

SOCIEDAD CONYUGAL: CALIFICACIÓN DE LOS BIENES: ART. 1246 DEL C.O.D. CIVIL; OMISIÓN DE DENUNCIAR EL ORIGEN DE LOS FONDOS: EFECTOS; PRUEBA DE SU ORIGEN; ART. 1277 DEL C.O.D. CIVIL; ARDID; VERDAD MATERIAL; PRIMACÍA*

DOCTRINA:

1) *La circunstancia de que el demandado, en el acto de la adquisición, no haya dejado constancia acerca del origen de los fondos con los que realizaba la operación –esto es que compraba con dinero proveniente de la venta de un inmueble propio–, recaudo exigido por la norma del art. 1246 del código citado y aplicable, no obstante su texto también al marido, no impide claro está que éste –no gozando, por ende, de la presunción iuris tantum que la disposición establece– acredite la calidad de propio de tales inmuebles. E incluso para aquellos que entienden que la exigencia no resulta*

aplicable al esposo, su falta llevará a reputar ganancial el bien y no podrá enajenarlo sin el consentimiento de su mujer o, de lo contrario, produciendo la prueba de que el bien es propio.

2) *Son elementos a tener en cuenta especialmente a los efectos de establecer el carácter propio de un bien, la venta de otro propio realizada poco tiempo antes de la nueva adquisición y el monto similar de las operaciones, aun cuando conforme la doctrina del reemplazo y del empleo de fondos propios, la proximidad temporal entre ambas operaciones no es un elemento indispensable para que surja el carácter propio del nuevo*

(*) Publicado en *El Derecho* del 12/3/99, fallo 49.081.

bien, como tampoco lo es que los precios sean matemáticamente iguales.

- 3) A los efectos de determinar la naturaleza ganancial o no de un bien, será de gran utilidad la circunstancia de que poco tiempo antes de la adquisición el cónyuge efectuara la venta de un bien propio por una cantidad similar a la que le costó el nuevo bien, lo que permite presumir que lo obtenido en la venta anterior se invirtió en la compra, sin perjuicio de que al otro cónyuge siempre le quedará la posibilidad de probar que el crédito propio ya fue anteriormente utilizado por su titular para la adquisición de otro bien propio o el pago de una deuda propia.
- 4) La circunstancia de que el cónyuge se valiera de un ardid para zanjear el precepto del art. 1277 del Cód. Civil en lugar de hacer declarar –por la vía que correspondiera– el carácter propio del inmueble, recurriendo así a un artilugio que, si bien le hizo ganar

tiempo, provocó una merma en seguridad por su mentira, no puede tener por efecto la calificación del inmueble como ganancial si, por un lado, la realidad indica que el bien, al haber ingresado al patrimonio abonado con dinero propio, tiene el mismo carácter, y, por otro lado, el error en que incurriera no altera la verdadera naturaleza que tenía el bien.

- 5) Todo lo relativo a la calificación de los bienes es de orden público, por lo que ni los cónyuges ni los terceros pueden alterarlo. Por lo tanto, si el dinero de la adquisición provino de la liquidación de un bien propio, el nuevo bien tiene el mismo carácter, lo que resulta de la aplicación del art. 1266 del código de fondo; lo contrario implicaría lisa y llanamente, violar la inmutabilidad del régimen matrimonial. M. M. F. L.

Cámara Nacional Civil, Sala E, marzo 25 de 1998. Autos: “D. G., L. S. c. L., J. A. s/liquidación de la sociedad conyugal”.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veinticinco días del mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: “D. G., L. S. c. L., J. A. s/liquidación de sociedad conyugal”, respecto de la sentencia corriente a fs. 356, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores *Calatayud*, *Dupuis*, *Mirás*.

El señor juez de Cámara doctor *Calatayud* dijo:

Contra la sentencia de fs. 356/59, en la que la señora juez desestimara la demanda entablada por L. S. D. G. por entender que no existían bienes gananciales susceptibles de ser liquidados de la sociedad conyugal habida entre ella y su ex-marido, el demandado, se agravia la perdedora, quien en el extenso escrito de expresión de agravios, sostiene que, al presumirse la ganancialidad de los

bienes adquiridos después del matrimonio (art. 1271, Cód. Civil) y al no haber formulado su contrario manifestación alguna acerca del origen de los fondos con que adquirió el 50% de los inmuebles ubicados en la calle José Martí al 200 y Padilla al 1000, deben considerárselos con aquel carácter. Hace hincapié, además, en la falsedad en que incurriera L., al hacerla sustituir por otra persona para prestar el asentimiento a que se refiere el art. 1277 del Cód. Civil –tal como se desprende del expediente que por redargución de falsedad le inició y tramitó por ante el mismo juzgado– para después enajenar uno de los referidos inmuebles, en conducta que demuestra por sí misma que aquél lo consideraba como ganancial (ver presentación de fs. 389/408).

Antes de examinar los argumentos expuestos por la apelante, creo oportuno efectuar una breve síntesis de los antecedentes relevantes de la causa que ayudarán a aprehender la situación existente entre las partes. Estos contrajeron matrimonio el 24 de abril de 1980 y se divorciaron por sentencia dictada el 23 de febrero de 1989. A su vez, el marido había recibido por donación –realizada por escritura pública del 7 de agosto de 1978–, siendo de estado civil soltero, el 50% del inmueble de la calle Moctezuma al 1400 de esta ciudad (ver escritura de fs. 173/76), inmueble que fue posteriormente enajenado en su totalidad por los condóminos con fecha 6 de mayo de 1982 –es decir, cuando ya estaba casado con la actora– por la suma de \$ 250.000.000 (ver escritura de fs. 278/80) y, el mismo día, aquéllos adquieren la unidad funcional N° 2 de la finca de la calle José Martí al 200, habiendo abonado la cantidad de \$ 170.000.000 (ver fs. 281/86) y, dos meses más tarde –el 8 de julio de 1982–, la unidad funcional N° 11, ubicada en el 2° piso de la finca de la calle Padilla al 1000, por un precio de \$ 120.000.000 (ver fs. 314/19). Con posterioridad, el 29 de junio de 1994, los propietarios enajenaron a un tercero el último de los inmuebles aludidos y, no obstante que L. era ya de estado civil divorciado, aparece como casado con la actora, haciéndose constar en el instrumento respectivo que ésta había otorgado el asentimiento requerido por el art. 1277 del Cód. Civil, por escritura de fecha 20 de abril de 1994, por ante la escribana titular del Registro Notarial N°... de esta ciudad, doña E. R. (ver fs. 300/03).

Este último acto fue redargüido de falsedad por la señora D. G. por acción que tramitó por ante el mismo juzgado y secretaría intervinientes y en donde quedó fehacientemente demostrado que la firma que suscribía la escritura en cuestión no pertenecía al puño y letra de la impugnante. En consecuencia, la señora juez la decretó redargüida de falsa (ver sentencia de fs. 185/88 del expediente N° 107.000/94, agregado por cuerda).

El art. 1271 del Cód. Civil, sienta un principio general: pertenecen a la sociedad conyugal como gananciales aquellos bienes existentes a su disolución, si no se prueba que pertenecían a uno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió por herencia, legado o donación. Vale decir, aplicando ese criterio al caso de autos, el 50% de los inmuebles que adquiriera L. situados en las calles José Martí y Padilla tendrían, en principio, el carácter de gananciales, salvo que acreditase que fueron adquiridos con el producido de la venta del ubicado en la calle Moctezuma que, por ser bien propio, por

efecto de la subrogación real o del nuevo empleo, conduciría a considerarlos como tales (art. 1266, citado cuerpo legal).

Ahora bien, la circunstancia de que el demandado, en el acto de la adquisición, no haya dejado constancia acerca del origen de los fondos con los que realizaba la operación –esto es, que compraba con dinero proveniente de la venta del inmueble propio de la calle Moctezuma–, recaudo exigido por la norma del art. 1246 del cód. citado y aplicable, no obstante su texto, también al marido (conf. Llambías, *Código Civil Anotado*, t. III-A, pág. 241 N° 2; Bor-da, *Tratado de Derecho Civil-Familia*, 9ª ed., t. I, pág. 260 N° 333), no impide, claro está, que éste –no gozando, por ende, de la presunción *iuris tantum* que la disposición establece– acredite la calidad de propio de tales inmuebles. E incluso para aquellos que entienden que la exigencia no resulta aplicable al esposo, su falta llevará a reputar ganancial el bien y no podrá enajenarlo sin el consentimiento de su mujer (art. 1277, cit.) o, de lo contrario, produciendo la prueba de que el bien es propio (conf. Fassi y Bossert, *Sociedad conyugal*, t. I, pág. 275 N° 17).

Son elementos a tener especialmente en cuenta a los efectos de establecer el carácter propio de un bien, la venta de otro propio realizada poco tiempo antes de la nueva adquisición y el monto similar de las operaciones (conf. fallos citado por Fassi y Bossert, op. y loc. cit., pág. 276 N° 18, nota 26), aun cuando –conforme la doctrina del reemplazo y del empleo de fondos propios, la proximidad temporal entre ambas operaciones no es un elemento indispensable para que surja el carácter propio del nuevo bien (ver Fassi y Bossert, op. y loc. cit. en último término), como tampoco lo es que los precios sean matemáticamente iguales (conf. C. Civ. 2ª, LL, 58-880).

Sin duda, como dicen los autores recién citados, será de gran utilidad acreditar que poco tiempo antes de la adquisición el cónyuge efectuó la venta de un bien propio por una cantidad similar a la que le costó el nuevo bien, **lo que permitirá presumir que lo obtenido en la venta anterior, se invirtió en la compra**, sin perjuicio de que al otro cónyuge siempre le quedará la posibilidad de probar que el crédito propio ya fue anteriormente utilizado por su titular para la adquisición de otro bien propio o el pago de una deuda propia (conf. Fassi y Bossert, op. y loc. cit., pág. 278 N° 21).

Ello establecido, la correlación de operaciones, precios y fechas que llevara a cabo la magistrada de la anterior instancia, permite inferir con suficiente fundamento –tal como ella lo hiciera– que el dinero obtenido por la venta del inmueble de la calle Moctezuma fue empleado por los enajenantes para la adquisición de los situados en las calles José Martí y Padilla. Es que, la compra del primero de estos últimos se llevó a cabo el mismo día y ante la misma escribana que instrumentó la enajenación de aquél, en tanto el segundo fue adquirido dos meses después y también por ante la misma notaria, siendo el precio abonado por ambos si bien no idéntico similar al obtenido por el negocio original.

Por lo demás, la actora no ha demostrado que en el período aludido de dos meses L. haya adquirido otro bien propio o haya abonado deudas propias con

el dinero restante de la venta del bien sito en Moctezuma y comitante adquisición del de José Martí.

Es cierto la circunstancia en que hace hincapié la señora D. G. respecto a que su ex marido manifestó, al vender el inmueble de la calle Padilla, que era casado con ella e hizo valer una escritura de asentimiento que era falsa pues no había sido suscripta de su puño y letra (ver, también, conclusiones de la pericia caligráfica practicada en estos obrados a fs. 263/68, no objetadas por las partes), es decir, se valió de un ardid para zanjar el precepto del art. 1277 del Cód. Civil en lugar de hacer declarar –por la vía que correspondiera– el carácter propio del inmueble, recurriendo así a un artilugio que, si bien le hizo ganar en tiempo, provocó una merma en seguridad por su mentira. Empero, a mi juicio, dicha circunstancia –reprochable por cierto–, no puede tener el efecto que pretende acordarle la recurrente. Es que, por un lado, la realidad indica que el bien, al haber ingresado al patrimonio abonado con dinero propio, tiene el mismo carácter, siendo que, por otro, no obstante que implícitamente el enajenante lo caracterizó como ganancial, el error en que incurrió –quizás por un incorrecto asesoramiento o por una urgencia en concretar la operación– no altera la verdadera naturaleza que tenía el bien.

No puede dejar de destacarse al respecto que todo lo relativo a la calificación de los bienes en esta materia es de orden público, por lo que ni los cónyuges ni los terceros pueden alterarlo, de modo que si el dinero de la adquisición provino de la liquidación de un bien propio, el nuevo bien tiene el mismo carácter, lo que resulta de la aplicación del mencionado art. 1266 del código de fondo. La solución contraria implica, lisa y llanamente, violar la inmutabilidad del régimen matrimonial (conf. Belluscio, *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, t. 6, pág. 122 N° 2, com. art. 1264; Fassi y Bossert, op. y loc. cit., pág. 233 N° 3, com. art. 1263, y doctrina y jurisprudencia citados en nota N° 3; CNCiv., sala A, ED, 55-196; Sala B, ED, 36-703), lo que hace clara la conclusión recién expresada.

Sólo a mayor abundamiento, debe resaltarse que, más allá del alcance que quiera otorgársele a la manifestación acerca de la inexistencia de bienes gananciales formulada por los esposos al promover el juicio de divorcio, lo cierto es que ella al menos resulta útil como elemento coadyuvante de la solución anticipada.

Por estas consideraciones y las propias del pronunciamiento en análisis, voto para que se lo confirme, con costas dealzada a la vencida, pues no encuentro mérito alguno para apartarse del principio objetivo de la derrota que estatuye el art. 68 del Cód. Procesal.

Los señores jueces de Cámara doctores *Dupuis* y *Mirás* por análogas razones a las expuestas por el Dr. *Calatayud*, votaron en el mismo sentido.

Y *Vistos*: En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 356/59, con costas dealzada a la vencida. En atención al interés económico pretendido en la demanda que fuera precisado a fs. 79, y que resulta, además, de la escritura de fs. 300/3, la calidad, eficacia y extensión de la tarea realizada; las etapas cumpli-

das por los diferentes profesionales intervinientes; el resultado logrado; y lo normado por los arts. 6, 7, 9, 38 y concs. de la ley 21839 [EDLA, 1978-290] reformada en lo pertinente por la ley 24.432 [EDLA, 1995-A-57], se confirman los honorarios regulados a fs. 359 en favor de la Dra. S. B. S., ex letrada patrocinante de la parte actora, reduciéndosela a la suma de \$... y se confirman los del Dr. M. A. S., letrado patrocinante del demandado vencedor, por haber sido apelados sólo “por altos” y resultar bajos. Por las pericias presentadas a fs. 222/226, 263/8 y 287/9, sus respectivos méritos y extensiones, y la debida proporción que los honorarios periciales deben guardar con los de los profesionales intervinientes en todo el proceso (ley 24432, art. 10; esta Sala, c. 66.064 del 19-3-90), se modifica la regulación efectuada en favor del Calígrafo Público Nacional F. G. R. en la suma de \$... y se confirman las del Ingeniero G. P. y del Escribano L. F. B. por haber sido apeladas “por altas” y resultar bajas. Por la actuación cumplida en esta instancia, resultado obtenido y lo dispuesto por el art. 14 del arancel, se regulan los honorarios de la Dra. B. y B. en la suma de \$... en conjunto y los del Dr. S. en la suma de \$... Notifíquese y Devuélvase. – Juan Carlos G. Dupuis. – Osvaldo D. Mirás. – Mario P. Calatayud.

NOTA A FALLO

Por **Pedro Di Lella**

El fallo en comentario presenta interesantes aristas para clarificar algunos aspectos de cómo funciona en la práctica la calificación de “propios” y “gananciales” de los bienes adquiridos por los cónyuges y la diferencia entre esto, su titularidad y su pertenencia a cada masa.

El artículo 1271 del Código Civil

La presunción muciana ⁽¹⁾ recogida en este artículo no cumple una función “calificadora” de los bienes. No debe ser leído como otros artículos -el 1266, por ejemplo- que disponen qué calidad revestirá el bien, sino que simplemente regula una cuestión de prueba ⁽²⁾. Dispone que los bienes se presumen gananciales y quien quiera sostener lo contrario soportará el *onus probandi* de tal alegación.

Los bienes de los cónyuges son propios cuando así lo dispone la ley y son gananciales también cuando la ley lo dice. La ganancialidad o no de los bienes es independiente de lo que los esposos crean o quieran ⁽³⁾.

En consecuencia, este artículo debe ser interpretado en su recto significado como bien lo dispone el fallo.

(1) Eduardo Vaz Ferreyra, *Tratado de la sociedad conyugal*, T. I, pág. 244.

(2) Eduardo Vaz Ferreyra afirma “sería exagerar el alcance de la disposición ver en ella una regla relativa a la naturaleza jurídica de los bienes; se trata únicamente de una presunción concerniente a la prueba”, op. cit., pág. 245.

(3) CNCiv., Sala C, 8/5/81, JA, 1982, I, 512; CNCiv., Sala F, 15712/89, JA, 1990, III, 344, ídem, noviembre 3 de 1975, ED, 65, 132; ídem, Sala B, 30/12/70, ED, 36-703; CNC Esp. Civ. y Com., Sala I, 27/2/1974, ED, 55/196.

Si los bienes son propios, ningún acto podrá lograr que dejen de serlo, lo mismo si son gananciales.

El artículo 1246

Este artículo, que hace referencia sólo a la mujer, disponía que si el bien se adquiría con fondos de la mujer, para que fuera de ella debería hacerse constar esta circunstancia y además “cómo” los fondos le pertenecían.

Al decir de Fassi y Bossert ⁽⁴⁾, esto exige que en el instrumento consten todos los datos que permitan a cualquier tercero verificar ese origen de los fondos, es decir, si se adquirió con dinero proveniente de la venta de un bien, todos los datos que permitan identificar el bien como propio, si provino de una herencia, el juzgado y secretaría donde tramitó, etcétera ⁽⁵⁾.

Ahora bien, reconocida la capacidad de la mujer casada en pie de igualdad con el hombre, se plantean dos posiciones doctrinarias, una –que no ha conseguido triunfar– sostiene la lisa y llana derogación de este artículo ⁽⁶⁾ y la otra –que se ha ido imponiendo– sostiene que ahora esa exigencia alcanza a ambos ⁽⁷⁾.

Si bien creo que esta posición es más justa, lo cierto es que ninguna norma obligaba al marido a cumplir con estos recaudos y, por lo tanto, esta interpretación jurisprudencial más que extensiva parece deformante pero, reitero, creo que resulta justa.

Admitido que tanto el hombre como la mujer deben ajustarse a este precepto, una lectura apresurada del fallo podría hacernos pensar que, en definitiva, incumplir con el art. 1246 carece de consecuencias desde que, como se advierte, los jueces permiten subsanar luego estas omisiones.

Creo que la respuesta no es tan simple y que estamos obligados a distinguir situaciones:

a) La omisión de los recaudos entre cónyuges

El primer supuesto es cuando los cónyuges, por error, inadvertencia, ignorancia o incluso con la deliberada intención de aparentar el carácter de ganancial del bien, omiten dejar constancia de que el bien se está adquiriendo con fondos de origen propio.

Conforme pacífica jurisprudencia ⁽⁸⁾ que recoge el fallo, los cónyuges po-

(4) Fassi y Bossert, *Sociedad conyugal*, T. I, pág. 186, N° 10.

(5) “La sola manifestación de la mujer casada de que el dinero con el que realiza una compra es propio, no es suficiente ya que debe expresar su origen”, CNCiv. Sala F, 31/12/74, ED, 61-452.

(6) Spota, *Curso de temas de Derecho Civil*, pág. 426. Belluscio, que compartía esta opinión (véase su voto en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil), parece haberla cambiado ya que cita el artículo como vigente en la 5ª edición de su *Manual de Derecho de Familia*, T. II, pág. 57.

(7) Las citadas V Jornadas de Derecho Civil en su despacho mayoritario; C. Civ. Com. Lab. y Minería, Sta. Rosa 27/7/78, JA, 1980, I, 715; CNCiv., Sala A, 30/7/1985, ED, 116-417; Belluscio y Zannoni en *Código Civil Comentado*, T. 6, pág. 105, N° 5.

(8) Eduardo Zannoni en *Derecho de Familia*, 3ª ed., T. I, pág. 499, N° 1 y jurisprudencia allí citada.

drán invocar en todo tiempo la realidad que no hicieron constar en el acto de adquisición, siempre que la masa utilizada haya conservado su individualidad. Y cuando digo “en todo tiempo” esto quiere decir “disuelta o no la sociedad conyugal”.

Esto es que, si como afirma el fallo la cercanía temporal no es necesaria, ello será así siempre y cuando los fondos utilizados sean los mismos y se pueda probar que así es ⁽⁹⁾.

Si el marido vendió el inmueble y un año después compró otro inmueble, su invocación de que utilizó dichos fondos dependerá de que pueda acreditar dónde tuvo el dinero en ese tiempo, así –por ejemplo– si mantuvo los fondos en una cuenta bancaria o los invirtió en un plazo fijo que renovó reiteradamente.

En caso contrario, si los fondos se han diluido al paso del tiempo, entonces lo único que tendrá el cónyuge propietario de los fondos es un derecho de crédito reclamable al tiempo de la disolución ⁽¹⁰⁾. Esto es, no cualquier bien adquirido con posterioridad a la disposición de un bien propio seguirá la naturaleza de éste; o debe haber una adecuada relación temporal o debe haber una identificación de los fondos durante el período en que no han sido utilizados para admitir tal calificación ⁽¹¹⁾.

Debe tenerse en cuenta que el cambio de “calificación” no implica un cambio de “titularidad”; el bien sigue bajo el mismo dominio existente y, obviamente, ningún derecho real se ha transmitido desde que lo único que ha variado es el derecho del cónyuge a su eventual participación en el bien, o del bien en el acervo, al disolverse la sociedad ⁽¹²⁾.

Desde luego, la situación no varía y por tanto podrá invocarse también por los herederos de uno de los cónyuges fallecido ya que, en tal caso, éste ocupa el lugar del causante ⁽¹³⁾.

Pero ello aún exige alguna consideración; en efecto, si lo que se pretende es un cambio de titularidad tal acto no es viable por parte del cónyuge porque estaría invocando una simulación ilícita ⁽¹⁴⁾. En los hechos habría una simulación ilícita que los participantes en ella no podrían invocar, ya que violarían el principio del *nemo turpitudinem*. Diferente sería allí la situación del heredero por lo que *infra* se dirá.

(9) SCBA, 21/9/84, ED, 114-687.

(10) Diaz de Guijarro, Enrique, “La restitución de los bienes propios del marido cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal”, JA, 75-999. CNCiv, Sala B, 13/10/1981, ED, 97/569. SCBA, 17711/87, M. de D. M. L. v. C. T. (Ac. 38.253) DJBA 134, 135; CNCiv., Sala C, LL 1977, D 621.

(11) CNCiv. Sala A, 25/2/1975, ED, 61-251.

(12) Julio César Capparelli, “Las convenciones matrimoniales en el art. 163 del Código Civil. Ley 23515”, LL, 1990, pág. 659; CNCiv., Sala I, ED, T. 162, pág. 593.

(13) CNCiv., Sala B, 12/5/94, JA, 1996, T. II, págs. 664 y ss.

(14) CNCiv., Sala B, 20/43/93, JA, 1993, IV, págs.139 y ss. Con mi comentario al pie.

b) La omisión de los recaudos frente a terceros

El fallo no se ocupa, porque era ajeno a las circunstancias del caso, de la situación de los terceros frente al incumplimiento de los recaudos del art. 1246.

De ninguna manera puede considerarse igual la situación de los terceros.

En principio podría pensarse que para el tercero la calificación del bien durante la vigencia de la sociedad conyugal es irrelevante, ya que cada cónyuge responde por sus deudas con sus bienes (salvo la situación excepcional del art. 6 de la ley 11357). Pero es preciso advertir que, como *supra* se dijo, la cuestión puede plantearse después de disuelta la sociedad conyugal y allí sí el tercero puede verse afectado.

Así, piénsese en la posibilidad de que el acreedor del marido, disuelta la sociedad conyugal, pida el embargo del bien que, según constancias de su inscripción, al estar a nombre de la mujer aparece como ganancial, y que posteriormente se pretenda oponerle a este acreedor el carácter “propio” del bien y, en consecuencia, su “ajenidad” a la sociedad conyugal, excluyéndolo así de la partición y de la masa ganancial que le corresponde al cónyuge, lo que obviamente no puede aceptarse por ser claramente violatorio del art. 2505 del C. Civil⁽¹⁵⁾.

Y no sería extraño, entonces, que alguien se preguntara cómo se puede sostener aquí que el carácter de “propio” o “ganancial” del bien tiene que ser visto a la luz de lo dispuesto por el art. 2505 del C. Civil, si anteriormente se sostuvo que la calificación del bien es ajena a todo derecho real. En mi concepto, no debe verse en ello contradicción alguna, la cuestión de la calificación de los bienes en la relación entre cónyuges es un tema privativo de la sociedad conyugal, pero frente a terceros esa calificación trasciende las relaciones personales y es oponible por ellos y a ellos.

Así, declarada la quiebra del marido y disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, no podrían los herederos de ella pretender hacer valer, frente a los acreedores del marido, el carácter de propio del bien en que se omitieron los recaudos del art. 1246, pero tal alegación sería válida frente al propio cónyuge.

Y ello nos enfrenta, a su vez, a otra alternativa, al supuesto de que, no habiéndose hecho constar la circunstancia del art. 1246, el acreedor esté interesado en demostrar que la realidad es diferente de la que surge del título, y obviamente nada obsta a ello, así como nada obsta a que el tercero demuestre que el bien de titularidad aparente de uno de los cónyuges, en realidad, esconde una simulación y corresponde que ingrese a la masa del otro⁽¹⁶⁾. La situación es idéntica a aquella en que está quien adquirió un bien por boleto de compraventa; él no podrá oponer dicho boleto al tercero que acciona contra el titular registral, pero la existencia del boleto, o sea, de la realidad extrarregistral, sí podrá serle opuesta por su acreedor al adquirente por boleto.

(15) Ver fallo citado en nota anterior.

(16) 1ª Instancia Comercial Capital Federal, firme. 4/9/1973, JA, 1973-20-238; CNCom., Sala D, 28/12/77, ED, 77- 445.

Y en cuanto a los herederos de uno de los cónyuges, también podrán accionar como terceros, esto es, podrán sostener que la titularidad aparente de uno persiguió la finalidad de ocultar o excluir bienes de la masa. Es que no debe olvidarse que el heredero, como continuador de la persona del causante, tiene los derechos de su causante y, como legitimario, tiene derechos contra los actos del causante ⁽¹⁷⁾.

c) Derecho de crédito

En las hipótesis anteriores, sea que se hayan cumplido los recaudos del art. 1246 o no, es posible que no todo el dinero invertido tenga el mismo origen; en tal caso, surgirá un crédito a favor de la sociedad conyugal.

Así, en el caso de autos, si el marido vendió bienes por \$ 125.000 (la mitad de \$ 250.000) y compró bienes por \$ 145.000 (la mitad de \$ 290.000), hay un crédito a favor de la sociedad conyugal por \$ 20.000, de los cuales correspondería la mitad a cada cónyuge y, en este sentido, se podría sostener que la afirmación originaria con que comienza el fallo, diciendo que “no existían bienes gananciales”, podría ser entendida como errada. Sin embargo, ello no puede afirmarse porque se ignora cómo se trabó la litis, esto es, si el reclamo de la mujer en el caso había incluido el reclamo por el eventual crédito a favor de la sociedad conyugal, es posible que los jueces se hayan visto limitados por la forma en que se formularon las peticiones de las partes ⁽¹⁸⁾.

d) El silencio de la sentencia frente al fraude

Sorprende en el fallo la pasividad con que los magistrados actuaron frente al fraude del marido que falsificó la firma de la mujer en una escritura pública.

Salvo que al haberse decretado la nulidad de esa escritura se hubieren impuesto sanciones, el fallo es, en este sentido, pasible de severa crítica; alguna sanción debió merecer la grave violación a disposiciones legales de orden público, realizadas con dolo de tal entidad y, al menos en materia de costas, debió la sentencia considerar la actuación del marido ⁽¹⁹⁾.

En todo lo demás, el fallo está impecablemente fundado.

Conclusión:

En conclusión, del juego armónico de las normas legales surge, a mi juicio, el siguiente sistema.

Es razonable extender la exigencia del art. 1246 tanto al marido como a la mujer y, por tanto, para que el bien sea considerado propio de uno u otro cón-

(17) Véase de mi autoría “Sociedades Comerciales y legítima hereditaria” con sus citas jurisprudenciales, *JA*, 1995, I, pág. 671.

(18) Fallo citado en nota 13.

(19) En el fallo mencionado en nota 13, los jueces, si bien dieron razón al yerno del causante en cuanto a la propiedad que a éste correspondía, le aplicaron las costas del proceso por el hecho de haber sido partícipe de la acción fraudulenta de su cónyuge.

yuge es necesario que se haga constar en la escritura tal circunstancia, así como todos los datos necesarios que permitan confirmar tal afirmación.

Si los cónyuges dieron cumplimiento a los recaudos del art. 1246 y sus afirmaciones son reales, el bien será considerado propio del titular.

Si los cónyuges dieron cumplimiento a los recaudos del art. 1246 pero sus afirmaciones son falsas, ellos no podrán atacar el acto ilícito que crearon, ni tampoco podrán hacerlo sus herederos no legitimarios. Pero podrán hacerlo los acreedores y los herederos forzosos que se vieran perjudicados por la maniobra.

Si los cónyuges no dieron cumplimiento a los recaudos del art. 1246, ellos y sus herederos tendrán acción para lograr la real calificación del bien, pero ese cambio de calificación no podrá afectar a terceros. Por el contrario, cualquier tercero podrá accionar para demostrar la real calificación del bien y esa modificación será oponible a los cónyuges. Más complicado se hace aceptar si ese cambio de calificación del bien se podría hacer por simple escritura pública y sin intervención judicial; me inclino por la respuesta afirmativa, con la salvedad de que el tercero que adquiera el bien deberá verificar que las afirmaciones realizadas en la escritura aclaratoria son reales.

Si los cónyuges hicieron ingresar a la masa de uno de ellos como propio o ganancial un bien que en realidad correspondía a la masa del otro, se trata de una simulación prohibida que ni ellos ni sus herederos, salvo los forzosos, pueden atacar. Por el contrario, los terceros y los legitimarios en cuanto tales pueden atacar el acto planteando su nulidad absoluta, ya que esconde un acto violatorio del orden público y por tanto imprescriptible, demostrar que el bien que figura como titularidad del marido pertenece a la masa de la mujer o viceversa y lograr que el bien vuelva a la masa a la que pertenece.

La recalificación del bien no obsta al reclamo por el eventual crédito a favor de uno de los cónyuges o de la sociedad conyugal ⁽²⁰⁾.

(20) Bien entendido que la utilización de esta última expresión no implica afirmar la personalidad jurídica de ésta, conforme Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, 5ª ed., T. II, pág. 52, 10.