

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

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

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

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

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

Ampliación de fundamentos de la doctora Alvarez:

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

**Ver comentario siguiente**

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

**DE BIENES DEL MATRIMONIO**

JULIO CÉSAR CAPPARELLI (\*\*)(425)

**INTRODUCCIÓN**

El tema de la calificación de bienes del matrimonio ha sido objeto de tratamiento por la Cámara Nacional en lo Civil en pleno, a raíz de un recurso de apelación interpuesto ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

La doctrina civilista ha presentado posiciones divergentes con respecto a la calificación unitaria o dual. Como lo expresaremos más adelante, mayoritariamente optó por el criterio de que los bienes del matrimonio son propios o gananciales, sin aceptar una categoría intermedia de bienes mixtos (1)(426).

La posición contraria defendió la existencia de bienes en parte propios y en parte gananciales (2)(427). A modo de ejemplo, puede citarse el caso de un bien heredado por uno de los cónyuges, quien luego adquiere de sus coherederos las restantes partes indivisas. Desde esta perspectiva, el bien debe ser considerado de naturaleza mixta: propio, por haber recibido el cónyuge partes indivisas por transmisión hereditaria, y ganancial, por haber adquirido las restantes partes indivisas estando casado y habiendo utilizado dinero ganancial para la compra.

Asumir una u otra posición tiene efectos prácticos muy importantes.

La limitación al poder dispositivo de los cónyuges consagrada por el art. 1277 del Cód. Civil rige en la medida en que el bien registrable tenga carácter ganancial. Por el contrario, la calificación como bien propio lo excluye de la esfera de restricción legal, no requiriéndose, por lo tanto, la conformidad del cónyuge no titular para el otorgamiento de actos dispositivos sobre el bien en cuestión.

En el campo del derecho sucesorio también se refleja prácticamente la asunción de una u otra postura.

Si al bien se lo considera en parte ganancial y en parte propio, el fallecimiento del cónyuge no titular obliga a tramitar la sucesión de este último en la que han de denunciarse las partes gananciales adquiridas por el supérstite, dado que al causante corresponde el cincuenta por ciento que ha de ser distribuido entre sus herederos.

En cambio, si se adopta la calificación unitaria del bien, en caso de tratarse de un bien propio de titularidad del cónyuge supérstite, se excluye ese bien de todo trámite sucesorio. Lo que sí podrá denunciarse en su caso es el valor ganancial invertido para la adquisición del bien calificado como propio en el ejemplo que dimos, el que habrá de ser tenido en cuenta como crédito de la sucesión contra la "sociedad conyugal" disuelta por la muerte de uno de los cónyuges (3)(428).

El criterio asumido con anterioridad al plenario materia de esta nota por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal era el de la existencia de bienes mixtos, razón por la cual al rogarse la inscripción de un documento en el que se instrumentaba un acto dispositivo en relación con un bien registrable ganancial, o al menos en parte ganancial, controlaba la prestación del consentimiento prescrito por el art. 1277 del Cód. Civil y, en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

su defecto, denegaba la inscripción.

De modo semejante, para el caso de que hubiese fallecido el cónyuge no titular, atenta la calificación mixta del bien, exigía la inscripción previa o simultánea de la declaratoria de herederos dictada en la sucesión del cónyuge no titular (4).(429)

La posición asumida al respecto por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal originó recursos administrativos, los que, denegados en esa sede, fueron recurridos ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Las resoluciones de las diversas salas fueron dispares.

En la jurisprudencia de la Capital Federal, se pronunció por la calificación unitaria la Sala A en fallo de fecha 29/3/78, autos "Cetra de Pérez, América E. suc." (5)(430). Más recientemente y en el mismo sentido, la Sala G, en fallo de fecha 6/2/86, en autos "Labayru, J.M. s/recurso de recalificación".

En la postura contraria se registran los fallos de la Sala F, sentencia del 9/9/86, en autos "Gatti, Osvaldo Luis s/apelación resolución Registro de la Propiedad Inmueble", y la Sala E, en sentencia del 26/11/86, en autos "Verni Armando José s/apelación resolución" (6)(431).

Llega así a plantearse la necesidad de convocar a plenario, cuyo resultado se traduce en el fallo del 15/7/92, en los autos "Sanz, Gregorio Oscar s/recurso contencioso administrativo 031723", cuyos fundamentos pasamos a analizar.

### **LOS ARGUMENTOS DE LA MAYORÍA**

El voto de la mayoría comienza recordando que en las fuentes consultadas por Vélez se encontraban respuestas dispares, no habiéndose consagrado en el Código una opción expresa.

Efectivamente, el Codificador tuvo a la vista, entre las fuentes consultadas, las soluciones propuestas por el Código Civil francés, que en su art. 1408 opta por la calificación unitaria del bien. Por lo tanto, si el bien fue adquirido por uno de los esposos que era propietario de una parte indivisa, debe considerarse propio. El dinero ganancial empleado para la adquisición de las restantes partes indivisas originará el derecho de recompensa en favor de la comunidad por el monto abonado.

La solución opuesta la encontramos en el Código Civil de Chile, cuyo art. 1729 establece que el bien pertenecerá pro indiviso al cónyuge que tenía una porción propia y a la sociedad.

Se trata, pues, de interpretar ante el silencio de la ley.

La mayoría da dos fundamentos: a) el efecto declarativo de la partición; y b) la idea de la unificación de la propiedad en el pensamiento de Vélez Sársfield.

#### **a) El efecto declarativo de la partición**

El argumento gira en torno de lo preceptuado en los arts. 2695 y 2696. En todo condominio se es titular de una porción ideal, que se traduce en un derecho limitado en cuanto a su extensión - porque debe respetar los derechos de los restantes condóminos - , pero que recae sobre la totalidad

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

de la cosa, tanto en lo que hace al uso como respecto de la defensa del ejercicio de los derechos.

Ahora bien, la disolución del condominio confiere al adjudicatario la plenitud del dominio sobre el bien adjudicado. Por lo tanto, el fin de la indivisión hace que se lo considere como propietario exclusivo de lo que le corresponde en su lote desde el origen, es decir, como si no hubiese habido condominio.

La aplicación de este principio al caso hace decir a la mayoría que el cónyuge que tenía una porción propia, al adquirir las restantes, extiende el carácter propio a las partes indivisas adquiridas con posterioridad a título oneroso.

En esta línea de pensamiento se enrola Zannoni, quien enseña que la cuota parte indivisa constituye la medida del contenido de un derecho que se ejerce sobre la totalidad de la cosa. Así, el cónyuge que hubo partes indivisas por herencia, si después acrece su cuota parte por adquisición con fondos gananciales, lo único que varía es la extensión de sus derechos de participación en el aspecto cuantitativo de la relación de comunidad, pero no varía en su origen el título o causa que determinó la relación de comunidad misma (7)(432).

El voto de la minoría no puede negar el efecto de la partición entre condóminos, pero dice que no resulta aplicable al caso. La razón que da es que se ven afectados los derechos de un tercero que es ajeno al condominio, el cónyuge no titular.

No nos cabe duda de que el planteo debe efectuarse en el terreno del condominio. El acrecentamiento funcional del cónyuge que adquiere las otras partes indivisas opera respecto de los condóminos y, por lo tanto, se produce el efecto declarativo de los arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil.

Nos parece que la verdadera objeción reside en la posible desprotección de los derechos del cónyuge no titular.

El argumento de la minoría reconoce que nace un derecho de recompensa que se hará valer al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, pero sostiene que tal protección es inadecuada.

A ésto le agrega que además es fuente generadora de injusticias.

Detrás de esta postura, vislumbramos la tendencia a ampliar el marco de control del cónyuge no titular sobre los bienes del otro cónyuge. La calificación dual permite en tal sentido avanzar sobre la gestión de aquellos bienes que pudieran tener algún ingrediente de ganancialidad. Partiendo de la convicción de que la tesis monista "no protege adecuadamente", busca una interpretación que lleve a asegurar los derechos del cónyuge no titular. Tal posición - que no compartimos - la podríamos aceptar más como una postura de lege ferenda que como una interpretación de lege lata. Por eso nos parece importante comentar el segundo argumento sostenido por la mayoría.

**[b\) La idea de la unificación de la propiedad en el pensamiento de Vélez Sársfield](#)**

Es pacífica la doctrina que sostiene que nuestro Codificador vio con disfavor la prolongación de los estados de indivisión.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Según tal postura, el titular de partes indivisas tiene vocación a la totalidad. De ahí que la norma del art. 2692 habilite al copropietario a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, con los efectos declarativos del art. 2695 y siguiente.

Esto lleva a sostener que no es armónica con tal línea argumental la calificación dual de un bien. La mayor proporción que adquiere el condómino de los otros copropietarios no es más que el acrecentamiento de la potestad sobre la cosa. Por lo tanto, si el origen es propio, enraizado en tal origen, el derecho mayor que se adquiere ha de ser de la misma naturaleza.

La minoría, más que ver una interpretación armónica en esta postura, entiende que se trata de una interpretación extensiva inadmisibles por violentar normas de orden público, que vulnera en concreto lo establecido en el art. 1272 del Cód. Civil.

No podemos compartir tal crítica.

El art. 1272 sienta un principio general: son gananciales los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges durante el matrimonio, salvo herencia, donación o legado. Pasa luego a pormenorizar algunos casos.

En concreto serían aplicables dos párrafos: "Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges", y quizás también podríamos incluir el caso de "las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges".

Una interpretación literal de los textos citados, efectuada fuera de contexto, podría llevar a la convicción de que todo bien adquirido durante el matrimonio a título oneroso es ganancial.

Tal es el principio general, pero admite excepciones.

El art. 1266 consagra el principio de la subrogación real. El bien adquirido por permuta con otro de alguno de los cónyuges pertenece al cónyuge permutante. El bien que se adquiere con dinero de uno de los cónyuges pertenece a aquel de quien era el dinero. Se entiende que el Codificador está hablando de la permuta efectuada con un bien propio o del bien adquirido con dinero propio.

No es del caso analizar aquí en qué supuestos se opera la subrogación real y cuáles son los casos dudosos. Basta tener presente la consagración del principio.

En el mismo art. 1266, Vélez Sársfield aplica el principio de la accesión. Los aumentos que acrecen a cualquier especie pertenecen a quien correspondía la especie principal.

A la luz de este principio se entiende que las mejoras que durante el matrimonio dan más valor a un bien propio acrecen a la especie principal. Por lo tanto, las mejoras efectuadas sobre un bien propio son propias y el valor de las mejoras es ganancial, si el dinero empleado era ganancial. Así ha de ser interpretado el art. 1272 en lo referente a las mejoras, teniendo en cuenta lo preceptuado por el art. 1266 (8)(433).

El pensamiento del Codificador también está expresado en el art. 1267, que atribuye carácter propio al bien adquirido durante el matrimonio por causa o

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

título anterior. El bien reemplaza al derecho, y, si éste es anterior al matrimonio, el bien deberá ser calificado como propio.

Vélez pudo haber elegido un camino diferente. Concedor de otras soluciones legislativas, pudo haber previsto, por ejemplo, la calificación dual en el caso de las mejoras efectuadas en un bien propio con dinero ganancial. La literalidad del art. 1272, párr. 7°, y la supresión del art. 1266 habrían llevado a tal solución. El bien habría sido en parte propio y en parte ganancial. Sin embargo, sabemos que no es así.

Por lo tanto, la solución de la mayoría no vulnera el régimen previsto por Vélez y no contraría el orden público.

Para refutar tal postura, el voto de la minoría hace la siguiente objeción: "El régimen patrimonial del matrimonio es de orden público, no pudiendo ser alterado por una interpretación extensiva de otros institutos que resultan extraños a los principios en que se sustenta". Siguiendo esta línea de pensamiento, sostiene que el principio de accesión sólo puede ser aplicado para el caso concreto para el que fue previsto. Continúa diciendo que no hay prohibición legal para una interpretación dual, por lo tanto, tal criterio es admisible. Por último, concluye afirmando que los supuestos de accesión del art. 1266 no son aplicables analógicamente para resolver la cuestión propuesta, pues la adquisición de partes proindivisas no es equiparable a los aumentos materiales que acrecen la especie principal, ni al caso de aluvión ni a los demás ejemplos dados por el Codificador.

En definitiva, lo que se pretende negar es la analogía aplicada por la mayoría, para lo cual se insiste en señalar las diferencias entre uno y otro caso.

Creemos necesario, en este punto, esclarecer el significado de la analogía. Llambías sostiene que "lo esencial para el funcionamiento de la analogía consiste en que el caso no normado sea semejante sustancialmente al previsto para la norma, es decir, que uno y otro tengan uno o más elementos comunes y los demás distintos, con tal que las divergencias no sean sino accidentales". (9)(434)

Lo típico de la analogía es, por lo tanto la relación de semejanza y no la identidad. Hay semejanza cuando hay notas comunes y ciertas disimilitudes. En el caso de la analogía deben darse algunos elementos comunes y los demás, diferentes. Utilizando una terminología escolástica, podríamos decir que análogo es lo totaliter diversum y secundum quid idem. Lo que permite, por lo tanto, la interpretación analógica es que las divergencias no sean esenciales.

No queremos explayarnos sobre este tema, que exigiría una profundización filosófica, pero baste decir acá que, sin negar la existencia de algunas diferencias para el supuesto no normado expresamente, las notas comunes son lo suficientemente importantes para permitir la interpretación analógica.

**EL ARGUMENTO DE LA REALIDAD ECONÓMICA Y LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN**

El voto de la minoría considera este aspecto que nos parece importante.

Dice que, frente al silencio de la ley, cuadra inclinarse por la solución que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

mejor refleja la verdad.

Personalmente es un argumento que nos cuestiona.

La experiencia profesional nos lleva a la convicción de que la mejor solución es siempre la que refleja la realidad económica del modo más adecuado. El alejamiento de la realidad, en cambio, es fuente de desprotección e injusticia. Quizás ésta es la preocupación de los que sustentan la opinión minoritaria, postura que nos debe hacer reflexionar.

La interpretación que efectúan es movida por la convicción de que el resultado a que llegan es el mejor.

Llambías enseña que "cuando legítimamente sea dable extraer de la norma dos o más significaciones, entonces sí será ineludible optar por la interpretación que reporte el mejor resultado, o sea el más justo y conforme con las exigencias de la materia social sometida al imperio de la norma en discusión" (10)(435).

No creemos, sin embargo, que la doctrina de los bienes mixtos constituya el mejor resultado y la protección adecuada.

Si se piensa que la calificación de un bien como propio y ganancial es el mejor medio de reflejar la realidad económica y de proteger los derechos del cónyuge no titular, creemos, por el contrario, que la realidad económica se encuentra igualmente reflejada con la doctrina de la calificación unitaria mediante la aplicación de las "recompensas".

Que el bien sea calificado como propio no significa que el dinero ganancial invertido para adquirir las restantes cuotas partes se volatilice y que el patrimonio propio de un cónyuge se acreciente a expensas del común.

La determinación de las recompensas tiende a evitar el enriquecimiento injusto, restableciendo el equilibrio patrimonial.

Podría pensarse que, mediante las recompensas, la protección jurídica es inadecuada, por cuanto, frente a la insolvencia del cónyuge deudor, se ven frustrados los derechos del acreedor. Evidentemente, esto puede ocurrir, pero el caso de insolvencia como hipótesis extrema no debe llevarnos a prescindir de una interpretación legal válida para la mayoría de los casos.

Si así fuera, en idéntica situación se encontraría el cónyuge no titular frente a la insolvencia del titular de un bien propio en el que se edificó con dinero ganancial. Nadie modificaría la calificación del bien por la posible insolvencia del titular a la disolución del régimen patrimonial (11)(436).

La protección adecuada se obtiene, por lo tanto, mediante las recompensas a la disolución y liquidación del régimen. Esto vale tanto en caso de disolución en vida de los cónyuges como en el caso de disolución por muerte. En este último supuesto, los herederos deberán denunciar el crédito nacido por el empleo de dinero ganancial en la adquisición de partes indivisas de un bien de origen propio.

Quizá si puede hablarse de algún tipo de desprotección ello podría darse con respecto al régimen dispositivo previsto en el art. 1277 del Cód. Civil.

Evidentemente, la calificación unitaria sustrae al bien de la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular. Pero no otra cosa sucede en los casos de mejoras efectuadas con dinero ganancial sobre un bien propio, y a nadie escapa que el edificio construido con dinero ganancial sobre un lote propio,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

desde el punto de vista económico, es más relevante que el valor del lote sobre el que se asienta. A pesar de ello, la calificación del bien es incuestionablemente unitaria.

No parece, por tanto, equitativa la aplicación de soluciones disímiles para casos que revistan semejanza analógica, como el que fue objeto del fallo que comentamos.

Cabe recordar que el Registro de la Propiedad Inmueble, por DTR 4/92, ha resuelto aplicar como obligatoria la doctrina del fallo plenario, modificando el criterio sustentado con anterioridad.

## **INFORMACIÓN**

**COLEGIO DE ESCRIBANOS**

**MEMORIA DEL EJERCICIO 1991 - 1992**

### **INTROITO**

Se transcribe a continuación el texto introductorio de la Memoria aprobada en la Asamblea Ordinaria Anual del 24 de setiembre de 1992.

Honorable Asamblea:

Conforme lo establecen las normas estatutarias en vigencia, elevo a la consideración de la Honorable Asamblea Ordinaria del Colegio de Escribanos, cuyo Consejo Directivo me honro en presidir, la Memoria, el Balance y el Inventario General correspondientes al ejercicio fenecido el 30 de junio último.

Antes de exponer los hechos sucedidos en el presente período, séame permitido cumplir con el deber tradicional de rendir un justo homenaje a los colegas desaparecidos que ya no nos acompañan en la vida terrenal, dejando trasuntar la congoja que nos anima, los sentimientos que compartimos en el seno del Consejo Directivo al evocar, en cada singular oportunidad, su memoria. En el doloroso recuerdo se destacan las figuras de los amigos Mario Conforti, Secretario de la institución entre los años 1983 y 1984 y activo miembro de comisiones asesoras; nuestro querido Oscar Gagliardi, también miembro del Consejo Directivo entre 1969 y 1972 y eficiente colaborador del Colegio en todas sus actividades y en especial de la Revista del Notariado, y Francisco Fontbona, quien dedicó tantas horas de su tiempo e invaluable talento a la organización del Archivo de Protocolos del Colegio y del Registro de la Propiedad, sin perjuicio de su colaboración también asidua en la Revista del Notariado.

La etapa que hoy culmina transitó, en su primera fase, bajo la conducción del Consejo Directivo presidido por el escribano Jorge A. Bollini, y a partir del 15 de octubre de 1991 asumió tal compromiso el compuesto por las actuales autoridades. Ambos fueron secundados permanentemente y