

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Bien de Naturaleza Mixta en la Sociedad Conyugal; Importancia para el derecho notarial de su calificación() (842)*

ALBERTO G. ALLENDE

SUMARIO:

I. Introducción. - II. Análisis del problema. - III. Hipótesis que determinan la calificación en estudio. - IV. Regímenes económicos matrimoniales. - V. Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. - VI. Personalidad jurídica de la sociedad conyugal. - VII. Dominio y condominio. - VIII. Antecedentes normativos específicos de nuestro código. - IX. Posiciones sustentadas por la doctrina y la jurisprudencia. - X. Análisis crítico de las soluciones aplicadas contrarias a nuestra tesis. - XI. Procedencia de la calificación dual en las hipótesis enunciadas. - XII. Conclusión. - XIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

El derecho, estructurado por medio de las leyes, que nacen de la potestad pública, es constante, conocido y se encuentra en textos expresos, denominándosele derecho escrito. Borda (1)(843) considera que "la ley es la fuente primera y fundamental del derecho, su preponderancia sobre todas las demás es especialmente notable en el derecho civil. Hemos de ver en su momento que ninguna de las otras fuentes tiene autonomía con respecto a la ley, sino que están ligadas a ésta por un vínculo de dependencia y subordinación".

Gény (2)(844) desarrolla su obra sobre el método de interpretación y fuentes en derecho privado, positivo, abandonando la severidad tradicional que obligaba a los jueces a encontrar la solución exclusivamente en la norma escrita, aceptando el advenimiento de la costumbre cuando una situación jurídica no se encuentra expresa ni implícitamente legislada y considerando secundariamente y con reserva a la jurisprudencia y la doctrina, a las que atribuye solamente un valor moral. Pero aun el mismo Gény, en su teoría de la libre investigación científica, establece un absoluto respeto por la ley y exige su aplicación sin retaceos cuando una cuestión jurídica se encuentra normativamente resuelta.

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

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

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Dentro del régimen patrimonial de la sociedad conyugal y específicamente dentro del sistema adoptado por nuestro ordenamiento denominado de "comunidad relativa" y tipificado como obligatorio, único e inmodificable, encontramos tres masas de bienes: los propios de cada uno de los cónyuges (art. 1217, inc. 3º, 1263 y concs., 1266, 1267, 1268, 1269, 1270, 1271 y 1274, Cód. Civil) y los gananciales pertenecientes a la sociedad conyugal (art. 1251, 1272, 1273 y 1274, Cód. Civil). No nos extenderemos en el estudio de estas disposiciones, pues nuestro libro civil es bien claro al respecto, pero sí nos limitaremos a su concreta definición. Considera Borda (3)(845) de una manera general, que son "bienes propios de los cónyuges aquellos que aporta cada uno al matrimonio, los recibidos posteriormente por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquéllos". Nosotros a nuestra vez, podemos definir como bienes gananciales los adquiridos a partir de celebrado el matrimonio por cualquiera de los cónyuges por medio de su trabajo o el azar y también los ingresados mediante la renta producida por la universalidad de los bienes de ambos esposos.

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

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

La importancia que implica la correcta calificación de las tres masas de bienes, no sólo interesa a los integrantes de la sociedad conyugal, en cuanto a la facultad de disposición y administración e inclusive a la disolución de ésta, sino también a sus sucesores, el fisco y los acreedores que sobre esos bienes, según su determinación, podrán o no ejercer sus derechos. Por estas razones y las consecuencias jurídicas que ellas acarrearán, la ciencia del derecho en su afán de cumplir con las normas imperativas que regulan las relaciones patrimoniales del matrimonio en cuanto a la determinación de sus bienes, ven surgir como viable una figura que, perfectamente estructurada en nuestro código en el título de sus derechos reales, da una nueva calificación dentro del acervo económico de los cónyuges: el bien de naturaleza mixta, dual o propio - ganancial como ha sido definido por estudiosos.

El tema que hoy tocamos sin lugar a duda, se presta para la gimnasia jurídica por la ausencia de disposiciones expresas, al decir de Allende Iriarte (4)(846). "Si bien la ley no lo contempla tampoco lo prohíbe, a la concurrencia de ambos elementos (cónyuge y sociedad conyugal) en un mismo bien".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

III. HIPÓTESIS QUE DETERMINAN LA CALIFICACIÓN EN ESTUDIO

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

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

Tercera hipótesis: Adquisición de partes indivisas de un bien por un cónyuge a título propio en el cual la sociedad conyugal ya posee la titularidad de otra.

IV. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Para Planiol y Ripert (5)(847) "el régimen económico matrimonial constituye el estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones recíprocas, sea en sus relaciones con terceros".

Dentro de la legislación comparada podemos apreciar cuatro clasificaciones en esta materia, dos primeras de carácter general y dos últimas de características especiales.

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

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

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

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

Es importante consignar que, con características propias, Francia y Chile, en cuyos códigos se inspirara Vélez Sársfield, al igual que en nuestro país adoptan este sistema. Planiol y Ripert (6)(848), refiriéndose a los bienes que forman esta comunidad, expresan: "Estos bienes comunes son distintos de los propios de cada uno de los cónyuges hasta el extremo de que llegan a establecerse relaciones jurídicas entre ellos".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

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

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

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

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

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

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

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

No obstante, la doctrina ha sostenido los siguientes criterios:

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

Esta calificación es compartida por el maestro Segovia (7)(849) quien sostiene: "Que la sociedad conyugal lo mismo que la civil, es un condominio particular que se constituye desde un principio entre los socios sobre las cosas que se introducen en la sociedad y las que se adquieren para ésta, condominio particular que se hace condominio puro al disolverse la sociedad". Es indudable que esta tesis es de muy difícil defensa ya que, a diferencia del citado derecho real en la sociedad conyugal, es imposible la venta o constitución del gravamen sobre parte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alcuota alguna e inexistente el derecho de sus integrantes de poner fin a la indivisión, ni de hacer uso del derecho de abandono, características todas esenciales del condominio.

b) Es un patrimonio en mano común: Borda (8)(850) cita esta teoría tomada de la institución germánica del "Gesamnte Hand", mencionando los siguientes caracteres esenciales:

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

Sin embargo, Maynial, citado por Planiol y Ripert (9)(851) en su nota, manifiesta: "Pero no parece que la comunidad francesa tenga relación histórica con la copropiedad en mano común ("Miteingenthum sugesamnter Hand"), agregando a su vez, con referencia a esta institución, Colin y Capitant (10)(852), "no es útil recurrir a una construcción jurídica que, por exceso de sistematización, pudiera obstaculizar la evolución de la institución tan original que es la comunidad y que, además es de origen extranjero".

Como vemos, la confusión doctrinaria llega en este tema a su más alto nivel. Unos estudiosos, sin atender lo preceptuado por nuestro codificador en la nota citada, que crea un régimen matrimonial propio, afirman que en esta materia se siguió la tónica francesa y basados en ello quieren, por analogía, aplicar a los conflictos jurídicos planteados sus soluciones. Otros, como el autor citado que desarrollara esta teoría, se inclinan por considerar que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal se adecua satisfactoriamente a los principios de la citada institución. Más adelante veremos como, aunque la doctrina francesa niegue su vinculación con el "Gesamnte Hand", el doctor Borda (11)(853) afirmar, refiriéndose al problema analizado en este trabajo: "Que la cuestión es delicada y ha sido resuelta por los tribunales con un criterio práctico y equitativo", es decir, el criterio napoleónico adoptado por nuestra jurisprudencia, que hemos visto se encuentra reñido con la institución germánica que el citado autor sostiene, se adecua satisfactoriamente a la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.

c) Es una copropiedad: Planiol y Ripert (12)(854) en tal sentido expresan: "De lo que dejamos expuesto resulta que la comunidad es una copropiedad y no una indivisión ordinaria ni una persona jurídica, una copropiedad sujeta a reglas propias, de origen muy remoto, que contribuye a hacerla una institución original; es un patrimonio que pertenece colectivamente a los dos esposos". En esta corriente podría interpretarse la definición sui generis dada por Rébora (13)(855) quien,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negando el carácter societario de la comunidad conyugal, se inclina por la existencia de un patrimonio de afectación, que en definitiva estaría basado también en la teoría de la propiedad colectiva del antiguo derecho germánico.

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

Esta es la tesis que aceptamos en forma absoluta y en ella acompañamos a sus partidarios citados por Belluscio (14)(856), tales como Fassi (15)(857), quien considera a la sociedad conyugal un tipo particular de sociedad civil con sus elementos genéricos: carácter contractual, el objeto lucrativo necesario para la atención de las necesidades del hogar y la existencia del "affectio maritalis" que es de un grado superior al "affectio societatis" y Guastavino (16)(858), quien considera que la sociedad conyugal argentina es una especie de sociedad civil, porque, aunque sea en forma mediata o indirecta, se apoya en el elemento voluntario que genera el matrimonio y todas sus consecuencias personales o matrimoniales. Legón (17)(859), quien encuentra en la sociedad conyugal los elementos primordiales del contrato de sociedad, a saber: a) la existencia de aportes de los cónyuges; b) la voluntad de contraer matrimonio; c) el interés egoísta al percibir el provecho (a diferencia del altruista que se exterioriza en las asociaciones), en el animus lucrandi a fin de atender sus necesidades vitales; d) la participación en los beneficios, que se realiza en la participación de bienes, y e) la constitución de un fondo común distinto del patrimonio individual de los contratantes, que imprime personalidad a la sociedad. Acompañamos también en este aspecto a Jorge María Allende (18)(860), con quien, partiendo de una premisa, luego arribaremos a conclusiones encontradas. Este autor manifiesta: "pero situándonos en nuestra ley común y haciendo un pequeño examen de sus disposiciones referentes a la sociedad conyugal, llegamos, quiérase o no, a la conclusión de que es una sociedad, ya que nos habla del capital de la sociedad y de los socios, del haber de la misma y de su liquidación y disolución".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

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

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

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

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

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

La doctrina y la jurisprudencia nacionales son prácticamente uniformes en aceptar la personalidad jurídica de las sociedades civiles, a excepción de Segovia (19)(861), cuyo pensamiento es contradictorio en las distintas obras que produjera.

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

Entre los autores que aceptan su personalidad, Lafaille (20)(862), expresa al respecto: "Lógicamente la sociedad conyugal viene a ser,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dentro del mecanismo jurídico, un sujeto de derecho distinto de los miembros, con su patrimonio, con sus créditos, con sus deudas, por consiguiente le asiste el derecho en cuestión". Legón (21)(863), por su parte, afirma que ostenta la sociedad conyugal una personalidad más vigorosa que la que ostentan las sociedades comunes. Por su parte Martín y Herrera (22)(864), en un fallo que dictara el 23 de noviembre de 1920, sin calificar la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal niega enfáticamente su personalidad.

Por lógica, y como resultante de nuestra posición antes expresada con referencia a su naturaleza jurídica, nos manifestamos partidarios de aceptar la personalidad propia de la comunidad conyugal, y por ende, a esta altura del análisis aún seguimos coincidiendo en un todo con el escribano Jorge María Allende (23)(865), quien en su trabajo anteriormente citado manifiesta: "La sociedad conyugal que nace del matrimonio es un ente social y jurídico, con una personalidad propia otorgada por las distintas disposiciones contenidas en el Libro Segundo, Sección Tercera, Título II del Cód. Civil". Guastavino (24)(866), emite en este sentido su opinión manifestando: "En el derecho argentino suele admitirse la personalidad propia de las sociedades, sean civiles o comerciales; creemos en consecuencia, que la sociedad conyugal argentina está dotada de personalidad".

Concretando estas conclusiones llegamos a determinar que nuestra sociedad conyugal constituye un sujeto de derecho distinto de los miembros que la integran, y al confrontar las normas que la regulan, vemos que le confieren los atributos de la personalidad, es decir, nombre, domicilio, patrimonio y aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones y por último, que no poseen dichas normas una prohibición expresa que le impida a la comunidad estar en juicio. Solamente este último atributo, la capacidad de estar en juicio, ha sido motivo de controversias jurisprudenciales, predominando la corriente negativa, posición ésta, que pareciera tendiente a cambiar con la nueva tónica señalada por un último fallo emanado de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital (25)(867), que adhiere plenamente a la tesis de que la sociedad conyugal se trata de un sujeto de derecho independiente de las personas que la componen.

Para terminar este punto observamos que el desconocimiento de la personalidad propia a la comunidad conyugal produciría, entre otras, las siguientes resultantes jurídicas: a) los cónyuges serían copropietarios de los bienes que forman el acervo patrimonial común (bienes gananciales), y por ende, individualmente podrán enajenar e hipotecar su parte indivisa en los bienes inmuebles; b) los créditos y deudas de la sociedad conyugal se compensarían con los de los esposos hasta la concurrencia de la parte de cada uno en el crédito o en la deuda; c) las acciones de los terceros sobre los bienes de la comunidad se transformarían en acciones individuales contra el patrimonio de cada esposo y la condena se reduciría a la porción de cada uno; d) en el aspecto funcional de la vida administrativa, la Dirección General Impositiva no podría aceptar una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

declaración jurada por la sociedad conyugal en los impuestos a los réditos, ganancias eventuales, lucrativas, etc., sino que debería hacerlo en forma individual por cada uno de los cónyuges sobre los bienes que le son comunes.

En conclusión, se presentaría el absurdo que, negando su personalidad y para defender el régimen de comunidad relativa, no habría más remedio que caer mediante una interpretación deformada en el sistema adoptado por la legislación sueca, es decir, el constituido por cuatro masas de bienes, dos gananciales y dos propias, cuando nuestro ordenamiento positivo prevé en forma expresa para la comunidad una masa de bienes, los gananciales, cuyo dominio no pertenece propiamente a ninguno de los cónyuges y se encuentra sometido a un régimen de administración y disposición normativamente fijado, como así también en cuanto a las cargas de la sociedad conyugal que denotan la existencia de derechos y obligaciones y que, en definitiva, determinan la existencia de la personalidad jurídica de la comunidad.

VII. DOMINIO Y CONDOMINIO

Para Montesquieu (26)(868), la propiedad era una institución creada por la ley, a base del consentimiento prestado por el hombre para vivir bajo leyes políticas y sociales: de esas leyes unas aseguraban la libertad política, otras la propiedad. Salvat (27)(869), comienza el primer capítulo del tomo II de los Derechos reales de su famoso Tratado diciendo: "La propiedad es una de las instituciones jurídicas más antiguas y generales de la humanidad, pero al mismo tiempo una de las que ha dado lugar a mayores controversias y a críticas de toda clase".

Desde el principio romanista en que el derecho de propiedad era un derecho absoluto, es decir, la libertad del titular de usar y disponer de la cosa plena in rem potestas, hasta hoy esta idea ha ido evolucionando en mayor o menor medida en las distintas legislaciones, para contemplar en la actualidad el interés colectivo de la sociedad y específicamente el interés de los terceros. Las leyes de las Partidas enseñan que (28)(870) "Magüer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere pero débelo facer de manera que non faga daño ni tuerto a otro".

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

Nuestro codificador demuestra una vez más en esta materia su visión y proyección de futuro, ya que, siguiendo el principio romanista del Código Napoleón, en el art. 2506 de su código, inserta expresamente el carácter absoluto que le impusieran Aubry et Rau, de quienes acepta la definición de dominio. No obstante, al fijar las facultades y el ejercicio de ellas por el titular, establece normas y principios que, sin frenar la evolución del derecho, son trabas jurídicas a proyectos excesivamente colectivistas que repugnan nuestras costumbres. El citado art. 2506 del Cód. Civil

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresa; "El dominio es el derecho real de propiedad en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona", y ya en el art. 2508 del mismo código, para explicar el carácter exclusivista del dominio, surge la primera noción de condominio al decir: "El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener"; define luego específicamente este derecho real en el art. 2673 en la siguiente forma: "el condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble", sentando en forma fehaciente sus características fundamentales que son: la pluralidad de sujeto; unidad de objeto; indeterminación de porción material alguna en el objeto a los condóminos y el recaer siempre el condominio sobre cosas. Este derecho real puede constituirse por un contrato, por actos de última voluntad o en los casos que la ley designe; pudiendo cada condómino enajenar su parte indivisa sin el consentimiento de los demás comuneros y los terceros ejercer sus acciones sobre la cosa antes de que ésta sea dividida.

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

Más adelante, avanzando en este trabajo, veremos cómo algunos de los defensores de la posición que llamaremos tradicional se basarán en estas arts. 2695 y 2196 del Cód. Civil para negar la posibilidad jurídica de la tesis que sostenemos, mientras que otros elegirán para defender una postura similar el principio de la unidad de la propiedad que unánimemente acepta la doctrina francesa como inspiradora del art. 1408 párrafo 1, del Código Napoleón, en contraposición con la corriente superada en el derecho francés que pretendía darle al efecto declarativo el carácter de origen del citado artículo.

VIII. ANTECEDENTES NORMATIVOS ESPECÍFICOS DE NUESTRO CÓDIGO

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que fuera la fuente madre de ambos ordenamientos.

Segovia (29)(871), mencionando los códigos que el codificador tomara como origen manifiesta, refiriéndose al Código Civil chileno redactado por Bello, que éste era considerado por Vélez Sársfield de una categoría muy superior a los europeos.

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

Código Napoleón: Aunque Vélez Sársfield aclara en la citada nota del título relativo a la sociedad conyugal que en esta materia se aparta de los códigos antiguos y modernos, la ausencia de disposiciones específicas en el nuestro motivó que el art. 1408, párrafo primero, del código francés, haya sido analógicamente el inspirador de gran parte de las soluciones jurisprudenciales al problema que hoy tratamos. Su texto expresa: "La adquisición hecha durante el matrimonio, a título de licitación o de otra suerte, de una parte del inmueble en que uno de los cónyuges era propietario proindiviso, no constituye gananciales salvo indemnizar a la comunidad la suma que se ha entregado para esa adquisición". Según Pothier, citado por Planiol y Ripert(30)(872), la solución admitida por el texto surge del efecto declarativo de la partición y de los actos equivalentes (licitación, cesión de derechos hereditarios, etc.), y continúan expresando los maestros franceses: "Pero esta explicación ha sido abandonada en la actualidad. No solamente olvida que la regla del art. 1408, párrafo primero, viene del derecho romano en que la partición producía un efecto atributivo; no sólo es válida únicamente cuando el esposo copropietario adquiere la totalidad de las porciones indivisas y no puede aplicarse por extensión al caso en que solamente adquiriera algunas, sino que sobre todo presenta el inconveniente de exponer la interpretación del art. 1408, párrafo primero, a todas las controversias originadas por el art. 883, especialmente en cuanto a la gestión de saber si los actos que no ponen fin en su totalidad a la indivisión producen un efecto declarativo". Es decir, que en el texto transcrito surge claramente que el espíritu de los codificadores franceses al insertar el debatido art. 1408, párrafo primero, no ha sido darle un efecto declarativo a la posterior adquisición sino lograr la unificación de la propiedad, cosa muy comprensible en el derecho civil francés, que regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges por medio de específicas normas de compensaciones ("recompenses") de las cuales nuestro derecho positivo carece.

Código chileno: Bello, el genial redactor del código chileno, obra de impecable factura, empujado de las teorías contractualistas de la época, se aparta en esta materia de la influencia romanista pura de los códigos tradicionales y sienta explícitamente el principio de considerar a la sociedad conyugal como un sujeto de derecho, permitiendo sin ninguna limitación el condominio entre un cónyuge y la comunidad conyugal. Esta disposición surge expresamente del art. 1729 del Cód. Civil chileno que dice: "La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas proindiviso y de que durante el matrimonio se hiciera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dueño por cualquier título oneroso, pertenece proindiviso 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".

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

La omisión de nuestro redactor en seguir en forma expresa cualquiera de los dos caminos trazados por los códigos que tomara como fuente en esta materia, ha sido interpretada doctrinariamente de distinta forma. Solari (31)(873), tenaz defensor de la teoría que nosotros llamaremos revisionista, expresa: "Podría de ella extractarse la conclusión de que Vélez Sársfield no le asignó importancia jurídica o no lo tuvo en cuenta, pero puede también admitirse, y a mi juicio esto es lo más correcto, que el codificador, deliberadamente, no dispuso nada al respecto porque no se justificaba establecer una norma que no fuera de excepción al principio general de que todo lo adquirido por compra durante el matrimonio es de carácter ganancial"; mientras que Jorge María Allende (32)(874), partidario de la corriente tradicional, interpreta la carencia de disposición expresa en esta forma: "Comparando los dos artículos, el francés y el chileno, evidentemente, se establecen dos conceptos diferentes y opuestos. Si bien Vélez Sársfield no copió ninguno de los dos, en publicaciones anteriores sostuvimos que a nuestro juicio quedó más cerca del principio francés, pues de no haber participado del mismo lo hubiera negado expresamente, adoptando sin retaceos el art. 1729 chileno". Aquí a esta altura del análisis, aparece nuestra primera disidencia con Jorge María Allende. Nosotros consideramos que Vélez Sársfield intentó crear un sistema con fisonomía propia al negar expresamente la influencia en esta materia de código alguno, y que extremando el análisis podemos observar que partiendo de la calificación de nuestra comunidad conyugal como un contrato de sociedad, y notando en nuestro Código Civil la ausencia de disposiciones expresas que regulen las relaciones patrimoniales de los esposos, tales como el sistema ya nombrado de las recompensas ("recompenses"), que el derecho francés posee y utiliza para situaciones como las contempladas en el mencionado art. 1408, párrafo primero, podemos considerar que nuestra cercanía al principio francés no existiría. Estas razones nos hacen coincidir plenamente con la interpretación expuesta por Solari.

IX. DISPOSICIONES SUSTENTADAS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A) Posición tradicional: Los que sostienen esta tesis ante el silencio específico de la ley, defienden su teoría por vía de la interpretación de varios artículos del código, que se encuentran ubicados en el Libro Segundo de los derechos personales, en el Libro Tercero de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos reales e inclusive en la Sección Primera del Libro Cuarto relativo a las sucesiones. Básicamente defienden el principio de la unidad de la propiedad por medio de un fuero de atracción que ejercería el bien de origen, generalmente propio y en algunos casos inclusive ganancial. Los medios de defensa para un mismo objeto, inexplicablemente en derecho son variados y los diversos caminos que toman sus partidarios utilizando prácticamente todas las materias de nuestro código, arriban a una misma solución.

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

Nuestros autores, salvo las excepciones ya citadas sosteniendo esta posición poco y nada han producido; no así la jurisprudencia que en diversos fallos y con distintas sustentaciones jurídicas, al defenderla dieran originalmente el margen de ventaja que esta postura poseía sobre la otra, por la mayor jerarquía como fuente integradora del derecho que tiene la jurisprudencia sobre la doctrina.

El ya citado Jorge María Allende (33)(875), en dictámenes del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, conferencias y monografías ha sido quien doctrinariamente ha defendido esta tesis, utilizando como base de su argumentación el camino seguido por la Cámara Civil Primera de la Capital Federal en su fallo del 23 de marzo de 1923: la aplicación de los arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil en cuanto al efecto declarativo de la partición o división del condominio. El citado autor manifiesta en concreto: que no debe diferenciarse el caso de compra posterior de partes indivisas, al de la compra de la totalidad del bien, pagando el precio en forma simultánea con dinero en parte propio y en parte ganancial. Considerando que en ambos supuestos la solución debe ser igual y consistir en declarar propio el bien. Otra de las soluciones que nuestra jurisprudencia ha adoptado es la de "accesión", tal como resolviera la misma Cámara Civil Primera de la Capital Federal, que en su sentencia de fecha 21 de agosto de 1929 consideró que el bien propio de uno de los cónyuges, con la nueva adquisición efectuada por la sociedad conyugal, se veía acrecentado en virtud de los arts. 1266 y 1272, último inciso, del Cód. Civil.

También la figura jurídica de la "mejora", como en el caso de Cámara Nacional en lo Civil, sala B, de la Capital Federal, fue utilizada de acuerdo con lo resuelto en el fallo de fecha 29 de marzo de 1951 al considerar: "Que la adquisición por parte del causante de lo que correspondía a sus condóminos importa introducir una mejora en el inmueble y como tal le alcanza lo dispuesto en el art. 1262 del Cód. Civil y considerando que esta norma con la contenida en el art. 1206 del Cód. Civil fluye necesariamente aquél carácter". La influencia de la doctrina francesa también aparece en nuestras decisiones jurisprudenciales en el caso de la adquisición de un bien con empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, cuando en varios casos adoptan la solución dada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por Guillouard (34)(876), al considerar que el carácter estará dado por quien concurriese con una parte mayor en el precio; si fuese la sociedad conyugal quedaría un crédito a favor del cónyuge a título propio y viceversa. Entre otros fallos ha adoptado esta solución la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, sala E, según sentencia del 5 de octubre de 1965.

Es decir, que defiende esta posición una frondosa jurisprudencia que tomando las rutas del "efecto declarativo", de la "accesión", la "mejora" o el "mayor aporte", tienen por objeto arribar a un mismo destino: impedir la constitución de un condominio entre el ente sociedad conyugal y uno de los cónyuges a título propio. Coinciden con este temperamento el Banco Hipotecario Nacional y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

B) Posición revisionista: La calificación de los bienes propios y de los bienes gananciales que, con prescindencia de la voluntad de los cónyuges emana de la ley con el carácter de orden público y la necesidad económica de un veraz determinismo patrimonial en el matrimonio imponen la aplicación jurídica de la definición de justicia dada por Ulpiano: *Unique Saum* (a cada uno lo suyo), y que Gattari (35)(877), tan acertadamente usará como título de su trabajo.

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

Es indudable que el maestro Yorio (36)(878), en 1943 fue el primer autor nacional que valientemente y sin retaceos adoptara esta postura al manifestar: "También puede ocurrir que sólo una parte tenga el carácter de propio y la otra ganancial, cuando la adquisición se ha efectuado con dinero de la sociedad conyugal, en ese caso el bien tiene el doble carácter de propio y ganancial".

La jurisprudencia notarial, a su vez, ya en 1944, en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal se veía enriquecida por un audaz dictamen para esa época, efectuado por los escribanos Briones e Illa que admitía la existencia de un bien de ese carácter.

Allende Iriarte(37)(879), el notarialista que con dedicación sistemática se abocara al estudio del régimen patrimonial de los cónyuges, es citado invariablemente por los autores de ambas posturas. Ante la imposibilidad de oír ya su palabra, en la claridad de sus escritos encontraremos la explicación que definitivamente lo dejara enrolado en la posición revisionista. Su colega y homónimo amigo Jorge María Allende (38)(880), en defensa de su teoría transcribía este texto publicado por el autor antes citado en 1946: "Mi criterio se inclina a desconocer la existencia de un bien que el temor, más que la cautela notarial, trata de introducir al acervo conyugal un bien que podríamos llamar de naturaleza mixta, por hacer gravitar en el mismo la influencia de dos aportes. Conviene desterrar esta tentativa de complicar por prudencia la transmisión inmobiliaria, definiendo de una vez el carácter de propio o ganancial, de disposición reservada, sin perjuicio de las acciones creditorias que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deberán ventilarse en el orden personal". Pero en el mismo trabajo cuyo párrafo se cita encontramos, al referirse a otras ideas, la explicación de sus posteriores opiniones, al decir: "En los sucesivos estudios de la ley reafirmé o expuse mi evolución sobre conceptos que anteriormente vertiera. Aferrarse a una idea cuando el juego de la ley evidencia el error, no es actitud propia de investigador honesto"... "Yo contestaré diciendo que mi teoría del silencio, quedó en el crematorio de la evolución y repito que aferrarse a una norma no es actitud científica honesta". Esta honestidad científica es la que permite la evolución doctrinaria de Allende Iriarte (39)(881), cuando en 1956 expresara estos conceptos que Solari (40)(882) y Vales (41)(883), utilizarán luego para defender sus trabajos de contenido revisionista: "Si la división de los bienes conyugales en propios y gananciales implica la existencia de dos situaciones jurídicas diferentes, nada se opone, ya que si bien la ley no lo contempla tampoco lo prohíbe a la concurrencia de ambos elementos (cónyuge y sociedad conyugal) en un mismo bien". Era difícil sacudir los esquemas establecidos, pero los estudiosos que tuvieron esa primera inquietud fueron seguidos por otros, y así comenzó a tomar cuerpo y autonomía esta teoría revisionista a la cual hoy nos adherimos.

El doctor Osvaldo Solari(42)(884), en las XV Jornadas Notariales Bonaerenses realizadas en Mar del Plata, con un impecable trabajo que arriba a sólidas conclusiones coloca el detonante al problema, obteniendo la primera victoria doctrinaria con el despacho de la comisión que no sólo no rechaza su tesis, hasta ese momento no aceptada, sino que decide: "Que el consejo directivo por medio de una comisión especial o en la forma que estime conveniente continúe el análisis de los temas debatidos y se pronuncie en el término y oportunidad que el mismo fije".

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

En este estado llegamos, en el mismo año 1960, a la X Jornada Notarial Argentina, celebrada en la ciudad de Jujuy, donde nuevamente Solari (43)(885), aporta un enjundioso trabajo que analiza las disposiciones específicas de los códigos francés y chileno y las normas del nuestro y sus proyectos modificatorios, para poner; el broche de oro con la fresca jurisprudencia, en esa época, de la Cámara Nacional Civil, sala B, de la Capital Federal, que en junio de 1959 cambia el sentido jurisprudencial aceptando un bien de naturaleza mixta al resolver: "Entiende el tribunal que en la adquisición efectuada por Bonomi para la sociedad conyugal de algo en que ya tenía parte su esposa, mantiénese siempre la misma situación jurídica respecto de los inmuebles pero generándose la indivisión entre ellos y la sociedad conyugal", mencionando también el citado autor la resolución del juez de primera instancia que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terminantemente decía: "A mi modo de ver no existe incompatibilidad legal en que una porción indivisa de un mismo bien se considere del dominio propio de la esposa y la restante de pertenencia de la sociedad conyugal". También Vales (44)(886) se hace presente con un ponderable trabajo acompañado de Gattari (45)(887), que efectúa el suyo mediante un frondoso estudio del tema impregnado de conceptos filosóficos.

Los elementos aportados por estos estudiosos logran quebrar la resistencia del vigoroso defensor de la postura tradicionalista, escribano Jorge María Allende, y obtener el pronunciamiento del plenario que aconseja: "Que con miras a la seguridad contractual y hasta tanto el problema sea definitivamente clarificado se tenga esos bienes como si fueran en parte propios y en partes gananciales". Indudablemente esta resolución sería la inspiradora de la aprobación el 13 de noviembre de 1963, por parte del consejo directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal del dictamen que en un caso de los contemplados produjera el mismo Vales y el recordado José María Orelle.

Este tema, que en el orden nacional pareciera hasta entonces ser exclusivo de la competencia judicial y de la doctrina notarial expresada por sus estudiosos y por sus Colegios, es analizado por un civilista de la talla de Elías Guastavino (46)(888), mediante un trabajo publicado en 1966 bajo el título de "La calificación dual de bienes en el matrimonio". El citado jurista, luego de traslucir en él mismo la brillantez analítica que lo caracteriza, llega a una conclusión, que aún efectuada con recomendaciones formales, lo encuadra en la presente posición: "Desde el punto de vista conceptual e inclusive legal posiblemente, debe reconocerse que no hay obstáculo a que un bien reúna la calidad de propio y ganancial, pero ante la posibilidad de fundar legalmente la calificación única del bien en su totalidad, sin menosprecio del derecho de la masa que aporte el dinero, ni perjuicio de terceros, debe preferirse esta última solución a fin de evitar las complicadas situaciones que generaría la superposición de los regímenes legales aplicables a las masas de bienes propios y gananciales". No podía ser otra la conclusión de este jurista, dada su posición ya citada por nosotros, en que se define como partidario de ubicar a la sociedad conyugal, en cuanto a su personalidad jurídica, adepto de su aceptación.

Esta postura se fortalece también con el decidido apoyo del profesor Guaglianone (47)(889), quien al respecto considera que las razones de la jurisprudencia no son convincentes al preferir la calidad única en las adquisiciones de partes alícuotas de un inmueble del que ya era condómino uno de los cónyuges, aceptando sin reservas para tal supuesto la dualidad de su calificación.

Es de esperar que estos estudiosos del derecho sean imitados por otros que, poniendo su luz sobre el problema logran esclarecer un tema de tanta importancia e implicancia jurídica y patrimonial como el que hoy nos ocupa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

X. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SOLUCIONES APLICADAS CONTRARIAS A NUESTRA TESIS

Refiriéndonos expresamente a la primera de las hipótesis, señalada en el apartado tercero del presente trabajo, es decir a la adquisición de un bien abonando su precio en forma simultánea, parte con dinero propio de uno de los cónyuges y parte con dinero ganancial de la sociedad conyugal, a diferencia de la generalidad de la doctrina, la tradicionalista la rechaza de plano y la revisionista la acepta con algunas reservas, creemos que nos encontramos ante la situación en que la calificación de un bien como de naturaleza mixta se encuentra jurídica y prácticamente justificada. La jurisprudencia no lo ha considerado así y siguiendo la tónica de parte de la doctrina francesa iniciada por Guillouard y defendida dentro de nuestro país por Borda (48)(890), ha utilizado la solución, para nosotros incorrecta por las lesiones jurídicas y patrimoniales que ocasiona, de considerar la adquisición con una calificación única que estaría dada por la masa propia o ganancial que realizó "el mayor aporte", generando, a su vez, un crédito a favor de la otra.

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

No aceptamos tampoco el camino de la "accesión" que se pretende también aplicar por medio del mismo art. 1266 del Cód. Civil, ya que la definición de cosas principales del artículo 2327 del Cód. Civil impone: "Son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas", y la de cosas accesorias del art. 2328 del Cód. Civil determina: "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen, o a la cual están adheridas". Si consideramos las características de las masas pecuniarias que forman el acervo de los bienes en el matrimonio, notamos que no existe masa accesoria alguna que dependa o exista por otra, pues cada una tiene su vivencia propia, reglada por normas específicas que determinan su origen, su administración y su disposición. El error interpretativo surge de pensar que se daría el caso del art. 2334 del Cód. Civil cuando dice: "Si las unas se han adherido a las otras para formar un todo sin poderse distinguir la accesoria de la principal. . .". No hay tal adhesión, ya que estas masas pecuniarias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

continúan con la misma separación jurídica que han tenido siempre, sólo existe una concurrencia común con un fin determinado. Quedando, por lógica, fuera de aplicación los argumentos de la "mejora" o del "efecto declarativo de la partición", ya que antes de la adquisición efectuada por ambas masas en forma simultánea de la totalidad de la cosa, no había bien que mejorar ni a que retrotraerse para lograr el citado efecto declarativo, en lugar del traslativo que sería en forma indubitable el que se operaría.

En virtud de lo expuesto, consideramos terminantemente que en la primera hipótesis se produce una adquisición lisa y llana, a la que concurren como adquirentes dos sujetos: un cónyuge a título propio y la sociedad conyugal, efectuando una compra en condominio en proporción a sus respectivos aportes y que generará por consiguiente, las consecuencias que jurídica y económicamente correspondan.

El caso de las dos últimas hipótesis enunciadas en el mismo apartado tercero, similares ambas para nosotros en su solución funcional, motiva, según Gustavino(49)(891), "uno de los supuestos más arduos de calificación", habiendo tomado nuestra jurisprudencia para obtener la calificación única del bien el camino de la "mejora" y del "efecto declarativo".

Refiriéndonos específicamente a la figura de la mejora, Boffi Boggero (50)(892), la define como "la modificación material de la cosa que produce un aumento de su valor económico".

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

utilizados nada más que en las dos últimas hipótesis, ya que en la primera no existe, como hemos dicho, antes de la adquisición bien que dividir, ni comunero que pueda ser considerado titular de su compra desde el origen de la indivisión, ya que en dicho caso el nacimiento del dominio no puede ser otro que el acto adquisitivo al que simultáneamente han concurrido las dos masas de bienes.

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

Veamos un poco las fuentes de estos arts. 2695 y 2696 del Cód. Civil El codificador, en su nota, fija sus orígenes en el art. 883 del Cód. Civil francés, el que, a su vez instituye explícitamente el efecto declarativo, que lógicamente Vélez Sársfield refleja en los artículos que reproduce. Ahora bien, como interpretamos ese efecto declarativo ¿cómo y cuándo debemos aplicarlo? Marcadé, citado por Llerena(51)(893), expresa: "Nuestra regla en efecto, no siendo más que una ficción, debe restringirse rigurosamente a los casos previstos. Fictio ultra a casum fictum non operatur. Partiendo de esa premisa terminante no entendemos como una norma de derecho excepcional puede ser interpretada analógicamente haciéndola extensiva a casos no previstos en especial.

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

Jorge María Allende(52)(894), cita a Machado, otro gran estudioso que comentó nuestro código, quien a su vez, expresa: "Pero es completamente falso en la copropiedad que nace del contrato, pues el que ha adquirido una tercera parte de la cosa no puede decir que la ha adquirido en su totalidad desde un principio, y que la partición ha venido a reconocerle y declararle un derecho que tenía anteriormente". Aunque no concuerden con estas opiniones Lafaille y Segovia, es indudable que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

XI. PROCEDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DUAL EN LAS HIPÓTESIS ENUNCIADAS

Al enunciar precedentemente tres hipótesis del apartado III, podría parecer que hubiésemos omitido supuestos en que cabría la calificación en estudio, pero ex profeso nos hemos limitado a exponer los únicos casos en que a nuestro entender, éstas cabrían. Consideramos que hay situaciones en que, aun existiendo un aporte pecuniario de ambas masas, éstas se realizan en un marco jurídico que no es el adecuado para producir la calificación dual del bien.

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

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

Caso contrario sería si el aporte pecuniario se realizara en las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situaciones de las hipótesis enunciadas, donde existiría el ánimo de adquirir el dominio y se darían todas las condiciones jurídicas para la constitución de un derecho real de condominio entre ambas masas de bienes.

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

Guastavino (53)(895), en el trabajo a que nos refiriéramos recalca en varios pasajes lo siguiente: "en consideración a las dificultades prácticas señaladas, correspondería preferir la calificación única del bien, siempre que legalmente, y en los hechos, sea posible".

Nosotros consideramos que la calificación del bien no surgirá de nuestra preferencia en darle un tratamiento más o menos práctico, sino que imperativamente nacerá su determinación de las disposiciones de orden público en esta materia de nuestro derecho positivo, que lo calificaran en tal o cual forma de acuerdo con las causas jurídicas que motivaron su adquisición de dominio. Coincidimos plenamente con la sintética sentencia de Gattari (54)(896): "El carácter de los bienes responde a las causas que originan los derechos sobre ellos". Aceptando esta sentencia, es indudable que cuando existe una pluralidad de derechos sobre una cosa, originados en su adquisición y que señalan su distinto carácter motivado por causas también diversas, nos encontraremos ante un derecho real que en nuestro ordenamiento legal se denomina condominio.

Al tratar este derecho real destacamos sus características esenciales que trataremos de confrontar con la figura que hoy sostenemos.

A) El condominio puede originarse en un contrato, por actos de última voluntad o en la ley: Por regla general el bien de naturaleza mixta se origina en un contrato de compraventa, aunque no habría impedimento legal que, de acuerdo con las normas del citado art. 1264 del Cód. Civil naciera de un contrato de donación o de un acto de última voluntad en que el donante, o el testador, expresamente figura las proporciones propias de uno de los cónyuges y la ganancial de la comunidad conyugal.

B) Pluralidad de sujetos: El sujeto cónyuge que concurre a título propio y el sujeto sociedad conyugal, aunque también sería procedente la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conurrencia de ambos cónyuges a título propio con la sociedad e inclusive con ésta y terceros.

C) Unidad de objeto: El bien a calificar.

D) Indeterminación de porción material alguna en el objeto de los condóminos: Característica que se presenta en la figura que pretendemos.

E) Siempre recae el condominio sobre cosas: Característica que también se presenta en el bien de naturaleza mixta.

Estas coincidencias, que harían factible la constitución del condominio que determinaría esta calificación, estarían cimentadas con la posibilidad jurídica de la sociedad conyugal de ser titular de dominio de bienes, según numerosas disposiciones del código y, por ende, nada le impediría serlo en calidad de condómino.

XII. CONCLUSIÓN

Nuestro ordenamiento positivo no impide el condominio sobre un bien, entre el ente sociedad conyugal y uno de los esposos a título propio, condominio éste que reflejará una exacta realidad económica y producirá entre ellos y terceros las resultantes jurídicas y patrimoniales motivadas por el origen de los bienes.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

Allende Iriarte, Jorge, Encuestas, Revista Notarial, N° 706. Nuevas consideraciones sobre la ley 11.357 en el orden notarial, III Jornada Notarial Argentina.

Allende, Jorge María, Bienes en parte propios con adquisición posterior ganancial. Carácter de los mismos, Revista del Notariado N° 658.

Régimen patrimonial de la sociedad conyugal, bienes propios y gananciales, X Jornada Notarial Argentina.

Belluscio, Augusto César, Personalidad de las sociedades civiles y comerciales Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXII.

Boffi Boggero, Luis María, Mejoras (obligaciones de dar), Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX.

Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino.

Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. III.

Fassi, Santiago, Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal, LL, t. 27.

Gattari, Carlos, Unique Saum: bienes propios - gananciales, X Jornada Notarial Argentina.

Gény, Francisco, Methode d'interpretation et sources en droit privé positif. Essai critique, 2ª ed., París, 1919.

Guaglianone, Aquiles, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Guastavino, Elías P., Sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, año 1960. La calificación dual de bienes en el matrimonio. LL, t. 123.

Guillouard, Traité du contrat de mariage, t. II.

Lafaille, Héctor, Derecho de familia.

Legón, Fernando, Naturaleza jurídica del régimen de bienes en et matrimonio, JA, t. 46.

Llerena, Baldomero, Concordancias y comentarios del Código Civil argentino.

Martín y Herrera, Félix, La Gaceta del Foro, t. XXIX.

Montesquieu, De l'esprit des lois, libro 26, capítulo 15.

Planiol y Ripert, Tratado de derecho civil francés.

Rébora, Juan Carlos, Instituciones de la familia.

Salvat, Raimundo, M., Tratado de derecho civil argentino. Leyes de las Partidas.

Segovia, Lisandro, El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica, bajo la forma de notas.

Solari, Osvaldo, Bienes en parte propios y en parte gananciales, Revista Notarial N° 735. Sociedad conyugal, compra de partes indivisas, IX Jornada Notarial Argentina.

Vales, Ernesto, Bienes mixtos dentro del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, X Jornada Notarial Argentina.

Yorio, Aquiles, Tratado de la capacidad jurídica de la mujer.