

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 adquiera 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