

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿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 calificadorias 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bien determinado han existido causas que lo calificarían como ganancial y otras que lo calificarían como propio. m. Tesis dualista y tesis monista. IV. La doctrina. V. Jurisprudencia. VI. Un cuestionado plenario y las facultades de calificación del Registro de la Propiedad Inmueble. VII. Los cinco recursos y el plenario "Sanz". VIII. Conclusiones finales.

I. BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

El Código Civil distingue en bienes propios, ya sean de la mujer (dotales) o del marido y gananciales o comunes. Los primeros son todos aquellos que se llevan al matrimonio o que posteriormente se adquieren por herencia, donación o legado (art. 1272, Cód. Civil). Los segundos, en principio son aquellos que se adquieren desde la celebración del matrimonio y hasta su extinción, con las salvedades expresadas. Queda fijada también una presunción de ganancialidad para toda adquisición onerosa, a no ser que se pruebe que la constituyó una reinversión de bienes o valores propios (arts. 1271, 1246 y 1266).

II. CASOS EN QUE PARA LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN DETERMINADO HAN EXISTIDO CAUSAS QUE LO CALIFICARÍAN COMO GANANCIAL Y OTRAS QUE LO CALIFICARÍAN COMO PROPIO

El problema se plantea cuando para la adquisición de un bien se han empleado, sucesiva o simultáneamente, fondos propios y gananciales; o se ha adquirido, sucesivamente, parte de un bien de un modo que lo calificaría como propio o ganancial, y otras partes, luego, de un modo que lo consideraría con un carácter distinto.

Antes de tratar las hipótesis propuestas, aclararemos que si la titularidad de esas partes corresponde a los dos cónyuges a la vez, estaremos frente al condominio entre cónyuges (art. 1264 del Cód. Civil y su nota). Un condominio especial, indivisible. También dejamos sentado que la sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica, ya que no es una sociedad⁽¹⁾(294). Vélez la llamó de esa manera, no para significar la creación de un ente distinto de los cónyuges, con personería jurídica diferenciada de sus integrantes, sino para resaltar el papel de igualdad entre ellos, igualdad en jerarquía y dignidad, que significaba una reivindicación del papel que otrora le había tocado jugar a la mujer; igualdad, a la hora de liquidar la sociedad conyugal, pero no igualdad en las funciones, sin menoscabar ninguna de ellas, donde la mujer tenía un papel preponderante como madre de los hijos en su crianza y educación, ya otorgado por la naturaleza misma, la señora del hogar; y el marido, en la - protección de ella y de sus hijos y en la obtención del sustento para toda la familia. Papel preponderante de cada uno de ellos, no exclusivo ni excluyen, - te. Partía de la base de las diferencias del hombre y de la mujer, sin desconocer su igualdad en cuanto a la jerarquía y dignidad, como dijimos (véase nota a la sociedad conyugal)⁽²⁾(295) (Continuación de nota)⁽²⁹⁶⁾ (Continuación de nota)⁽²⁹⁷⁾

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Entendemos, anticipando nuestra posición al respecto, que un bien debe ser propio o ganancial y no las dos cosas al mismo tiempo, porque la relación del titular del derecho con la cosa es distinta; en uno u otro supuesto, fundamentalmente formará parte de los bienes a partir, a la disolución de la sociedad conyugal, o no formará parte de esa masa. También durante su vigencia hará falta el asentimiento del art. 1277 o no, según caiga en una u otra clasificación.

III. TESIS DUALISTA Y TESIS MONISTA

Para solucionar las hipótesis expresadas, se han formulado dos tipos de soluciones: una, la llamada "dualista", que sostiene la inexistencia de inconvenientes para que un bien de titularidad de un cónyuge, para cuya adquisición han existido causas que lo calificarían de una forma y causas que lo calificarían de otra. Según los casos propuestos, gozará de las distintas calificaciones al mismo tiempo. Dividen el bien en partes indivisas, del mismo titular, algunas propias, otras gananciales. Serían los llamados "bienes mixtos". Así ha sostenido Aquiles Horacio Guaglianone(3)(298) que la posibilidad de reunirse en un mismo bien la calidad de propia, en cuanto a determinada parte alícuota, y una ganancial, en cuanto a la otra, no ofende ningún principio fundamental; como que la calidad dual de un bien resulta consecuencia natural del art. 1272 del Cód. Civil cuando coinciden sobre un bien un título propio y una adquisición onerosa durante la sociedad conyugal, no correspondiendo aplicarse la regla de la accesión que sigue el art. 1266 del citado cuerpo legal en la hipótesis de adquisiciones sucesivas de partes alícuotas de un mismo bien.

También adhiere a ella Carlos N. Gattari, quien en su trabajo "Unicuique suum: bienes propio - gananciales(4)(299)", sostiene: ". . . la necesidad económica de un veraz determinismo patrimonial que en el matrimonio impone la aplicación jurídica de la definición de justicia...: unicuique suum (a cada uno lo suyo).

La otra tesis, la monista, a la que adhieren Borda, Belluscio, Rébora, Mazzinghi, Guastavino, Zannoni, Vidal Taquini, Arata, Falbo, Alterini, entre otros, observa que un determinado bien, cuya titularidad posee uno de los cónyuges, no puede ser propio y ganancial al mismo tiempo. Ontológicamente es una cosa o es la otra. Respeta el principio de identidad. El dominio sobre una cosa indivisa es todo propio o todo ganancial, ello sin perjuicio del crédito que pudiera tener la sociedad conyugal o el otro cónyuge, según el caso, por el valor en que se benefició ya sea la sociedad conyugal, con aportes propios del otro cónyuge, ya sea uno de los cónyuges que mejora o acrecienta un bien propio con aportes gananciales. Esos valores serán compensados al liquidarse la sociedad conyugal, pero no variará la calificación del bien. Esta recompensa se desenvuelve en la órbita del campo obligacional. La calificación del bien está en la esfera de los derechos reales. Sostener lo contrario sería admitir que en la venta de un bien, habiéndose cumplido con los requisitos legales del título y modo para la transferencia y diferido el pago del 50 por ciento del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precio, el comprador no habría adquirido el dominio de la totalidad, sino de la mitad indivisa.

Es incompatible el doble carácter del bien; la ley ha regimentado en forma distinta la propiedad, la administración, la disposición y hasta la sucesión de un bien, según cayera en una u otra calificación legal, propio o ganancial. Se es varón o mujer, no existe un tercer sexo.

En las hipótesis que trataremos, al liquidarse la sociedad conyugal, ya sea por divorcio o por causa de muerte, que son las hipótesis más comunes de disolución, formarán el cuerpo de bienes sólo aquellos calificados como gananciales; los propios y del cónyuge supérstite no entrarán en la sucesión, ni formarán la masa a partir, en los casos de disolución por divorcio. Sí se deberán compensar los valores con que se mejoraron estos bienes o se acrecentaron las partes indivisas en que uno de los cónyuges ya tenía otras a título propio, o a la inversa, si fuere el caso. Esos valores, como se dijo deberán ser compensados, pero lo que se traerá a la masa será el valor y no la cosa misma o la parte indivisa de la cosa o la mejora. De la misma forma que el donatario colacionará el valor con sus coherederos y no el bien donado que fue irrevocablemente adquirido, como dice Vélez en su nota al art. 3477 solución en la que se aparta del Code.

La teoría dualista es incompatible también con la lectura correcta que debe hacerse de lo que es la sociedad conyugal que, como hemos expresado precedentemente, no es una persona jurídica; las relaciones que crea tienen efectos entre los cónyuges, casi no trascienden con relación a terceros, y con la lectura correcta de lo que es el dominio y el condominio. "... Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa..."(5)(300).

El condominio es sobre cosas funcionalmente indivisas. La indivisión es esencial por definición (art. 2673), no existe condominio sobre bienes que no sean cosas (art. 2674). El condómino no tiene derecho exclusivo a ninguna parte determinada, sino que su derecho se relaciona con toda la cosa (art. 2676). Su parte es ideal. Materialmente su limitación consiste en no deteriorarla en su interés particular (art. 2684) y en no impedir el goce de los restantes condóminos. En el derecho del condómino está el germen potencial del dominio y de allí surge el carácter declarativo de la extinción del condominio (arts. 2695, 2696 y 2697).

La teoría monista es la aplicación de la línea de pensamiento de nuestro Código en materia de edificación y plantación, al no dividir el derecho de propiedad, cuando de dos cosas, suelo y semillas o suelo y materiales de edificación, se ha formado una sola cosa, al menos jurídicamente, y le atribuye el dominio de esa cosa a uno solo de los sujetos. Antes había dos propietarios; después de la unión indivisible, hay uno solo; y todo sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho aquel de los dos propietarios que fue desplazado en el derecho real, quedando sustituido su derecho por otro creditorio o personal, el de la referida indemnización por el valor. No puedo reivindicar la cosa (arts. 2587, 2588 y 2589 y sus notas); o de la adjunción, donde también elige a uno de los dos propietarios anteriores, el de la cosa principal (arts. 1294 al 2600), teniendo en cuenta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para calificar de indivisible una cosa no sólo la faceta material, sino la jurídica, en cuanto al aprovechamiento material y no destructivo de los bienes o al de la accesión (art. 2571 y su nota, con la transcripción de Marcadé).

Corolario de toda esta línea de pensamiento es el art. 1266, que atribuye el carácter de propio al bien adquirido por permuta de otro de ese carácter o con dinero propio y los aumentos materiales de los bienes que tenían ese carácter cuando forman un solo cuerpo, por cualquier causa.

Independientemente de lo estipulado en el art. 1272 ("Son también gananciales... Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges"... - párrafo 7° -), la aparente contradicción se resuelve siguiendo la línea general establecida. El dominio de la cosa incorporada es propio (derecho real de dominio). El valor de la mejora y no la mejora misma es ganancial, con derecho a recompensa al liquidarse la sociedad conyugal (derecho creditorio)(6)(301). Distinta sería la solución si la mejora es separable de la cosa principal a la que ha accedido, sin disminuir su valor; entonces, la cosa principal y la mejora accesoria no serían jurídicamente una cosa, sino dos, y cada una tendría su propia clasificación según la causa.

Vélez Sársfield, al redactar el título de la sociedad conyugal, tuvo en vista, como lo enseña Zannoni(7)(302), dos ordenamientos legales, que para el caso que tratamos, tienen soluciones diferentes: el Código Civil francés y el Código chileno.

El Código Napoleón, en su art. 1408, dispone: "La adquisición hecha durante el matrimonio a título de licitación o de otro modo, de la parte de un inmueble de que uno de los esposos fuera propietario pro indiviso, no es ganancial, quedando a salvo la indemnización a la comunidad por la suma que haya aportado para esa adquisición."

El Código de Andrés Bello consagra la solución inversa, preceptuando su art. 1729: "La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas pro indiviso y de que durante el matrimonio se hiciese dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá pro indiviso a dicho cónyuge y a la sociedad conyugal, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de lo que haya costado la adquisición del resto."

El Código Civil uruguayo, que entró en vigencia con posterioridad al nuestro, en el proyecto Acevedo (coautor con Vélez del Código de Comercio argentino) siguió la solución del art. 1408 del Code, pero en su texto definitivo aprobado cambió de tesitura, adoptando la del Código chileno.

Nos parece imposible que Vélez ignorara el problema; conocía muy bien ambos ordenamientos legales citados y que fueron fuentes de muchas normas del nuestro. Tampoco creemos que no se haya definido. A nuestro entender, optó por seguir el Código francés; consideró suficientes las normas referidas con anterioridad para llegar a la solución elegida.

IV. LA DOCTRINA

Así lo entendió la casi totalidad de la doctrina que ha tratado el tema, - como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Guillermo A. Borda(8)(303)" .. Pero si el título de adquisición es anterior al matrimonio, el bien pertenece al adquirente, sin consideración a la proporción pagada con dineros propios o gananciales... igual solución se ha dado - al caso de un inmueble, una de cuyas partes indivisas fue recibida en herencia por uno de los esposos, quien abonó el resto del precio a sus coherederos para desinteresarlos en el condominio con dinero ganancial...". Augusto César Belluscio(9)(304) sostiene: "Finalmente puede ocurrir que un cónyuge sea dueño de una parte de una cosa con carácter propio y adquiera

0; otra parte indivisa con dinero ganancial". En tal situación, consideran Rébora, Mazzinghi y Guastavino que las nuevas partes indivisas tienen también carácter propio, sin perjuicio del crédito en favor de la sociedad conyugal por el dinero ganancial invertido.

Eduardo A. Zannoni(10)(305), citando numerosa jurisprudencia, concluye: "Si ese cónyuge recibió por herencia una cuota parte indivisa respecto de un inmueble, incorpora a su patrimonio los derechos que crea la relación de comunidad que, para él y en el caso - por aplicación de los arts. 1272 y 1271 -, determina el contenido de un bien patrimonial calificado de propio, es decir, no ganancial. Esto es lo fundamental. El cónyuge inviste a título propio la relación de comunidad. Si después acrece su cuota parte por adquisición con fondos de origen ganancial, por ejemplo, lo único que varía es la extensión de sus derechos de participación en el aspecto cuantitativo de la relación de comunidad; pero, en cambio, no varía en su origen el título o causa que determina la relación de comunidad misma. Y si adquiere la totalidad del bien, lo hará resumiendo en sí el conjunto de partes indivisas que establecieron aquella relación de comunidad. Adquirirá, entonces, como comunero, las cuotas que determinaron cuantitativamente la relación, propia en su origen...".

Carlos H. Vidal Taquini (11)(306), de conformidad con Troplong, al que citaremos también en este trabajo, comenta: "...Si un cónyuge, titular de una parte indivisa propia, adquiere después otra o aun el otro cónyuge con fondos gananciales, tendrá carácter de propio, ya que prevalece la calidad de aquella parte...". Coincidimos en el concepto general, no para el caso de que la otra parte indivisa la adquiera el otro cónyuge a su nombre. Estaríamos frente a un condominio entre cónyuges, como ya adelantamos precedentemente.

Roberto Mario Arata(12)(307) expresa: "A la disolución de la sociedad existiría el derecho de demandar el aporte del marido para la cancelación de la deuda, pero sin que la situación varíe la calidad del bien propio que poseía el inmueble."

Miguel N. Falbo(13)(308), al comentar el último párrafo del art. 1272 del Cód. Civil, anterior al apartado dispuesto por la ley 17711, dice: "Tanto en el caso de las mejoras que se incorporan al bien propio de uno de los cónyuges, como lo que se ha gastado para mejorar un derecho propio, revisten el carácter de propio (art. 1266), sin perjuicio...".

En igual sentido, Elías P. Guastavino(14)(309) trata profunda y casuísticamente el tema, y también el reconocido Jorge A.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mazzinghi(15)(310).

Troplong, al comentar el art. 1408 del Code, fuente del nuestro, ha ido mucho más lejos, al sostener: "... que si una mujer tiene entre sus bienes propios la mitad de un inmueble indiviso, con otra persona, y su marido le compra a éste la otra mitad durante la comunidad, lo ha hecho por su mujer; se le considera como que ha querido hacer cesar la indivisión y procurar a su mujer la cosa entera, con el mismo título con el que poseía ya la mitad".

V. JURISPRUDENCIA

En igual sentido, es decir por la tesis monista, se ha inclinado la amplia mayoría de los tribunales que han tratado el tema; al respecto podemos citar los siguientes fallos de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal:

* El del 29 de marzo de 1951, de la Sala B, suscrito por los doctores J. Ramiro Podetti, Agustín Alsina y Saturnino F. Funes, en que se sostiene: "...la sucesión plantea el problema de que el inmueble tiene el carácter de propio y ganancial simultáneamente, lo cual no es fundado si se atiende a la circunstancia de que la adquisición por parte del causante de lo que correspondía a sus condóminos importa introducir una mejora en el inmueble y como tal se alcanza lo dispuesto en el 1272 y concordando esta norma con la contenida en el 1266 del Código Civil, fluye necesariamente aquel carácter..."(16)(311).

* El del 17 de marzo de 1978, suscrito por los doctores Félix R. de Igarzábal y Jorge Escuti Pizarro, en el que se lee: "...A ello conduce, conforme lo preconiza la tesis adoptada, la aplicación analógica de los arts. 1270 y 1272 del Cód. Civil que, con referencia a la consolidación del usufructo y a la redención de servidumbre u otros derechos reales resuelve el problema asignando carácter propio al bien respecto del cual se ha consolidado el usufructo o redimido la servidumbre o hipoteca y tanto en esos casos como en el del condómino se produce una reintegración del dominio pleno. Adviértase que la adquisición de las partes indivisas por uno de los condóminos no debe interpretarse como la transferencia a su favor de nuevos derechos dominiales, sino como el acrecentamiento funcional de un derecho preexistente ..." (17)(312).

* El del 8 de junio de 1976, Sala C, en el punto 4° del voto del doctor Jorge H. Alterini, en el que se expresa: "...Es sabido que si para la adquisición de un bien concurren fondos propios y gananciales, tanto la doctrina autoral como la jurisprudencial dominante concluyen en que debe optarse por calificar al bien de propio o ganancial, desde que en principio no cabría la calificación dual y a los efectos de dilucidar la calidad del bien se atiende a cuál ha sido el mayor aporte, ya propio, ya ganancial...". Adhieren a este voto los doctores Augusto César Belluscio y Santos Cifuentes(18)(313).

* El del 14 de diciembre de 1976, Sala D, donde el doctor Noé Quiroga

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Olmos dice en su voto: ". . . estableciendo la jurisprudencia que, si la parte del precio pagado con dinero propio es mayor que la otra, el bien se considera propio, reconociéndose en favor de la sociedad conyugal un crédito por el saldo...". Votan en igual sentido los doctores Eduardo A. Coghlan y Emilio P. Gnecco(19)(314).

* El del 21 de febrero de 1978, Sala E, en el que el doctor Néstor Cichero sostiene en su voto: "... se adapta al criterio tradicional de distinción entre bienes propios y gananciales que pone el acento en el origen de los bienes o del dinero con que se los adquiere ... dado que en principio no cabe la calificación dual y debe optarse por atribuir al bien carácter ganancial o propio ..". Adhieren a este voto los doctores Marcelo Padilla y Jorge F. Fliess(20)(315).

* El del 6 de junio de 1979, donde en el voto del doctor Félix R. de Igarzábal, punto 5º), se dice: "... ello de acuerdo al principio adoptado por nuestra jurisprudencia en el sentido de que un bien sería propio si los fondos propios con que se lo adquirió fuesen mayores, y ganancial en caso contrario...". Adhieren a ese voto los doctores Jorge Escuti Pizarro y Alfredo Di Pietro(21)(316).

* El del 23 de diciembre de 1981, de la Sala A, compuesta por los doctores Alberto J. Bueres, Carlos E. Ambrosioni y Patricio J. Raffo Benegas, quienes expresan: "... el origen de los fondos con que se cubre el precio de la adquisición debe ser tachado de superfluo porque de todos modos la regla impuesta en la materia por el art. 1266 del Cód. Civil indica que todo bien ingresado por subrogación real de los bienes propios sigue esta misma condición ... baste la causa o título anterior para que la cosa incorporada sea propia...". "... Y no interesa, por consiguiente, 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... cuando aquel título de adquisición es previo al matrimonio..."(22)(317)

* El del 22 de abril de 1950, Sala 2ª, donde el doctor Miguel Sánchez de Bustamante expresa: "... voto por la revocatoria de la sentencia y que se declare bien propio del cónyuge supérstite las fincas de las calles... y se reconozca a la sociedad conyugal un crédito a su favor por la cantidad de..." A ese voto adhieren los doctores César H. Méndez Chavarría y Miguel Bargallo(23)(318)

* El del 2 de junio de 1926, Sala 2ª, donde con conceptuosos votos de Lagos, Senillosa y Salvat, adhiriendo a este último los doctores Gigena y Loza, sientan jurisprudencia en tal sentido(24)(319).

La jurisprudencia de la misma Cámara, originada en recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas del director del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, que imponía su postura dualista, la comentaremos por separado en este mismo trabajo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. UN CUESTIONADO PLENARIO Y LAS FACULTADES DE CALIFICACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

El fallo dictado el 27 de julio de 1977, en acuerdo plenario, por la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos "Escribano Mauricio Feidman interpone recurso de recalificación sobre las actuaciones del entró 8911/74"(25)(320), fijó la doctrina legal aplicable en cuanto a las facultades del Registro de la Propiedad Inmueble, con relación al control de los instrumentos presentados para su registración, del poder de disposición impuesto a las partes por el art. 1277 del Cód. Civil.

La mayoría (11 votos) se apartó de la posición fijada en otros fallos de distintas Salas de la misma Cámara, tales como la Sala A del 28 de marzo de 1969 y del 14 de julio de 1970(26)(321) y los de la Sala C del 26 y 27 de julio de 1974(27)(322), en los que se entendió que el asentimiento requerido por ese art. 1277 interesa al fondo del acto y, en consecuencia, vedado al poder de calificación del registrador, que sólo abarca las formas extrínsecas (art. 8° de la ley registral), la titularidad registral del disponente, a fines de respetar el tracto sucesivo (art. 15 de la misma ley); y que la nueva registración "rogada" no choque o sea incompatible con las medidas precautorias u otros derechos reales, previamente inscritos (arts. 30 a 32 de la misma ley 17801). Fue la postura de la minoría (6 votos) la que sostuvo: "... que fuera de esos supuestos, que resultan expresamente de los textos legales, no existe otra posibilidad prevista de examen de requisitos sustanciales de los actos jurídicos registrables o de los documentos que comprueban su otorgamiento...".

Tanto la mayoría como la minoría que votó en disidencia citan a Carlos A. Pelosi(28)(323), quien había señalado como primer antecedente mediato de nuestra ley 17801 la Ley Hipotecaria Española de 1944/46, que en su art. 18 facultaba al registrador para calificar no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la validez de los actos de disposición contenidos en los documentos presentados, en cuanto resultase de ellos y de los asientos registrales.

El anteproyecto del decreto ley 11643/63 de la provincia de Buenos Aires también sigue los pasos de la mencionada Ley Hipotecaria Española, al expresar: "El registro calificará bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicita y la validez de los actos dispositivos que contengan por lo que resulte de ellos y de los asientos del registro".

Pero el art. 7° del citado decreto ley 11643/63 se aparta de su anteproyecto y elimina de las facultades del Registro el poder de calificación de "...la validez de los actos dispositivos...". Tal eliminación fue trasladada a la ley 17417 (local para la Cap. Fed.), antes de la reforma de 1968, que le dio jerarquía constitucional a los registros de la propiedad inmueble, y a la 17801, vigente en el orden nacional desde el 1° de julio de 1968, juntamente con la citada reforma del art. 2505 del Cód. Civil, introducida por la 17111

La trascendental importancia que tiene la eliminación de la frase expresada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la interpretación de la ley fue debidamente merituada, como se ha dicho, tanto por la minoría disidente, como por la mayoría, pero a pesar de ello, esta misma la descarta para la solución del conflicto, prefiriendo soluciones finalistas, más propias del legislador que del "intérprete de la ley" y en ese sentido expresó: "... lo que permite concluir que la calificación ... de la validez de los actos dispositivos ... es reconocida al Registro, pese al intento de impedir esas atribuciones, frustrado por la subsistencia de normas sólo explicables en tanto el registrador pueda acceder al fondo del acto que se quiere inscribir."

En sus considerandos, también se preguntó si la exigencia del art. 1277 se trataba o no de una cuestión que entraba dentro del concepto de "formas extrínsecas" o "formalidades". La respuesta parece ser por la negativa, al expresar: "... III. Aunque se entienda que el problema del asentimiento conyugal excede la noción de formalidades o de «formas extrínsecas»...". No obstante lo cual, la mayoría consideró que el Registro podría controlar esa exigencia.

Al comentar el fallo de la Sala C, del 26 de julio de 1974(29)(324), que niega esa facultad al registrador, transcribe sus argumentaciones: "...Si se facultase al Registro a detener inscripciones de títulos afectados de nulidad relativa por vicios sustanciales no comprendidos entre los que la ley expresamente le faculta a examinar, se conferiría a la autoridad administrativa la atribución de impedir que los actos tuviesen efectos respecto de terceros (arts. 2505 del Cód. Civil y 2º de la ley 17801), lo que ni siquiera los tribunales pueden hacer, ya que sólo pueden declarar de oficio la nulidad absoluta que resulte manifiesta del acto (art. 1047 del Cód. Civil)...". Pero relativiza el argumento transcrito porque considera que el agravio ocasionado por la falta de inscripción definitiva encuentra solución en la inscripción provisoria (180 días) o en los recursos de recalificación ante el registrador; de apelación ante el director del Registro; o en el contencioso administrativo ante la Cámara Civil. Sin advertir que al otorgar al Registro, prima facie, esas facultades, negadas a nuestro entender por la ley, se coloca al ente administrativo en una posición de fuerte privilegio en la interpretación de las leyes de fondo, que desnaturaliza su función. En la práctica, quienes solicitan la publicidad requerida por las leyes para la oponibilidad frente a terceros, de un documento que requiera su inscripción, ya sea el que contenga un derecho real o una medida precautoria o su levantamiento, están urgidos por esa inscripción. Ante la observación del registrador, tenderán en la gran mayoría de los casos a cumplir con lo que éste les pide, sin discutir la razón que les asiste. Es la razón de la fuerza del poder, la razón de la burocracia, la razón "del que está detrás del mostrador". Porque de lo contrario tendrán que seguir un largo camino de recursos y esperar un prolongado tiempo, que en muy pocos casos la urgencia de la vida transaccional o sus clientes, necesitados de la inscripción, les permitirán seguir. Así, para citar sólo un ejemplo, además del tema objeto de nuestro trabajo, sobre la posibilidad de la existencia de "bienes mixtos en la sociedad conyugal" (sic), vemos cómo la Cámara en lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil, Sala A, declaró en el fallo del 11 de agosto de 1988, dictado en los autos "Santamarina, Miguel N. A.", la inconstitucionalidad del art. 125 del decreto 2080/80. Transcurridos tres años de éste, sin embargo el Registro seguirá insistiendo con su postura de no admitir la inscripción de hipotecas constituidas en moneda extranjera, en contra de la doctrina legal que surgía de ese fallo.

Argumentó que sólo era obligatorio para ese caso concreto y sostuvo su actitud de no inscribir esas hipotecas. Mídanse la gravedad y la desprotección del acreedor que lleva aparejadas esa postura, basada en posiciones doctrinales minoritarias, dentro del tema en cuestión. Es imposible ignorar la realidad extrarregistral, en nuestro país y en ese tiempo, en materia de contratos de mutuo con garantía hipotecaria, en que la voluntad de las partes se dirigía a que el monto del privilegio quedara plasmado, en forma clara y sin lugar a dudas, en moneda extranjera (en dólares estadounidenses, para ser más precisos); contaban en su apoyo con la opinión de muy autorizados autores (Alterini, Jorge H.), para no citar más que uno, entre los numerosos trabajos sobre el tema con las ponencias aprobadas en las V Jornadas de Derecho Civil y con fallos jurisprudenciales como el expresado. Sin embargo, a pesar de ello, las hipotecas debían hacerse como quería el registro. Es la referida fuerza de la burocracia ("la razón del que está detrás del mostrador"). El acreedor que exige que se constituya una hipoteca, en seguridad de su crédito necesita del título inscrito a la brevedad. No puede darse el lujo de que le tarden más de un año en inscribirlo y de tener que seguir toda la vía administrativa, donde le será denegada la publicidad requerida, más el recurso ante la Cámara Civil, con el riesgo propio del fallo judicial, donde no se puede tener la seguridad del resultado. Obviamente, ningún notario al asesorar a las partes podrá hacerles correr el riesgo de que vieran perder su privilegio, ante la falta de publicidad del documento cuya inscripción se requiere y es denegada o inscrita provisoriamente, porque al vencer los 180 días, en principio ésta caduca como si nunca se hubiera efectuado. Así, las hipotecas se constituían de una forma en la provincia de Buenos Aires y de otra en la Capital Federal, dado que el registro de aquélla admitía la consignación en moneda extranjera.

Sólo dos recursos se han interpuesto sobre el tema: "Santamarina, Miguel N. A." y "Labayru, José María s/ recalificación", habiendo recaído en ellos sentencias de la Cámara Civil, en contra de lo sostenido por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal .

Es atendible que un mismo código de fondo o una ley dictada por el Congreso de la Nación, en virtud de las facultades delegadas por las provincias en el inciso 11 del art. 67 de la Constitución Nacional, sea interpretado de una forma distinta por tribunales de distintos estados provinciales, pero no es concebible que tremendas disyuntivas, como la referida recientemente en cuanto a las hipotecas en moneda extranjera, la posibilidad de una cesión de derechos, luego de inscrita la declaratoria de herederos o la calificación de un bien de la sociedad conyugal, dependan de las distintas y anárquicas interpretaciones efectuadas por el órgano

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrativo, encargado de realizar la publicidad y no de fijar la doctrina legal aplicable en la interpretación de las leyes de fondo.

La solución al tema con relación a las hipotecas en moneda extranjera llegó el 16 de abril de 1991 con el dictado de la disposición técnico registral 1/91 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, el que ante la sanción de la ley 23928 cambió de criterio.

Han pasado más de diecisiete años desde el plenario "Feidman", que indudablemente alentó posturas de paulatino incremento de facultades en cuanto al poder de calificación del Registro. En su momento, ante la desprolijidad que significaba la inscripción de un título, donde se dispusiera de un inmueble al que le faltara el asentimiento conyugal cuando éste era requerido por el art. 1277 del Cód. Civil, se optó, por "motivaciones finalistas", otorgándole al Registro de la Propiedad Inmueble facultades de control relativas al poder de disposición de las partes que la ley le había negado. Así la mayoría textualmente sostuvo: "no subestimamos el valor de los razonamientos de la tesis que niega las mentadas facultades al registrador, pero si como mera hipótesis conceptual se admitiera que la fuerza de convicción de ambas orientaciones, la que sustenta la mayoría del Tribunal y la restrictiva, son igualmente fundadas, motivaciones finalistas definirían la cuestión en favor de la postura que adoptamos".

No tuvieron en cuenta, o mejor dicho, teniéndolo en cuenta no lo consideraron gravitante, que, aunque el título se inscribiera sin el consentimiento del cónyuge, esa inscripción no lo subsana (art. 4° de la ley registral), que ese acto de disposición seguiría siendo inoponible al cónyuge afectado o a los propietarios no registrables, en caso de que éste hubiera fallecido y no se hubiera inscrito la adjudicación del inmueble todavía. Que la protección que el art. 1051 brinda a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe requiere el pertinente estudio de títulos, para poder considerar a ese tercero de buena fe. Que el citado art. 4° de la ley registral impide que esa buena fe esté basada sólo en la publicidad registral. Que antes de la calificación registral el título es calificado y confeccionado en sede notarial, donde la generalidad de los escribanos, siempre, ha asumido en plenitud, como naturales depositarios de la fe pública, la relevante función calificadora que les cabe, el interés superior de la comunidad, para repetir las palabras del voto predominante y no sólo en una "mayoría". Así, en el punto XII del fallo citado: "La interpretación que auspiamos no pretende alentar un ejercicio irrazonable de la facultad calificadora del Registro que la exposición de motivos de la ley 17801 quiso que fuera limitada - aunque sin precisar sus alcances -, sino, antes bien, que la generalidad de los notarios y no sólo la gran mayoría como en la actualidad, como naturales depositarios de la fe pública, asuman en plenitud la relevante función calificadora que les cabe en aras del interés superior de la comunidad".

Y así, aunque se sostenga que ese plenario "no pretendió alentar un ejercicio irrazonable de las facultades calificadoras del Registro"; que el Registro sólo debía calificar taxativamente ese supuesto, para el caso de que el autor del documento no lo hubiera calificado; que la calificación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

registral era supletoria, etc. El plenario no lo pretendía, pero igualmente lo logró.

Las facultades del registrador, en la práctica y sin sustento legal, fueron ampliadas, a cada pretensión de limitarlas; en los casos concretos, el Registro esgrime el comentado plenario, que aplica con relación al asentimiento conyugal del art. 1277 y a cualquier otro tema que pueda presentársele, tal como el motivo del presente trabajo, relacionado con la calificación de un bien dentro de la clasificación legal de propio o ganancial. Cinco recursos fueron interpuestos ante la Cámara Civil por el mismo tema por los notarios autores del documento que habían calificado de propio el bien en cuestión, y el Registro se consideró facultado, basándose en ese plenario, a revisar esa calificación efectuada por el escribano, habiéndose dictado sendos fallos, en los que distintas salas no han tenido una posición uniforme con relación al tema que nos ocupa. Todos esos fallos estuvieron interpuestos contra sendas resoluciones administrativas del director del Registro de la Propiedad, que denegaba la inscripción de escrituras públicas, cuando a su criterio un bien o partes indivisas de éste participaban simultáneamente y en cabeza de un mismo cónyuge titular de las dos calificaciones con la que la ley ha clasificado los bienes en el matrimonio, propio y ganancial, contra la opinión a nuestro entender correcta de los autores de esos documentos que pretendían inscribir, los que sostenían que la conjunción "o" es alternativa dentro de la clasificación legal; se es una cosa o la otra, ontológicamente no las dos al mismo tiempo. Dos errores fueron cometidos por esas resoluciones registrales; a nuestro entender, el primero, en calificar intrínsecamente el derecho emanado de esos documentos, cuando ya lo ha hecho el funcionario notarial que los extendió o autorizó, sin tener el registrador facultades para hacerlo, y la correcta interpretación del plenario "Feidman" (art. 8º, ley 17801); y el segundo, de haber tenido hipotéticamente esas facultades de entrar al fondo del tema, no debió seguir el camino de la doctrina minoritaria o dualista, sino que debió seguir el correcto, el de la tesis que opta por la calificación única, en el que se orienta la gran mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Por otro lado, un registrador, en caso de duda si debe inscribir definitivamente un documento o no, debe optar por el primer supuesto, ya que en nuestro sistema la inscripción no convalida ni subsana los defectos que el título legalmente pueda tener (art. 4º, ley 17801, citado precedentemente), y una inscripción incorrecta no perjudica ningún derecho; en cambio, sí la contraria, ya que la falta de inscripción puede poner en peligro o hacer perder los derechos a su verdadero titular ante la falta de protección que la ley ha otorgado a quien inscribió su título en debido tiempo.

VII. LOS CINCO RECURSOS Y EL PLENARIO "SANZ"

Cronológicamente, el primero de ellos es de fecha 6 de febrero de 1986, de la Sala G, a raíz de un recurso interpuesto a fin de inscribir una escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorizada por el suscrito, recaído en los autos "Labayru, José María s/ recurso de recalificación"(30)(325). Sostiene el fallo, con relación a las facultades de calificación, que el RPI puede controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes impuesto por el art. 1277 del Cód. Civil de acuerdo con el plenario "Feidman". Pero, con relación al carácter del bien, adopta la posición "monista" o "unitaria", correcta a nuestro entender, sosteniendo: "...que no existe la posibilidad de condominio entre un cónyuge y la sociedad conyugal, porque ésta, no siendo sujeto de derecho, no podría ser condómina, y si bien el sistema de calificación unitaria no está sancionado expresamente por el Código Civil, sin embargo, es el que surge congruentemente de sus diversas disposiciones", citando las normas de los arts. 1266, 1270 y 1272 y la opinión de Mazzinghi, Borda, Fassi - Bossert, Díaz de Guijarro, Belluscio, Guastavino y Zannoni, en apoyo de su resolución, que admite los agravios del recurrente, revocando lo dispuesto por el director del RPI y ordenando inscribir la escritura en forma definitiva.

La Sala F, con fecha 9 de setiembre del mismo año 1986, en los autos "Gatti, Osvaldo Luis s/apelación resolución RPI"(31)(326), se aparta de la doctrina del fallo anterior y en contradicción con ella, sostiene que se ha establecido: "... un condominio entre el cónyuge propietario de la porción propia originaria y la sociedad conyugal, titular (iii) de la nueva porción ganancial adquirida... La posibilidad de ese condominio se alienta en la personalidad jurídica de la sociedad conyugal ...", citando en apoyo a Fassi - Bossert y el fallo publicado en LL, t. 95, pág. 602. No compartimos la tesis que admite la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, por los argumentos expuestos precedentemente, como tampoco compartimos la exigencia de que la adquisición debe ser total, para darle a la posterior adquisición el carácter de la primera, argumento sostenido en el fallo (arts. 2695 y 2696, Cód. Civil) y que si el adquirente hubiera sido uno, en lugar de varios, hubiera llegado a un resultado totalmente opuesto al que llegó. No entendemos tampoco cómo después de citar a Olivera y Guastavino, expone que los razonamientos señalados conducirían a sostener la calificación de bien propio de las nuevas porciones indivisas, para luego negarle ese carácter por la existencia de otros condóminos, fundándose para ello en el carácter declarativo de la partición. Tampoco lo entenderá el voto minoritario en disidencia del plenario "Sanz", como veremos más adelante, ni la posición de los integrantes de esa Sala F adhiriendo al voto de la mayoría en ese plenario.

La Sala E, con fecha 26 de noviembre de 1986, sigue también el criterio citado precedentemente, en los autos caratulados "Verni, Armando José s/apelación resolución"(32)(327), reconociendo que la doctrina que sostiene que el bien en cabeza de uno de los cónyuges puede tener una calidad única (o propia o ganancial) es mayoritaria, se inclina por la contraria y cita en su apoyo un solo autor, Aquiles Guaglianone, y un solo fallo, el de la Sala B, del 12 de junio de 1959 (autos "Bonomi, Alfredo F. s/ suc.", LL, t. 95, pág. 602).

El cuarto fallo, de fecha 21 de junio de 1988, es de la Sala E, dictado en los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autos "Farina, Luis O. E. s/ contencioso administrativo", en que admite también la posibilidad de la existencia de bienes con carácter de propio y ganancial, concluyendo: "...Finalmente, cabe admitir que el condominio que surge consiste en la existencia de distintos titulares, o sea, de diversas calidades en el derecho respecto de las diferentes cuota partes de un mismo bien inmueble, calidades que bien pueden referirse a personas distintas o a caracteres distintos, como lo son las calificaciones de propio o ganancial de las porciones indivisas...". En este trabajo hemos tratado de demostrar todo lo contrario y no entendemos cómo puede conjugarse lo transcrito en el art. 2674, que preceptúa que: "No es condominio la comunión de bienes que no sean cosas", y la posición casi uniformemente sostenida de que la sociedad conyugal no es una persona, jurídicamente hablando.

El fallo del 13 de marzo de 1990 es de la Sala J dictado en los autos "Labayru, José María s/ recurso de recalificación - Registro de la Propiedad Inmueble" (expediente 86.950), en el que se aplicó la doctrina, a nuestro entender, correcta, al sentenciar: "... II. Si para la adquisición de un bien concurren fondos propios y gananciales, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria concluyen que debe optarse por calificar al bien como propio o ganancial, desde que en principio no cabría la calificación dual... Ante ello, no resulta de aplicación lo resuelto en el plenario «Feidman, Mauricio» del 27/7/77 (ED 74 - 253): ...Resuelve: Admitir el recurso deducido y ordenar al Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal que proceda a inscribir en forma definitiva la documentación acompañada y referida a la compraventa instrumentada en el carácter que queda determinado en esta sentencia...".

Ante la doctrina contradictoria de estos precedentes citados, la Cámara Nacional en lo Civil de esta Capital Federal resuelve reunirse en pleno a fin de decidir la cuestión planteada en los autos "Sanz, Gregorio O. s/recurso de recalificación Registro de la Propiedad Inmueble", y con fecha 15 de julio de 1992 ha dictado la sentencia, en fallo dividido, de la que surge la doctrina obligatoria, conforme al art. 303 del Código ritual de la Nación: "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".

El voto minoritario observa que Vélez tuvo a la vista las soluciones del Code, el camino opuesto seguido por el art. 1729 del Código chileno y del art. 1956 del Código uruguayo. Omite señalar que el proyecto de Acevedo se alineaba en la postura del Código francés, como se indica precedentemente y llega a la conclusión de que ante la falta de norma expresa cuadra inclinarse por aquella que sea cabal reflejo de la verdad y que garantice a los cónyuges una real protección de sus respectivos aportes. Disentimos del resultado del razonamiento; la conclusión de la mayoría no es reflejo de la mentira, ni ella desprotege al cónyuge no titular al otorgarle el derecho de recompensa.

Ante el silencio del Código, hay métodos de interpretación de la ley, tales como la analogía, las fuentes, la armonía de las disposiciones en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conjunto, que permiten fundamentar suficientemente la teoría monista que surge del plenario.

Para la minoría que adopta la tesis dualista, 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; sostener lo contrario repugnaría a la verdadera naturaleza de las cosas.

No compartimos el criterio. Se admite el condominio entre cónyuges, como ya se ha dicho; lo que no se admite es un condominio entre uno de los cónyuges como bien propio y ese mismo cónyuge como representante y administrador de la sociedad conyugal, ya que ésta no es una sociedad, ni tiene personalidad jurídica. En cuanto a la verdadera naturaleza de las cosas, sostenemos que ella consiste en calificar el bien en un tipo o en el otro, según corresponda, propio o ganancial (derecho real), no en los dos a la vez, y otorgar la compensación (derecho creditorio) pertinente. Si A presta a B dinero para satisfacer parte del precio de un inmueble, no por ello pasa a tener el derecho real de condominio, ni tampoco por ello queda desprotegido por el dinero aportado al tener un derecho creditorio contra B, que en principio tiene la libre disponibilidad del inmueble adquirido, en su totalidad.

Lo dicho vale de contestación a "la injusticia de esta solución (la del plenario) se evidencia con mayor claridad en hipótesis en que el cónyuge titular de algunas partes indivisas de escasa importancia, adquiridas con fondos propios, luego incorpora las restantes, con la inversión de fondos gananciales...". Si en el ejemplo anterior no se ve ninguna injusticia tratándose de extraños ¿por qué habría de verse tratándose de cónyuges? Téngase en cuenta, además, que el dinero ganancial es de administración del cónyuge titular. Tampoco creemos que exista identidad entre "una cuota indivisa" y un bien. Todos los tratados de derechos reales diferencian en mucho uno de lo otro, así como niegan que "... lo mismo es sumar partes ideales respecto de una cosa, que comprar el fondo lindero de otro que ya se tenía en propiedad ...". Tal lo sostenido por la tesis minoritaria, citando a Guaglianone(33)(328).

Contestamos, sobre la base de nuestra postura, que no, que no es lo mismo adquirir partes indivisas de una cosa que adquirir otro bien, aunque este bien esté muy cerca, o sea lindero. En este último caso, hay dos bienes perfectamente diferenciados: no existe identidad y cada uno merecerá la calificación que le corresponda. En cambio, en la suma de partes ideales, el objeto de derecho real es uno solo, con su atributo de identidad que tiene la unidad y sobre él no se podrá señalar qué parte es la propia y qué parte es la ganancial, como tampoco se podría señalar, jurídicamente hablando, si amplió la edificación de un inmueble propio, qué parte de esa unidad en ese inmueble será propia y cuál ganancial, y se deberá recurrir a la solución del Código, la del art. 1266.

Coincidimos sí con el voto minoritario, en cuanto a que debe haber coherencia en las soluciones y en la interpretación de las normas aplicables; ése es el fin de los fallos plenarios y a la luz de sus resultados analizaremos los distintos supuestos, dando respuesta congruente, en la medida de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuestras posibilidades, a los distintos aspectos de la cuestión reclamados por este voto.

a) Adquisición de partes indivisas de un bien con fondos gananciales, en que ya se tenía con anterioridad otras partes ideales de ese bien y cuya causa fuera "propia":

Todo el bien es propio (exactamente el caso del plenario).

b) Adquisición por causa "propia" de partes indivisas de un bien, en que ya se era titular de otras partes indivisas con carácter "ganancial":

Todo el bien es ganancial (el caso inverso al del plenario y por los mismos fundamentos de acrecentamiento funcional).

c) Empleo de fondos de un carácter, al adquirir un bien y pago del saldo guardando silencio o con fondos de otro carácter:

Todo el bien conserva el primer carácter, causa de la adquisición, ya propio ya ganancial (también se sigue la doctrina que surge del voto mayoritario del plenario, en cuanto al acrecentamiento funcional). Dos acotaciones: el silencio da la presunción de ganancialidad (art. 1271, Cód. Civil) a los fondos, no al bien, que seguirá la suerte de la causa.

La segunda: el Código expresamente lo contempla en su art. 1267.

d) Empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, cuando al adquirir un bien uno de los cónyuges deja constancia en la escritura del origen del dinero (art. 1246), conforme a lo dispuesto en el despacho mayoritario de las V Jornadas de Derecho Civil de 1971 y manifiesta que parte de ellos es propio y la otra parte, ganancial.

Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En este caso no se puede hablar de una primera adquisición y de otra posterior, ya que ambas son simultáneas. Habrá que recurrir al principio expuesto, y será "principal" la parte del precio en que se haya empleado mayor cantidad de fondos de uno u otro carácter. Tiene su apoyo normativo en el art. 2334 del Cód. Civil, relativo a las cosas que forman un todo, sin que se pueda distinguir lo accesorio de lo principal, en cuyo caso se tiene por principal la cosa de mayor valor.

d') En caso de ser iguales los aportes, me inclino por la solución que da al bien el carácter de ganancial, en virtud de la presunción establecida en el art. 1271. Durante la vigencia del matrimonio, la ganancialidad es la regla, los bienes propios, la excepción. En contra de lo que sostienen algunos autores de la posición "monista" que, siguiendo la solución brindada para el caso de permuta (art. 1485 y su nota), se inclinan, en este caso, por calificar de propio el bien, tal el doctor Guastavino, en la publicación citada en la nota 14 y el fallo de la Sala G del 6 de febrero de 1986, referido en la nota 30.

e) Adquisición de un inmueble contiguo, que es anexado al que ya se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poseía, ambos de distinto carácter.

Se trata de dos cosas, y cada una conservará el carácter que le corresponda. A los fundamentos expuestos precedentemente en este trabajo, cabe agregar que jurídicamente pensamos que, así como los cónyuges condóminos no pueden partir el condominio entre ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal, en virtud de la prohibición legal contenida en nuestro régimen patrimonial del matrimonio, único, legal y forzoso, tampoco pueden celebrar entre ellos un acuerdo tendiente a constituir un condominio, lo que no impide la anexión física o de hecho de las dos cosas,

f) Los restantes casos, tales como la edificación o mejora de un bien propio, con fondos gananciales o a la inversa, o la permuta de un bien propio por otro, con compensación con dinero ganancial o sin ella o la reinversión de fondos propio, no los contemplamos por estar expresamente previstos en nuestro Código y no existir, en consecuencia, diferencia de interpretación en la doctrina o jurisprudencia.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

El plenario convocado ha llegado a las mismas conclusiones que la doctrina y jurisprudencia que podríamos llamar "tradicional" sobre el tema. Pero aunque así no hubiese sido y se hubiera llegado a la doctrina obligatoria opuesta, por la que se ha inclinado el voto en disidencia de la minoría, ésta por su jerarquía y obligatoriedad hubiese sido, al igual que la que en definitiva surgió, a nuestro entender, la correcta, una contribución inestimable al derecho vigente y a la seguridad jurídica. Magistrados judiciales, órganos administrativos de publicidad, letrados, notarios y, por sobre todo, la comunidad, los titulares de esos derechos, cuyo alcance estaba discutido doctrinaria y jurisprudencialmente, saben, de una vez por todas, el alcance preciso de tales derechos y la suerte que correrá la inscripción registral de un documento en que se disponga de ellos.

Unicuique suum, a cada uno lo suyo, ha sostenido el prestigioso notarialista Gattari, enrolado en una postura contraria a la nuestra, en cuanto a la posibilidad de la existencia de "bienes mixtos", recordando la definición de justicia de Ulpiano. Sí, a cada uno lo suyo, también sostenemos nosotros, pero en la forma y oportunidad que corresponda legalmente, es decir, por medio de las pertinentes compensaciones, al liquidarse la llamada sociedad conyugal. Externamente, el bien será todo propio o todo ganancial, frente a terceros, impositivamente, en materia hereditaria, notarialmente y a todo efecto fuera de la órbita interna de esa comunidad que crea el matrimonio. Aquí, al liquidarse ésta, por medio de compensaciones, es decir, mediante el balance contable final, que terminará en la partición de los gananciales, se llegará a la igualdad en valores para cada cónyuge.

Resumiendo, de nuestra modesta contribución, podemos concluir presentando como ponencia a esta XXII Convención Notarial del Colegio de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Escribanos de la Capital Federal, lo siguiente:

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 gananciales, 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 del disponente, a fin de respetar el tracto sucesivo (art. 15°); y c) que la nueva registración no sea incompatible con la existencia 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.

LAS INEFICACIAS TESTAMENTARIAS. INVALIDEZ. REVOCACIÓN. CADUCIDAD *Estudio de las recomendaciones aprobadas en el VI Encuentro de Abogados Civilistas(*)*(329)

FRANCISCO FERRARI CERETTI(**)(330)

El testamento, en el campo técnico, se rige por las normas generales de los actos jurídicos - porque lo es el testamento, corregidas por las reglas propias que resultan determinadas, porque el testamento es un acto jurídico muy especial.

En mi extensa actuación como titular del registro N° 263 de la Capital Federal, desde el 4/1/32 hasta el 20/5/92, en que fue aceptada mi renuncia, he tenido oportunidad de expedirme en numerosas consultas del Colegio de Escribanos y de la Academia Argentina del Notariado, a la vez que instrumentar numerosos testamentos a requerimiento de particulares.

Es un tema de mi particular interés, por lo que me detengo a analizar las recomendaciones aprobadas en ese encuentro.