

Cuestiones sobre la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio

Natalia E. Torres Santomé

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la problemática referida a la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio. El tema se proyecta tanto en la relación de los cónyuges entre sí, como respecto a la relación entre cada uno de los cónyuges y los terceros, y responde a la pregunta acerca de a qué patrimonio deberán incorporarse los bienes que ingresan durante la comunidad. El régimen patrimonial de comunidad de ganancias presenta en el Código Civil y Comercial algunas innovaciones respecto del cuerpo normativo anterior, por ello se analizan los lineamientos clásicos y algunos supuestos específicos que en virtud de su complejidad requieren un análisis detallado. En ese sentido se abordan los casos de bienes adquiridos con dinero ganancial y con dinero propio, la cuestión referida a la adquisición de partes indivisas y lo relativo a las indemnizaciones.

PALABRAS CLAVE

Régimen de bienes, comunidad de ganancias, calificación de bienes, matrimonio, régimen patrimonial.

Fechas de recepción y aceptación

30/5/2018 - 25/6/2018

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Los lineamientos tradicionales. **3.** La presunción de ganancialidad. El problema de la conformidad. **4.** El ámbito de aplicación de los artículos 464 y 465. **5.** Tres supuestos específicos: mayores aportes, partes indivisas, indemnizaciones. **6.** A modo de conclusión. **7.** Bibliografía.

1. Introducción

El régimen patrimonial del matrimonio hace referencia a dos grandes universos de relaciones. Por un lado las relaciones de los cónyuges entre sí y, por otro, las relaciones de los cónyuges con los terceros.

En nuestro ordenamiento, cuando hacemos referencia a la cuestión de la calificación, inevitablemente estamos en el ámbito del régimen de comunidad –o que antes llamábamos “sociedad conyugal”– y ello es así ya que es el único régimen donde los bienes podrán tener calificaciones diferentes. En efecto, recordando que nuestro Código solo

admite dos regímenes patrimoniales –el de comunidad y el de separación de bienes–, la calificación solo opera respecto del primero, ya que en el segundo todos los bienes serán de carácter personal.

Lo referente a la calificación de los bienes incorporados durante la vigencia de la comunidad afecta a su vez a ambos universos, el interno y el externo. Afecta al ámbito interno, es decir, las relaciones entre los cónyuges, ya que traerá como consecuencias que bienes se integran a la masa a liquidar a la finalización de la comunidad, y cuáles quedan afuera, abriendo además las puertas a las cuentas de las recompensas.

Respecto del ámbito externo, la calificación de bienes determinará el ingreso o no del bien al patrimonio del cónyuge deudor y, con ello, la ampliación (o no) de la masa sobre la que el acreedor puede cobrarse.

Durante la vigencia del matrimonio, la calificación del bien resultará trascendente respecto de los cónyuges pero no trascenderá hacia los terceros, frente a los que cada cónyuge responderá con los bienes de su titularidad, sean estos propios o gananciales. Ello en virtud del principio de responsabilidad separada del artículo 467 con su excepción. Decimos que afectará en el ámbito interno, ya que durante la vigencia de la comunidad, la calificación determinará, respecto de los cónyuges, la administración y disposición del bien, y, asimismo, conformará la masa de garantía común de los acreedores del cónyuge titular.

La calificación de los bienes, al igual que todo lo referido a la regulación del régimen patrimonial del matrimonio es de orden público.¹ Es decir, no importa la voluntad de los cónyuges para integrar o no el bien a la masa de gananciales o propios; la calificación del mismo dependerá de lo establecido por la ley en los artículos 464, 465 y 466 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”).

En este trabajo, abordaremos lo referente a los lineamientos tradicionales para determinar la calificación, a la presunción de ganancialidad, a los ámbitos de aplicación de los artículos 464 y 465 CCCN, y a algunos de los supuestos novedosos incorporados por el nuevo cuerpo legal.

2. Los lineamientos tradicionales

Cuando nos referimos a calificar bienes dentro de un régimen patrimonial matrimonial, partimos de tres lineamientos básicos, que nos permiten, en la mayoría de los casos, determinar *a priori* si un bien se califica como propio o como ganancial. Los lineamientos deben entrecruzarse a los fines de analizar la situación específica. Estos lineamientos pueden resumirse en tres:

- a) La fecha de adquisición
- b) el carácter de la adquisición
- c) el carácter de los fondos

1. Ver TORRES SANTOMÉ, Natalia E., “El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial” [online y versión descargable], en [DPI Cuántico. Derecho para innovar](#) [portal web], sección “Diario Civil y Obligaciones”, edición N° 97, 7/12/2016. (Última consulta: 23/11/2018).

El primero de ellos refiere al momento temporal en que el bien fue adquirido. Ello significa que los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad, o una vez finalizada la misma son, a priori, propios; en tanto que los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad son, también a priori, gananciales.

El segundo lineamiento refiere al carácter de la adquisición, esto es si la misma fue realizada de forma gratuita u onerosa. La adquisición gratuita es aquella que nace de una herencia, de un legado o de una donación u otro acto a título gratuito. Ello implica que aun cuando el bien fuera incorporado durante la vigencia de la comunidad –lo que por imperio del primer lineamiento sería ganancial–, si esta incorporación fue gratuita, el bien reviste el carácter de propio.

El tercero y último refiere al carácter de los fondos, y a la situación de la inversión o reinversión de fondos. Para determinar el carácter de un bien, es necesario determinar si el mismo fue adquirido utilizando fondos propios o gananciales. Esto significa que aun dentro de la comunidad puede darse el supuesto de la adquisición onerosa de un bien, que aun así sea propio, o que un bien adquirido luego de extinguida la comunidad deba calificarse como ganancial.

Con estos tres parámetros es posible resolver buena parte de los supuestos. Sin embargo, existen situaciones que no pueden ser resueltas por su intermedio. Algunas, porque la propia ley las califica de manera expresa y otras por las circunstancias dudosas que puede presentar la adquisición. Para el primer supuesto, el CCCN incorpora dos artículos en particular, el 464 y el 465. Para el segundo supuesto, se mantiene vigente la presunción de ganancialidad. Empecemos por esta última.

3. La presunción de ganancialidad. El problema de la conformidad

El artículo 466 CCCN establece:

Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.

Para que sea oponible a terceros, el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no poderse la obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

La presunción de ganancialidad implica que al momento de finalizar la comunidad se asumirán como gananciales todos aquellos bienes de los que no se puede acreditar el carácter de propios. El CCCN titula este artículo como “prueba del carácter propio o ganancial”, lo que mantiene la calidad de presunción en materia exclusivamente probatoria.

Ello ya había sido señalado por la doctrina desde antaño, que, en referencia al artículo 1271 del Código Civil anterior (en adelante, “CCIV”), sostenía:

Probada fehacientemente la manera en que fue adquirido el bien, la presunción del 1271 cesa de producir efectos, ya que ha sido reemplazada por otros medios de prueba. Y se tratará, atento a los que estos arrojen, de determinar qué dispositivo legal es aplicable para calificar el bien. Agregaremos entonces que es un sustituto de la prueba, cuando de ésta no resulte que se trata de un bien propio o ganancial. En el supuesto la presunción legal lo agrupa entre los gananciales.²

Ocurre entonces que la manifestación o declaración del carácter del bien realizada por los cónyuges puede operar en términos de prueba respecto de la relación interna, y siempre y cuando se corresponda con lo establecido por el ordenamiento. Como señala Kemelmajer, el reconocimiento espontáneo respecto de las circunstancias de tiempo y lugar existentes al momento de adquirir un bien –y con ello la calificación que él mismo recibía– pueden ser admitidas en tanto no se advierta falsedad en los dichos ni intención de perjudicar a un tercero.³

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe⁴ señaló que

Cuando lo que se pretende es la recalificación de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, debe estarse a la realidad de los fondos aportados para la adquisición del inmueble, con independencia de lo afirmado por las partes, ya que así lo exige el orden público comprometido en el régimen patrimonial matrimonial, insusceptible de verse modificado por convenciones entre los cónyuges.⁵

Ya en la primera mitad del siglo pasado, la jurisprudencia sostenía que la confesión de los cónyuges respecto del carácter del bien solo conservaba su valor cuando se trataba de litigios entre ellos.⁶ Por otra parte, la ineficacia de la confesión cuando podía perjudicar a terceros, surgía en el CCIV expresamente en el artículo 1260.⁷

Todo ello da cuenta del imperio del orden público respecto a la calificación de los bienes, sin perjuicio de lo que puede ocurrir respecto de la prueba del carácter de un bien determinado. El CCCN no alteró esta situación,⁸ sino que la reguló de manera particular. En efecto, las manifestaciones respecto del carácter del bien al momento de

2. Ver BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 329.

3. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, p. 30. (Última consulta: 27/11/2018).

4. SC Santa Fe, 5/9/2006, “Cocca, Rubén Eduardo c/ Ajo, María Delia –incidente de liquidación sociedad conyugal– s/ recurso de inconstitucionalidad” (expte. 95/2015). [N. del E.: acceda al fallo completo [aquí](#); fuente; [PJ de Santa Fe](#); última consulta: 27/11/2018].

5. Del sumario en *AbeledoPerrot*, cita online: 70035088 (ver también en *Doctrina Judicial*, t. 2007-1, p. 914). [N. del E.: acceda al fallo completo [aquí](#); fuente; [PJ de Santa Fe](#); última consulta: 27/11/2018].

6. Ver C. Civ. 1ª de Capital Federal, 15/11/1944, “García Soage, Saturnino (suc.)” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-I, p. 316); C. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, 5/5/1966, “P., H. A. c/ F., T.” (*El Derecho*, t. 16, p. 71).

7. Art. 1260 CCIV: “La mujer puede probar el crédito que tenga contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido cuando concurren otros acreedores”.

8. Ver Cám. Civ. y Com. de Mercedes, Sala II, 6/5/2015, “Díaz, Alejandra Ángela E. c/ Chanfalloni, Sergio Oscar y otros s/ nulidad de escritura pública” (*El Derecho*, t. 264, p. 109; cita online Thomson Reuters: AR/JUR/29304/2015): “Las manifestaciones de los cónyuges no pueden desvirtuar el carácter propio o ganancial de los bienes, que surge de la ley y no de la voluntad de las partes”; citado por SOLARI, Néstor, *Derecho de las familias*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 180.

la adquisición, tanto por parte del cónyuge adquirente como por parte del no adquirente fueron específicamente previstas en el CCCN, determinando qué ocurre respecto de la confesión y también cuáles son los requisitos para que esas manifestaciones sean oponibles a terceros.

Ya durante la vigencia del CCIV, la cuestión de la manifestación del carácter propio del bien en la escritura de adquisición traía algunas dificultades.⁹ La doctrina, con algunas diferencias de criterios en lo particular, acordaba en lo general que

... puede abrigarse un criterio más amplio o más restringido en cuanto a los alcances que debe tener la manifestación escrituraria [...] Se trata de una *justificación* que permita rodear la declaración de una cierta seriedad que motive la inversión de la carga de la prueba. La declaración debe ser completa y suficiente...¹⁰

Respecto de la manifestación del cónyuge no adquirente se señalaba que la misma no resultaba exigible, aunque sí recomendable, a los fines de invertir la carga de la prueba.

El artículo 466 del CCCN determina que, respecto de terceros, no resulta suficiente la manifestación de los cónyuges. Para que sea oponible, se establece en primer lugar la obligatoriedad de acreditar el origen de los fondos al momento de la adquisición. Esto facilita en gran medida la cuestión y alcanzaría para dar cuenta de la calificación del bien. Sin embargo, la normativa da un paso más y exige que se acompañe de la conformidad del cónyuge no adquirente.

El CCCN comentado por el equipo de Lorenzetti sostiene:

Resulta altamente auspicioso que el CCyC haya especificado, en forma completa y en una sola norma, los recaudos legales que debe contener el instrumento de adquisición de un bien propio por subrogación para quedar excluido de la presunción de ganancialidad, incluyendo entre ellos la conformidad del cónyuge no adquirente, así como el mecanismo para obtenerla.¹¹

Sin embargo, atento al imperio del orden público en la materia y el carácter *iuris tantum* de la presunción, no parece tener sustento la exigencia de una conformidad prestada por quien en ninguna otra circunstancia –salvando el supuesto de la vivienda familiar– deberá dar conformidad, asentimiento o consentimiento alguno al momento de disponer ese bien. Pero además, esta conformidad solicitada, que no es asentimiento ni consentimiento, no se reduce a una “buena práctica” o alguna recomendación. Es exigida con tal firmeza que si la misma faltara debe suplírsela con una declaración judicial.

La sanción impuesta ante la ausencia es que el carácter alegado no será oponible a los terceros. Sin embargo, si se prueba efectivamente el carácter de propio, esta calificación surgirá del orden público y no de la conformidad del otro cónyuge. Por el con-

9. Ver SC de Buenos Aires, 24/6/1986, “Bernabé, Eduardo H. c/ Ambrosetto, Edda A. s/ calificación de un bien como ganancial” (Ac. 36111) (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1986-II, pp. 126-129. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente web del *PJ de la PBA*; última consulta: 27/11/2018]).

10. SABENE, Sebastián, “Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV, p. 169 (cita online AP/DOC/1453/2013).

11. HERRERA, Marisa, [comentario al art. 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 114.

trario, si aun existiendo la conformidad el acreedor demuestra que el bien es ganancial, por imperio del orden público se impone su pertenencia a la masa de la comunidad. Lo contrario implicaría que la conformidad transformara la presunción en *iure et de iure*.

No obstante, la redacción del artículo ha ido incluso un poco más lejos al establecer que, ante la ausencia o la negativa de la conformidad en el acto, debe suplirse con una declaración judicial. Ello también resulta un tanto excesivo y en ese sentido se expidió el fallo “Pugliese”,¹² apenas el CCCN entró en vigencia. En efecto, la petición judicial, que se hizo en virtud de no haber incorporado oportunamente la conformidad, tramitó por vía de acción declarativa. Las acciones meramente declarativas o declarativas de certeza son un instituto proveniente del derecho procesal tendientes a, tal como señala el artículo 322 del **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**:

... hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Efectivamente, el camino procesal incoado era el correcto, ya que la ausencia de la conformidad señalaba un estado de incertidumbre sobre el alcance de una relación jurídica. Sin embargo, la acción fue rechazada *in limine*, sosteniéndose que

... nada impide que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria del acto escriturario en cuestión [...] y su consecuente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Esta posibilidad constituye, en sí misma, un serio valladar para la procedencia de la vía elegida.¹³

En definitiva, la exigencia de la conformidad del cónyuge no adquirente y, ante su negativa o ausencia, la realización de una declaración judicial, no aparecen como la solución a la que se aspiraba.

4. El ámbito de aplicación de los artículos 464 y 465

La sistematización en materia de bienes del CCCN se destaca como un aporte sustancial y clarificador, en particular en la comparación con el cuerpo codificado anterior. La redacción y el orden del articulado permiten abordar el tema de forma clara y sencilla. En efecto, la segunda sección correspondiente al capítulo del régimen de comunidad refiere puntualmente a la situación de los bienes en el mismo y está compuesta por tres artículos. El primero (464) refiere a los bienes propios de los cónyuges; el segundo (465) refiere a los gananciales y el tercero, como ya hemos visto, a la presunción de ganancialidad (466).

12. Juzg. Nac. Civ. Cap. Fed. N° 63, 22/12/2015, “Pugliese, Rosana s/ acción declarativa (Art. 322 CPCC)” (expte. 89310/2015). [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: web del CEPBA; última consulta: 27/11/2018]. Es para destacar que la cita que hace el juzgador refiere a la posibilidad de redireccionar el trámite por el camino más adecuado, pero en referencia al artículo 555 (legitimados respecto del derecho de comunicación personal).

13. Ídem, p. 2. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: web del CEPBA; última consulta: 27/11/2018].

Cuando comenzamos el trabajo señalamos los tres lineamientos básicos que permiten calificar los bienes en una gran cantidad de casos. Estos lineamientos surgían en el CCIV de los artículos 1266 (subrogación real), 1267 (adquisición anterior) y 1271 (adquisición a título gratuito), y fueron incorporados al CCCN en los incisos c), a) y b) del artículo 464 y en los incisos f) y a) del 465.

Para abordar la cuestión, podemos plantearla en estos términos: si en el artículo 464 están enumerados los bienes propios, y en virtud de la propia comunidad y de la presunción de ganancialidad, los bienes que no sean propios serán gananciales. Entonces, ¿por qué es necesaria la enumeración del artículo 465? La respuesta a esta pregunta surge del ámbito de aplicación en la línea temporal de cada uno de estos artículos.

Imaginemos una línea de tiempo que se extiende desde antes de la comunidad y hasta luego de extinguida. Esta línea se dividirá en tres tramos: el primero, anterior a la comunidad; el segundo se extenderá durante la vigencia de la misma, y el tercero, ocupará el período que va desde la extinción y hasta la partición. Durante el primer tramo, claramente todos los bienes serán propios, ya que no existe la comunidad que obligue a la calificación, de forma tal que carece de importancia cualquier circunstancia relativa a la adquisición del bien. Este tramo solo cobrará relevancia respecto a la calificación de los bienes, cuando reframos a la fecha de adquisición del bien o el inicio del derecho sobre el mismo. En el segundo tramo –la vigencia de la comunidad– aparece con todo su poderío la presunción de ganancialidad.

Como ya hemos explicado, la incorporación de bienes se asume dentro de la masa de gananciales, excepto que se acredite alguna de las circunstancias que permitan abstraerlos de esta masa. Es allí donde el artículo 464 adquiere toda su virtualidad. En tanto un bien responda a algunos de los incisos del artículo 464, será propio, aun siendo adquirido durante la vigencia de la comunidad. Asimismo, el artículo 465 operará respecto de supuestos específicos, a los que la propia ley califica de gananciales, por ejemplo los adquiridos por hechos de azar. El 465 en este período refiere a aquellos bienes “sobre los cuales los esposos tienen un derecho en expectativa al momento de la extinción”.¹⁴

El último tramo está conformado por el período de tiempo que va desde la extinción de la comunidad hasta la efectiva partición. Aquí no opera la presunción de ganancialidad en tanto ya no existe la comunidad. El principio general que rige en este período es que los bienes que ingresan al patrimonio de cada uno de los cónyuges que conformaron esa comunidad son propios. Sin embargo, este principio tiene excepciones ya que puede ocurrir que aun luego de extinguida la comunidad, ingresen al patrimonio bienes que le pertenezcan. Es aquí donde el artículo 465 aparece para regular estos supuestos. Si el bien fue incorporado luego de la extinción de la comunidad, de todas formas será ganancial en tanto responda a alguno de los supuestos del artículo 465.

Identificar el ámbito de aplicación de cada uno de estos artículos en la línea temporal permite abordar la cuestión de la calificación de forma sencilla, algo que no ocurría en el CCIV.

14. HERRERA, Marisa, [comentario al art. 465], en Lorenzetti, R. L. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 96.

5. Tres supuestos específicos: mayores aportes, partes indivisas, indemnizaciones

En la enumeración realizada en los artículos 464 y 465 se han incorporado algunos supuestos específicos, que ya se habían presentado en jurisprudencia durante la vigencia del CCIV y que generaban debates y posturas encontradas. Abordaremos tres de ellos: el supuesto de adquisición de un bien, realizado con aportes propios y gananciales; el supuesto de adquisición de partes indivisas y en tercer lugar, lo referido a las indemnizaciones.

5.1. Los mayores aportes

No resulta extraño a la vida cotidiana matrimonial que un bien se adquiriera por la inversión conjunta de fondos propios y gananciales. Resultaba entonces necesario clarificar qué calificación tendría ese bien ya que el CCIV no lo preveía de manera expresa.

El artículo 464 en el inciso c), y el artículo 465 en el inciso f), abordan específicamente estos supuestos, conjuntamente con el concepto de subrogación. En ambos, luego de determinar el carácter del bien de acuerdo al origen de los fondos con que fue adquirido, se agrega un párrafo especial que sostiene, *mutatis mutandi*, “Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad”.

Frente a estos supuestos durante la vigencia del CCIV, Solari sostenía:

En la hipótesis que nos ocupa –subrogación real– se toma como elemento determinante el origen de los fondos empleados para la adquisición del bien. En cambio, no es decisivo que para la subrogación real los precios sean exactamente iguales o la exacta equivalencia entre lo recibido en la enajenación del bien propio y lo empleado en la nueva adquisición. En realidad, el mayor valor de los fondos –gananciales o propios– determinará si estamos en presencia de una subrogación real. Así, cuando un inmueble es adquirido en parte con dinero propio y en parte con ganancial, el bien será propio o ganancial según quien sea el que haya integrado el importe mayor; todo ello, sin perjuicio del derecho de crédito por los fondos gananciales que se hubiere utilizado.¹⁵

En igual sentido se expedía la jurisprudencia.¹⁶ Por ejemplo, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo en 2007 que, habiéndose acreditado que el actor había comprado un bien empleando dinero en parte propio y en parte ganancial, y siendo la proporción del capital propio muy superior al ganancial, correspondía calificar dicho bien como propio del actor, sin perjuicio de la recompensa que la contraria pudiera reclamar en la oportunidad de liquidarse los bienes de la sociedad conyugal.¹⁷

15. SOLARI, Néstor, “Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B, p.785, cita online AR/DOC/1517/2007).

16. Ver CNCiv., Sala B, 28/4/1981, “Talotti, Ángel G.” (*La Ley*, t. 1981-D, p. 412, cita online AR/JUR/3488/1981); Sala D, 23/12/1981, “D., B. J. (suc.)” (*El Derecho*, 100-175); CNCiv., Sala E, 28/4/1961 (*El Derecho*, 2-790); CNCiv., Sala E, 28/12/1962, “G. de D., C. c/ D., J.” (*El Derecho*, 4-33; *La Ley*, 110-465); SC Buenos Aires, 7/3/1994, “R. de E., M. A. c/ E., O. A.” (*La Ley Buenos Aires*, 1995-488). Jurisprudencia citada por SOLARI, Néstor, ob. cit. (cfr. nota 15).

17. CNCiv., Sala I, 23/11/2006, “S., R. A. c/ L. A., C.”, (*La Ley*, 13/2/2007 y 20/4/2007 [t. 2007-A, p. 477 y t. 2007-B, p. 785, con nota: SOLARI, Néstor, ob. cit. {cfr. nota 15}; cita online AR/JUR/8126/2006]).

El problema que se genera respecto de esta solución se presenta cuando el bien es adquirido en igual proporción con bienes propios y gananciales. Frente a este supuesto, aparecen dos respuestas posibles. Por un lado, aquella que entiende que, durante la vigencia de la comunidad, se impone la presunción de ganancialidad, en tanto no puede acreditarse un mayor aporte del patrimonio propio. En segundo lugar, encontramos la postura que sostiene que de la redacción del inciso c) del artículo 464 se desprende la preeminencia del carácter propio del nuevo bien adquirido.¹⁸ Aún no existe una tendencia judicial sostenida que nos permita visualizar cuál será la solución adoptada.

5.2. Las partes indivisas

Las nuevas partes indivisas adquiridas sobre un bien del cual alguno de los cónyuges era propietario previamente, ya fuera en carácter propio o ganancial, revisten la misma calificación que revistiera la adquisición originaria. La solución prevista en el inc. k) del artículo 464 y en el inc. n) del artículo 465 continúa la solución adoptada por la Cámara Nacional Civil en el plenario “Sanz”.¹⁹ El fallo que dio lugar al plenario se originó ante el requerimiento por parte del Registro de la Propiedad Inmueble acerca de que el cónyuge del vendedor prestara su asentimiento –en ese entonces en virtud del artículo 1277 CCIV– para disponer de la transmisión de una porción indivisa a la que entendía, le correspondía el carácter de ganancial.

El plenario contó con muy fuertes argumentos, tanto en la mayoría como en la minoría, y dio lugar al debate acerca de la existencia o inexistencia de bienes duales en nuestro régimen. La postura mayoritaria entendió que la adquisición de porciones indivisas en diferentes circunstancias temporales no modificaba el carácter de la adquisición original, en tanto en derecho de condominio lleva ontológicamente incorporada la vocación al todo.

Si bien los supuestos fácticos del plenario no son exactamente los mismos que los presupuestos de la norma actual, la solución resulta idéntica, con base en el carácter declarativo de la partición. Este carácter declarativo da cuenta que la cuota parte originaria no constituye el objeto de la relación jurídica, sino que constituye la medida de un derecho que se ejerce sobre la universalidad, es decir sobre la totalidad de la cosa –con las limitaciones propias del condominio– de forma tal que las adquisiciones posteriores solo varían la extensión del derecho, pero no su origen o título.²⁰ Ello, claramente sin perjuicio del derecho de recompensa debido al patrimonio que aportara los fondos subsiguientes.

18. SOLARI, Néstor, ob. cit. (cfr. nota 15), p. 183.

19. CNCiv., en pleno, 15/7/1992, “Sanz, Gregorio O.” (*La Ley*, 1992-D-260).

20. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 472.

5.3. Las indemnizaciones

Mazzinghi²¹ señalaba, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1266 CCIV, que el principio de la subrogación real si bien no estaba establecido con una formulación especialmente clara, permitía generalizar el criterio que inspiraba los supuestos contemplados y aplicarlos a otros casos. Si bien se partía del término “real”, el concepto era amplio y extensivo a derechos y créditos. Borda²² aplicaba esta idea a las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio y a las indemnizaciones por expropiación.

El artículo 464 CCCN, en el inciso n), mantiene esta tesitura, refiriendo específicamente a las indemnizaciones “por consecuencias no patrimoniales y por daño físico”. El mismo inciso excluye de manera expresa el rubro del lucro cesante cuando correspondiere a ingresos que hubieran sido gananciales. Por su parte, el inciso g) del artículo 465 refiere que son gananciales los créditos e indemnizaciones que subrogan a un bien ganancial. Es decir que para saber la calificación de una indemnización será necesario determinar qué carácter tenía el bien que está siendo indemnizado. Esta situación aparece como equitativa y responde a los lineamientos planteados por la doctrina y jurisprudencia anterior al nuevo cuerpo legal.

La particularidad que presenta en la práctica esta calificación es que la indemnización podrá presentar en la liquidación rubros que sean de carácter propio y rubros que sean de carácter ganancial. Un ejemplo al respecto es el caso de una indemnización por despido discriminatorio. Los rubros correspondientes al lucro cesante tendrán el carácter ganancial, en tanto que el rubro correspondiente al daño moral será de carácter propio.

Algo similar ocurre con los intereses devengados, ya que solo serán gananciales aquellos que nazcan durante la vigencia de la comunidad, y solo hasta su extinción. Es que tanto el lucro cesante como los intereses presentan el carácter de frutos, de forma tal que serán gananciales o propios en virtud de su circunstancia temporal.

La jurisprudencia actual ha dicho al respecto:

Este precepto mantiene una redacción semejante a la del quinto párrafo del art. 1272 del CCIV, del cual parte el criterio mayoritariamente aceptado, que establece que la indemnización por despido injustificado es ganancial si el distrato se produjo con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, y que es un bien propio si se produjo con posterioridad, porque el perjuicio de la falta de trabajo recaerá solamente sobre el cónyuge despedido.²³

Un supuesto especial está previsto en el artículo 465 *in fine*:

No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

21. MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 182.

22. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 235.

23. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, 12/11/2015, “B., A. N. c/ A., G. E. s/ medidas precautorias (cuadernillo art. 250 CPCC)” (*El Derecho*, t. 266, p. 567; *La Ley Buenos Aires*, diciembre 2015, p. 1242 y marzo 2016, p. 221; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, abril 2016, p. 63; cita online AR/JUR/48785/2015; disponible completo [aquí](#); fuente: web [Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación](#); última consulta: 27/11/2018).

Las indemnizaciones por muerte de unos de los cónyuges ingresan al patrimonio del supérstite como propias. Ello permite una protección mayor del viudo o viuda, en virtud de las concurrencias sucesorias. Estas indemnizaciones no formarán parte de la comunidad hereditaria del causante, ya que son propios del supérstite.

El carácter de la indemnización no suplanta ni cancela la recompensa debida a la comunidad ganancial por las primas aportadas por esta en el caso de las indemnizaciones que se derivan de un contrato de seguro. En este supuesto la comunidad ganancial –que debe liquidarse entre el supérstite y los herederos del causante– deberá recibir la recompensa que, entonces, formará parte del acervo de la comunidad hereditaria.

A lo largo del articulado del CCCN se puede observar que si bien se aleja indefectiblemente de la postura que propugnaba la existencia de bienes duales en el ordenamiento, dentro del ítem indemnizaciones podemos encontrar cierta dualidad.

6. A modo de conclusión

La regulación del régimen matrimonial de comunidad en el Código Civil y Comercial ha traído respuestas a muchos de los conflictos que hasta su sanción requerían soluciones pretorianas. No obstante ello, presenta también algunas regulaciones que parecen complejizar aún más algunos supuestos.

Actualmente, la jurisprudencia aún se presenta muy limitada en la materia, lo que no permite inferir una línea clara acerca de cómo se interpretarán o cargarán de contenido estas normas.

La conformidad del cónyuge no adquirente en el instrumento de adquisición de un bien propio resulta pasible de una mirada crítica, en tanto la regulación de los supuestos de mayores aportes y de partes indivisas se presentan como clarificadores y oportunos.

El régimen patrimonial matrimonial mantiene en el nuevo cuerpo legal el imperio casi absoluto del orden público, limitando la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la elección de alguno de los dos regímenes propuestos. Una vez optado por uno de ellos, el mismo será regido por las normas que lo regulan, y la autonomía de la voluntad solo tendrá la extensión que el ordenamiento expresamente le acuerde. En el régimen de comunidad, esto aparece de forma aún más palmaria.

La calificación de los bienes es uno de los supuestos donde este imperio se observa en todo su esplendor.

7. Bibliografía

- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- HERRERA, Marisa, [comentario a los arts. 465 y 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

- SABENE, Sebastián, “Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV (cita online AP/DOC/1453/2013).
- SOLARI, Néstor, “Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B; cita online AR/DOC/1517/2007).
- *Derecho de las familias*, Buenos Aires, La Ley, 2017.
- TORRES SANTOMÉ, Natalia E., “El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial” [[online](#) y [versión descargable](#)], en *DPI Cuántico. Derecho para innovar* [portal web], sección “Diario Civil y Obligaciones”, edición N° 97, 7/12/2016.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006.