

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

g) Mi punto de vista es que en los poderes y consentimiento de carácter general se fije duración temporal. Será una buena práctica que con el transcurso del tiempo reportará beneficios y evitará fricciones con los contratados si hay dudas o sospechas sobre la vigencia.

Sólo me resta reiterar que la extensión del tema me ha impedido analizarlo en sus múltiples facetas y presentar mis excusas tanto por la fatiga como por las frustraciones que pueda haber causado.

Régimen de la Sociedad Conyugal() (329)*

RODOLFO E. OLIVÉ

SUMARIO

El nuevo régimen. - Bienes gananciales. - Consentimiento por mandato. - El problema que plantea la segunda parte del artículo 1277. - La reforma y los artículos no derogados.

Unos pocos artículos claves: el 1276 y 1277 del Código Civil, la nueva redacción del art. 1° de la ley 11357 y la relevancia que adquiere el art. 9° de la misma ley, frente a lo rotundo de su actual art. 1°; he aquí expresada en apretada síntesis la esencia de la reforma - profunda - que trae la ley 17711 en lo que hace a la plena capacidad de la mujer casada y el sistema patrimonial de la sociedad conyugal.

Reforma largamente esperada por quienes juzgábamos vetusta y tímida la legislación vigente frente a los cambios que experimenta la sociedad contemporánea, y el papel cada vez más importante que debe cumplir la mujer en el mundo que anuncia el siglo XXI, no tan lejano ya: la mitad de la actual población argentina asistirá a su advenimiento.

En la última Jornada Notarial Argentina celebrada en San Juan en 1966, el notariado llevó su inquietud sobre el tema de la capacidad de la mujer casada, al tratar el alcance de la resolución de la Convención Interamericana de Bogotá de 1948. No fue posible adoptar aquella equiparación absoluta que la resolución aludida ofrecía como posibilidad, pero de aquellas conversaciones y ponencias fue afirmándose la idea que hoy la legislación confirma

EL NUEVO RÉGIMEN

"La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil" (nuevo art. 1° de la ley 11367) . "Quedan derogadas las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente, que formará parte de dicho Código" (art. 9° de la misma ley, vigente) .

"Art. 1276. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trabajo personal o por cualquier título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277. Si no se puede determinar el origen de los bienes, o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido, salvo también lo dispuesto en el artículo siguiente. 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".

Artículo 5° de la ley 11357, que permanece vigente: "Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer".

Artículo 1277, primera parte: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales, cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes, a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes".

La ley bien pudo haber establecido que los bienes fueran administrados por aquel de los cónyuges en cuya cabeza figurasen. Se mantiene la división clásica de bienes propios y gananciales, y desaparece aquella distinción de la ley 11357, de bienes gananciales de administración reservada (a la mujer) , de los cuales la cónyuge podía disponer sin consentimiento del marido. Bastaba para ello que en el acto de la adquisición (o después inclusive, según la moderna doctrina) declarase en forma sacramental que adquiría con el producido de su trabajo o actividad en tal o cual profesión, oficio o empleo.

BIENES PROPIOS

En materia de bienes propios, el régimen actual mantiene la libre administración y disposición (ya veremos con qué excepción) por el cónyuge a nombre de quien figura, y solamente sus frutos responden a determinadas obligaciones comunes, de acuerdo con el art. 6° - que también permanece vigente - de la ley 11367: "Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes". Es dueño de enajenarlos, gravarlos, disponer de ellos a título oneroso o gratuito, incorporarlos a sociedades, etc. Esto, que resulta claro en materia de inmuebles, donde de su título de propiedad surge el origen del bien, no resultará tan explícito cuando se trate de derechos o muebles registrables, o participación en sociedades. ¿Cómo justificar en el caso de un automotor, por ejemplo, ante el respectivo comprador, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se lo recibió por herencia y por consiguiente que se puede disponer libremente de él sin conformidad del otro cónyuge? Pero no hay duda que de probarse fehacientemente el origen propio del bien, el cónyuge titular a su solo nombre podrá disponer libremente de él.

BIENES GANANCIALES

En lo que respecta a los bienes gananciales, la ley establece la novedad que se necesita el consentimiento del otro cónyuge para enajenarlo o gravarlo. ¿Y para administrarlos simplemente? Si el bien está a nombre del marido, corresponderá a éste. Si está a nombre de la mujer, y ésta no ha efectuado manifestación sobre el origen del dinero con que adquirió, también corresponderá al marido, todo ello por aplicación estricta del artículo 1276. Por tales razones y para la correcta aplicación del art. 5º de la ley 11357, sostenemos la necesidad que en las escrituras de adquisición de bienes cuya administración quiera reservarse la mujer, ésta debe dejar constancia del origen del dinero.

Esto en cuanto a la administración. Pero, para vender, hipotecar y de cualquier otra manera disponer de esos bienes, deberán concurrir ambos cónyuges. Si el bien está a nombre de uno de ellos, el otro concurre al sólo efecto de dar su consentimiento con la operación. ¿Debe pedir el escribano certificado de inhibiciones por el cónyuge que expresa su consentimiento? Si el bien está a nombre del marido, no; pues se trata de un bien cuya administración ejerce (art. 5º de la ley 11357) . Si está a nombre de la mujer y ésta no ha manifestado el origen del dinero de su compra, sí, deberá pedirse. Caso contrario no haría falta, pues se trataría de un bien ganancial cuya administración ejerce la mujer y por consiguiente no responde por las deudas del otro cónyuge (art. 5º de la ley citada) .

La conformidad que pide el art. 1277, ¿qué actos y contratos comprende? Por supuesto, la compraventa, la permuta, la donación, el aporte de inmuebles a sociedades, la cesión o venta de cuotas de capital (casos de las sociedades de responsabilidad limitada) o cuota parte sociales (sociedades civiles, colectivas, parte solidaria de las comanditas simples o por acciones, disolución, transformación o fusión de las mismas) ; transferencias de fondos de comercio; transferencias de automotores o de cualquier otro bien mueble registrable; constitución de hipotecas como deudor, aun por saldo de precio; cancelación de las mismas como acreedor.

CONSENTIMIENTO POR MANDATO

¿Cómo debe instrumentarse el consentimiento del otro cónyuge dado por apoderamiento? Primero: ¿Debe ser un poder especial o puede otorgarse en forma genérica? Segundo: ¿Tratándose de un poder

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

general, la facultad de comprar y vender inmuebles faculta para otorgar el consentimiento ?

Con respecto al primer punto, creemos que el poder puede ser dado para un caso especial, u otorgado en términos amplios, para que en todos los casos en que fuere necesario el consentimiento que exige el art. 1277 del Código Civil, lo conceda. El poder puede ser dado a un tercer mandatario, o directamente al otro cónyuge. Nos permitimos recordar a los sustentadores de la teoría del poder especial, que las reglas del mandato no han sido modificadas y que para esta nueva forma jurídica no pueden exigirse recaudos que la ley no pide. El error en esta materia proviene de confundir lo que los notarios llamamos poder general, con lo que el Código califica de "mandato concebido en términos generales". Nuestros "poderes generales" son en realidad una suma de poderes especiales, donde incluimos los "poderes especiales" que menciona el Código (facultades especiales) y otras cláusulas que, un poco por exigencias de las oficinas burocráticas, y otro poco por inercia, hemos ido agregando los escribanos a la redacción de los mismos.

En cuanto al segundo punto, entendemos que frente a lo que dispone el art. 1884 no debemos interpretar en sentido genérico las facultades, y exijamos una facultad expresa de consentimiento.

EL PROBLEMA QUE PLANTEA LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 1277

"También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

Es decir, deberán cumplirse dos requisitos: 1º) Que el bien propio sea sede del hogar conyugal. 2º) Que haya hijos menores o incapaces. No hay duda que la filosofía que ha inspirado su redacción es loable. Si el cónyuge afectó el bien propio al cobijo de su familia, no podrá desposeer de su techo a un hijo menor o incapaz sin la conformidad del otro cónyuge.

Loable su filosofía, confusa su aplicación.

Por supuesto, no hablemos de los casos normales de la disposición de un bien propio: ambos cónyuges están de acuerdo, comparecen y el restante da su consentimiento, sin entrar en la disquisición si el bien es sede o no del hogar conyugal, con hijos menores.

Vayamos a los casos en que la conformidad del otro cónyuge no es posible obtener, por cualquiera de los variados motivos que pueden plantearse. El cónyuge propietario aduce que el bien no es sede del hogar conyugal, o que siéndolo, no hay hijos menores o incapaces. ¿Cómo procederemos los notarios? ¿Nos negaremos en redondo y lo invitamos a obtener la venia judicial supletoria?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Podríamos tal vez labrar un acta de constatación y así verificar que el bien es un local de negocio, una oficina, un depósito, etc., o sea, que no se trata de una vivienda. También podríamos constatar que el inmueble está totalmente vacío o se encuentra alquilado a terceros, y que el vendedor se domicilia en otro sitio. Todas estas diligencias ¿pueden dar la absoluta certeza que no estamos frente a la aplicación del art. 1277, segunda parte?

Creemos que antes de seguir desarrollando todas estas posibilidades, debemos responder a una pregunta previa: ¿Cuál es la sanción legal por la incomparecencia del cónyuge, si se probare a posteriori que el inmueble reunía las características de la segunda parte del art. 1277: bien propio, asiento del hogar conyugal, existencia de hijos menores o incapaces?

Es de aplicación el art. 1042 del Código: "Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario".

Pero la severidad de este artículo se encuentra mitigada por la nueva redacción del art. 1051, que dice: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

Ya en otro trabajo(1)(330) nos hemos preguntado: "¿Cuáles son esos derechos? ¿Podrá invocar su buena fe y su título oneroso para no ser molestado en la posesión? ¿Podrá oponer la excepción de la prescripción corta? Nos inclinamos por la primera hipótesis, porque la segunda ya está contemplada en el actual artículo 4023: «Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, sea absoluta o relativa, si no estuviese previsto un plazo menor». Según este artículo, cualquier poseedor, inclusive el que adquirió en virtud de un título nulo o anulable, o el tercer adquirente por título gratuito, podrían invocar este artículo después de transcurridos diez años. No hay duda que dentro de la economía del Código, y más tratándose de dos artículos que fueron objeto de la reforma, el propósito del art. 1051 fue proteger más ampliamente el tercer poseedor de buena fe y a título oneroso".

Tratemos ahora de reordenar todos estos elementos.

Se trata de juzgar una escritura de compraventa de un bien propio de quien manifiesta que no es necesario el consentimiento de su cónyuge por no ser el inmueble sede del hogar conyugal (o por no existir hijos menores o incapaces) . El adquirente lo es a título oneroso, y se presume su buena fe (art. 4008 del Código) , máxime cuando la prohibición del acto no es "conocida por la necesidad de una investigación de hecho" (art. 1045) .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Podemos aceptar que es un acto nulo (art. 1042) . Podremos distinguir (o no) , si se trata de un acto nulo de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Para ello nos preguntaremos: ¿Está comprometido el orden público?, será de nulidad absoluta. ¿No lo está?, nulidad relativa.

Cualquiera sea la distinción, el tercer comprador a título oneroso podrá oponer la excepción de la última parte del art. 1051.

Es decir, la acción de nulidad, aunque sea nulidad absoluta, no puede oponerse al comprador de buena fe a título oneroso.

E insistimos en lo de nulidad absoluta, porque este artículo 1051 no hace distingos, y porque el artículo 4023, cuando habla de la prescripción de la acción de nulidad, la hace valer expresamente para la nulidad absoluta, que según señalaban distinguidos autores en trabajos anteriores a la reforma, dicha acción era imprescriptible. Nuevamente tenemos aquí que repetir nuestras citas para poner de resalto el espíritu que ha imperado en las modificaciones del Código: "Lo dice la Comisión reformadora en su informe al Secretario de Justicia: 'Uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada, es la protección de terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones'."

En síntesis, el comprador de buena fe y a título oneroso de un bien propio, donde no constare la conformidad del otro cónyuge, aunque se demostrara a posteriori que era sede del hogar conyugal y había menores, no podrá ser molestado en su posesión y dominio por ninguna acción de nulidad, en virtud de lo que dispone el art. 1051, última parte.

En cambio, si se tratare de una transmisión a título gratuito, o de la constitución de un gravamen, no le alcanzaría la protección del artículo citado. El acto sería nulo.

LA REFORMA Y LOS ARTÍCULOS NO DEROGADOS

Algunas dudas se suscitan con respecto a la técnica que ha utilizado la Comisión Reformadora. La ley 17711 ha derogado algunos artículos que iban contra la letra del art. 11 de la ley 11357 en su actual redacción, pero en cambio ha pasado por alto otras disposiciones dispersas en el Código, algunas de las cuales habían sido modificadas por disposiciones de la citada ley, hoy suprimidas (arts. 3º, 7º y 8º) . Esta dualidad de criterios puede llamar a confusión, pero no hay duda que la interpretación es una sola: todos los artículos del Código que se opongan al art. 1º de la ley 11357, quedan derogados de acuerdo con lo que prescribe el art. 9º de la misma ley.

Lo que se deroga en forma expresa:

La incapacidad relativa de la mujer casada (arts. 55 y 57, modificados) , art. 60, derogado.

Las limitaciones por razón de sexo o de estado civil, para el ejercicio de la tutela (incisos tercero y cuarto del art. 380) . Las abuelas se elegían, si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se conservasen viudas; los hermanos, debían ser varones.

La limitación por razón del sexo para ejercer los hijos la curatela de sus padres (art. 477) .

La incapacidad de derecho para obligarse la mujer casada, sin la conformidad del marido (inc. 1º del art. 515, derogado) .

Se suprime, de las convenciones matrimoniales, la reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz; las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento (incs. 2º y 4º, art. 1217).

El carácter de administrador legítimo de la sociedad conyugal, que el anterior art. 1276 atribuía al esposo, y la facultad de enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad conyugal, que surgía del art. 1277.

La incapacidad relativa de la mujer casada, que conservaba la ley 11357 (arts. 1º, 3º, 7º y 8º) .

Lo que debió modificarse:

Señalemos: el art. 303: "Removido el padre de la administración de los bienes, el juez la encargará a un tutor especial, y este entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de la administración, de los alimentos y educación de ellos". A este respecto, pensamos que removido el padre, de la administración, el juez la encargará a la madre, lisa y llanamente. A falta o incapacidad de ésta, entonces sí el juez designará un tutor especial, etc.

El artículo 308: "La madre viuda que contrajere segundas nupcias, pierde la patria potestad". Así decía el Código, que fue reformado por la ley 10903 de 21 de octubre de 1919 sobre patronato de menores que en la parte que nos importa decía: "La madre que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los matrimonios anteriores, pero enviudando los recupera". Es cierto que la ley 11867 establecía: "3, La mujer mayor de edad, casada: 1º) Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior". Pero este art. 3º ha quedado derogado expresamente, por lo que estaría vigente la ley sobre patronato de menores.

El artículo 320: "La persona que tenga la libre administración de sus bienes, podrá aceptar o repudiar la legitimación. Los que estén bajo tutela y la mujer casada no pueden aceptarla ni repudiarla sin consentimiento y aprobación del tutor o del marido". Este artículo también había sido modificado por las disposiciones de la ley 11357 (art. 3º, inc. e) que ha quedado derogado.

Del artículo 478, la condición de hijos "varones" para ejercer la curadoría de sus padres (mucho más cuando el art. 477 se modificó en tal sentido)

Para no fatigar al lector, nos permitimos enumerar los artículos del Código y algunas leyes complementarias que están alcanzados por la reforma: 1226, 1227, 1252, 1253, 1302, 1308, inc. 1º; el art. 3334. Los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículos 54, 55, 56 y 95 de la ley de matrimonio civil. Por supuesto que esta enumeración no agota el tema, y aceptamos que den en el Código otros artículos a los que atañe la reforma. Nuestra contribución al problema es señalar la dualidad de técnicas utilizadas por la Comisión Reformadora y cuál es, a nuestro entender, el criterio que debe privar.

La Capacidad del Menor Emancipado Luego de la Reforma del Código Civil() (331)*

JOSÉ MARÍA R. ORELLE

SUMARIO

I. Antecedentes históricos. - II. Derecho comparado. - III. Régimen argentino antes de la reforma. - IV. Análisis de la reforma. - V. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

DERECHO ROMANO

Emancipatio

Surgió como una creación jurisprudencial, que por vía de la muy sabia legislación pretoriana, atemperó la extrema dureza de las leyes romanas. Con relación a la patria potestad, por ejemplo, sabemos que era un vínculo de carácter perpetuo, que solamente se rompía por la muerte o la capitis diminutio(1)(332) . En esta primera época, no era posible disolver voluntariamente dicho vínculo.

1. El primer adelanto fue una interpretación extensiva del precepto de la Ley de las 12 Tablas. Era la disposición contenida en la tabla 4, frag. 3: "Si pater filiun ter venium duvit filius a taper liber esto"(2)(333) . El significado del mismo es que el pater familia perdía la patria potestad en caso de haber emancipado por tres veces al hijo, haciéndolo sui juris. El procedimiento usado, fue el siguiente: El padre que deseaba emancipar a su hijo, lo vendía a un tercero (coemptionator) , quien lo manumitía, para que volviera al padre. Este, nuevamente lo manumitía (volviéndolo a vender) al coemptionator, quien tornaba a manumitirlo; y la tercera venta hecha por el padre producía la pérdida de la patria potestad(3)(334) . El coemptionator cerraba el ciclo, manumitiendo al menor, que quedaba sui juris. Como resultado de todo este mecanismo el coemptionator quedaba como titular del derecho de cuasi patronato. Para evitar esta consecuencia, se realizaba un pacto de fiducia, de manera que no quedara en manos de un extraño(4)(335) . En realidad este primer paco sólo producía efectos respecto a la patria potestad, pues el menor conservaba la incapacidad propia de su minoridad. (La mayoría se