

DECLARACIÓN DEL CARÁCTER DE PROPIO DE UN BIEN INMUEBLE EN EL MOMENTO DE SU COMPRA. REQUISITOS LEGALES. ARTÍCULO 1246 DEL CÓDIGO CIVIL. SUBSANACIÓN*

Doctrina:

Los requisitos legales que se exigen para configurar la naturaleza de propio de un bien inmueble con motivo de su compra, a tenor de lo dispuesto en el art. 1246 del Código Civil, son: a) manifestación de que el dinero es propio del cónyuge adquirente; b) designación de cómo le pertenece en forma precisa. El incumplimiento del segundo requisito contribuye a una posible e incorrecta calificación del bien, cuando la interpretación se oriente aplicando los arts. 1271 y 1272 del indicado cuerpo normativo.

Si la expresión resultó insuficiente por constar sólo que el dinero pertenecía al adquirente, la omisión del origen del derecho sobre dichos fondos o cosa puede suplirse por escritura pública, sin merecer intervención del órgano jurisdiccional, porque su objeto es complementar el acto anterior.

Antecedentes:

La consulta remitida para dictaminar se refiere a los alcances de las exigencias del art. 1246 del C. C. para que se configure la presunción legal del carác-

(*) Dictamen del escribano Norberto E. Cacciari aprobado por unanimidad por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, en sesión del 21/7/1999.

ter propio de un bien inmueble adquirido por compra y, en caso de considerarse la declaración pertinente incompleta, si cabe subsanar el acto a través de una escritura complementaria *a posteriori* de dicha adquisición.

En el caso objeto de estudio, por escritura del 17 de diciembre de 1974, se instrumenta la compraventa sobre un bien inmueble, donde la compradora expresa que el dinero con que efectúa la compra es propio de ella y para mayor abundamiento se advierte que en dicho acto comparece el cónyuge de la adquirente, ratificando la manifestación formulada por su esposa.

Ahora, al tiempo de la venta, siendo su estado civil viuda y ante la duda que plantea un interesado sobre si tiene virtualidad jurídica la simple manifestación de que el dinero es propio de la cónyuge, emite el consultante su opinión en el sentido de reconocer plena validez y juricidad a la escritura instrumentada con esos elementos, sin perjuicio de lo cual y a todo evento, ofrece como alternativa subsanatoria el otorgamiento de una escritura complementaria, según proyecto que adjunta, donde se designa cómo el dinero le pertenece.

Consideraciones:

Afirmados en la plena vigencia del art. 1246 del C. C., por así entenderlo la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, al punto de ser interpretada con amplitud, reconociendo por igual a marido y mujer la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra, repasamos la correcta comprensión del mismo para recordar en qué condición operará la subrogación real, que es su consecuencia, como surge de aplicar también el art. 1266 del citado cuerpo normativo (Zannoni, E., *Derecho de Familia*, T. 1, pág. 494; Vidal Taquini en comentario a *V Jornadas de Derecho Civil del año 1971*, II, 146-1098).

Es criterio dominante, para crear la presunción *iuris tantum* de que el bien es propio, la necesidad de: a) indicar que se adquiere con dinero propio; b) designar cómo pertenece ese dinero o el origen de los fondos en forma precisa y circunstanciada (Borda, G., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., VI, pág. 249; Pelosi, C., *RdN*, pág. 581, año 1975; Méndez Costa, M. y D'Antonio, D., *Derecho de Familia*, T. II, pág. 112; Zannoni, E., *Derecho de Familia*, T. 1, pág. 496; Llambías-Alterini, C. C. *anotado*, T. III A, pág. 242; Dictámenes de Comisiones asesoras: *RdN*, pág. 1244, año 1972; *RdN*, pág. 1133, año 1987; *RdN*, pág. 797, año 1982; *RdN*, pág. 789, año 1983; *RdN*, págs. 785 a 830, año 1996).

Participando de esa corriente de opinión en el sentido de que: no basta manifestar que el dinero le pertenece, sino que es necesario establecer cómo llegó a pertenecerle, quedará demostrado el nexo entre el bien sustituido y el que ha de reemplazarlo, como es en esencia la figura de la subrogación real, ya que tales extremos sirven para proteger la integridad patrimonial propia de cada cónyuge y preconstituir la prueba sobre su naturaleza.

En consecuencia, nada nos hace pensar que una simple y vaga afirmación de la procedencia del dinero sea suficiente, sin ello caer en el rigorismo formal de acumular probanzas ni acompañar documentaciones, como tampoco trasladar al escribano actuante la obligación de referenciar su veracidad, en cuan-

to a la mención del origen del derecho sobre los fondos invertidos (*RdN*, pág. 805, año 1982; *RdN*, pág. 1245, año 1972; Carlos Pelosi, *RdN*, pág. 631, año 1974; Borda G., *Tratado de Familia*, T. I).

En el mismo sentido, Vidal Taquini nos aclara que principalmente frente a terceros no basta la mera designación de que el dinero pertenece a la mujer, sino que es menester prueba legal de tal afirmación. Pero destaca que al decir “prueba legal” se quiere significar constancia concreta e individualización precisa del origen del dinero, por cualquier medio fehaciente y que no deja lugar a dudas y ejemplifica con: demostración de que se trata de bienes aportados al matrimonio, mención del instrumento público que justifique el origen, indicación del expediente sucesorio, determinación de la escritura en que consta una donación, precisión de escritura de venta de otro bien propio (*Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª ed., año 1987, pág. 207).

Desde las razones originales de aplicación del art. 1246 al régimen que hoy con amplitud posibilita que cualesquiera de los cónyuges pueda, a través de su confesión, establecer las circunstancias fácticas que la ley impone para caracterizar un bien como propio, se destacó la importancia y efectos que tiene y proyecta entre los cónyuges, sus herederos y terceros.

Los autores no dejan de reparar en el plenario “Serrey de Drabble, María c/Drabble, Leslie” del año 1972 (*ED*, T. 43, pág. 515) por haber sentado el principio de circunstanciar el origen de los fondos, mediante la relación de actos jurídicos y fechas, pero sin la necesidad de aportar pruebas documentadas.

Otros fallos posteriores también se expiden en el mismo sentido y por ello no queremos dejar de citarlos, como el que expresa en su doctrina: “La norma del art. 1246 Cód. Civil establece que el cónyuge debe declarar que adquiere el bien como propio, consignando cómo ese dinero le pertenece; las dos primeras son meras manifestaciones que no requieren fórmulas sacramentales, en tanto que la última exige consignar datos lo bastante precisos como para posibilitar a quienes en su momento, pretendan discutir la veracidad de ese origen.” (*RdN*, pág. 2024, año 1986). En fallo que ilustra el Boletín 3, año 1997, *ED*, pág. 47, se resume “que las manifestaciones que el art. 1246 del C. C. exige en la escritura pública respecto del origen de los fondos con que se adquiere el bien y de cómo el dinero le pertenece al cónyuge que aporta los fondos, sólo son requisitos para la oponibilidad a terceros, sin que resulten indispensables entre los esposos ya que, en tal supuesto, caben toda clase de pruebas...”

Señalemos también que, como consecuencia de las reformas introducidas por las leyes 11357 (atenuante de la incapacidad de la mujer y reguladora e innovadora en materia de responsabilidad de los cónyuges por sus respectivas deudas) y la 17711 (modificadora en cuanto al régimen de administración y disposición de bienes), la caracterización de los bienes en propios adquiere significativa importancia.

Son, pues, distintas razones e intereses que aconsejan reflejar esa realidad económica, preconstituyendo la prueba sobre esa naturaleza del bien, con sus notables consecuencias: a) según juegue la presunción, tenemos la indisponi-

bilidad aplicada a los bienes gananciales, de no mediar el asentimiento conyugal, a lo que se suma el supuesto de los propios, sede de hogares conyugales y bajo ciertas circunstancias, con lo que se establecen diferencias en los mecanismos legales para su circulación; b) como derivación de la disolución de la seguridad conyugal, sea por divorcio o por deceso de cualesquiera de los cónyuges, su proyección sobre la masa partible postcomunitaria en la relación de los esposos, como el ver concretarse las expectativas de los herederos y su grado de participación en el haber hereditario, no sólo en atención a la naturaleza del bien, sino a la persona del fallecido; y c) frente a posibles acreedores del cónyuge no titular o de los mismos herederos, sus intereses se revelarán tratando de demostrar cuanto más quede expuesto del patrimonio del causante o del cónyuge supérstite, para la percepción de sus créditos.

En tal sentido nos decían Fassi y Bossert: “La repercusión frente a terceros acreedores del marido, de la distinción entre bienes propios y gananciales de la administración de la mujer, recién surgirá luego de disuelta la sociedad conyugal, pues los terceros, si se trata de propios, no podrán afectarlo a la garantía de sus créditos; y en cambio, si son gananciales de la administración de la mujer, podrán perseguirlos en la mitad en que la partición pudieren corresponderle al marido.” (*Sociedad Conyugal*, T. I, págs. 186-96, ed. 1977).

Entonces, como es lógico pensar, la cuestión materia de estudio nos sitúa, y así sucede generalmente con los problemas jurídicos, ante la preservación de distintos intereses, de cuya dilucidación derivará el grado de su afectación o la posibilidad de que ellos puedan ser el sustento de futuras acciones.

En el caso subdictamen, si bien se expresó que compraba con fondos propios, no se mencionó en forma precisa el origen de los mismos, especificando lo que algún autor llamó la “causa fuente jurídica de su propiedad” (Méndez Costa, M., *Derecho de Familia. Efectos patrimoniales del matrimonio*, pág. 112), elemento este que, como quedó claro, contribuye a corroborar el sentido de la declaración.

Sin embargo, debemos tomar muy en cuenta que la titularización del bien, aunque limitada por el cumplimiento solamente de uno de los recaudos legales (expresión de comprar con fondos propios), se hizo bajo un interés que debía resultar extraño a la sociedad conyugal, desplazando, por ende, toda presunción de ganancialidad a que nos llevaría la aplicación del art. 1271 del C. C.

En la práctica y así ha ocurrido en nuestro caso, suele incluirse la manifestación de conformidad del cónyuge del adquirente, que contribuye a corroborar la declaración de la compradora como verdadera, poniendo en evidencia la improbable impugnación futura, siempre y cuando no se probaren vicios del consentimiento o quienes fuesen herederos demostraren esas circunstancias o la configuración de un acto simulado para perjudicarlos, todo lo cual involucra un proceso del que no se tiene información en el marco de la consulta presentada.

Es cierto, como así emana de conceptos vertidos en sede judicial, que todo lo relativo a la calificación de los bienes en materia referida a la sociedad conyugal es de orden público, por lo que partimos de la base de que ni los cónyu-

ges ni terceros pueden alterarlo, pero si la adquisición proviene de otro bien de igual naturaleza, el nuevo bien tendrá el mismo carácter, conforme al art. 1266, pues de lo contrario, como bien se señala, se violaría la inmutabilidad del régimen matrimonial (*ED*, T. 181, pág. 573).

Pasando a otra de las cuestiones planteadas, nos referimos a los medios subsanatorios, cuando se omite cumplimentar los recaudos del mentado art. 1246: si corresponde el procedimiento judicial o la alternativa notarial, por vía de una escritura complementaria.

Hemos visto que la manifestación del origen de los fondos, a los fines del art. 1246, es unilateral por lo que no requiere la intervención del otro cónyuge y no necesita ningún tipo de probanza, pero sí se enmarca dentro de una oportunidad y a través de determinado medio.

Se ha expresado que: “Esta norma ha recibido una interpretación doctrinaria y jurisprudencial que la limita al ámbito de las relaciones entre la sociedad conyugal y los terceros, en el cual, por obvias razones de seguridad, es preciso deslindar en el título mismo de la adquisición el carácter del bien.” (Fallo *RdN*, pág. 2399, año 1978).

Es así criterio prevaleciente que, frente a terceros, la manifestación conste en la escritura que instrumenta la adquisición, brindando certeza en la calificación del bien y evitando que ciertos intereses incidan para alterar la presunción de ganancialidad, a tenor del art. 1271 C. C.

Con el aval de enjundiosos trabajos doctrinarios, dictámenes y conclusiones de reuniones científico-notariales, podemos intentar buscar soluciones distintas para el caso en que la omisión de los recaudos del art. 1246 *es total; así es parcial*, recordando que el texto de la escritura en análisis no refleja en la respectiva declaración cómo el dinero pertenecía a la cónyuge adquirente.

En cuanto a la oportunidad, reiteramos lo sostenido por la generalidad de la doctrina: que frente a terceros la exigencia es de orden público, máxime después del plenario citado del 14-7-72, debiendo constar en la escritura la designación de adquirir con bienes propios y la individualización de los antecedentes demostrativos de la declaración vertida; mientras que entre los cónyuges podrían cubrirse, *a posteriori* de la adquisición, las exigencias aludidas (Zannoni, E., *Derecho de Familia*, T. I, págs. 498/99).

Debemos tener en cuenta que la presunción a que conduciría *toda falta de expresión en la escritura*, por el art. 1271, determinando la órbita de oponibilidad entre cónyuges, herederos y fundamentalmente terceros, hace menos convincente la idea de modificarla por otra escritura complementaria que *cuando sólo aparece omitida la procedencia del dinero*. Sería pretender que lo que la ley ya presume de una manera sea conceptualizado de otra, a pesar de que ello no conlleva ningún cambio de titularidad, pero sí el interés que se tiene a través de esa titularidad.

Estas interpretaciones, sin embargo, no quieren significar la imposibilidad absoluta de aclarar esas omisiones, pues el ámbito judicial deberá estar siempre disponible para intentar rectificaciones, sea a través de informaciones su-

marias, acciones declarativas, reconocimientos en procesos sucesorios o probanzas en juicios controvertidos.

Sobre la base de la elaboración doctrinaria, la pregunta sobre la posible subsanación por vía notarial de la omisión de los recaudos marcados por el art. 1246 ha tenido diversas respuestas: a) quienes consideran la intervención judicial insoslayable; b) quienes entienden factible recurrir al acto notarial complementario; c) quienes admiten la solución notarial en la relación entre los cónyuges, pero sin efectos frente a terceros; d) quienes, producida que fuere la disolución de la sociedad conyugal, como en el supuesto *sub examine*, entienden que la situación debe ventilarse en el proceso de liquidación, sea el sucesorio o de divorcio a que diere motivo (del punto a) citamos RN, N° 925, año 1996, págs. 785 a 830, algunos de sus dictaminantes; RdN, pág. 148, año 1968; RdN, pág. 197, año 1969; del punto b) citamos Hirsch, L., RdN, pág. 449, año 192; Borda, G., *Tratado de Derecho Civil Familia*, T. 1, pág. 247, ed. 1989; fallo II, pág. 719; RN, N° 925, año 1996, págs. 785 a 830, diversos dictaminantes; Astuena, N., RdN, pág. 1084, año 1984; Convención Notarial de Capital Federal N° XVIII, RdN, N° 818, pág. 1177; del punto c) Fassi-Bossert en *Sociedad Conyugal*, comentario al art. 1246, RN, N° 925, año 1996, págs. 785 a 830, algunos dictaminantes).

No queremos dejar pasar por alto las conclusiones de la XXX Jornada Notarial Bonaerense, publicadas en RN, pág. 271, del año 1996, donde se plasmó la idea de que la omisión o insuficiente declaración del origen del dinero podía subsanarse por escritura complementaria aclaratoria, debiendo contener una manifestación precisa y circunstanciada, y que el fallecimiento del cónyuge no titular no es óbice para utilizar este medio subsanatorio (despacho en mayoría). En minoría se hizo la salvedad de que el fallecimiento aludido impedía la aplicación de esta vía de solución, quedando la solución en el ámbito judicial.

En apoyo de lo que habrán de constituir nuestras conclusiones, citaremos también el fallo publicado en el Boletín 4-1996 ED, que dice: “Si no obstante la omisión de los recaudos exigidos por el art. 1246 del Código Civil, ambos cónyuges coinciden en el carácter propio del inmueble, al no formar parte del acervo de la sociedad conyugal, dicho bien no es susceptible de ser objeto del convenio sobre su liquidación. Tal pretensión implica una rectificación de la escritura originaria, en la que la omisión de los recaudos exigidos por dicha norma pueden subsanarse *a posteriori* en sede notarial mediante el otorgamiento de una escritura complementaria. Ello no obsta al eventual derecho de los terceros que no ven disminuidos sus derechos, en tanto cuentan con los medios suficientes para su tutela.”

Al margen de estar o no de acuerdo con alguna de las posiciones resumidas, ponemos énfasis en los alcances de la consulta, por cuanto en nuestro caso la escritura complementaria no implicará una modificación de interés puesto en la primera declaración (que el dinero era propio) sino que contribuirá a corroborar el sentido de ella y dará certeza en cuanto a las caracterís-

ticas del bien. Quedó evidenciada una intención de desplazar la presunción de ganancialidad.

Nada mejor a esta altura de nuestro análisis que valernos de los interesantes conceptos vertidos por Rubén Lamber en su dictamen, cuando nos dice: “La declaración del carácter del bien en la escritura de adquisición responde a esa suficiencia de tiempo y espacio oportuno que hace presumir la verdad. Pero la sola declaración sin la justificación de cómo el dinero con que se adquiere es propio hace incompleta la manifestación.

“Si se expresa que el bien es propio y se omite por qué lo es, la declaración puede ser verdadera o falsa. Si ello fuera suficiente para fijar la naturaleza del bien, la misma no tendrá entidad normativa sino simplemente voluntarista (...)

“El bien es propio no porque lo digo simplemente sino porque se lo adquiere con dinero propio y se documenta cómo pertenece en tal carácter, de manera que en el futuro se pueda probar la veracidad o falsedad de la declaración. Así resulta del art. 1246 (...)

“Si la declaración es incompleta porque no se estableció cómo se tiene el bien que dice haber adquirido con dinero u otro bien propio, la declaración puede ser complementada con la prueba provista en una escritura aclaratoria posterior o en una información sumaria judicial donde se demuestra el origen propio del bien; pero si en la adquisición no se expresó que el bien era propio, predomina la presunción legal de los arts. 1271 y 1272, párrafo primero y la prueba contraria sólo puede darse entre cónyuges al disolverse la sociedad conyugal, sin que tenga efecto alguno frente a terceros una declaración que pretenda corregir la presunción salvo la prueba durante la vigencia de la sociedad conyugal en instancia judicial con la garantía del debido proceso(...)

“Distinto es el caso de la declaración incompleta o equívoca, como cuando se dice que se adquirió con dinero propio pero se omitió consignar cuál era su procedencia, se dijo que era propio porque provenía de la sucesión de un padre y resultó serlo de la madre o de un hermano, etcétera.

“La esencia de la declaración está en la manifestación que categoriza el bien como propio, destruyendo la presunción legal que lo hace ganancial. A partir de allí, los terceros interesados podrán atacarla si están legitimados para hacerlo y demostrar su falsedad.

“Igualmente, el declarante podrá completar o corregir cómo el bien es propio, en la forma ya indicada, porque no modifica la esencia de la declaración.” (RN, págs. 793 a 794, año 1996, N° 925).

Más allá de estos conceptos el autor, para el caso que le fuera sometido a dictamen, por haberse producido el deceso del cónyuge de una de las titulares, termina participando de la idea de ventilar el carácter del bien en el respectivo proceso liquidatorio.

Esta última circunstancia similar al tema que tratamos, en nada modifica nuestra idea, entendiendo que si las personas legitimadas para impugnar la veracidad de las manifestaciones son los herederos o posibles acreedores, po-

drán revertir la presunción esgrimiendo los medios que el ordenamiento legal tiene previstos (arts. 961 y sges.; 955 y sges.; 505 del C. C.).

Otro aspecto a considerar brevemente es el registral, para lo cual se aconseja, en toda escritura complementaria de estas características, contar con informe de dominio y anotaciones personales para tomar conocimiento de si existen medidas precautorias sobre el bien o los cónyuges, así como también se impone la registración del acto aclaratorio.

Conclusiones:

Sobre la base del análisis realizado y de la doctrina elaborada en torno de la interpretación del art. 1246 del C. C., entendemos que resulta imprecisa la manifestación del cónyuge adquirente, cuando en la escritura que otorga como parte compradora, solamente hace consignar que el dinero es de su propiedad.

Por ello, en mérito a la normativa legal, con el fin también de fundar la buena fe del adquirente y afianzar la seguridad que debe primar en toda relación contractual, se torna necesario subsanar el acto, cuyo medio bien puede ser la escritura pública complementaria aclaratoria, que contenga la declaración precisa y circunstanciada de cómo el dinero llegó a pertenecer a la entonces compradora sin que sea óbice el fallecimiento del cónyuge no titular.

Para su instrumentación se aconseja contar con los certificados de dominio e inhibiciones, siendo procedente la inscripción del documento en sede registral, sea que de ello resulte una modificación o una corroboración del asiento, en atención a las previsiones de los arts. 34 y 35 de la ley 17801. Nada obsta, por así preverlo el art. 84 del decreto 466 del año 1999, que la complementación se otorgue en forma simultánea con el acto transmisivo a que dé motivo un nuevo contrato referente al inmueble.

También será de buena técnica notarial proceder a consignar nota marginal en la escritura original.