración por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquéllos (conf. art. 1271, Cód. Civil).

Expresa el doctor Belluscio al respecto que: "Puesto que el Código Civil ha adoptado el régimen matrimonial de comunidad restringida, hay bienes propios de cada uno de los cónyuges y bienes gananciales de la sociedad conyugal. Con respecto a los primeros, sólo excepcionalmente el texto primitivo del Código utilizaba esa denominación: llamaba «dote» al conjunto de bienes propios de la mujer (arts. 1243, 1263, 1264 y 1265) y «capital propio» del marido a los de éste (art. 1264)". A unos y otros los considera capital de la sociedad conyugal (véase art. 1263, Cód. Civil).

"Básicamente, son bienes propios los que integran los siguientes grupos:

- 1) Los llevados al matrimonio, es decir, aquellos cuya propiedad ha sido adquirida antes de la celebración de éste (bienes aportados) (Cód. Civil, arts. 1243 y 1263).
- 2) Los adquiridos después de la celebración del matrimonio, cuando la adquisición es a título gratuito (Cód. Civil, arts. cits.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) Los adquiridos por permuta con otro bien propio, por la inversión de dinero propio o por la reinversión del dinero obtenido de la enajenación de algún bien propio (Cód. Civil, art. 1266, primera y segunda parte).

4) Los aumentos materiales de los bienes propios (Cód. Civil, art. 1266, tercera parte).

5) Los adquiridos después del matrimonio, pero por título o causa anterior a él (Cód. Civil, arts. 1267 a 1270)". (Belluscio, Augusto C., Manual de derecho de familia, t. II., Buenos Aires, 1988, págs. 53/4).

Bienes gananciales son "los que cada uno de los cónyuges o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado..." (art. 1272, Cód. Civil).

En principio, son gananciales todos los adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, con tal que esa adquisición no haya sido a título gratuito, debiendo exceptuarse los que tienen carácter propio por responder a alguna de las circunstancias que le asignan esa calidad, en especial por la subrogación real, la accesoriedad u otros propios, o la existencia de causa o título de adquisición anteriores al matrimonio (conf. Belluscio, ob. cit., pág. 66).

Los regalos hechos por el esposo a la esposa antes del matrimonio son propios, en tanto los realizados con posterioridad son gananciales.

Como consecuencia de los principios antes señalados, cabe recordar que tienen carácter propio: 1) Los bienes adquiridos con dinero propio o permutados por otros del mismo carácter. 2) El dinero proveniente de la venta de un bien propio. 3) El crédito hipotecario proveniente de la venta de inmueble propio. 4) Las indemnizaciones por expropiación de un bien propio.

Las mejoras efectuadas en un bien propio tienen el mismo carácter. Dispone al respecto el art. 1266 del Cód. Civil en su última parte que: "los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación u otra cualquier causa, pertenecen... a quien correspondía la especie principal".

También tienen carácter propio las pertenencias que se adquieren por ampliación de una mina, y el mayor valor adquirido por la mina durante el matrimonio (arts. 347 y 348, Cód. de Minería); sin perjuicio del crédito que tiene la sociedad conyugal cuando el mayor valor se debe a la inversión de fondos gananciales.

En lo atinente a bienes adquiridos por causa o título anterior al matrimonio dispone el art. 1267 del Cód. Civil que: "La cosa adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges". Tal sería el supuesto de un inmueble adquirido después de celebrado el matrimonio en virtud de un boleto de compraventa formalizado con anterioridad, así como el bien adquirido por prescripción adquisitiva iniciada antes del matrimonio, o cuando hubiere una condición suspensiva cuyo cumplimiento se produce después de la celebración del matrimonio o el usufructo que se consolida con la nuda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propiedad durante el matrimonio.

Comentando el citado art. 1267, Belluscio expresa que: "el sentido y los fundamentos de la disposición son claros. La oscurece, sin embargo, la última frase - «y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges» -, que es un agregado hecho por Vélez Sársfield no contenido en la fuente directa de la norma que es el art. 1736 del Código chileno, ni exigido por la doctrina francesa... Aparentemente para que la cosa adquirida sea propia no bastaría que su adquisición se fundase en título o causa anterior al matrimonio, sino que también sería necesario que el pago se hiciese con dinero propio del cónyuge adquirente".

"En la doctrina nacional se sostienen cuatro posiciones a ese respecto: 1) según Llerena, la interpretación debía ser la literal; el pago debe hacerse con dinero propio, pues si se lo hace con dinero ganancial la cosa se adquiere para la sociedad. 2) Para otra posición esbozada por Machado y sostenida por Lafaille, Guastavino, Cornejo, Fassi, Bossert, Zannoni y Vidal Taquini, la última parte del artículo es superflua, pues basta la causa o título anterior para que la cosa adquirida sea propia; si el pago se hace con dinero ganancial surge un crédito (recompensa) en favor de la sociedad conyugal por el importe. 3) Según Guaglianone, es necesario que por lo menos parcialmente el precio se haya pagado con dinero propio... 4) Para Mazzinghi, el requisito agregado por Vélez Sársfield significa que el dinero debe ser del cónyuge adquirente, pero puede ser propio o ganancial. En mi opinión debe aceptarse la segunda solución, que es también la de la jurisprudencia (Belluscio, Augusto C., ob. cit., págs. 59 y 60).

Vidal Taquini conceptúa que: "Sostener que la expresión se refiere a fondos propios es redundante, pues lo mismo da que entre una cosa en lugar de otra cosa propia, como que una cosa entre en lugar de dineros propios, sin importar que fuera antes o después del matrimonio para que se opere la subrogación real. Si la expresión se refiriera a fondos gananciales, no tendría sentido excluir la adquisición realizada durante el matrimonio, que entonces se regiría por el art. 1272. Lo importante es que la causa o título de la adquisición fuera anterior al matrimonio, para que el bien se reputa como propio" (Vidal Taquini, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, 1978, pág. 230).

Los productos de los bienes propios son también propios, en tanto que los frutos son gananciales. Se exceptúan los productos de las minas conforme con el art. 344 del Cód. de Minería, dado que constituyen lo único aprovechable de éstas.

Son también propias las indemnizaciones por daños personales, cuando provocan una incapacidad permanente para el trabajo total o parcial, al igual que las provenientes del daño moral. Para Belluscio, en contra de la posición de Borda y del Código francés (art. 1404), es ganancial la indemnización proveniente de la incapacidad transitoria durante la vigencia de la sociedad conyugal, por cuanto ésta ocupa el lugar de los frutos de su trabajo que el cónyuge se ve imposibilitado de obtener.

En lo relativo a seguros, las indemnizaciones conservan el mismo carácter que el bien perdido o dañado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En cuanto a jubilaciones y pensiones, sostiene Belluscio que ese derecho "tiene carácter propio, como que es personalísimo y vitalicio del jubilado o pensionado. Sin embargo, las cuotas percibidas durante la sociedad conyugal son gananciales, como todo fruto de un bien propio" (Belluscio, ob. cit., pág. 62).

Los derechos de autor son propios, pero los frutos tienen carácter ganancial. Igual temperamento se aplica a la propiedad industrial.

La renta vitalicia constituida por un tercero en favor de uno de los esposos tiene carácter propio, dado que es un bien adquirido a título gratuito, como también la constituida por la entrega de un bien propio.

Las cosas muebles de carácter personalísimo, tales como ropas de uso personal, cartas misivas, condecoraciones, regalos honoríficos, diplomas y títulos profesionales, los recuerdos de familia y manuscritos, aunque correspondan a obras intelectuales con valor económico, tienen carácter propio.

En lo atinente a bienes gananciales, el art. 1272, en su segunda parte, conceptúa como tales "los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges". Se trata de una repetición del principio enunciado en la primera parte del mismo artículo que nada añade, como no sea recalcar que es indiferente que la adquisición se haya hecho a nombre de uno solo de los esposos (conf. Belluscio, ob. cit., pág. 66).

Tienen también carácter ganancial los bienes adquiridos por hechos fortuitos, como loterías, juegos, apuestas, etc. (art. 1272, Cód. Civil); lo mismo ocurre con el tesoro encontrado por el marido o la mujer en predio de uno o de otro, o la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio del marido o de la mujer (art. 2560, Cód. Civil).

En el apartado 4, el recordado art. 1272 conceptúa gananciales los frutos naturales o civiles de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad. Para Belluscio, la redacción de este apartado no es muy clara, ya que: "lo que tiene el carácter de ganancial son los frutos devengados durante la sociedad conyugal y no los percibidos durante el matrimonio." Los frutos devengados antes de la celebración del matrimonio son propios, aunque fuesen percibidos durante él, ya que tienen un título de adquisición anterior. Igual carácter revisten los frutos de los bienes de los hijos menores, que están sujetos a usufructo paterno.

Los frutos del trabajo son gananciales; así lo establece claramente el apartado quinto del comentado art. 1272 del Cód. Civil, que expresa: "los frutos civiles de la profesión, trabajo, o industria de ambos cónyuges, o de cada uno de ellos".

El apartado séptimo de la misma disposición legal establece que son gananciales las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges. En realidad, la mejora tiene carácter propio, ya que sigue a lo principal, pero la sociedad conyugal tendrá un crédito respecto del propietario del bien, el que se tendrá en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuenta al momento de liquidarse aquélla. En el acápite siguiente, el citado art. 1272 reputa gananciales las inversiones en favor de uno de los cónyuges, como cancelación de hipoteca de un bien propio, y lo gastado en la redención de servidumbres.

De conformidad con el art. 1273 del Cód. Civil, son gananciales los bienes que se adquieren con posterioridad a la liquidación de la sociedad conyugal, pero cuya causa o título sea anterior. También tienen ese carácter las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges o a ambos por el donante y prestados durante la sociedad conyugal. Por analogía, tienen igual carácter los aumentos materiales y mejoras realizadas en bienes gananciales y los que entran en reemplazo de otros de la misma categoría.

Suscitan problemas las mejoras realizadas en un bien propio con dinero de la sociedad conyugal o con dinero propio del otro cónyuge, para establecer el valor de la mejora y en qué tiempo debe juzgarse.

Para Borda, tres son los criterios aplicables: 1) La valuación debe efectuarse en el momento de la inversión, por cuanto en ese momento se produce la incorporación al suelo. Esta teoría está desechada. 2) Para otros, debe tomarse al momento de la disolución de la sociedad conyugal. 3) Toma el valor de la mejora en el momento de la disolución de la sociedad conyugal (art. 1272).

C. BIENES MIXTOS

1) La doctrina

Ha resultado conflictiva la posibilidad jurídica de admitir una categoría de bienes que reúna la doble calificación, o sea bienes en los que una porción sea propia y otra ganancial, cuyas consecuencias son sumamente trascendentales.

Vélez Sársfield, al redactar el Código Civil, omitió referirse a los bienes mixtos (o en parte propios y en parte gananciales), no obstante haber contado entre sus fuentes los códigos francés y chileno. El primero de ellos, en su art. 1408, establecía que la adquisición hecha por uno de los esposos que era propietario de una porción indivisa no tenía el carácter de ganancial. Por su parte, el Código chileno, en el art. 1729, y el uruguayo, en el 1953, admitían una solución distinta, al expresar este último que: "pertenece pro indiviso a dicho cónyuge y a la sociedad a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de lo que haya costado la adquisición del resto".

Guaglianone expresa que un inmueble puede reunir ambos caracteres (propio y ganancial), según la forma y constancias de adquisición de sus partes indivisas, ya que no existe prohibición legal al respecto. También manifiesta que: "Puesto que la ley ha guardado silencio sobre el punto, el intérprete debe elegir entre las fuentes francesa y chilena. Parece indiscutible que la posibilidad de reunirse en un mismo bien una calidad propia en cuanto a determinada parte alícuota, y una ganancial en cuanto a la otra, no ofende ningún principio fundamental, sea que la totalidad del dominio se condense así en el matrimonio, sea que aun concurren otros

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condóminos extraños. Puede ocurrir, en efecto, que, habiendo adquirido un cónyuge por herencia la mitad de un bien, el otro compre el saldo de dominio durante la vigencia de la sociedad conyugal. Es concebible luego que uno demande al otro por división y, según quien sea el adjudicatario del bien en la cuenta particionaria, el efecto declarativo de ella, que entonces funcionará sin reatos, determinará que toda la cosa pase a ser propia o ganancial, con las respectivas compensaciones a la sociedad conyugal o al otro cónyuge no adjudicatario. Si esa posibilidad lógica de ambas calidades es indudable, no se ve razonablemente por qué no admitirla en concreto cuando el titular del bien sea uno solo de los cónyuges, el marido o la mujer, con calidad ganancial primitiva o posterior (v. gr.: compra durante la sociedad conyugal de una parte alícuota y posterior adquisición por herencia, legado o donación de la otra; o viceversa)" (Guaglianone, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, 1965, págs. 272 y 273).

Por su parte, Guastavino manifiesta 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, sea que concurren condóminos extraños.

Las opiniones doctrinarias se encuentran divididas; así hay quienes consideran que la situación debe ser regulada en función del régimen concebido como unitario (calificación única de propio o ganancial, sobre la base de distintos argumentos en los que se sustenta esa teoría: accesión, primera adquisición, mayor valor, mejora, consolidación del usufructo, redención de servidumbres, etc.); en tanto otros se inclinaron por la tipificación dualista (parcialmente propio y parcialmente ganancial), sin atender a la naturaleza de la primera cuota parte adquirida, mayor valor, etcétera.

Los ejemplos se resumen en las adquisiciones de partes indivisas que resulten de títulos distintos (Llorens, Luis, *Rev. Not.*, N° 863, pág. 1209, comentario a fallo).

En la doctrina notarial fue quizás el mayor sostenedor de la tesis monista 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 la solución es igual y consiste en declarar propio el bien.

Las opiniones sostenidas en consultas evacuadas por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal tampoco fueron pacíficas, aun cuando mayoritariamente rechazó la posibilidad del carácter dual de un bien. En este sentido se pronunciaron el recordado Jorge María Allende y Jorge A. Bollini. Este último, en dictamen aprobado por el Consejo Directivo el 20 de noviembre de 1966, conceptuó que: "El bien adquirido por uno de los cónyuges durante el 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" (*Rev. del*

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Not., N° 690, pág. 1514)

La tesis opuesta surge del dictamen de Ernesto Vales y José María Orelle aprobado el 13 de noviembre de 1963. Su doctrina es la siguiente: "La circunstancia de que una parte del inmueble se hubiera adquirido por herencia, le da a éste el carácter indiscutible de bien propio, pero si otra parte del inmueble se adquiere posteriormente con dinero de la sociedad conyugal, en este caso le da carácter de ganancial a esta parte. Vale decir que al mismo tiempo un bien puede participar del carácter de propio y de ganancial, según los títulos de la adquisición de sus partes. Más aún, el condominio podrá resultar originado entre el marido, la mujer y la sociedad conyugal, sin que a ello se oponga ninguna disposición legal y sin que sea susceptible de producir perturbaciones en el régimen de los bienes. Habiendo fallecido uno de los cónyuges, corresponde abrir su juicio sucesorio en cuanto a la parte considerada como bien ganancial" (Rev. del Not., N° 672, pág. 1067)

También se admitió la calificación dual en un dictamen del año 1944 producido por los escribanos Briones e Illa.

Puede decirse que la doctrina tradicional fue la que participó de la denominada posición monista, sustentada tal como más arriba se expresó en el efecto declarativo, la asimilación a la mejora dando mayor valor a las partes que se tienen, la accesión, etcétera.

El primer autor que sostuvo la que podríamos denominar posición revisionista fue Aquiles Yorio, quien en 1943 expresó que: " También puede ocurrir que sólo una parte tenga el carácter de propio y la otra ganancial, cuando la adquisición se ha efectuado con dinero de la sociedad conyugal; en ese caso el bien tiene el doble carácter propio y ganancial".

Osvaldo S. Solari considera que, al no regular el tema Vélez Sársfield, puede admitirse que deliberadamente no dispuso nada al respecto porque no se justificaba establecer una norma que no fuera de excepción al principio general de que todo lo adquirido por compra durante el matrimonio es ganancial.

Cabe citar en apoyo de la tesis dualista los trabajos de Alberto G. Allende y Carlos N. Gattari. Para el primero, la sociedad conyugal tiene personalidad y sustenta la posibilidad del condominio entre la misma y los cónyuges. El segundo entiende que la calificación de los bienes propios y de los bienes gananciales emana de la ley con el carácter de orden público, sin tomar en cuenta la voluntad de los cónyuges; y la necesidad económica en el matrimonio impone la aplicación de la definición de justicia hecha por Ulpiano: "a cada uno lo suyo".

Fue el doctor Osvaldo S. Solari quien, con su trabajo sobre el tema, consiguió el primer respaldo de un congreso notarial a la posición que admite la existencia de los llamados bienes mixtos, en la XV Jornada Notarial Bonaerense.

Un amplio análisis de los argumentos y posiciones referidos a la materia es efectuado por Alberto Jorge Gowland en su trabajo "Bienes propios y gananciales: concurrencia de aportes. Calificación del bien" (ED, t. 134, págs. 450 y sigtes.), quien sostiene la inexistencia de los "bienes mixtos".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) La jurisprudencia

Antes de efectuar la consideración de los fallos específicamente referidos a la posibilidad o no de considerar la existencia de bienes en parte propios y en parte gananciales, reseñaremos algunos fallos relativos a temas que han suscitado algunas dificultades o divergencias en cuanto a la calificación de bienes como propios o gananciales.

a) Causa o título anterior al matrimonio: C.N. Civ., Sala D, mayo 23, 1978. "Basta para que la cosa se mantenga como propia de alguno de los cónyuges, que ella reconociera esa causa o título anterior al matrimonio, apareciendo como superflua la exigencia de la última parte del art. 1267 del Cód. Civil". "La cosa continuaría siendo propia de alguno de los cónyuges si además de reconocer causa o título anterior al matrimonio, el bien se concluyera de pagar, luego de celebrado, con dinero de ese mismo cónyuge" (ED, t. 79, pág. 294).

C.N. Civ., Sala B, noviembre 11, 1977. "A los efectos de la aplicación de la norma prevista en el art. 1267 del Cód. Civil, por causa debe entenderse cualquier acto que origine el derecho de lograr esa adquisición, como es el boleto de compraventa". "Si el título o la causa de la adquisición fue realizado con anterioridad al matrimonio, el bien resulta propio del adquirente, sin consideración a la proporción pagada con dinero propio o ganancial, y sin perjuicio del derecho eventual que podría tener la comunidad conyugal por los dineros aportados por ésta" (ED, t. 78, pág. 338).

S.C. Buenos Aires, octubre 23, 1973. "Un inmueble es bien propio de la esposa si ella firmó el boleto de compraventa y pagó la seña antes del matrimonio, aunque con posterioridad se extendiera la escritura traslativa de dominio y pagara el precio en cuotas con dinero proveniente de su trabajo personal (ED, t. 52, pág. 287).

C.N. Civ., Sala B, mayo 27, 1964. "Es bien propio el inmueble cuya adquisición, instrumentada en un boleto de compraventa, la hizo uno de los cónyuges antes del matrimonio, abonándose entonces parte del precio, aun cuando el saldo se pagara con dinero de la sociedad conyugal, la cual tendría un crédito por el respectivo importe en contra del cónyuge favorecido". (ED, t. 8 pág. 796).

C.N. Civ., Sala D, diciembre 23, 1981. "A los fines del art. 1267 del Cód. Civil no interesa que el precio abonado sea propio o ganancial, en su totalidad, o bien que se integre en parte con dinero propio y parcialmente con fondos gananciales. De allí que, en dicho supuesto, la comparación de aportes de distinto origen resulte inconducente, incluso en el improbable supuesto en que el pago se afronte íntegramente con dinero ganancial, cuando el título de adquisición es previo al matrimonio" (ED, t. 100, pág. 175).

b) Mejoras: C. 1ª. C.C. Bahía Blanca, diciembre 7, 1973. "La sociedad conyugal tiene por las mejoras introducidas al bien propio solamente un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

crédito por su valor, y el mismo debe establecerse al hacerse la liquidación de la sociedad y luego de producida su disolución".

C.N. Civ., Sala B, agosto 30, 1974. "El carácter propio del bien inmueble adquirido antes del matrimonio no se pierde por la circunstancia de que se introduzcan mejoras realizadas con dinero propio del otro cónyuge o de la sociedad, sin perjuicio del crédito consiguiente".

C. 1ª C.C. Bahía Blanca, diciembre 7, 1973. "La sociedad conyugal tiene por las mejoras introducidas al bien propio solamente un crédito por su valor, y el mismo debe establecerse al hacerse la liquidación y luego de producida su disolución". (ED, t. 53, pág. 485).

c) Pago de hipoteca con dinero ganancial: C.N. Civ., Sala A, marzo 14, 1962. "Los inmuebles adquiridos con anterioridad al matrimonio, al contado, por uno de los futuros contrayentes, le son propios, aun cuando se hubiera constituido sobre éstos una hipoteca, pagadera en cuotas durante la existencia de la sociedad conyugal".

C.N. Com., Sala C, diciembre 14, 1967. "Constituye un bien propio del cónyuge el inmueble transmitido como anticipo de herencia, sin que obste a ello la circunstancia de que las hipotecas que lo gravaban se hubiesen levantado con fondos de la sociedad conyugal que, por ese motivo, tiene un crédito por su importe".

d) Subrogación: C.N. Civ., Sala C, mayo 28, 1981. "El inmueble que se compra con dinero de alguno de los cónyuges viene a pertenecer como propio al cónyuge de quien era el dinero, por subrogación real".

C. 1ª C.C. La Plata, Sala III, diciembre 21, 1972. "Si las sumas obtenidas en la venta de un bien propio han servido para adquirir otro inmueble, este bien es propio, aunque dicha cantidad no haya alcanzado a solventar íntegramente el precio de compra; ello, sin perjuicio del derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal".

LOS FALLOS VINCULADOS CON EL TEMA

La jurisprudencia tradicional vinculada con el tema, con distintos fundamentos y ante circunstancias diversas, solía inclinarse por la inexistencia de los bienes mixtos y fue evolucionando en los últimos años, fundamentalmente a raíz de los cuestionamientos formulados por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, al exigir el cumplimiento del art. 1277 del Cód. Civil cuando se trataba de actos de disposición de inmuebles en parte propios y en parte gananciales, dado que ese organismo participa de las opiniones de Guaglianone.

Esa posición contaba con el antecedente de la declaración de la VII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Rev. del Not., año 1970, pág. 2130).

A pesar de que para algunos la actuación del organismo registral en el tema no era pertinente, por considerarlo no habilitado para juzgar la circunstancia aludida, y las polémicas existentes al respecto, con expresiones doctrinarias disímiles, prosperó judicialmente la posibilidad de control del asentimiento conyugal, al obtener un fallo plenario de la Cámara Nacional

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de Apelaciones en lo Civil (Rev. del Not., año 1977, pág. 1006).

También en la provincia de Buenos Aires existen resoluciones judiciales contradictorias. Entre los últimos fallos pueden recordarse, por un lado, el de la C. Apel. C.C. de Bahía Blanca, Sala I, de diciembre 1° de 1988. En esa circunstancia se expresó: "En el régimen patrimonial del matrimonio, los bienes son propios o gananciales; y si bien el Código no estableció una prohibición terminante en punto a la naturaleza mixta de ciertos bienes de la sociedad conyugal, adoptó soluciones que tornan evidente su imposibilidad, tales como los casos relativos al acrecentamiento material (art. 1266), los de consolidación del usufructo (art. 1270), e, incluso, la solución dada a las mejoras (art. 1271), que genera el derecho a la compensación".

"El valor no puede per se determinar la naturaleza jurídica de un bien por la sencilla razón de que el criterio «económico» no consulta los motivos jurídicos que fundamentan la atribución de calidad, sino que sólo refieren la caracterización posible a un resultado matemático; de este modo, no sólo resulta aleatorio algo que no puede serlo... sino que incluso el sistema así pensado no ha dado satisfacción a los casos en que los valores en juego fueran equivalentes, imponiendo en este supuesto, para nada excepcional, la necesidad más aleatoria aún de definir su calidad por la «ganancialidad presumida» con fundamento en la regla general propia del matrimonio in dubio pro communitate que si bien es aceptable cuando se trata de establecer el carácter de un bien adquirido con aporte simultáneo de fondos propios y gananciales, no goza de igual autoridad cuando el problema es definir su naturaleza frente a aportes sucesivos de fondos de diverso origen en que ya no se trata de determinar ab initio su carácter, sino de mutar su eventual naturaleza".

"Cuando un bien ha sido adquirido con aportes sucesivos de fondos propios y gananciales, debe estarse a la calificación que le confiere el título de origen y no a la determinada por el desembolso económico mayor, sin perjuicio del derecho de compensación, que dicha contribución genere" (ED, t. 134, págs. 451 y siguientes).

Posteriormente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 24 de mayo de 1992, estableció la siguiente doctrina: "El art. 1264 del Cód. Civil admite explícitamente la posibilidad de condominio de partes indivisas propias entre cónyuges y nada impide que pueda haberlo respecto de partes indivisas gananciales o de parte indivisa propia de un cónyuge y ganancial del otro" (LL, 26/10/92).

El primer cambio de la jurisprudencia hacia la tesis dual tuvo lugar a raíz de una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B en el año 1959 (caso "Bonomi").

En tanto, en la Capital Federal, distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones fueron produciendo pronunciamientos diferentes. Así, en 1986, con muy poca diferencia de tiempo, hubo resoluciones que siguieron criterios desiguales. Sobre la materia se dieron cronológicamente los siguientes fallos:

a.1) Autos "Labayru, J.M. s/recurso de recalificación", Sala G, febrero 6 de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1986. Revoca la resolución de la Dirección del Registro de la Propiedad Inmueble que exigía la necesidad del asentimiento previsto en el art. 1277 del Cód. Civil, en virtud de tratarse de bienes mixtos. Debe tenerse en cuenta que en este caso se expresa:..."Los antecedentes expuestos permiten concluir, sólo a los fines de este recurso, que respecto a los vendedores el inmueble transmitido tiene carácter de bien propio, por lo que resulta innecesario el asentimiento previsto en el art. 1277 del Cód. Civil que motivara la observación del Registro, admitiéndose así los agravios del recurrente".

Esta sala, en el caso, resuelve la revocatoria del fallo por dos fundamentos esenciales: 1) La experiencia judicial no admite el condominio entre cónyuges y la sociedad conyugal; así una amplia corriente interpretativa adjudica el bien a la masa que abonó la mayor parte del precio, dejando a la otra un derecho de crédito... Esta tesis de la calificación única en función de la masa mayor tiene un sólido apoyo en el art. 2334 del Código que, frente a cosas que forman un todo, sin poderse distinguir la accesoria de la principal, dispone que "se tendrá por principal la de mayor valor" e incluso el art. 1266 in fine, que para determinar el emplazamiento le da preeminencia al cónyuge a quien correspondía la especie principal". 2) Los arts. 1276 y 1277 del Cód. Civil no prevén situaciones creadas por un régimen de calificaciones duales (conf. Zannoni).

b.1) Con fecha 9/9/86, la Sala F, en autos "Gatti, Osvaldo Luis s/apelación resolución Registro de la Propiedad Inmueble", no hace lugar a la apelación interpuesta por el escribano interviniente y, en consecuencia, confirma la resolución del Registro de la Propiedad Inmueble que exige la conformidad prevista por el art. 1277 del Cód. Civil, reconociendo en el caso de autos la existencia de un bien mixto, es decir, que una parte pertenece al cónyuge propietario de la porción propia originaria (porción recibida por herencia) y la sociedad conyugal. En este caso se deja también constancia de que el argumento referido al carácter declarativo de la partición no puede operar, pues no ha cesado la situación de condominio, ya que existen otros condóminos, lo que lleva a considerar que la nueva porción tiene el carácter que le otorgan las condiciones de su adquisición - oneroso y durante el matrimonio - conforme a las normas generales sobre ganancialidad.

c.1) En autos "Verni, Armando José s/apelación resolución", de fecha 26/11/86 (Sala E), el apelante afirma su convicción de que un bien no puede tener un doble carácter, no puede ser al mismo tiempo propio y ganancial. El tribunal, luego de manifestar enfáticamente una realidad que aún hoy se mantiene vigente, habida cuenta que a ella nos encontramos abocados en esta oportunidad, en el supuesto del cónyuge propietario de una alícuota cuyo carácter propio es indiscutible (recibido por herencia) y que posteriormente adquiere con fondos, también indiscutiblemente gananciales, otra alícuota del mismo inmueble, parte de la doctrina (minoritaria) considera que nos encontramos ante el caso típico de un bien de naturaleza mixta, pero, y he aquí lo que en la actualidad se ha receptado:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"... siempre y cuando no haya adquirido la totalidad de las otras partes indivisas, pues en tal hipótesis, por el efecto declarativo de la partición entre los condóminos debe considerarse... la totalidad del bien como propio". Por otra parte, la doctrina mayoritaria es la que afirma la calidad única de la totalidad del bien, en cualquier proporcionalidad dominial. Se apoya esa doctrina mayoritaria en las disposiciones que, interpretativamente, deben hacerse de los arts. 1266, 1270 y 1272 del Cód. Civil.

Asimismo, y conforme Guastavino, la transferencia de otras porciones indivisas no es la de nuevos derechos dominiales, sino que es el "acrecentamiento funcional" de derechos preexistentes. Ese acrecentamiento no variaría en su origen el título o la causa, asimilándose al derecho que, sobre las mejoras efectuadas en un bien propio de uno de los cónyuges y con fondos de la sociedad conyugal, sería aplicable "el derecho de las recompensas".

También expresa el tribunal que: "... la aplicación de los arts. 1266, 1270 y 1273 del Cód. Civil no cabe extenderla por analogía a otros supuestos y que el condominio justamente consiste en la coexistencia de distintos titulares, o sea de distintas calidades de un mismo bien inmueble, calidades que bien pueden referirse a personas distintas o a caracteres distintos, como lo son las calificaciones de propia o ganancial de las porciones indivisas".

d.1) En junio de 1988, la misma Sala E, en autos "Fariña, Luis O.E. s/ contencioso administrativo", vuelve a adherir al fallo precedentemente relacionado y agrega: "...Que tratándose la distinción entre bienes propios y gananciales de materia de orden público, debe estarse a la calificación otorgada por la ley, pues la circunstancia de que se refiera a partes indivisas de un mismo bien no exige un encuadre diverso, ni por el derecho positivo ni por la naturaleza de las cosas, pues la normativa invocada por la tesis monista (arts. 1266, 1270 y 1272 del Cód. Civil) tiene su justificativo en las hipótesis que contempla y no cabe extenderlas por analogía a otros supuestos. Finalmente, cabe añadir que el condominio que surge consiste justamente en la coexistencia de distintos titulares, o sea, de diversas calidades en el derecho respecto de las diferentes cuotas partes de un mismo bien inmueble, calidades que bien pueden referirse a personas distintas o a caracteres distintos, como lo son las calificaciones de propia o ganancial de las porciones indivisas".

II. EL FALLO PLENARIO "GREGORIO O. SANZ" (15/7/92). DOCTRINA SENTADA POR LA MAYORÍA. LA POSICIÓN DE LA MINORÍA

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en pleno resolvió en el citado fallo la siguiente cuestión: "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".

A. LA POSICIÓN DE LA MAYORÍA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La mayoría que sentó la mencionada doctrina sustentó su opinión en los siguientes fundamentos:

- a) La ausencia de normas legales expresas sobre el particular.
- b) El efecto declarativo de la partición y extinción del condominio (arts 2695 y 2696 del Cód. Civil).
- c) La idea de la unificación de la propiedad, que ha sido constante en Vélez Sársfield, quien a través de diversas normas evidencia el disfavor con que observa las comunidades, tratando de desalentarlas, lo que conduce a sostener que no es armónico con este lineamiento del Código la cotitularidad de partes propias con partes indivisas que están en comunidad.
- d) La forma en que se resuelven en la legislación casos similares (arts. 1266, 1270 y 1272, Cód. Civil).

Como se ve, el alcance del fallo se limita al caso que reúna las siguientes características:

- 1) Que uno de los cónyuges sea titular de partes indivisas con carácter propio de un bien determinado.
- 2) Que ese mismo cónyuge adquiriera a título oneroso las restantes porciones indivisas con dinero ganancial, pasando a ser titular de la totalidad del bien.

El campo de aplicación surge nítido, no sólo por el tema de la convocatoria y el alcance del plenario (art. 303, Cód. Procesal), sino también por los fundamentos de la mayoría.

En efecto, se expresa en apoyo del caso que se resuelve: " implica, entonces, la posibilidad de establecer en otros casos una calificación dual, es decir, considerar propias y gananciales a las distintas partes indivisas cuando el cónyuge que tenía una porción propia no adquiere la totalidad de las restantes" (conf. C.N.C., 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 esa fundamentación, arribándose a la calificación dual en un fallo de la Sala B (conf. "Bonomi s/sucesión" del 12/6/59, LL, 95, pág. 600), ya que "siendo la mujer propietaria de la porción propia fue el marido quien adquirió posteriormente las restantes porciones...".

B. LA POSICIÓN DE LA MINORÍA

La minoría llegó a la solución opuesta sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a) La ausencia de normas legales expresas sobre el particular en nuestra legislación.
- b) Ante el silencio de la ley y las dos soluciones posibles, debe optarse por la que sea fiel reflejo de la realidad y garantice a los cónyuges una real protección de sus respectivos aportes; así como a terceros sobre los bienes que constituyen la garantía de sus créditos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Parece indiscutible que la posibilidad de reunirse en un mismo bien la calidad de 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, sea que concurren con otros condóminos extraños.

d) El régimen patrimonial del matrimonio es de orden público y los bienes propios o gananciales según las previsiones de la ley a que están sometidos, no pudiendo ni el régimen matrimonial ni las previsiones de la ley alterarse por una interpretación extensiva de otros institutos que resultan extraños a los principios en que se sustentan.

e) El art. 2696 del Cód. Civil no resulta aplicable al caso, toda vez que esa norma regula los efectos de la partición entre condóminos, pero nada establece cuando pueden verse afectados los derechos de terceros - en el caso 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 mano remedio alguno para impedirlo.

f) La cuestión que se examina es muy particular dentro del régimen patrimonial del matrimonio, pero los problemas que suscita la calificación de los bienes son múltiples: empleo simultáneo de fondos propios y gananciales en la adquisición del bien, empleo sucesivo de fondos gananciales y propios, y, dentro de éstos, la adquisición de las restantes partes indivisas o de algunas de ellas. Frente a estas múltiples cuestiones, las soluciones deben ser congruentes por integrar distintos aspectos de una cuestión que debe ser globalmente analizada. De lo contrario, para hipótesis que tienen identidades sustanciales se dan soluciones opuestas. Tal lo que ocurre en el caso en análisis, el caso "Gatti", el caso "Bonomi" (ya citado por la mayoría), y el caso de parte indivisa ganancial de un cónyuge y la adquisición de las restantes porciones con bienes propios, donde se acepta la calificación dual. (conf. Borda, "Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal", LL, 1983 - A - 836 y siguientes). Finalmente, el caso en que un cónyuge sea originariamente titular de parte indivisa ganancial de un bien, y el otro adquiera con fondos propios otra parte indivisa del mismo bien que no sea la restante. Aquí se dice que hay un condominio en parte propio y en parte ganancial.

El doctor Gargano funda su voto en estos argumentos:

a) Los efectos retroactivos de la partición no se extienden a la sociedad conyugal, pues la determinación del carácter propio o ganancial de un bien responde a reglas propias de esa sociedad.

b) No es lo mismo bien en condominio que bien ganancial, lo que está perfectamente explicado en la nota al art. 1264 del Cód. Civil, y para disponer o gravar partes indivisas gananciales es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (arts. 1276 y 1277, Cód. Civil).

c) Los supuestos previstos en los arts. 1266 y concordantes del Cód. Civil no guardan analogía con el sometido a examen y responden a otros fundamentos que el efecto declarativo de la partición o a que en la cuota de condominio esté la potencialidad del todo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La doctora Alvarez, a su vez, agrega que: 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.

III. ALCANCES DEL CITADO FALLO. LA RESOLUCIÓN TÉCNICO REGISTRAL N° 4/92 DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL

La doctrina de la mayoría en el fallo plenario que nos ocupa es de aplicación obligatoria en el ámbito de la Capital Federal y respecto del caso específico contemplado en él. Ello, por imperio de lo dispuesto en nuestra Constitución Nacional y la consiguiente órbita de aplicación del Tribunal que lo dictó.

En cuanto a su vigencia temporal, es indefinida, en tanto no sea modificado por otro fallo plenario de la misma Cámara. Ello podría ocurrir por varias causas, que se señalan sólo como hipótesis posibles, pero no necesariamente aptas en todos los casos: a) Que se modificara la legislación sobre el régimen patrimonial de los bienes (hay proyectos presentados a tal efecto). b) Que un cónyuge dedujera recurso extraordinario por entender que la solución es violatoria de su derecho de propiedad (art. 19, Constitución Nacional) o por entender que la solución dada es manifiestamente arbitraria y, por ende, violatoria del art. 18 de la Constitución; que la Corte Suprema de Justicia aceptara que el recurso tiene sustento constitucional (la interpretación de normas de derecho común que no tiene sustento constitucional no autoriza el recurso extraordinario), y que la Corte decidiera lo contrario. c) Caben otras hipótesis posibles que no es del caso analizar aquí.

Como ha quedado de relieve, la teoría monista adoptada se refiere exclusivamente al supuesto de que, mediando una adquisición primera de parte indivisa de un bien, con carácter de propia, el mismo titular reúna luego la totalidad del dominio del mismo bien, adquiriendo el remanente durante la existencia de la sociedad conyugal a título oneroso.

El registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, enrolado en la tesis dualista, frente a la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno (caso "Sanz"), ha acatado la doctrina allí establecida.

Así dicta la disposición técnico registral N° 4/92. Mediante ella, dado que sus resoluciones son recurribles ante la Cámara citada, dispone aplicar como obligatoria en la calificación de los documentos traídos a registración la doctrina del mencionado plenario, transcribiendo su texto, de modo tal que quede claro que no se hace ninguna aplicación ni interpretación extensiva.

En síntesis, no considera para nada ni el supuesto inverso (adquisición de parte indivisa originaria con carácter de ganancial), adquisiciones que no lleguen a reunir la propiedad de la totalidad del bien, como tampoco ningún otro de los casos a que se ha hecho referencia al relacionar el fallo. Y ello es acorde con la propia posición de la mayoría en el plenario y con mucha más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

razón, con la de la minoría que en otros casos consideran admisible aceptar la calificación dual de los bienes.

IV. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES

A través del desarrollo de este trabajo se han efectuado menciones y referencias a casos en los que la aplicación de la teoría monista adoptada por la mayoría sería de difícil y aun imposible aplicación. Es así como el plenario "Sanz" da solución a uno solo de los múltiples aspectos que en el régimen patrimonial matrimonial se originan con motivo de los bienes mixtos o en parte propios y en parte gananciales.

Sólo haremos una breve mención a algunos de ellos:

a) Es frecuente ver en escrituras de compras otorgadas por ambos cónyuges o uno solo de ellos la constancia relativa al empleo de fondos de diverso carácter (propios y gananciales, propios de uno y gananciales del otro, compra efectuada por uno solo dejando constancia de que una parte del dinero empleado es propia y otra es ganancial, etc.), teniendo las manifestaciones aludidas el alcance de presunción de conformidad con lo establecido por el art. 1246 del Cód. Civil.

Al respecto hay autores y aun decisiones judiciales que se han inclinado por otorgar al bien el carácter que tenga la mayor parte del dinero empleado (propio o ganancial), con el consiguiente conflicto cuando los valores utilizados con diverso carácter son iguales, donde parece estrellarse la tesis monista con una valla infranqueable, y donde se ha llegado a sostener que el bien es ganancial por aquello de que in dubio pro communitate, que lo único que proporciona es una salida práctica, pero en modo alguno justa.

b) Casi siempre, como consecuencia de disposiciones administrativas (especialmente referidas a construcciones efectuadas o a realizar, como también por cuestiones impositivas), se hace necesario en diversas oportunidades proceder a unificar distintas parcelas de un titular en una única. Puede ocurrir que ellas, si bien son del dominio de una misma persona, revistan caracteres distintos (propias y gananciales). ¿Qué carácter revestirá el inmueble unificado resultante? Es evidente que ninguno de los argumentos utilizados por la mayoría en el fallo plenario que nos ocupa puede dar solución al interrogante y no cabría otra posibilidad que considerarlo como bien mixto

c) No se alcanza a comprender cómo ni cuándo funcionarán las compensaciones de los créditos entre cónyuges o entre uno de ellos y la sociedad conyugal o los herederos del otro, ya que, de conformidad con lo sostenido por la mayoría, para la disposición de un bien que se encuentre comprendido en el alcance de lo resuelto, el titular puede proceder a la enajenación por sí solo, no siendo necesario ejecutar la apertura del sucesorio del otro cónyuge en el caso de fallecimiento, y pudiendo ser casi seguramente ilusorio hacer efectivo el crédito en la sucesión del titular que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ya dispuso, debiendo esperarse para ello a su fallecimiento.

V. CONCLUSIONES. NUESTRA OPINIÓN

A. Coincidimos en lo esencial con la opinión de la minoría.

Con respecto a la posición de nuestro Codificador en relación con las fuentes que tuvo a la vista y su concepto de las diferencias entre parte pro indivisa y bien ganancial, es de destacar que se sostiene en las posiciones de mayoría y de minoría - y es exacto - y también lo citamos al comienzo del presente, que Vélez conocía perfectamente y tuvo a la vista como fuentes el art. 1408 del Cód. francés, que dispone que la adquisición hecha por uno de los esposos que era propietario ya de una porción indivisa no tiene carácter ganancial; y el chileno, cuyo art. 1729, seguido por el 1956 del Cód. uruguayo, admite una solución distinta, por cuanto en la misma hipótesis declara que pertenecerá pro indiviso a ese cónyuge y a la sociedad a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de lo que haya costado la adquisición del resto. Ante el silencio del Codificador, se expresa, hay que inclinarse por alguna de las dos soluciones.

Ello es, como se dijo, exacto, siempre y cuando no se concluya en la existencia de un condominio entre cónyuge y sociedad conyugal - salvo para el caso de las porciones pro indivisas propias de distintos cónyuges.

Da pie a esta interpretación la nota al art. 1264 en la que Vélez Sársfield caracteriza las diferencias entre partes pro indivisas y bien ganancial, en la que establece que los bienes donados, o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador o testador, y, a falta de designación, por mitades a cada uno de ellos.

La referida nota expresa: "En algunos códigos y en muchos escritores se dispone que los bienes donados o dejados en testamento al marido y mujer conjuntamente pertenecen a la sociedad. Bello, en una nota al Tít. 22 del Cód. de Chile, dice así: «No es lo mismo pertenecer una cosa a la sociedad, que pertenecer a los dos cónyuges en común. Un ejemplo lo manifestará: se lega una hacienda a ambos cónyuges. Mientras está pro indiviso, la mujer tiene tan real y verdadero dominio en ella como el marido; el marido no puede enajenar la hacienda sin las formalidades necesarias para la enajenación de los bienes raíces de la mujer, al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el solo dominio de ella, que es como cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiese pertenecido pro indiviso, la división le habría dado el dominio exclusivo de la mitad de una cosa social, lo cual, mientras dura la sociedad es contra derecho. La hacienda, como propiedad de ambos cónyuges, puede, durante la sociedad, dividirse entre ellos, si fuese haber social no podría dividirse".

Por tanto, es lícito concluir que si, ante el silencio del Codificador, se opta por la calificación dual del bien, a lo que nada se opone, debe encuadrarse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la situación como un bien económico funcional mixto, en el que cada parte indivisa conserva sus características, y al que sólo pueden aplicársele las reglas del condominio en cuanto no sean incompatibles con el régimen de la sociedad conyugal.

B. La solución que propugnamos es acorde con la explicación de Vélez en la recordada nota al art. 1264 del Cód. Civil, a su actitud de silencio frente a las soluciones propugnadas por legislaciones que tuvo a la vista. Si no establece la solución del Código francés es porque no la comparte. Y si no establece la solución del Código chileno, es porque tampoco la comparte. No establece la solución del Cód. francés, en tanto entiende que el bien ganancial pertenece en común a ambos cónyuges; por ello y por afectar derechos de terceros no le confiere carácter declarativo a la partición donde un cónyuge dispone de los bienes del otro. A su vez, tampoco acepta la tesis del condominio entre cónyuge y sociedad conyugal y por ello no consagra la solución del Cód. chileno. No hay por qué subestimar a nuestro Codificador. Su genio jurídico y su carácter realista, cualidad esta última que es consecuencia de practicar durante muchos años la profesión de abogado, su pragmatismo cuando era necesario disciplinar la vida de relación, la circunstancia de haber establecido específicamente todos los otros supuestos de excepción al principio ordenador del régimen patrimonial conyugal (caracterización por la causa de adquisición); la concordancia y congruencia casi perfecta para su tiempo con que legisló el régimen patrimonial del matrimonio permiten inferir que su supuesto silencio fue sólo un modo claro, concreto y congruente de establecer una buena solución, que no era acorde con ninguna de las dos que tenía a la vista.

C. En cuanto al carácter declarativo de la partición, corresponde señalar que, en la nota al art. 3503, Vélez señala por qué establece el carácter declarativo de la partición, en los siguientes términos: "Por las leyes romanas la partición era asimilada a la venta. Nosotros sentamos el principio contrario, que resuelve mil dificultades".

La idea es clarísima. Resuelve todas las dificultades entre los condóminos Pero no se extiende a los derechos de los que no son condóminos (El donante puede revocar la donación de parte indivisa, el permutante reivindica la permuta de la misma parte; el usufructo sobre cosa indivisa persiste, etc.) Salvo disposición en contra, a todos los efectos que la legislación norma, los terceros conservan intactos sus derechos sobre la parte indivisa y, en su caso, sobre la cosa. Por tanto, el cese del condominio no puede realizarse en perjuicio de terceros - en el caso del cónyuge - porque en tal caso se le conferiría carácter traslativo y no declarativo a la partición, en tanto el cónyuge - tercero en la situación - se vería despojado de los derechos que la ley le confiere. Interpretación ésta concordante con el deseo del legislador de conferirle a aquél la actualización de su derecho potencial (arts. 1276 y 1277, Cód. Civil). Las normas no pueden ser interpretadas a contrapelo de la evolución legislativa (ley 11357, reforma ley 17711), que tienden a la actualización del derecho del cónyuge, en tanto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como lo señala el mismo Borda, la regla de oro para interpretar la reforma de la ley 17711 es la aplicación del principio interpretativo: "ley posterior deroga ley anterior en lo que sea incompatible con ella".

D. En lo que respecta a la idea de la unificación de la propiedad y al repudio del Codificador y de nuestra legislación a su desmembramiento:

a) Creemos en primer lugar, que lo que preocupaba a Vélez, en consonancia con su reconocida postura liberal en lo jurídico y económico, es que se consagrara el desmembramiento de la propiedad, en tanto dicho desmembramiento estorbara o dificultara la explotación de la riqueza que genera más riqueza. Dentro de ese contexto debe verse la idea de la unificación de la propiedad. Por eso, determina que los derechos reales sólo pueden crearse por ley, y suprime aquellos que considera que pueden dificultar la explotación de la riqueza (censos, capellanías, enfiteusis, derecho de superficie, etc.). Pero consagra otros (condominio, uso, habitación, usufructo, etc.) que considera que no dificultan la explotación de la riqueza generadora de más riqueza. Y hasta permite su carácter vitalicio en algunos casos (usufructo). En cuanto al derecho de condominio, permite pactar la indivisión por tiempo determinado.

La creación de la propiedad horizontal y las actuales tendencias de tiempo compartido, parcelas de cementerios, clubes de campo, etc. muestran la misma tendencia; de lo que se trata es de favorecer el tráfico comercial e inmobiliario generador de riquezas, más que de unificar la propiedad. La especie (unificación de la propiedad) se mantiene en tanto y en cuanto sirva al género: explotación de la riqueza por la sociedad.

b) Los casos que se citan por la mayoría, en el fallo, como indicadores de que el titular de la porción pro indivisa tiende en la legislación a ser considerado como con vocación a la totalidad del dominio de la cosa obedecen a otros principios de derecho. En el caso de la defensa que se confiere al condómino de la totalidad de la cosa, a asegurarle su derecho de defensa en juicio, protegido por los principios procesales que consagran que el interés es la medida de la acción, y por tanto si para defender mi parte es necesario oponerme a cualquier acción que se dirige contra la totalidad de la cosa mi derecho a la defensa es innegable, unido al principio procesal que consagra que en caso de litisconsorcio necesario activo o pasivo (caso de los condóminos) las resoluciones que recaigan, incluida la sentencia, benefician o perjudican a todos ellos, por imperio de los alcances de la cosa juzgada y de la necesidad de evitar el escándalo jurídico de las sentencias contradictorias. El principio tiene además raigambre constitucional (art. 18, Cons. Nacional). El goce en común es aplicación del derecho real de condominio y en caso de abandono si no se quiere sustentar los gastos e impuestos que demande el mantenimiento de la cosa y consiguientes acrecentamientos de los demás condóminos, en la asunción por éstos de dichas cargas e impuestos.

c) Creemos sinceramente que no puede afirmarse tampoco que el Codificador fuera enemigo de las comunidades de bienes, sino cuando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ellas dificultaran la explotación de la riqueza o no fueran convenientes para mejor disciplinar la vida de relación.

Prueba de ello, incluso, es que dentro de los variados regímenes existentes para reglar las relaciones patrimoniales entre cónyuges, eligió precisamente el de la comunidad conyugal y lo estableció además con carácter legal imperativo y de orden público. Si para decidir entre normas o principios de derecho encontrados hay que recurrir, dentro de las instituciones legisladas en nuestro derecho, por el de mayor valor, como buena norma interpretativa, es del caso puntualizar que, aun dentro de su reconocida posición liberal, Vélez Sársfield, siempre sensato, no dudó un instante en adjudicar a la institución familia tanto o más valor que a la riqueza misma. Es del caso mencionar, ante los anunciados proyectos de reformas a la legislación patrimonial sobre el matrimonio, para mantener el necesario equilibrio entre los distintos valores que sustentan el derecho, y para comprender cabalmente, más allá de las doctrinas en boga, cómo el derecho, herramienta para disciplinar la vida de relación, debe encontrar sensatamente los principios adecuados al compás de los tiempos a cada institución que legisla, sin extender indebidamente a cada una de ellas los principios que sólo son aplicables a otras instituciones que responden a otros principios y compatibilizando adecuadamente cada uno de ellos con la institución que se propone legislar.

d) Tal nuestra opinión en ese aspecto; la solución al caso propuesto debe buscarse dentro de la institución del régimen legal que con carácter imperativo legisla sobre el aspecto patrimonial del matrimonio, tal como actualmente existe, pero sin lesionar los principios esenciales de la institución ni violar los derechos recíprocos e iguales de los cónyuges.

E. En otro orden de cosas, pero siempre dentro de la hermenéutica jurídica, todos los principios interpretativos son a nuestro juicio favorables a la interpretación minoritaria del fallo plenario, en razón de que con ella se respeta:

- 1) El principio de seguridad jurídica. Los bienes nacen y mueren con el mismo origen (en el caso la parte indivisa).
- 2) El principio de imperatividad de la ley, que reviste el régimen patrimonial de los bienes.
- 3) El principio de congruencia, al mantener inalterable la causa de adquisición, que consagra el carácter propio o ganancial de los bienes en todos los casos posibles de caracterización de partes indivisas de distinto carácter de un mismo bien registrable. Las excepciones son sólo eso, e impuestas para los supuestos en que haya imposibilidad manifiesta de proceder de otro modo, en cuyo caso y sólo en él se establece la recompensa.
- 4) La actualización del derecho del cónyuge que viene consagrando incesantemente nuestra legislación sobre los bienes gananciales (ley 11357, ley 17711, etc.), que de un mero derecho potencial se va transformando en derecho actual, sin necesidad de esperar la cesación de la calidad de cónyuge o su muerte para que esos derechos se tornen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

operantes para él o sus herederos.

5) El principio de justicia, al no derivar para tiempos lejanos el uso y goce del derecho que es común, porque es fruto del esfuerzo común de ambos cónyuges, y que, como consecuencia de esa derivación, para cuando el matrimonio se deshace por desavenencias entre ellos o muerte de alguno de ellos, se torna muchísimas veces ilusorio.

6) Se refleja la realidad económica y jurídica, a lo que tiende toda la legislación moderna, incluida la de sociedades civiles y comerciales, donde, dejándose de lado en todo lo posible la teoría de la ficción del ente ideal, se tiende a desentrañar la realidad objetiva para legislar acerca de los derechos y obligaciones de sus componentes y su relación con terceros.

7) Se refleja la realidad impositiva, en momentos en que entre nosotros comienza a comprenderse en toda su extensión.

8) Se respeta también la obligación de interpretar siempre y en igualdad de situaciones, sobre las mismas bases (no vemos cómo ha de resolverse con equidad el caso de la adquisición simultánea con fondos de distinto carácter de la primera parte indivisa o de la totalidad de la cosa, sin incurrir en incongruencias).

9) Queda, asimismo, respetado el principio de que para caracterizar basta el estudio del título del derecho y el informe del Registro (ley 17801 y concordantes).

10) El principio que consagra el aforismo *res inter alios acta...* queda totalmente a salvo.

11) El principio que consagra el *nemo plus iuris...*, con la salvedad del art. 1051 del Cód. Civil en su texto actual, queda a salvo.

12) Se respetan no sólo los derechos de los cónyuges sino los de los demás interesados: herederos, acreedores y, en general, todos aquellos que tengan un interés legítimo que defender.

Creemos que la postura sustentada por su sencillez, justicia, verdad del reflejo jurídico y económico y congruencia es la más adecuada para disciplinar la vida de relación, principio éste que cuando caben dos interpretaciones posibles, se señala como decisivo para optar por la más conveniente para ese objetivo esencial del derecho: disciplinar la vida de relación.

BIBLIOGRAFÍA

Allende, Alberto, "El bien de naturaleza mixta en la sociedad conyugal. Importancia para el derecho notarial de su calificación", Rev. del Notariado, N 706, pág. 1475.

Belluscio, Augusto C., Manual de derecho de familia, Buenos Aires, 1988.

Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino, Familia, I, Ed. Perrot.

Fassi, Santiago C. y Bossert, Gustavo A., Sociedad conyugal, Buenos Aires, 1977.

Gowland, Alberto Jorge, "Bienes propios y gananciales: concurrencia de aportes. Calificación del bien", ED, t. 134, 450.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Guaglianone, Aquiles H., régimen patrimonial del matrimonio, Buenos Aires, 196X, y Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Buenos Aires, 1965; 81

Guastavino, Elías P., "La calificación dual de los bienes del matrimonio, LL, 123,11.

Mazzinghi, Jorge A., Derecho de familia, 11, Ed. Abeledo - Perrot.

Nostro de Seghetti, Nilda L. y Seghetti, Roberto, "Caracterización de las panes indivisas registrables gananciales propias en cabeza de un solo cónyuge", Rev. del Notariado.

Pelosi, Horacio L., "El fallo plenario «Sanz»". Exposición en la Academia Argentina .

Vidal Taquini, Carlos H., Derecho de familia. El régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, 1977.

Zannoni, Eduardo A., Derecho de familia, Buenos Aires, 1978.

¿PUEDE UN BIEN SER PROPIO Y GANANCIAL A LA VEZ?

Las facultades de calificación del Registro de la Propiedad Inmueble. Cinco salas de la Capital Federal, en sendos fallos, con doctrinas opuestas. El plenario "Sanz"(*) (293)

JOSÉ MARÍA LABAYRU

1. La sociedad conyugal no es un sujeto de derecho y, por ende, no puede adquirirlos. Luego no puede ser titular de dominio, ni de condominio, ni de ningún derecho real o personal.
2. La calificación legal de los bienes del matrimonio en propios y ganancia - les, al aplicarse al derecho real de dominio o condominio de una cosa, es excluyente. Propio o ganancial, no las dos características al mismo tiempo.
Es la teoría "monista"; dentro de ella estaremos:
 - a) al mayor valor del aporte, en adquisiciones simultáneas;
 - b) al acrecentamiento funcional y a la retroactividad declarativa, dispuesta por el art. 2695 del Cód. Civil, en las adquisiciones sucesivas; y
 - c) a la presunción de ganancialidad, ante la imposibilidad de las pruebas o en los casos de duda, estipulada en el art. 1271 del mismo cuerpo legal.
3. Es admisible el condominio entre cónyuges, y cada condómino calificará su porción ideal, conforme a las reglas expresadas precedentemente
4. La ley registral 17801, al otorgarle facultades calificadoras de control de legalidad, fue taxativa: a) formas extrínsecas (art. 8°); b) titularidad registral de disponente, a fin de respetar el tracto sucesivo (art 15); y c) que la nueva registración no sea incompatible con la existente o se oponga a medidas cautelares o de derechos reales registrados (arts. 17 y 30 a 32)
5. El plenario "Feidman ", si bien amplió las facultades determinadas en el apartado anterior, lo hizo debido a una interpretación teleológica de la ley pero con carácter supletorio. El Registro califica las facultades del disponente sólo cuando el autor del documento no lo ha hecho. En nuestro tema y a título de ejemplo, si éste ha dicho propio, el registrador no puede contradecir esa calificación, diciendo ganancial.

SUMARIO

I. Bienes propios y gananciales. II. Casos en que para la adquisición de un