

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acogida que ha tenido un anteproyecto de ley nacido en un importante movimiento notarial en beneficio de la comunidad, especialmente dirigido a la seguridad de sus negocios jurídicos inmobiliarios.

Y esta iniciativa constituye una más de las tantas aportaciones que han caracterizado y caracterizan al notariado nacional en pro del perfeccionamiento de sus instituciones y la grandeza de los más apreciables acervos espirituales y materiales de los argentinos.

DOCTRINA

Modificación al Régimen Jurídico Conyugal () (205)*

ELÍAS P. GUASTAVINO

SUMARIO

Generalidades. - II. Aspectos modificados del régimen conyugal. - III. Capacidad civil de la mujer. - IV. Innovaciones en la sociedad conyugal. - V. Administración y disposición de bienes. - VI. Naturaleza y alcances de la exigencia de disposición conjunta. - VII. Alcances de la exigencia del artículo 1277 respecto a los sujetos. - VIII. Bienes comprendidos en la exigencia del artículo 1277. - IX. Actos comprendidos en la exigencia del artículo 1277. - X. Modalidades de asentimiento conyugal. Representación. - XI. Autorización judicial. - XII. Consecuencias del incumplimiento del artículo 1277.

I. GENERALIDADES

La ley 17711 ha modificado aspectos importantes del régimen jurídico conyugal. Corresponde analizarla exclusivamente desde la perspectiva de la evolución del derecho privado, señalando sus alcances y planteando las cuestiones que su aplicación puede presentar.

Un hecho general que la ley 17711 no ha agravado pero que deja subsistente es el proceso de descodificación del derecho privado, tanto civil como comercial, de la República Argentina por virtud de leyes especiales muy numerosas no incorporadas a los Códigos. Cabe, pues, esperar que en otra oportunidad se satisfaga el ideal jurídico de la sistematización de las leyes, implícito en el concepto de la codificación prevista por la Carta Magna.

Otro hecho general que debe señalarse como premisa, para la interpretación de la ley 17711, es que ésta no contiene ninguna norma que expresamente derogue en forma genérica preceptos anteriores que se opongan a los nuevos.

Tal circunstancia se explica, a nuestro juicio, por el método seguido en la ocasión, consistente en sustituciones y derogaciones específicas de normas del Código Civil y leyes complementarias; ello se habría hecho en la inteligencia de que las nuevas normas deben integrarse con las antiguas subsistentes, de modo orgánico, como es característico del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho codificado, y cuya aplicación coherente es posible mediante la distinción de principios y excepciones.

Con todo, la ley 17711 no ofrece una depuración completa del articulado antiguo que puede encontrarse en colisión con los preceptos incorporados, no siendo el caso de señalar en esta oportunidad el grado en que ello ocurre. En esta materia será necesaria la labor insustituible de la doctrina (1)(206).

Para solucionar tales problemas ha de tenerse presente que las normas antiguas y las nuevas deben interpretarse como formando un todo; y sólo cuando la oposición entre ellas sea irreductible ha de prevalecer la norma incorporada por ley posterior.

II. ASPECTOS MODIFICADOS DEL RÉGIMEN CONYUGAL

Vastamente la ley 17711 ha modificado el régimen conyugal; los principales aspectos reformados son:

Capacidad civil de la mujer casada, con implicancias referidas al ejercicio de derechos y a la unicefalía o bicefalía de la familia (arts. 19 nuevo y 39 derogado de la ley 11367; supresión del art. 60 del Cid. Civil; reformas en arts. 55, 57, 390 y 477 del mismo).

Formación del vínculo matrimonial, con referencia a régimen de oposición y disenso (arts. 21 y 24 de la ley 2393), eliminación de impedimento de lepra (art. 17 de la ley 11359, derogado) y régimen de nulidades (arts. 68 bis y 86 de la ley 2393).

Efectos personales y pecuniarios del matrimonio (arts. 51, 52 y otros de la ley 2393), ejercicio de acción de alimentos provisionales (art. 68 bis íd.); alimentos de cónyuges vincularmente divorciados (art. 6Q, transitorio, de la ley 17711).

Separación conyugal, permitiendo y regulando la separación por presentación conjunta (arts. 66 y 67 bis de la ley 2393); medidas vinculadas al divorcio (art. 68, íd.); tenencia de hijos menores (art. 76, íd.).

Inconducta posterior al divorcio (art. 71 bis de la ley 2393; arts. 3574 y 3575, Cid. Civil; art. 69 in fine de la ley 17711).

Régimen de bienes en el matrimonio con reformas de la sociedad conyugal (arts. 1217, 1224, 1272, 1276, 1277, 1306 y 1316 bis del Código Civil; supresión de los arts. 39, 49 y 79 de la ley 11857).

Régimen sucesorio de cónyuges, con referencia a la posesión hereditaria (art. 3410); concurrencia con otros herederos (arts. 3571, 3576, 3581); derecho hereditario de nuera que permanece viuda (art. 3576 bis); pérdida de vocación hereditaria entre cónyuges (arts. 3573, 3574, 3575); supresión de obligación de reserva del cónyuge binubo (derogación de los arts. 3590, Cód. Civil, y 115 y 116 de la ley 2393); extensión a esposa del derecho marital de legar bienes gananciales (art. 3753); vocación sucesoria de cónyuges vincularmente divorciados (art. 6º, transitorio, de la ley 1771).

Con relación al régimen sucesorio se aprecia, como valoración general,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(que las modificaciones importan una acentuación de la tendencia legislativa rioplatense de reconocer marcada participación al cónyuge supérstite en la herencia. Desde otro punto de vista se afirma la importancia del factor de imputabilidad o culpabilidad en las causales de exclusión hereditaria del cónyuge, sin perjuicio de detenerse esta última directriz en caso de separación conyugal por presentación conjunta, en la que ambos cónyuges son sancionados con culpabilidad común.

La densidad de los aspectos enumerados impide una consideración completa de todas las modificaciones; nos limitaremos en esta exposición a las innovaciones al régimen de bienes del matrimonio.

III. CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER

Aunque no sea riguroso, y aunque la sincronización de etapas no sea perfecta, es dable advertir generalmente una evolución paralela de la capacidad femenina y de los sistemas de gestión de bienes en el matrimonio.

Ello se comprueba en derecho argentino a través de los ciclos de la legislación sobre personas casada.

A medida que la capacitación femenina se aproxima a la masculina en el derecho civil, aumenta la posibilidad de injerencia de la esposa en la gestión de los bienes del matrimonio. Y así, la ley 17711 que inaugura un nuevo ciclo jurídico en la capacidad femenina impone la necesidad de la participación de ambos cónyuges para algunos actos de la gestión económica (2)(207).

Sin embargo, el proceso de capacitación civil de la mujer casada no debe entenderse, con una visión superficial, como una equiparación jurídica ciega y absoluta con el varón.

Existen ciertas diferencias biológicas o naturales que explican algunas distinciones jurídicas entre ambos sexos, tanto en la legislación anterior como en la resultante de las modificaciones de 1968.

Sin enumerar todas las hipótesis que lo comprueban en la legislación anterior (como ser: plazo de viudez de los arts. 93 y 94 de la ley 2393; plazos de caducidad de acción de nulidad matrimonial por vicios de consentimiento, del art. 85, ley cit., etc.), cabe indicar dentro de la propia ley 17711, que pareciera haber culminado la capacitación civil femenina, el derecho hereditario en favor de la nuera que permanece viuda del art. 3576 bis, que consagra un derecho excepcional en favor de la nuera, del que no goza el yerno que permanece viudo por razones obvias.

Ello debe tenerse presente al encarar problemas sobre unicefalía o bicefalía de la familia. La dirección familiar no es cuestión de capacidad o incapacidad sino de unidad de función de dirección familiar, encomendada a uno de los cónyuges.

El artículo 264 del Código Civil que establece que el ejercicio de la patria potestad de hijos matrimoniales corresponde al padre, y el art. 53 de la ley 2393 que determina que la mujer está obligada a habitar con su marido donde éste fije su residencia no han sido derogados por la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

17711.

A raíz de la derogación del inc. 1º del art. 3º de la ley 11357 - según el cual la mujer casada mayor de edad conservaba y ejercía la patria potestad de hijos de matrimonio anterior - podrán plantearse dudas sobre la facultad de la madre binuba para ejercer la patria potestad sobre los hijos de nupcias anteriores o para nombrar tutor a sus hijos. En efecto, a diferencia del método seguido con relación a la supresión del art. 8º de la ley 11357, que motivó la adecuación de los arts. 390 y 477 del Código Civil, la ley 17711 no ha efectuado similar adecuación expresa en los artículos 308 y 383. Empero, entendemos que aunque sea lamentable el defecto de técnica, puede sostenerse que la madre binuba ejerce patria potestad de hijos de anterior matrimonio y está facultada para nombrarles tutor. En estas hipótesis no sería invocable el argumento de la necesidad de unidad de dirección familiar, pues en caso de privar a la madre binuba de patria potestad, ésta no pasaría a ser ejercida por su nuevo marido convertido en jefe único de la familia, sino que determinaría el nombramiento de un tutor para los hijos del anterior matrimonio de la esposa (arg. art. 95 de la ley 2393) (3)(208).

El control marital de correspondencia, amistades o ejercicio de profesión por la esposa no están expresamente contemplados, y quedan librados al juego de los principios generales, a saber: por una parte, la plena capacidad civil de la esposa mayor de edad; y por otra parte, las obligaciones derivadas del matrimonio, que en caso de violarse pueden sancionarse inclusive con el divorcio.

IV. INNOVACIONES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

La ley 17711, lo mismo que la ley 11357, mantiene como régimen legal de bienes el sistema de comunidad conyugal.

Empero, las modificaciones introducidas en la administración y disposición de los bienes importan una variación del tipo específico de comunidad conyugal.

Brevemente analizaremos las reformas en materia de calificación de bienes, responsabilidad por deudas, y extinción y liquidación de la sociedad conyugal, para luego detenemos en lo concerniente a la administración y disposición, que indudablemente ofrecen mayor interés para el Instituto Argentino de Cultura Notarial.

Las modificaciones relativas a la calificación de bienes, esto es, a su carácter de gananciales o propios, consisten en:

a) Derogación del art. 1224, lo que determina que los bienes muebles y las cosas fungibles de los esposos queden sometidos a las reglas generales de calificación; se elimina con ello la discrepancia relativa a la prueba que debía producirse para desvirtuar la presunción del carácter común (4)(209).

b) Agregado al artículo 1272 en cuya virtud "los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vigencia de la sociedad conyugal es ganancial" (5)(210).

c) Los frutos naturales o civiles de bienes pertenecientes a hijos de un matrimonio anterior de la esposa, administrados por ésta, eran calificados como propios de ella por el art. 3º de la ley 11357; al derogarse este precepto, dichos bienes se califican según las reglas generales del art. 1272, que los caracterizan como gananciales si son recibidos durante la existencia de la sociedad conyugal.

Fuera de ello, merece observarse respecto a la calificación de bienes que subsisten para los inmuebles propios de la esposa los requisitos que el artículo 1246 impone a la escritura de adquisición; y que por la importancia que a partir de la ley 17711 asume la distinción entre bienes propios y gananciales respecto al régimen de disposición conviene generalizar esos recaudos a los inmuebles propios del marido, para que pueda luego disponer de ellos unipersonalmente, quedando a salvo los derechos de su cónyuge o herederos para impugnar tales constancias.

Asimismo cabe observar que por la aludida supresión del art. 1224 del Código Civil, la sociedad conyugal corresponde estrictamente al tipo de comunidad reducida a los gananciales, sin que pueda ya aludirse a una opción entre ella y la comunidad de gananciales y muebles (6)(211).

En relación a responsabilidad por obligaciones de los cónyuges se mantiene en principio el sistema legal resultante del art. 1275 del Código Civil y de los arts. 5º y 6º de la ley 11357 que no han sufrido variación.

Al respecto sólo debe mencionarse la incidencia del nuevo art. 52 de la ley 2393 que establece que "en ningún caso un cónyuge responderá con sus bienes propios ni con la parte de gananciales que le correspondan, por las costas declaradas a cargo del otro en el juicio de divorcio" (7)(212).

En una cuestión vinculada, inherente más bien a la liquidación de la sociedad conyugal, dispone el 2º párrafo del nuevo artículo 1306 que "los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio, se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez, fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlo pesar sobre el alimentante" (8)(213).

Las reformas concernientes a extinción y liquidación de la sociedad conyugal consisten en:

a) La sentencia de divorcio produce, automáticamente, la disolución de la sociedad conyugal, sin depender del pedido de separación judicial de bienes por el cónyuge inocente del divorcio; y esa disolución tiene efectos retroactivos al día de notificación de la demanda, quedando a salvo los derechos de terceros de buena fe (art. 1306) (9)(214).

b) Respecto a la incidencia de la separación de hecho de los cónyuges en la comunidad de bienes - tema ampliamente considerado por doctrina y jurisprudencia - , se dispone en la última parte del artículo 1306 que "producida la separación de hecho de los cónyuges, el que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable" (10)(215)

c) Con relación al proceso de liquidación de la sociedad conyugal el artículo 1316 bis establece que "los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso" (11)(216).

Fuera de estas innovaciones explícitas relativas a la extinción y liquidación de la comunidad conyugal cabría considerar eventuales modificaciones derivadas de otras normas de la ley 17711, como ser la subsistencia o no de las causales extintivas de la sociedad conyugal previstas en los artículos 1290 y 1294 del Código Civil, la nueva interpretación que corresponderá a los efectos de la reconciliación de cónyuges divorciados. que separaron sus bienes como consecuencia automática de la sentencia de divorcio, etc.

Efectuada esta visión panorámica de las modificaciones en la sociedad conyugal corresponde analizar, con alguna detención, aspectos relativos a la administración y disposición de los bienes, que en términos comprensivos y amplios pueden ser incluidos dentro del concepto de gestión de la sociedad conyugal.

V. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES

Es sabido que según el régimen de "gestión" de los bienes, la comunidad conyugal puede originar algunos tipos o variantes especiales; cabe mencionar los siguientes:

a) Sistema clásico, de gestión unipersonal como regla general, a cargo normalmente del marido y por excepción de la esposa. Se lo denomina comunidad de gestión unipersonal o marital.

b) Sistema de gestión separada o bicéfala, en que cada cónyuge administra y dispone de una masa de bienes, constituida por los propios y ciertos gananciales. Puede ser conocido con el nombre de régimen de participación o de gestión separada de la comunidad conyugal.

c) Sistema de gestión conjunta en que ambos cónyuges deben intervenir en los actos de administración y disposición, o al menos en los más importantes.

Las modalidades consideradas conciernen a la gestión de bienes de la comunidad conyugal, combinándose de modo variable con la gestión de bienes propios.

Debe advertirse que los tipos indicados de comunidad no se presentan netamente; es normal que las legislaciones los concierten con mayor o menor intensidad (12)(217).

Omitiendo singularidades y en generalización no exenta de alguna imperfección, puede precisarse que el Código Civil y la ley 2393 de matrimonio civil establecieron un sistema de gestión marital o unipersonal de los bienes comunes, combinando con una gestión de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes propios de la esposa signada por su incapacidad de hecho relativa.

La ley 11357 que amplió notablemente la capacidad civil de la mujer casada estableció un sistema de gestión separada de bienes gananciales, junto a la posibilidad de una gestión marital o unipersonal. En cuanto a los bienes propios, a partir de 1926, cada cónyuge pudo disponer a título oneroso de ellos, subsistiendo restricciones para los propios de la esposa en cuanto a la disposición gratuita.

A partir de la ley 17711 para los actos más importantes se establece un sistema de gestión conjunta, subsistiendo - en líneas generales - la gestión separada de los bienes gananciales en los actos de menor significación. Los bienes propios de cada cónyuge están sometidos a gestión separada, salvo el caso de disposición de inmueble propio en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la sociedad conyugal.

Como interesa precisar la naturaleza y el alcance de la gestión conjunta que ha consagrado la ley 17711, es conveniente recordar que anteriormente en hipótesis especiales se ha exigido en nuestro derecho la intervención de los dos cónyuges para actos de disposición. Pueden recordarse los siguientes precedentes o casos: a) art. 1233, para enajenación durante el matrimonio de bienes determinadamente donados para después del fallecimiento entre los cónyuges; b) arts. 1277 y 1807, inc. 2º, respecto a donaciones de bienes raíces del matrimonio por el marido; c) artículo 1252, sobre enajenación por la esposa mayor de edad de bienes raíces o rentas inscriptas; d) art. 1279, relativo a arrendamientos por más de 8 años o 5 años, según que sean predios rústicos o urbanos, de la esposa; e) art. 7º de la ley 11357 relativo a disposición de bienes de la esposa menor de edad; f) arts. 37 y 49 de la ley 14394 respecto a ciertos actos concernientes a inmuebles constituidos en bien de familia; g) la partición - donación conjunta de gananciales (13)(218).

La ley 17711, reformando el art. 1277 del Código Civil, ha generalizado el requisito de la intervención necesaria de ambos cónyuges para los actos de mayor significación.

La innovación argentina se vincula a diversas legislaciones extranjeras que consagran similar sistema (14)(219), y cuenta, además, con el precedente de la opinión favorable de algunos juristas argentinos y de diversos proyectos de ley (15)(220).

Puede estimarse que el espíritu de la ley ha sido, más que deducir una consecuencia lógico - jurídica del principio de capacidad femenina y más que aspirar a una cohesión conyugal en la gestión del patrimonio común, el de prevenir el fraude en las relaciones pecuniarias entre los esposos. Como medida preventiva del fraude, constituye una innovación inspirada en el fin de lograr seguridad en las relaciones jurídicas, aun a costa del dinamismo del tráfico patrimonial y a costa - lo que puede ser de mayor entidad - de suscitar situaciones conflictivas (16)(221).

No nos proponemos considerar las críticas formuladas al principio de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disposición conjunta, vinculadas a las trabas del tráfico jurídico, o a la eventualidad de discusiones domésticas, o al defecto legal de dictar normas generales para casos de excepción como son los actos fraudulentos de un cónyuge (17)(222).

Tampoco examinaremos si algunas de dichas críticas pueden ser admitidas- si no en su totalidad - parcialmente, por la conveniencia de discriminar actos de disposición cuya importancia justifica la concurrencia de voluntades y otros actos dispositivos que hubieran debido mantenerse exceptuados de la gestión conjunta.

Desde el punto de vista pragmático que nos hemos impuesto, nos limitaremos a reseñar algunas circunstancias que pueden obstar a la eficiencia de la función preventiva del fraude conyugal que inspira el precepto comentado, y luego analizaremos la naturaleza y alcances de la exigencia.

El fraude - que como dicen juristas contemporáneos, consiste en respetar la letra y violar el espíritu de la ley - se caracteriza precisamente por la ductilidad de las maniobras que emplea (18)(223).

No sería absolutamente improbable que el cónyuge que quisiera eludir en alguna medida el espíritu de la ley se apartase del ahorro inmobiliario o del ahorro en bienes muebles o derechos registrables a fin de evitar que sus ingresos dejen de ser de su entera y libre disponibilidad (19)(224).

Desde otra perspectiva cabe advertir la relatividad de la prevención del fraude mediante la exigencia del art. 1277. Aun quienes como el jurista uruguayo Eduardo Vaz Ferreira consideran plausible la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para ciertos actos, reconocen que constituye una "garantía de valor relativo" porque aunque impida al cónyuge enajenar o hipotecar por sí solo un inmueble ganancial, no le impide contraer deudas para cuyo cobro los acreedores podrán embargar el mismo inmueble y llegar a su venta forzada sin intervención del otro cónyuge (20)(225).

En efecto, la disposición de ciertos bienes gananciales debe ser conjunta según la ley 17711, pero se mantiene el principio de responsabilidad separada de los artículos 5° y 6° de la ley 11357.

La actividad jurídica individual de un cónyuge, comprometiendo los bienes propios y los gananciales determinados en dichos preceptos de la ley 11357, puede, pues, en algunos casos neutralizar el recaudo de la gestión conjunta dispositiva (21)(226).

Para tales hipótesis, si fuesen fraudulentas las obligaciones asumidas por un cónyuge, el remedio no puede ser hallado en la exigencia de gestión conjunta del nuevo art. 1277, sino en la acción común de fraude prevista en el antiguo art. 1277 y en el subsistente art. 1298. Cuando las obligaciones han sido contraídas sin fraude, o éste no puede ser probado, la responsabilidad contraída individualmente por uno de los cónyuges afectará los bienes gananciales no obstante que ellos no hubieran podido ser dispuestos o afectados sino conjuntamente. No señalamos con ello una incongruencia del sistema legal, sino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

simplemente una limitación de la función que cumple la exigencia de disposición conjunta.

VI. NATURALEZA Y ALCANCES DE LA EXIGENCIA DE DISPOSICIÓN CONJUNTA

Dentro de la concepción desarrollada por Antonio Cicu, cabría considerar que la intervención de ambos cónyuges en actos de disposición de ciertos bienes responde al concepto de "poder de familia" atribuido en este caso en primer término a órgano individual y privado (el cónyuge) y subsidiariamente a órgano estatal (el juez), con función eminentemente preventiva del fraude familiar.

La exigencia legal referida crea incapacidad de derecho por la cual uno solo de los esposos no puede disponer válidamente de determinados bienes.

Cabe cuestionar qué carácter atribuye la ley a esa intervención del otro cónyuge. Pueden concebirse dos explicaciones.

Según una primera concepción, la exigencia legal determina que el acto sea una "co - disposición" en cuya virtud debe entenderse que ambos cónyuges asumen el rol de disponentes.

En otra concepción, uno sólo de los esposos otorga el acto de disposición, y el otro se limita a dar su asentimiento, conformidad o venia.

El tema no es exclusivamente teórico. Está vinculado al sistema de responsabilidad de los cónyuges frente a terceros.

En efecto, su solución puede interesar para resolver si ambos cónyuges quedan obligados por la garantía de evicción en enajenaciones onerosas, o por las obligaciones asumidas en el acto respecto al saldo de precio o deuda asegurada, etc. También interesa la solución para resolver la situación en que se encuentre inhibido el cónyuge que debe prestar el asentimiento, pues si se lo considerase "co - disponente" no podría hacerlo válidamente mientras no se levante la inhibición. Asimismo, puede interesar para admitir o rechazar acción revocatoria promovida por acreedores del cónyuge que se limitó a dar la conformidad (22)(227).

Este problema ha sido analizado en derechos que han precedido al argentino en la consagración de la exigencia, como son Uruguay y España (23)(228), No obstante diferencias singulares de derecho positivo, son útiles antecedentes en la materia. Asimismo, hemos tenido oportunidad de leer un interesante estudio muy reciente sobre la incidencia de la ley 17711 en materia de sociedad conyugal, preparado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial, donde se analiza la naturaleza jurídica del consentimiento conyugal.

Las razones dadas en ese estudio para demostrar que sólo se trata de un "asentimiento" y no de una "co - disposición" - pese a lo que pudiera deducirse del vocablo "consentimiento" empleado - , son las siguientes:

La iniciativa para realizar actos de disposición corresponde al cónyuge

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

titular del bien (art. 1276), y él adquiere la titularidad del precio o contraprestación, si lo hay.

Negado el consentimiento conyugal puede obtenerse una "autorización" judicial supletoria.

En el párrafo 2º del art. 1277 se requiere también el "consentimiento" conyugal para disponer de inmueble de calidad "propia" en que esté radicado el hogar conyugal. Ello demostraría que tal "consentimiento" en realidad es sólo "asentimiento" o "autorización", pues el objeto del acto es propiedad exclusiva del otro cónyuge, a quien también ha de pertenecer exclusivamente la contraprestación por subrogación real (artículos 1246, 1247, 1266, etc.) (24)(229).

En conclusión, si se admite que sólo es un "asentimiento" y no una "co - disposición", el cónyuge que lo presta no asume responsabilidad por garantía de evicción en las enajenaciones onerosas; y asimismo, podrá manifestar el asentimiento aunque esté inhibido si es un bien cuya titularidad corresponde al otro cónyuge y sus respectivos acreedores no podrán impugnar el acto por acción de fraude o revocatoria.

Faltaría analizar si es admisible, en modo optativo, la fórmula de "co - disposición". Por razones de tiempo no profundizaremos el tema, ni nos plantearemos la exactitud jurídica de la fórmula. Sólo advertiremos que si ambos cónyuges asumen el carácter de co - disponentes, habrán asumido las obligaciones del caso frente a terceros, como ocurre en los casos ordinarios en que se asume un carácter jurídico determinado. La contraprestación adquirida en el acto quedaría en situación incierta respecto a la auténtica titularidad de administración.

El asentimiento ha de ser producto de voluntad sana y libre; por tanto, puede ser impugnado en caso de consentimiento viciado.

Dicho asentimiento puede ser anterior o posterior al acto dispositivo (arg. art. 62, ley 2393), convirtiéndose en el último supuesto en una confirmación. Es revocable, sin perjuicio de los derechos de terceros (arg. art. 61, ley 2393).

Los alcances de la exigencia de la disposición conjunta deben ser analizados en relación a los sujetos, la naturaleza, el objeto y las modalidades del acto.

VII. ALCANCES DE LA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 1277 RESPECTO A LOS SUJETOS

Cuando los cónyuges viven unidos y son capaces, la exigencia del art. 1277 plantea problemas inherentes, sólo, al otorgamiento o no del asentimiento.

Si los cónyuges se divorcian pero no liquidan efectivamente la sociedad conyugal - situación que no ha de confundirse con la disolución automática de ésta por el divorcio (art. 1306) - , subsiste un estado de indivisión comunitaria; las razones de la ley para establecer la exigencia de la disposición conjunta perduran, y por ello será necesario el asentimiento conyugal para la disposición.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En cambio, si los cónyuges divorciados ya han liquidado la sociedad conyugal no es necesario el cumplimiento de la exigencia del art. 1277 respecto a los bienes que tuvieron antes carácter ganancial. La exigencia sólo rige para el inmueble en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces.

Los cónyuges separados de hecho - desunidos sin divorcio y sin disolución de sociedad conyugal por ninguna de las causas de ley - , están obligados a cumplir el recaudo del art. 1277. Si solicitado el asentimiento, éste es negado, el juez puede autorizar la disposición si no advierte motivo razonable en contrario. Sería antijurídico y socialmente repudiable que el juez negase la autorización pretendiendo que liquiden legalmente la sociedad conyugal, pues ello forzaría al divorcio.

En el caso de separación de hecho también debe contemplarse la incidencia que en la materia tiene el art. 1306 in fine (25)(230). Uno de los esposos podría afirmar que los bienes que incrementaron el patrimonio después de la separación le pertenecen exclusivamente por la culpa del consorte en la desunión. El tercero que contrate en la hipótesis queda sometido a riesgo de imputarse en el futuro la culpa al cónyuge con el cual contrató, siendo discutible la legitimidad del acto. Es aconsejable, lógicamente, que el cónyuge separado de hecho sea autorizado por el juez a disponer del bien. En caso de no ser así, será difícil al tercero acreditar buena fe y falta de negligencia en su comportamiento.

Los cónyuges menores de edad tienen capacidad para administrar y disponer de los bienes con excepción de los adquiridos gratuitamente antes o después de la emancipación, de los que sólo podrán disponer solicitando autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad (art. 135, Cód. Civil, según ley 17711). Si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta los veintiún años la administración ni la disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito (art. 131, íd.). Si el acto de disposición tiene por objeto un bien comprendido en el art. 1277 los emancipados deben cumplir, además, la exigencia del asentimiento conyugal, aunque sean bienes adquiridos onerosamente, en defecto del asentimiento conyugal, requerirán autorización judicial.

La situación del cónyuge demente no está contemplada expresamente en el art. 1277 (26)(231). Como principio, tratándose de acto patrimonial la situación se rige por las reglas de la curatela; sin embargo, la circunstancia de que normalmente sea el cónyuge sano curador del demente (art. 476) determinará la necesidad de solicitar autorización judicial (27)(232).

En caso de simple ausencia del cónyuge, rigen reglas de la tutela y curatela (arts. 19 y 20 de la ley 14394). Si por aplicación del art. 19 de la ley 14394 fuese curador el cónyuge, habrá de tenerse en cuenta la salvedad anteriormente señalada en el caso de demencia (28)(233).

En caso de declararse la muerte presunta de uno de los cónyuges, los herederos y legatarios pueden hacer partición, pero no pueden enajenar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ni gravar los bienes sin autorización judicial (art. 28, ley 14394), hasta que no transcurran 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona, en cuya oportunidad pueden disponer libremente de los bienes, quedando concluida la sociedad conyugal y pudiendo liquidarse ésta (art. 30, íd.). Sin perjuicio de ello, ha de tenerse presente la opción del art. 1307 del Código Civil para exigir la división judicial de los bienes de la sociedad conyugal.

De lege ferenda se ha aconsejado que se prevean medidas especiales para casos en que, por reiteradas negativas a dar el asentimiento, uno de los cónyuges trabase excesivamente la gestión patrimonial del otro (29)(234). No sería improbable que en este supuesto, empero, el matrimonio desembocase en situación conflictiva grave y, posiblemente, en divorcio.

En hipótesis de impedimento permanente de un cónyuge cabría cuestionar si puede otorgarse venia judicial también general o permanente. La ley argentina no contempla expresamente el problema; en derecho español, donde tampoco la cuestión es prevista por la ley, Lacruz y Castán creen improcedente tal venia (30)(235).

Los gananciales de titularidad conjunta no deben someterse a la regla de administración y disposición por el marido del 2º párr. del art. 1276. Esta regla contempla un supuesto fáctico distinto, como es el caso en que no se pueda determinar el origen de los bienes o la prueba fuese dudosa. En los casos de titularidad conjunta, salvo mandatos de un cónyuge a favor del otro, la gestión corresponde a los dos esposos. En caso de discrepancia, todo acto de gestión patrimonial - sea de administración o de disposición-, cualquiera fuese la índole del bien - comprendido o no en el art. 1277 - exigirá dilucidación judicial (31)(236).

VIII. BIENES COMPRENDIDOS EN LA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 1277

La distinción entre bienes gananciales y propios asume importancia en esta materia, pues generalmente en el art. 1277 quedan comprendidos los bienes gananciales de determinadas categorías, mientras que sólo por excepción se incluye a un bien propio.

Gananciales comprendidos

La norma analizada se refiere a "inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria".

Respecto a "inmuebles", aunque posiblemente el espíritu de la ley haya sido referirse exclusivamente a bienes inmuebles por naturaleza, no se distinguen sus distintas clases. Literalmente quedan incluidos los inmuebles por naturaleza, por accesión física, por accesión moral e, inclusive, los inmuebles por su carácter representativo.

Los frutos y cosechas pendientes - cosechas en árbol o en pie - , aunque estrictamente deban caracterizarse como inmuebles (32)(237), por estar necesariamente destinados a ser separados y convertirse en muebles podrían exceptuarse del art. 1277, si se admite la categoría de "muebles por anticipación" (33)(238) y, además, si se tiene presente que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las enajenaciones de frutos no se consideran actos de disposición (33 bis)(239).

Cabe advertir que el propósito fundamental de la ley pareciera haber sido, como se ha dicho, aludir a inmuebles por naturaleza. De acuerdo a la ratio legis pareciera, asimismo, que la disposición de inmuebles por accesión moral hubiera debido excluirse, a fin de no perturbar excesivamente la circulación de los bienes y la gestión eficiente de los patrimonios.

El inmueble propio donde se hayan realizado mejoras con fondos gananciales, sigue perteneciendo a la categoría de bien propio; la sociedad conyugal sólo adquiere derecho de recompensa. Por tanto, un bien en esas condiciones no queda comprendido en el art. 1277, salvo el caso excepcional de estar radicado allí el hogar conyugal y existir hijos menores e incapaces (34)(240).

En relación a bienes muebles y derechos cuyo registro imponen las leyes en forma obligatoria, cabe considerar si por "leyes" han de entenderse sólo las nacionales o si también pueden comprenderse las leyes locales. Debiera entenderse que sólo las leyes nacionales, válidas en todo el país, son las aludidas en el art. 1277; lo contrario motivaría diferencias sustanciales en el territorio de la República, con mengua de la uniformidad del derecho de fondo (34 bis)(241) .

La alusión a "muebles" y a "derechos" registrables se justifica desde un punto de vista técnico, por cuanto en nuestro derecho la calificación de los bienes en muebles e inmuebles concierne a objetos materiales (35)(242) .

Aunque el Código de Comercio calificó como muebles los buques (art. 857), se ha generalizado para las embarcaciones de importancia su registro (art. 859 del mismo Código; y otros del mismo Cód.; art. 1° y otros de la ley 12980; etc.), por lo que quedan comprendidos en la exigencia del art. 1277 del Código Civil.

La ley nacional 17285, que sancionó el Código Aeronáutico, dispone expresamente en su art. 49 que "Las aeronaves son cosas muebles registrables"; de este precepto y otros contenidos en la ley citada, se deduce que las aeronaves quedan comprendidas en la exigencia del art. 1277 del Código Civil.

Los automotores también deben calificarse como cosas muebles registrables (arts. 1° y sigs. del decreto - ley 6582, de abril 30 de 1958, rectificado por ley 14467). Aun en jurisdicciones donde no esté organizado o en funcionamiento el Registro de Propiedad del Automotor, la calificación de estos bienes como cosas muebles registrables resulta de las disposiciones transitorias del Decreto - ley citado (art. 47). En consecuencia, quedan incluidos en la exigencia del art. 1277 del Código Civil.

Los muebles no registrables, aunque sean de uso indispensable para el hogar o para ejercicio de profesiones de los cónyuges, no quedan incluidos dentro de la exigencia del art. 1277. La protección contra el fraude conyugal dependerá exclusivamente de las acciones ordinarias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(36)(243).

Finalmente cabe estimar incluidos en el concepto de "derechos registrables" los siguientes bienes: fondos de comercio (arts. 7° y 12 de la ley nacional 11867), prendas con registro ley nacional 12962), créditos garantidos con hipotecas (arts. 3134 y conchs., Cód. Civil); etc.

Puede cuestionarse si los registros aludidos en el art. 1277 son los registros públicos exclusivamente, o si también deben incluirse los registros no públicos previstos en las leyes nacionales. Si se adoptara la segunda interpretación, las acciones de sociedades anónimas del tipo nominal no podrían ser objeto de actos de disposición entre vivos sin el cumplimiento del requisito establecido en el art. 1277 del Código Civil (arg. art. 329, Cód. de Com.). Por el contrario, si sólo la exigencia concierne a registros públicos tales bienes no estarían comprendidos en la exigencia de disposición conyugal conjunta.

Los fondos depositados en cuentas corrientes, cajas de ahorro, etc., no están incluidos en la exigencia del art. 1277 (37)(244).

Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son derechos "registrables" leyes 111, 11723, Decreto - ley 6673 de 1963, etc.), pero cabe estimarlos excluidos de la exigencia de disposición conyugal conjunta establecida en el art. 1277 del Cód. Civil por ser calificados como "bienes propios" en el agregado introducido por la ley 17711 al art. 1272, que sólo caracteriza como ganancial el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal (38)(245). Cuando uno de los cónyuges en razón de su profesión realice habitualmente actos de enajenación sobre inmuebles (caso de loteos, etc.) o habitualmente contrate sobre prendas con registro, y en otros casos similares, deberá considerarse si la habitualidad altera la naturaleza del acto, perdiendo su carácter jurídico de "disposición" para ser acto de administración; este aspecto se vincula a los alcances de la exigencia del artículo 1277 respecto a la naturaleza del acto.

Bien propio comprendido

La exigencia de disposición conyugal conjunta se aplica, asimismo al inmueble propio de uno de los cónyuges en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la sociedad conyugal (art. 1277, 2° párr.). El supuesto de cónyuge incapaz, sin que haya hijos, no ha sido expresamente mencionado en el texto legal; en tal caso, pareciera que la obligación del cónyuge sano se limita al deber de asistencia, sin requerirse venia judicial supletoria para disponer del bien propio donde esté radicado el hogar conyugal.

IX. ACTOS COMPRENDIDOS EN LA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 1277

El texto del artículo 1277 exige la disposición conyugal conjunta para tres tipos de actos, algunos de los cuales son especificaciones de otros.

Se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- a) Disponer;
- b) Gravar;
- c) Aportes de dominio o uso a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación o fusión de éstas.

Antes de analizar el significado de los términos empleados, conviene señalar que en el contexto general de los artículos 1276 y 1277 del Código Civil, según la reforma de 1968, y en el resto de la legislación sobre sociedad conyugal, debe distinguirse la iniciativa de la disposición y su realización.

La iniciativa es unipersonal y corresponde al cónyuge titular del bien; la realización es conjunta necesariamente (39)(246). Si la iniciativa en la disposición fuese indiscriminada, se eliminaría el principio de orden y eficiencia que debe asegurarse en la gestión patrimonial de la comunidad. La garantía contra el fraude conyugal sólo exige, como contralor preventivo, la realización conjunta del acto dispositivo (40)(247). Entrando al estudio de los actos comprendidos en la exigencia del art. 1277, es preciso destacar que el concepto fundamental reside en el denominado "acto de disposición". La constitución de gravamen y el aporte de los bienes en sociedad - al menos el aporte de dominio -, como asimismo la transformación y fusión de sociedades de personas, pueden considerarse especificaciones del concepto de "disposición", tendientes a una explicación didáctica para evitar desinteligencias interpretativas.

Respecto a la disposición de hecho o material, si fuese nociva y fraudulenta, corresponderán las acciones de daños y perjuicios, o de fraude en sentido genérico. El concepto de disposición empleado en el art. 1277 concierne a la disposición por actos jurídicos.

La disposición por actos jurídicos debiera entenderse referida a los actos entre vivos, pues el régimen de los actos de última voluntad está sometido a reglas especiales, que exigen la unipersonalidad de la disposición (arts. 3607, 3618, 3619, etc.). Además, se admite la disposición por actos de última voluntad de uno solo de los cónyuges de bienes gananciales, debiendo salvarse la parte del otro cónyuge en la cuenta de división de la sociedad (art. 3753, según la ley 17711 que amplía a ambos cónyuges la facultad que el Código de 1869 reconociera sólo al marido) (41)(248).

Dentro del concepto de disposición por actos entre vivos debe, asimismo, contemplarse la disposición realizada mediante actos jurídicos ordinarios y la realizada mediante actos jurídicos procesales.

Ello obligará a considerar la medida en que el art. 1277 puede incidir en la capacidad procesal de las partes para realizar determinados actos sobre bienes comprendidos en la norma (allanamientos, transacciones, compromisos arbitrales, etc.); y, fuera de las normas aplicables a cada acto en particular - por ejemplo, arts. 839 y sigs. del Código Civil respecto a la transacción - , deberá analizarse si el hecho de realizarse con intervención judicial puede dispensar del asentimiento del cónyuge

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(42)(249). En el Anteproyecto de Bibiloni se contempló expresamente la materia para asegurar la observancia del requisito de disposición conyugal conjunta (43)(250).

Es sabido que el concepto de acto de disposición se obtiene en relación u oposición al concepto de acto de administración e inclusive al concepto de acto de conservación.

La ley 17711 pareciera haber acentuado la importancia de esta clasificación, en los nuevos artículos 128 in fine, 131, 135, 152 bis, 1276, 1277, 3430, etc., del Código Civil.

Tal clasificación de los actos jurídicos, como es notorio, y no obstante la repudiación de Aubry y Rau (44)(251), constituye un elemento de la técnica jurídica empleado para delimitar la capacidad de derecho o de hecho.

Bonnecase (45)(252), señaló que desde varios puntos de vista podían catalogarse los sistemas para determinar la noción del acto de administración, a saber: 1°) sobre la relación de la unidad o de la variabilidad de la noción; 2°) según la relación del carácter objetivo o subjetivo de la noción; 3°) por el método seguido para obtener la noción, ya que unos definen al acto de administración por oposición al acto de disposición o al acto conservatorio, y otros consideran al acto de administración en sí mismo

En el derecho argentino suele adoptarse un criterio funcional intrínseco para caracterizar estos actos. No se los define tanto por sí mismos, cuanto por la función desempeñada con respecto a un patrimonio o a un negocio determinado (46)(253). y como observa J. M. López Olaciregui, el criterio de distinción aludiría a un concepto económico extrínseco pero no ajeno al derecho, como es la noción de capital y renta, no siendo suficiente el contenido intrínseco del acto para atribuirle un carácter u otro (47)(254).

No es suficiente, pues, analizar sólo el contenido intrínseco del acto, sino que deben contemplarse también las circunstancias que lo rodean, las características del patrimonio a que se refiere, la habitualidad o profesión del sujeto que lo realiza, etc.

En esencia, se trata de concepto obtenido por comparación con otros actos patrimoniales; el acto de disposición produce una modificación sustancial del patrimonio - desplazamiento de valores, afectación a riesgos severos, etc.-, o involucra una gestión del patrimonio por procedimientos extraordinarios.

La equivocidad del concepto en algunos casos concretos o el empirismo necesario para utilizar la clasificación no obstan, sin embargo, a que satisfaga por regla general la necesidad de delimitar la capacidad de hecho y de derecho de las personas.

Según Alfredo Orgaz la venta de inmuebles será un acto de administración si el negocio consiste, precisamente, en compra y venta de inmuebles (48)(255); del mismo modo, para un comerciante o industrial, el endoso de una prenda con registro - "derecho registrable" - podría caracterizarse por la habitualidad de su realización, por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

profesión de quien lo efectúa, y por su incidencia normal dentro del giro económico de su patrimonio, como un acto de administración. Si tales clasificaciones fuesen exactas, no requerirían dichos actos el asentimiento conyugal. La negación del criterio expuesto conduciría a una revisión profunda del concepto de actos de disposición y de administración, para adoptar criterios intrínsecos de clasificación.

Dentro del concepto de actos de disposición pueden incluirse los onerosos y los gratuitos, los unilaterales o bilaterales, los típicos y los atípicos, etc. (49)(256), pues la norma legal no distingue.

La afectación de un inmueble al régimen de bien de familia también requiere el asentimiento conyugal por ser acto de disposición (50)(257).

Para resolver si las adquisiciones requieren o no el asentimiento conyugal del art. 1277 es preciso observar qué bienes o fondos se utilizan. Si se emplean fondos o bienes de libre disponibilidad del cónyuge - por ejemplo, salarios o rentas ahorradas, depósitos bancarios, etc. - el acto puede ser realizado unilateralmente; si emplean bienes que no son de disposición unipersonal - por ejemplo, se entrega un inmueble ganancial en permuta de otro - , se requerirá el asentimiento del cónyuge.

Vinculado a las adquisiciones se ha discutido si es acto de disposición que requiera asentimiento del otro cónyuge, la adquisición de inmueble bajo concesión simultánea de hipoteca en garantía de la parte de precio debida (51)(258). En derecho argentino, para constituir hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y tener capacidad de enajenar bienes inmuebles (art. 3119, Cód. Civil), y por tanto, por más que parecieran simultáneas la adquisición y la constitución del gravamen, es preciso reconocer que previamente se adquiere el dominio y después se constituye la hipoteca. Recayendo ésta sobre inmueble ganancial debe ser consentida por ambos cónyuges.

Cabe cuestionar si la cancelación de créditos garantizados con hipoteca requiere el asentimiento del otro cónyuge por tratarse de derechos registrables gananciales.

En base al carácter accesorio de la hipoteca, en derecho español a partir de la reforma de 1958, se ha considerado que si el marido puede aceptar el pago de la deuda dejando extinguido el crédito, aunque éste sea ganancial, también puede válidamente cancelar la hipoteca (52)(259). La cuestión se vincula a la naturaleza del pago y a la capacidad del acreedor para recibirlo, y excede de los límites de esta disertación; seguramente suscitará estudios detenidos en la doctrina. El tema puede extenderse a créditos gananciales asegurados con embargos inmobiliarios que también deben registrarse - aunque con la diferencia de que la obligación de registro en los embargos surge de leyes locales -.

La cesión de créditos hipotecarios - no ya su cancelación - constituye acto dispositivo sobre derecho registrable, y si el crédito es ganancial, queda comprendido en la exigencia del art. 1277.

La caracterización de las locaciones como actos de administración o de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disposición varía según las circunstancias concretas que las acompañan, como ser el plazo, el régimen jurídico aplicable, etc., no siendo susceptible de una calificación única e invariable (53)(260). Sin embargo, la cesión o rescisión de arrendamientos y aparcerías rurales quedan comprendidos en el art. 1277 por ser derechos registrables por ley nacional ley 13246, art. 40).

La celebración de boletos de compraventa sobre inmuebles gananciales constituye acto de disposición. En ello se revela la distinción que doctrinariamente se establece entre "disposición" y "enajenación"; posiblemente esta diferencia explique la modificación del art. 3430 relativo a actos del heredero aparente, para comprender en la nueva redacción boletos de compraventa, cuya inclusión con anterioridad era discutida.

La transferencia o rescisión de boletos de compraventa inmobiliarios que se celebren durante la vigencia de la sociedad conyugal por uno de los cónyuges, como adquirente, también es acto de disposición comprendido en el art. 1277. Los boletos de compraventa firmados por uno solo de los cónyuges con anterioridad al 1° de Julio de 1968 - fecha en que entra en vigor la ley 17711 -, son válidos y pueden hacerse valer frente al otro cónyuge, aunque por ellos se disponga de inmuebles gananciales, a condición de que tengan fecha cierta. Este último requisito se justifica por cuanto cada cónyuge es titular de un derecho personal frente al otro, referido al cumplimiento del art. 1277 (arg. arts. 1034, 1035 y 4046, Cód. Civil) .

El consentimiento de ambos cónyuges es requerido, finalmente, en relación a los bienes mencionados en el art. 1277 para realizar determinados actos referidos a las sociedades.

Se requiere el consentimiento de los dos cónyuges para aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, cualquiera sea su índole específica y se trate de sociedades civiles o comerciales. En efecto, por el art. 1° del Título Preliminar del Código de Comercio y por su art. 207, las normas del Código Civil, en lo no modificado expresamente por el derecho comercial, son aplicables a las sociedades comerciales (54)(261).

El consentimiento de ambos cónyuges también se requiere para actos de transformación y fusión de sociedades de persona (55)(262).

Cabría preguntar si la simple cesión de cuotas, que tengan el carácter de ganancial, de una sociedad civil que posea inmuebles queda comprendida o no en el art. 1277. Entendemos que no tratándose de acto constitutivo de la sociedad, ni de aporte de bienes a ella, y tampoco de un acto de transformación o fusión de sociedades, el art. 1277 no lo comprende (56)(263) .

X. MODALIDADES DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL. REPRESENTACIÓN

En razón del límite de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia, inclusive en el aspecto patrimonial (arg. arts. 1217, 1218, 1231

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1358, 1441, etc. del Cód. Civil), no son admisibles modalidades de plazo, condición o cargo en el asentimiento que un cónyuge presta al acto dispositivo del otro.

En materia de representación conyugal se ha producido una evolución importante.

El Código Civil, como es sabido, establecía que el marido era el administrador legal de todos los bienes del matrimonio, sean dotales o adquiridos después de formada la sociedad conyugal (ex art. 1276).

La ley 11357 confirió a la esposa derecho de administrar y disponer sus bienes propios a título oneroso y de administrar y disponer libremente de los gananciales adquiridos por su trabajo (art. 3º de la ley cit.), y se presumió que el marido tenía poder para administrar los bienes de la mujer sin obligación de rendir cuentas (art. cit., inc. "c", 2º párr.).

La ley 17711 en la última parte del nuevo art. 1276 establece que "uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas".

La ley no alude ya a voluntad presumida sino a voluntad expresa o tácita de conferir mandato. Savigny llamaba a la voluntad presumida por la ley una voluntad ficticia, distinguiéndole de la tácita, ya que en ésta la voluntad siempre es real y descansa sobre un acto determinado que se toma como su expresión (57)(264).

En caso de mandato expreso puede imponerse al cónyuge mandatario la obligación de rendir cuentas. La referencia final del art. 1276 concierne a mandatos tácitos y a los expresos en que no se estipula nada al respecto. Si el mandante puede o no conferir el mandato, ha de estar facultado para hacerlo con dicha obligación del mandatario.

En relación a actos de disposición cabe distinguir los siguientes casos:

Son válidos mandatos para que el mandatario disponga de bienes cuya titularidad corresponda, a título de propios o de gananciales, al mandante. En tales hipótesis el mandatario representará al cónyuge disponente y dará, a título personal y por derecho propio, su asentimiento a la disposición. No existe precepto legal que impida esta clase de mandato, y por la confianza inherente al contrato que se analiza es laudable su otorgamiento entre cónyuges (58)(265).

Son válidos mandatos en los que el cónyuge titular del bien recibe poder para expresar en nombre del mandante el asentimiento al acto dispositivo, por las mismas razones del caso anterior. Inclusive, si se refiere a un acto o negocio en especial y no obstante la naturaleza revocable del asentimiento conyugal y la naturaleza revocable del mandato, puede admitirse que sea otorgado este mandato de modo irrevocable, limitado en el tiempo (art. 1977, según la redacción de la ley 17711).

En la misma situación del caso "b", esto es, de mandatos acordados al cónyuge titular del bien por el que no lo es para expresar el asentimiento conyugal, merece consideración el supuesto en que tales mandatos se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hubiesen otorgado en modo genérico, sin referencia a bienes concretos ni a negocios determinados (59)(266). El problema se ha planteado también en el derecho extranjero, con diversidad de matices y soluciones (60)(267). En el derecho argentino cabe recordar que Bibiloni al tratar las autorizaciones de la esposa al marido para enajenar bienes inmuebles de ésta, o imponerles derechos reales, propuso un agregado en cuya virtud tales autorizaciones debían ser expresas y especiales bajo pena de nulidad, designando el bien que era objeto de la enajenación y la clase de afectación a que se lo sometería, y prohibía las autorizaciones generales. Afirmaba el jurista argentino que las autorizaciones generales se obtienen de la esposa bajo la impresión natural del afecto y la confianza que le inspira el esposo; y agregaba: "Obtenida, la facultad de disponer ha pasado al esposo, que para nada consulta a su mandante ni le informa de lo que está haciendo. La ruina de la mujer está consumada cuando tiene la primera noticia del uso que el esposo ha hecho de un mandato que obtuvo bajo la promesa de que no sería usado, sino para actos imprevistos de poca entidad o de administración corriente..." (61)(268).

La ley 17711 no ha resuelto expresamente el problema de las autorizaciones generales, ni tampoco el problema de los mandatos generales dado por un cónyuge para que el otro exprese por él el asentimiento a los actos de disposición contemplados en el art. 1277.

Desde luego que autorizaciones o mandatos generales irrevocables no serían admisibles por cuanto la irrevocabilidad importaría una renuncia y además por prohibirlo el art. 1977, antes citado.

Y respecto a las autorizaciones o mandatos generales revocables, si bien es cierto que no importan estrictamente una renuncia a los derechos de la sociedad conyugal, cabe preguntarse si no constituyen, al menos, una convención entre cónyuges violatoria de las finalidades de la ley. La facultad de revocar la autorización existe, pero ordinariamente la revocación llegará tarde: cuando ya está realizada la disposición de los bienes y consumado el fraude que el legislador pareciera haber querido evitar.

Al respecto aseveraba Bibiloni que "la ley que declara nula las convenciones que alteran las reglas fundamentales de la sociedad conyugal no debe permitir el mandato general, que de hecho, pero inevitablemente, implica la traslación al mandatario del derecho de disponer. La facultad de revocar nada atenúa, porque el afecto conyugal la hace ilusoria . . ." (62)(269).

En definitiva, ningún texto legal impide expresamente la autorización o el mandato general revocable de un cónyuge a otro para los actos de disposición; empero, atento al espíritu de la ley - de prevenir efectivamente el fraude conyugal - , y a las normas jurídicas que limitan el campo de la autonomía de la voluntad en las relaciones pecuniarias de los cónyuges, no sería arbitraria la interpretación que les negase la seguridad de su licitud.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

XI. AUTORIZACIÓN JUDICIAL

En caso de faltar el asentimiento del cónyuge puede solicitarse al juez autorización para realizar los actos comprendidos en el art. 1277.

La autorización judicial, por principio, es supletoria. Quien la solicita debe acreditar los recaudos para su procedencia. No puede ser otorgada sin previa audiencia de las partes. Empero, se trata, como es lógico, de dar oportunidad de audiencia al cónyuge que resiste el acto; si citado no concurre o no puede concurrir, el juez está habilitado para resolver la petición.

En casos de gananciales comprendidos en la primera parte del art. 1277, el criterio judicial ha de ser examinar si existe una "justa causa" que obste a la disposición. Si no existe, la autorización debe concederse satisfaciendo el derecho de iniciativa del cónyuge titular del bien.

Por el contrario, en casos de bienes donde está radicado el hogar conyugal sólo puede autorizarse la disposición si el inmueble fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido (art. 1277, in fine).

Cabría aseverar que en el caso del primer párrafo del art. 1277, el cargo de la prueba de la existencia de justa causa de oposición incumbe al cónyuge que resiste la iniciativa del titular del bien; y que en el caso del segundo párrafo del mismo artículo, corresponde al cónyuge titular del bien demostrar que el inmueble es prescindible y que el interés familiar no resulta afectado.

En principio la autorización ha de ser anterior a la disposición, pero en casos especiales de urgencia probada y grave peligro la autorización judicial de la disposición podría ser posterior o convalidatoria (63)(270). Para explicar esta convalidación judicial deben tenerse presente los caracteres de la nulidad que afectaría al acto dispositivo unilateral y la necesidad de evitar los graves perjuicios que en ciertos casos urgentes pueden derivar del trámite procesal. En la ley 2393 se preveía la convalidación o rectificación de actos realizados sin autorización previa, en el art. 62 (ídem, art. 196 del Código Civil de 1869).

XII. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1277

La violación de la exigencia del art. 1277 tiene distintas consecuencias vinculadas a la invalidez del acto y a las relaciones pecuniarias entre los cónyuges.

El acto de disposición que vulnere el art. 1277 no sería válido por significar la realización de un negocio jurídico prohibido (art. 18 del Cód. Civil).

Si el vicio del acto es ostensible la nulidad sería manifiesta; pero si el defecto estuviese oculto - por falseamiento del carácter del bien o del estado civil de la persona - la nulidad sería no manifiesta.

El acto será nulo o anulable según que la incapacidad de derecho que afecta a la parte sea conocida o desconocida (arts. 1043, 1045, etc.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por el fundamento que inspira la exigencia legal puede sostenerse que la nulidad del acto que no la cumple es de carácter relativo (64)(271).

La nulidad del acto dispositivo sería total, no siendo admisible la pretensión de parcializar la invalidez a la cuota de gananciales del cónyuge omitido; esta parcialización equivaldría a transformar la naturaleza jurídica y las características de la sociedad conyugal asimilando los bienes gananciales a bienes sometidos a condominio ordinario (art. 2677), lo que no armoniza con el régimen legal argentino.

La nulidad, por ser relativa, es confirmable (arg. art. 1058); la confirmación puede ser expresa o tácita (arg. arts. 1061, Cód. Civil y 62 in fine de la ley 2393) .

A diferencia de otros sistemas legales, la ley 17711 no ha establecido un plazo especial de prescripción respecto a la acción de nulidad por violación del art. 1277 (65)(272). En consecuencia, la prescripción de esta acción está regida por las reglas subsistentes del Código Civil y, en su caso, por el art. 4023 modificado por la ley de 1968. Ha de tenerse presente el plazo de prescripción que el art. 4031 del Código Civil estableció para la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente, fijado en dos años que comienza a correr desde el día de la disolución del matrimonio y ello suscitará diversas cuestiones, a saber: 1) Si el concepto de nulidad de las obligaciones es extensible a la nulidad de los actos dispositivos comprendidos en el art. 1277 de la ley 17711; 2) Si el plazo fijado para la acción de nulidad de actos de la esposa es también aplicable a la acción de nulidad de actos del marido (66)(273). Asimismo, en esta materia, ha de tenerse presente que la prescripción se suspende entre los cónyuges (arts. 3969 a 3971 del Cód. Civil) (67)(274).

Por el carácter relativo de la nulidad sólo tienen legitimación para demandarla el cónyuge omitido y sus herederos (68)(275). También los acreedores del cónyuge omitido, por vía de acción subrogatoria, pueden deducir la acción (art. 1196). El sujeto que contrató con uno de los cónyuges, como parte en el acto, no puede impugnarlo pues la nulidad no ha sido establecida en su beneficio (art. 1048) (69)(276).

Si la acción de nulidad prospera, inclusive contra terceros, éstos pueden oponer, en su caso, la prescripción adquisitiva de inmuebles (arts. 4015 y 4016).

Cuando los terceros son de buena fe y adquirentes a título oneroso, aunque se trate de gananciales inmuebles, y ya sea que se reputa nulo o anulable el acto por violación del art. 1277, podrán detener la acción invocando el nuevo art. 1051 (70)(277). Respecto a las cosas muebles la protección de terceros de buena fe que han adquirido la posesión, resulta de los arts. 2412, 2413 y 3271. En relación a derechos registrables, que pudieran incluirse en la exigencia del art. 1277, la tutela de terceros de buena fe derivará de haberse ajustado a los datos sobre estado civil y carácter propio o ganancial del derecho consignados en los registros.

El cónyuge omitido en el acto de disposición, en casos en que no fuere posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad, tendrá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho a ser indemnizado (arts. 1056 y 1057). La ley no limita la oportunidad para deducir la acción resarcitoria y la circunstancia de suspenderse la prescripción entre cónyuges no significa que se establezca una incapacidad de accionar (v. nuestra nota en J. A., 1965 - V, p. 471, N° 7) si se hubiera pospuesto el ejercicio de la acción, el desequilibrio que efectivamente se hubiese producido debe ser salvado en la cuenta de liquidación de la sociedad conyugal.

El régimen legal argentino no establece expresamente que el incumplimiento del art. 1277 justifique la disolución de la sociedad conyugal (71)(278).

Estrictamente el supuesto excede del ámbito del art. 1294 que concierne a bienes propios de la esposa y al concurso de acreedores del marido (v. Cám. Civ. la Cap., 1934, J. A., 46 - 144).

Sin embargo, si el incumplimiento del art. 1277 fuese reiterado o el fraude conyugal grave, la prudencia judicial debería extremarse a fin de evitar el total desequilibrio de las relaciones pecuniarias entre los cónyuges que derivaría de esas situaciones; cabría, probablemente, en mérito a la causal de injurias graves admitir la separación conyugal y la disolución de la comunidad de bienes. (Compárense las opiniones de H. Lafaille, D. de Familia, N° 169 y de A. C. Jémolo, El matrimonio, Buenos As., 1954, p. 498; en la jurisprudencia de tribunales argentinos véanse: La Ley, t. 112, p. 721; J. A., 26 - 253; J. A., 27 - 1011; J. A., 1963 - VI - 537; Gac. del Foro, t. 167, p 4).

Señoras y señores:

La meta que guía a los escribanos es la seguridad de los derechos confiados a su intervención, y la prudencia es tal vez una de las virtudes que más estiman.

Si en algunos de los temas planteados en este rápido resumen panorámico quedasen más dudas que soluciones firmes, o si éstas dependiesen de las variables contingencias del caso y de su apreciación por los jueces, sepamos confiar en que la experiencia derivada de la aplicación de las modificaciones aportará el conocimiento empírico suficiente para esclarecer esas dificultades.

El Régimen de la Publicidad en la Reforma del Código Civil (*) (279)

ALBERTO D. MOLINARIO

Hoy casualmente se cumplen 89 años de la sanción de la primera ley provincial que estableció en la provincia de Buenos Aires el Registro de Propiedades, Embargos e Inhibiciones, ya que funcionaban con anterioridad, desde los tiempos de la Colonia, el Registro de Hipotecas. La fecha resulta ser así auspiciosa, porque precisamente esa primera ley de 1879 es la que comienza a originar en nuestro país el problema constitucional que pareciera haberse parcialmente resuelto recién ahora, en 1968, con el nuevo art. 2505 del Código Civil.

A pesar de haberse planteado casi de inmediato el problema de la