

**Comentario al fallo “Fernández, Carlos Alberto c/ Davicino, Jorge Nereo y otros s/ Inc. de exclusión de bienes hereditarios”.**

La cuestión fáctica puede resumirse de este modo: El señor Fernández, siendo de estado civil soltero constituyó una sociedad de hecho con otras personas.

Contrajo matrimonio y adquirió varios inmuebles. Tales inmuebles fueron –durante la vida matrimonial- aportados a una sociedad anónima, “Fernández Hermanos Sociedad Anónima”, que fue el producto de la regularización de la sociedad de hecho.

Se discute acerca del carácter propio o ganancial de la participación accionaria del esposo y de las utilidades sin distribuir.

Al solo fin de este trabajo, daremos por aceptados determinados supuestos fácticos que aparecen controvertidos en los votos divididos del tribunal: Entre ellos admitiremos que la sociedad de hecho fue constituida con anterioridad al matrimonio y que en las escrituras de adquisición de los bienes inmuebles aportados por el esposo, no se hubo dejado reserva sobre su carácter propio.

El primer problema resuelto por el tribunal fue la dilucidación de la calificación que debería adjudicarse a las tenencias accionarias del señor Fernández.

La Corte declaró, en voto dividido, que las acciones de la sociedad anónima no son bienes propios en su totalidad, disponiendo que la determinación de la proporción accionaria ganancial y propia sea efectuada en la instancia de origen.

Se fundó para ello en la falta de especificación, en las escrituras de compra, del presunto carácter de propios de los bienes raíces y en que, en el acto de constitución de la sociedad anónima, la esposa prestó su asentimiento para el aporte de aquellos.

Ello merece los siguientes comentarios:

Las acciones de la sociedad anónima que es el producto de la regularización de la sociedad de hecho, deben tener idéntica calificación de la participación en ésta por subrogación real (art. 1.266 del Código Civil).

Vale decir que, constituida la sociedad de hecho antes del matrimonio, la participación del esposo en ésta, no puede sino ser calificada como propia (art. 1263 del Código Civil), e idéntica valoración debiera otorgarse a las acciones del ente regular consecuencia de la regularización.

El problema es que el patrimonio original del ente regularizado se ha incrementado por la aportación de inmuebles adquiridos durante la vida del matrimonio.

Estos bienes raíces fueron incorporados al patrimonio del esposo sin reserva de su carácter de propios explicando el que demanda que tal omisión se debió a que tal reserva no es procedente cuando quien compra no lo hace para sí sino para un tercero. Pero lo cierto es que la Corte,

con base en la presunción de ganancialidad del art. 1271 ha estimado que resultaban gananciales.

Ello trae a la luz una cuestión de vieja data, que es la relativa a la existencia de bienes de naturaleza mixta, o sea en parte propios y en la otra gananciales. La mayoría del tribunal así lo ha estimado, disponiendo que esa dilucidación sea efectuada en el tribunal de origen.

Por el contrario, tomamos partido por quienes sostienen que en nuestro sistema legal los bienes son propios o gananciales, sin categorías intermedias o híbridas. La solución que sostenemos es la que surge de la inteligencia de diversas normas del Código Civil que privilegian el origen de los bienes por sobre las modificaciones o acrecentamientos sufridos durante la vida de la sociedad conyugal (arts. 1266, 1270, 1271, etc.).

La jurisprudencia local ha estimado que, en tales supuestos, debe estarse a la calificación de origen sin perjuicio del derecho a compensación que tal contribución pudiere haber generado (Cám. Apel. Bahía Blanca, Sala I, La Ley, 1989-D, pág. 141).

También Borda es contrario a esta suerte de categoría compleja, aunque para él la solución es distinta: *“Es bastante frecuente que un bien se adquiera en parte con dinero propio de alguno de los cónyuges y en parte con gananciales. La cuestión es delicada. Algunos autores sostienen que el bien debe tener una calificación dual; es decir, debe ser reputado en parte propio y en parte ganancial. Pero ha predominado en la jurisprudencia una solución que estimo práctica y equitativa si la parte del precio pagado con dinero propio es mayor que la otra, el bien se considera propio, reconociéndose en favor de la sociedad conyugal un crédito por el saldo; y viceversa, es decir, cuando la parte pagada con dinero ganancial es mayor que la pagada con dinero propio de uno de los cónyuges, el bien se considera ganancial, reconociéndose un crédito por la parte de dinero propio que fue empleada...”* (Borda, Guillermo A., “Sociedad Conyugal”, La Ley 1983-A, pág. 836).

Lo cierto es que, cualquiera sea la solución que se brinde a la cuestión, pareciera que el sistema del Código resulta refractario a esta mezcla de bienes propios y gananciales que originaría una suerte de naturaleza híbrida cuyos efectos jurídicos resultan de una complejidad impensada. No se nos escapa que tratándose de acciones de una sociedad anónima podría pensarse en una solución que permita discriminar que algunas de ellas son propias y las restantes gananciales. Con ello el problema no se soluciona porque como difícilmente la discriminación arroje una cuenta exacta, siempre alguna acción gozaría de este carácter mestizo en atención a la indivisibilidad consagrada por la ley especial (art. 209 de la L.S.).

En síntesis, no compartimos la solución de la mayoría sino que sostenemos que las acciones del esposo en Fernández Hermanos SA son propias porque su origen es la participación de aquel en la sociedad de hecho regularizada.

Y tampoco pensamos que fuere relevante el asentimiento de la esposa en la transferencia de los bienes inmuebles a la sociedad pues tal acto resulta insusceptible de mudar la naturaleza del bien en cuestión. Es que, tratándose el sistema de calificación de bienes, de un conjunto de disposiciones de orden público (ver Méndez Costa, Josefa, "Sociedad Conyugal", La ley, 1992-B, pág. 185; CNCiv., sala D, 9/2/84, en La Ley, 1985-A, 495; sala A, 3/5/85 en La Ley, 1985-D, 191; FASSI, Santiago C., "El orden público y la calidad de propios o gananciales de los bienes de la sociedad conyugal" en La Ley, 142-416), no puede ser derogado por convenciones privadas de los esposos.

Está claro que por el aporte ganancial realizado al patrimonio social debe existir una recompensa en los términos del art. 1.316 bis del Código Civil.

Pasamos a ocuparnos del tema de las utilidades sin distribuir de Fernández Hermanos SA y de los resultados no asignados en Mariscal SA.

En ambos casos se trata de bienes que no ingresaron al patrimonio del incidentista como bien lo ha declarado el fallo en comentario. Con buen tino se ha reafirmado en el fallo el carácter contractual del contrato plurilateral, que deja en manos de la regulación estatutaria y del órgano de gobierno, el destino de las utilidades que surjan del estado de resultados.

Si bien no puede negarse que resulta meta primordial del contrato social la distribución de las utilidades y que ello determina el correlativo derecho inalienable del socio a la percepción del dividendo, tal prerrogativa requiere de modo previo que tales utilidades resulten de ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance del ejercicio regularmente confeccionado y aprobado por el órgano competente (art. 224 L.S.).

Antes de tal aprobación, las ganancias del ejercicio pertenecen a la sociedad aún cuando su destino natural es su reparto entre los socios en dinero en efectivo y recién aprobada la distribución de los dividendos, ellos ingresan al patrimonio del socio o accionista (Nissen, Ricardo; 'Ley de sociedades comerciales', Tomo II, pág. 89, Editorial Ábaco, Buenos Aires, abril de 1997).