

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ALGUNOS ASPECTOS DE LA GESTIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES(*) (373)

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

SUMARIO

I. Concepto de bienes cuya administración y disposición corresponden al marido porque "no se puede determinar" su "origen" o "la prueba fuere dudosa" (art. 1276, segundo párrafo). - II. Régimen de los bienes adquiridos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conjuntamente por ambos esposos empleando bienes gananciales de su respectiva gestión. - III. Régimen de los bienes adquiridos por los esposos divorciados después de la fecha de la notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta, a los cuales hubiera correspondido la calificación de gananciales de no mediar éste. - IV. Régimen de los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho después de la fecha de ésta.

Las modificaciones introducidas por la ley 17711 en el régimen de bienes de los esposos han planteado problemas interpretativos de la mayor importancia. Sobre algunos existe ya consenso doctrinario y jurisprudencial (por ejemplo, la caracterización como "asistencia" de la manifestación de voluntad exigida del cónyuge no titular en los casos previstos en el art. 1277) y otros suponen la dilucidación de cuestiones previas (por ejemplo, el concepto de acto de administración y de actos de disposición o la interpretación del art. 1306 en función del art. 3°, en cuanto a la comunidad de bienes del matrimonio divorciado antes de la ley 17711 sin separación de bienes).

El presente trabajo se limita a algunos aspectos especialmente conflictivos de la gestión de bienes adquiridos por los esposos a título no gratuito durante la vigencia de la comunidad o disuelta ya con respecto a ellos, y trata de interpretar la legislación vigente de acuerdo a los textos y a criterios superiores de valoración. No todas las conclusiones a que arriba hubieran sido suscriptas por el autor si hubiera estado en sus manos legislar, pero entiende que las palabras de la ley trazan límites al intérprete poniendo fronteras a su esfuerzo por hacerlas jugar en el sentido más justo y más favorable a los intereses comprometidos, sin perjuicio de su debida contribución a la reforma que esta orientación finalista reclame. Salvo, por supuesto, que se trate de ley evidentemente injusta, que no es el caso de las normas que pasa a considerar.

**I. CONCEPTO DE BIENES CUYA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN
CORRESPONDEN AL MARIDO PORQUE "NO SE PUEDE DETERMINAR" SU
"ORIGEN" O "LA PRUEBA FUERE DUDOSA" (ART. 1276, 2º PÁRRAFO)**

Al respecto se sostienen dos tesis, a saber:

a) El origen de un bien estará determinado siempre que conste cómo le correspondieron al adquirente del mismo los fondos empleados en su adquisición.

Dicha constancia es exigida en el art. 1246, para el caso del marido que en representación de su esposa compraba un inmueble con su consentimiento y para que ella adquiriera, empleándose fondos propios de la cónyuge. Nada autoriza a prescindir de esta norma en el régimen vigente, actuando ahora la esposa por sí misma, y la doctrina se pronuncia por la conveniencia de hacerla extensiva al marido(1)(374), por una parte, y a las cosas muebles registrables(2)(375), por otra, ya que de ella resulta la certeza del carácter

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propio de las cosas adquiridas y el consiguiente régimen de gestión.

También fue exigida por el art. 3º, 2º a), segundo párrafo, de la ley 11357, para el caso de la esposa que adquiriría bienes empleando fondos resultantes del ejercicio de profesión, empleo, comercio, etc., honestos, creando una presunción juris tantum. De ella resultaban sobre los bienes adquiridos los poderes de disposición de que la mujer casada gozaba sobre su peculio.

Pueden invocarse para apoyar esta interpretación los siguientes argumentos:

a) El art. 1276 usa la expresión "origen de los bienes", que resulta imposible reemplazar por "titularidad" de los derechos sobre los mismos, si se atiende al obvio significado de las palabras(3)(376).

b) El art. 1276 supone que pueden coexistir el "origen dudoso" y la constancia de la titularidad pues no excluye a los bienes de origen dudoso de la exigencia del art. 1277 que se refiere precisamente a bienes de titularidad evidente puesto que son registrables(4)(377).

c) La falta de constancia de la "titularidad" sólo puede presentarse en bienes carentes de importancia económica, restringiéndose a un mínimo el campo de aplicación de la norma(5)(378), campo que será prácticamente inexistente ya que la esposa puede administrar los que detenta, según el art. 2412(6)(379).

La ley de Impuestos a los Réditos N° 11682 (texto ordenado en 1968) atribuye a cada cónyuge los réditos provenientes de sus actividades personales, de sus bienes propios y de los bienes adquiridos con el ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, siempre y cuando tratándose de la mujer ésta haya hecho constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos y no se impugne su declaración por simulada (art. 26); y atribuye totalmente al marido los réditos provenientes de bienes gananciales, excepto que se trate de los adquiridos por la esposa en las condiciones indicadas (art. 27). Estas disposiciones no han sido modificadas por la ley 18032, evidentemente posterior a la ley 17711. Al menos, debe deducirse de esta observación formulada por el Dr. Pelosi(7)(380), una consecuencia importante: es necesario precisar el origen de los fondos empleados a los efectos impositivos por lo que ningún escribano lo omitirá cuando se trate de gananciales invertidos por la esposa. De esta manera la urgencia de definirse en la cuestión analizada se pospone hasta una eventual modificación de la ley de impuesto a los réditos.

La tesis expuesta en este apartado ha sido sustentada por Borda(8)(381), por el Instituto Argentino de Cultura Notarial(9)(382), por un dictamen en mayoría suscripto por los miembros del mismo Instituto señores consejeros Falbo, Silva Montyn, Yorio, Ferrari Ceretti y Pondé, con una variante del Dr. Pelosi que expresa la conveniencia de la manifestación a los efectos impositivos(10)(383), por la XII Jornada Notarial Argentina reunida en Resistencia en 1968(11)(384), etc. Existe jurisprudencia a favor: por ejemplo, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe no hizo lugar a la tercería de dominio sobre un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

automóvil embargado, promovida por la esposa del demandado que sostenía ser su dueña, por tratarse de bien ganancial y no haberse probado el origen del dinero con que hizo la adquisición por lo que, sostiene el Tribunal, la administración y disposición corresponden al marido y pueden hacerse efectivas sobre dicho bien las deudas de su administrador(12)(385).

b) El origen de un bien está determinado cuando consta quién es el "titular" del derecho o los derechos sobre el mismo, sin que sea necesaria la mención del origen de los fondos empleados en su adquisición.

Es la interpretación que corresponde, por las siguientes razones:

a) El art. 1246 exige mención del origen de los fondos con respecto a bienes propios de la esposa; el art. 3º de la ley 11357 ha sido derogado por la ley 17711. Si se arguyera que señalan una tendencia del derecho argentino puede responderse que el legislador de 1968 no reprodujo ni una ni otra de las fórmulas empleadas en esos artículos, fórmulas que claramente establecen la obligación de hacer constar en la escritura de adquisición de dónde provienen los fondos de la esposa. Tal silencio no puede atribuirse a involuntaria omisión.

b) La intención de la ley ha de privar sobre un texto oscuro si el atender sólo al significado de las palabras la contradice abiertamente. Sabido es que la ley 17711 pretendió consagrar sin lugar a dudas el paso final de la evolución iniciada en 1926 y dado ya con la ratificación de la Convención Interamericana de Bogotá sobre equiparación civil de varón y mujer. La situación civil de ambos no es (y no podía ser) absolutamente idéntica, pero sí lo es en cuanto marido y esposa, si no se encuentran en cuestión las funciones propias del padre y jefe del hogar. Si la intención del legislador de 1968 hubiera sido confiar la administración de todos los gananciales al marido como elemento integrante de estas funciones, la fórmula inicial del art. 1276 carecería de sentido: es claro, por el contrario, que ella constituye la regla y que el segundo párrafo dispone una excepción. Dicha regla establece un trato igual para ambos cónyuges: si a la esposa se le exige la mención del origen de los gananciales con que adquiere, o sea, de la causa económico - jurídica de la cual provienen, su situación no es idéntica a la del marido(13)(386). Nótese que al aconsejar la extensión del art. 1246 al caso del marido en la hipótesis que prevé, se consigue igualarlo a la esposa en cuanto a asegurarle la gestión de los propios sin problemas de prueba: el resultado final coincide con el sentido de la nueva legislación. Además, con la interpretación que se rechaza, habría dos clases o categorías de gananciales adquiridos por la esposa (con y sin mención del origen de los bienes invertidos)(14)(387), distinción no establecida por el art. 1276 en su primer párrafo que reconoce a la esposa la gestión de todos los gananciales que adquiriera por cualquier título legítimo, entendiéndose por título la causa jurídica eficiente de la asunción del derecho de la esposa. Los gananciales de titularidad dudosa constituyen también una categoría dentro de los gananciales pero tanto pueden haber sido adquiridos por la mujer como por el marido, sólo que la ley expresamente confiere su gestión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a éste.

c) En el sistema de la ley 11357 la gestión de los bienes era, en principio, marital: si para poder administrar y tener la iniciativa de la disposición de bienes gananciales adquiridos por ella, la esposa debe continuar dejando constancia del origen económico - jurídico de los fondos empleados, no se nota diferencia entre la ley 17711 y la 11357 en su art. 3º, derogado por aquélla(15)(388). Y no es cuestión de capacidad civil de la mujer casada, compatible con la gestión marital de todos los gananciales como en el régimen francés de comunidad legal, sino de lo dispuesto en el expreso ámbito de las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí y con respecto a terceros, en el cual es innegable que se han introducido modificaciones sustanciales.

d) La remisión del segundo párrafo del art. 1276 al 1277 constituiría el argumento más difícil de refutar si se quisiera hacerlo concretando ejemplos de bienes "registrados" en que pudiera dudarse de la titularidad, pero no si se piensa en bienes "cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria" (texto del art. 1277) pero que por una circunstancia de hecho no han sido registrados, por ejemplo, automotores aún no convocados para su inscripción, o no inscriptos por negligencia del dueño, o premeditadamente, o porque la anotación depende de alguna cuestión judicial previa, si tampoco hubiera constancia municipal del nombre del dueño.

e) La limitación de la gestión marital a bienes de escasa significación económica corresponde a su carácter excepcional y el segundo párrafo del art. 1276 desplaza la aplicación del art. 2412 a los gananciales de titularidad dudosa o de difícil prueba, cuya posesión tienen, en la práctica, ambos esposos, confiriendo expresamente su gestión al marido.

f) La separación de deudas establecida en el art. 5º de la ley 11357 resulta de sencilla aplicación ateniéndose a la noción de "titularidad". En efecto, la esposa responde por sus deudas con los bienes de su titularidad (propios y ganancias "que ella adquiera", dice la ley) y el marido responde por las suyas con los de su titularidad y además con los que administra por ser de titularidad dudosa (propios y "gananciales que él administre" dice la ley, o sea, los de su titularidad y los de titularidad dudosa). Los acreedores personales de la esposa podrán ejecutar los gananciales de origen dudoso si demuestran que su deudora es titular de los derechos sobre los mismos. Con la tesis opuesta, los gananciales a nombre de la esposa en cuya adquisición no se hubiera mencionado el origen de los fondos empleados, entran en la garantía común de los acreedores de la esposa porque adquiridos por ella y en la de los acreedores del marido porque él los administra(16)(389), con la consiguiente necesidad de que deba requerirse el certificado de no inhibición de ambos cónyuges para otorgar el acto de disposición que se desea celebrar sobre tales bienes, siguiéndose la fórmula de la codisposición, según concluye el Instituto Argentino de Cultura Notarial(17)(390).

Esta solución no responde a las características recordadas del régimen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vigente: igualdad jurídica de los esposos, gestión y responsabilidad separadas(18)(391);fue ya rechazada por un plenario de las Cámaras Civiles de la Capital en 1940 en el que se resolvió que a pesar de que la esposa no había inscripto en el Registro de Mandatos su voluntad de administrar por sí misma sus bienes (revocando el mandato presunto de que disfrutaba su marido) no quedó obligada ante terceros por las deudas contraídas por éste(19)(392), esto es, que no porque el marido administre bienes de la esposa puede hacerse efectiva sobre los mismos la responsabilidad por las deudas de aquél, doctrina aplicable también al caso de que el marido administrara gananciales de titularidad de la esposa porque no consta el origen del dinero con que fueron adquiridos; finalmente, ejemplificaría una discordancia: en los casos previstos en el art. 1277 se exige consentimiento del titular y asentimiento del no titular, mientras que para los gananciales de "origen dudoso" se exigiría doble consentimiento, sin norma alguna que determine la diferencia pues el art. 1276 se limita a remitirse al 1277.

g) Con la tesis que se defiende, es verdad, no se elude todo peligro, si es que con el nuevo régimen se ha buscado mejor protección de la esposa: los bienes de titularidad dudosa pueden ser económicamente muy significativos y, adquiridos por la mujer, ser dispuestos por el marido. Piénsese en obras de arte o, como ejemplifica Belluscio, en el mobiliario del hogar, la biblioteca de la esposa abogada o el consultorio de la esposa médica, si ella carece de prueba de que son suyos(20)(393). Son favorables a la tesis de la titularidad las opiniones de Belluscio(21)(394), que acertadamente la extiende a los bienes adquiridos por la esposa antes de la ley 17711 sin mención del origen de los fondos, por aplicación del art. 3º; Villaiba Welsh(22)(395)y Martínez Segovia(23)(396).

CONCLUSIÓN: Cuando no puede probarse fehacientemente el nombre del cónyuge titular de los derechos que recaen sobre un bien, debe reputárselo incluido en el segundo párrafo del art. 1276, como bien cuyo origen no puede determinarse o es de prueba dudosa.

II. RÉGIMEN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS CONJUNTAMENTE POR AMBOS ESPOSOS EMPLEANDO BIENES GANANCIALES DE SU RESPECTIVA GESTIÓN

Tales bienes no son gananciales de titularidad dudosa sino gananciales de titularidad conjunta(24)(397).

Si bien la naturaleza jurídica del derecho de los esposos sobre los gananciales no puede explicarse como un condominio mientras subsiste la llamada sociedad conyugal, en este caso la remisión es legítima cuando se trate de partes indivisas gananciales de una cosa, como lo es también a la copropiedad cuando sea un bien no cosa, el adquirido por ambos cónyuges con fondos gananciales de la gestión de cada uno(25)(398).

La administración de los gananciales de titularidad conjunta, por lo tanto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

será conjunta, sin perjuicio de las hipótesis de mandato que pueden justificar la gestión por uno de los esposos(26)(399)y de la gestión oficiosa del art. 2709.

Los actos de disposición sobre los mismos serán otorgados de acuerdo a las reglas generales: a) la disposición de una parte indivisa requiere iniciativa del titular del derecho sobre la misma y asentimiento del otro; b) la disposición de toda la cosa o bien se realizará en forma de codisposición, porque así se satisfacen todos los recaudos legales(27)(400); c) si la cosa o bien no está incluida en el art. 1277, se aplican las reglas del condominio o la copropiedad como si los cónyuges no fueran tales.

Los acreedores de uno y otro cónyuge tienen integrando su garantía la porción indivisa respectiva. Aquí termina la similitud de la situación planteada con el condominio o la copropiedad, pues al cesar el régimen matrimonial de bienes la cosa o bien se dividirá por mitades y no en partes proporcionales a la porción indivisa o a lo invertido por cada cónyuge.

Por la tesis de la gestión conjunta se han pronunciado Guastavino(28)(401)y Borda(29)(402). El Dr. Llambías propuso al IV Congreso Nacional de Derecho Civil que se propiciara someter estos gananciales, en forma expresa, a la gestión marital, según los términos de la segunda parte del art. 1276(30)(403).

CONCLUSIÓN: Los bienes adquiridos conjuntamente por ambos esposos empleando fondos u otros bienes gananciales de su respectiva gestión (gananciales de titularidad conjunta) están sometidos a un régimen de administración conjunta y a las reglas aplicables a los gananciales en cuanto a los actos de disposición de que sean objeto.

III. RÉGIMEN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR LOS ESPOSOS DIVORCIADOS DESPUÉS DE LA FECHA DE LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA DE DIVORCIO O DE LA PRESENTACIÓN CONJUNTA, A LOS CUALES HUBIERA CORRESPONDIDO LA CALIFICACIÓN DE GANANCIALES DE NO MEDIAR ÉSTE

La ley 17711 otorgó a la sentencia de divorcio un efecto retroactivo a la fecha de la notificación de la demanda, y, por extensión, de la presentación conjunta, con respecto a la disolución de la comunidad de bienes entre los cónyuges(31)(404). Por lo tanto, en adelante, ya no se incorporarán nuevos gananciales al patrimonio de los esposos, los bienes adquiridos a los cuales correspondería esta calificación no integran la indivisión post - comunitaria, no están destinados a dividirse entre ellos y no pueden ser objeto de medidas precautorias decretadas con motivo del divorcio. Se trata, por supuesto, de bienes a los cuales hubiera correspondido la calificación de gananciales de no mediar la sentencia de separación legal, incorporados al patrimonio del cónyuge después de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta, o que vienen a reemplazarlos, por ejemplo, adquiridos por azar o empleando sueldos o producido de derechos intelectuales devengados en esta época. Si se emplean fondos u

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otros bienes gananciales obtenidos antes de la fecha indicada, los "nuevos" bienes se reputan adquiridos antes, durante la plena vigencia de la comunidad, y les corresponde el régimen propio de los gananciales con sus efectos, por aplicación de los principios de la subrogación real(32)(405).

Si relativamente a estos bienes los esposos otorgan actos incluidos en el art. 1277 antes de la sentencia de divorcio, deben ajustarse a sus exigencias pues la modificación del régimen con respecto a los mismos se produce en virtud de la sentencia. Después de ésta, pueden otorgarlos sin que el titular necesite el asentimiento del otro, mientras que los gananciales adquiridos antes de la fecha de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta, quedan, desde la sentencia, sujetos a los principios aplicables a una indivisión (los cónyuges se encuentran en situación similar a la de los herederos con respecto a la masa hereditaria indivisa). De estas consideraciones debe excluirse el "hogar conyugal" (art. 1277, segundo párrafo), sometido a una reglamentación especial.

La Cámara Nacional Civil, Sala A, resolvió el 27 de febrero de 1970 un interesante caso, planteado por la esposa divorciada inocente, con sentencia anterior a 1968, no seguida de separación de bienes, que quería disponer sin asentimiento de su cónyuge de un inmueble adquirido después del divorcio con fondos obtenidos con su trabajo durante la misma época. Dijo entonces el tribunal con la firma de los doctores De Abelleyra y Garzón Maceda y en ausencia del Dr. Llambías que "a tal momento (fecha de la notificación de la demanda) se determinan cuáles son las adquisiciones de los esposos que pasan a engrosar su patrimonio particular, sin revestir el carácter de gananciales"(33)(406). Varios autores se han adherido decididamente a esta opinión e incluso nomenclatura, refiriéndose a bienes personales o particulares(34)(407) llegando hasta negar la posibilidad de que pueda configurarse el "hogar conyugal" de la segunda parte del art. 1277, porque nunca sería originariamente ni propio ni ganancial(35)(408), opinión esta última que no puede compartirse porque contradice la finalidad legal de protección de los hijos menores o incapaces, que no debe verse menoscabada por la imprecisión de los términos usados por el legislador. Molinario los denomina "gananciales dinámicos de naturaleza resoluble" porque la sociedad aún no ha sido disuelta, mas perderán el carácter de tales si se decreta el divorcio, pero antes ha dicho que se convierten en propios desde la fecha de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta, o sea que, según este prestigioso autor, dichos bienes entran como propios en la etapa de liquidación abierta por la disolución de la comunidad, que es la etapa en que se ubican los actos aquí analizados(36)(409).

El titular del derecho sobre los bienes en estudio carece al respecto de restricciones a su poder de disposición. En efecto: a) el art. 1277 es inaplicable porque el acto se celebró después de la sentencia de divorcio que produce la disolución del régimen matrimonial de bienes. Si se pretendiera que igualmente debe exigirse el asentimiento del cónyuge no titular, se pretendería aplicar una exigencia legal sin sanción pues la que recae sobre el acto que exigiendo asentimiento es otorgado sin éste es la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulidad relativa, oponible por el cónyuge omitido, sus herederos o sus acreedores en el ejercicio de la acción subrogatoria(37)(410)y como el cónyuge no titular carece de derecho a participar en los bienes en cuestión, carece de acción porque no existe interés a proteger con ella(38)(411); b) los principios propios de la indivisión post - comunitaria también son inaplicables por encontrarse los bienes fuera de ella. Por lo tanto, el contratante a quien el cónyuge titular trasmita derechos sobre los mismos está a cubierto de toda posible acción de nulidad por falta de consentimiento o de asentimiento del otro esposo, a pesar de que la sentencia no tiene efectos retroactivos con respecto a terceros.

Para completar el razonamiento es preciso considerar los derechos de los acreedores personales de los esposos antes de la disolución de la comunidad, pues también para ellos la fecha decisiva es la de la sentencia. Las dudas que la doctrina se plantea alrededor de la aplicación de los arts. 5º y 6º de la ley 11857 después de disuelta la sociedad conyugal, carecen de importancia en la situación planteada porque los bienes estudiados, extraños a la indivisión post - comunitaria, quedan sujetos al sistema de los bienes propios. En nombre de los derechos del acreedor quirografario del cónyuge titular no puede objetarse este criterio porque su garantía se mantiene incólume: los bienes cuestionados la integraban durante el régimen como gananciales de titularidad de su deudor y continúan en ella como personales después de la sentencia de divorcio. Tampoco puede objetarse en defensa de los derechos del acreedor del cónyuge no titular porque dichos bienes nunca integraron su garantía antes de la sentencia por no ser de titularidad de aquél(39)(412). De cualquier manera, aun cuando se considere y resulte aplicable el art. 1275 a fin de determinar el pasivo definitivo de la comunidad y reconociendo que los citados bienes se reputan gananciales para los terceros acreedores, ha de admitirse que no corresponde a éstos la acción de nulidad por falta de asentimiento del esposo no titular.

A los efectos de facilitar la prueba conviene dejar constancia de la época de adquisición de los bienes empleados como contraprestación.

En el transcurso del desarrollo se han señalado opiniones coincidentes con la expuesta(40)(413).

CONCLUSIÓN: Los actos previstos en el art. 1277 pueden ser celebrados por el cónyuge divorciado titular sin asentimiento del otro, cuando recaen sobre bienes incorporados a su patrimonio después de la fecha de la notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta, a los cuales hubiera correspondido la calificación de gananciales de no mediar éste.

IV. RÉGIMEN DE LOS BIENES GANANCIALES ADQUIRIDOS POR EL CÓNYUGE INOCENTE DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DESPUÉS DE LA FECHA DE ÉSTA

La ley 17711 se definió con respecto a la trascendencia de la separación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de hecho sobre la comunidad conyugal de bienes, optando por atribuirle efecto sancionador sobre el culpable de la situación fáctica, al que priva de participación en los gananciales adquiridos por el inocente a partir de su fecha(41)(414). La solución legal sólo en apariencia se asemeja a la tratada en el párrafo anterior. En efecto: dichos bienes son gananciales, no particulares o personales del cónyuge inocente, como alguna vez se ha sostenido(42)(415), porque la comunidad no está disuelta, pero son gananciales anómalos ya que no serán divididos. Su inclusión en la regla legal exige la concurrencia de dos requisitos: la separación de hecho y la inocencia al respecto del cónyuge adquirente, sin perjuicio de que su culpabilidad posterior lo prive de derecho sobre los gananciales adquiridos por el otro a partir de su conducta(43)(416).

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en demandar se cumplan los requisitos del art. 1277 cuando cualquiera de los esposos separados quiere otorgar actos jurídicos allí previstos y han dado forma al procedimiento necesario para suplir judicialmente el asentimiento conyugal(44)(417). Esta interpretación es correcta porque no están definidos los extremos legales: si se trata del cónyuge presuntivamente culpable, sus poderes no se han modificado; si se trata del cónyuge presuntivamente inocente, los intereses del tercero contratante se encuentran así protegidos ante la eventualidad de que resulte culpable o de que la fecha de la separación sea posterior a la adquisición del bien. Una orientación favorable a no trabar sin muy justificados motivos la concesión del asentimiento judicial es también plausible a los efectos de que los esposos no se vean impulsados al divorcio(45)(418).

Sobre esta última consideración se apoya principalmente la conveniencia de reconocer acción al cónyuge inocente de la separación a los efectos de comprobar la fecha de la separación y de determinar la culpabilidad de su consorte. Su procedencia es aceptada por Zannoni(46)(419) y Lagomarsino(47)(420), aunque la critican, desarrollando el primero las razones de su antifuncionalidad por estar destinada exclusivamente a satisfacer intereses económicos del inocente que vendría así a atacar la conducta culpable del cónyuge para beneficiarse con ella. Este valioso argumento es insuficiente para rechazar la acción en sí misma pero, sin duda, puede justificar plenamente el que sea desestimada en un caso concreto por el tribunal, que cuenta para ello con el principio y la norma expresa sobre Abuso del Derecho(48)(421). Pueden invocarse a favor de la procedencia de la acción los siguientes argumentos:

a) Corresponde a derechos subjetivos del cónyuge inocente, tanto de su derecho a negar participación al cónyuge culpable en los gananciales que adquiera, como a su derecho de disponer sin restricciones de esos bienes que nunca habrá de compartir: el divorcio que le permitiría satisfacer esta segunda finalidad, lo privaría de gozar de la participación legal en los gananciales incorporados al patrimonio del otro consorte hasta la disolución de la comunidad por otra causa distinta del divorcio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) La "ganancialidad" de los bienes no se justifica exclusivamente por el esfuerzo común en lograrlos, aunque éste constituya un factor importante, sino que es uno de los elementos que trasunta la valoración legislativa, y, por ende, social, del matrimonio, expresada en los derechos y deberes que comporta, cuya violación debe acarrear sanciones como ésta que recae sobre el cónyuge culpable de la separación de hecho (la eliminación por la ley 17711 del derecho de iniciativa del cónyuge inocente del divorcio decretado para promover la disolución del régimen de bienes, suprimiendo una de las diferencias entre el inocente y el culpable, sólo pone de relieve que el sistema se ha distorsionado en este aspecto, sustrayendo al divorcio su carácter sancionador)(49)(422). El interés social comprometido en la efectiva vigencia del régimen matrimonial y el interés del cónyuge inocente en asumir sin restricciones la gestión de los gananciales que adquiere, impiden que la conducta del esposo que acciona pueda considerarse prima facie como antifuncional.

c) La declaración judicial de la responsabilidad por la separación de hecho ha sido necesaria desde la vigencia del Código Civil para hacer efectiva la exclusión hereditaria del cónyuge (art. 3575) según reiterada jurisprudencia, y requerida por la doctrina y fallos que anticiparon la norma del actual art. 1306(50)(423). El nuevo texto del citado art. 3575 la exige ahora expresamente(51)(424)y habrá de admitirse cuando el cónyuge inocente de la separación de hecho quiera impugnar el acto incluido en el art. 1277, otorgado por el culpable sobre bienes incorporados a su patrimonio durante aquélla y sin el debido asentimiento. En este caso también habrá de probarse la fecha del cese de la cohabitación.

d) Los acreedores del marido y los acreedores de la esposa quedarán al margen de los resultados de la sentencia que acoja favorablemente la acción

e) Puede traerse a colación, por cierta analogía, la jurisprudencia que aceptó acciones innominadas para privar al cónyuge inocente del divorcio que ha dejado de respetar sus deberes, de las ventajas de su situación(52)(425), antes de que la ley 17711 admitiera la declaración posterior de "culpabilidad" del esposo originariamente inocente (arts. 71 bis de la L.M.C. y 3574 del Cód. Civil reformado).

Por fin, retomando el argumento inicial, los cónyuges no deben ser impulsados al divorcio, de efectos más totales y graves y prácticamente definitivos a pesar de la posibilidad de la reconciliación, porque la sociedad está interesada en que todas las consecuencias del vínculo matrimonial se mantengan y no en que se reduzcan al mínimo compatible con la indisolubilidad: el cónyuge inocente no debe ser prácticamente obligado a optar por el divorcio(53)(426)y el cónyuge culpable nada puede objetar porque su situación no se modifica ya que antes y después de la sentencia que declare su culpabilidad de la separación de hecho, carecía de derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a compartir los bienes adquiridos por el otro desde la separación, debía compartir los que él adquiriera durante la misma época y podía eventualmente promover el divorcio y provocar así sus resultados.

Además, como muy bien subraya la Cámara Civil de la Capital, Sala D, puede darse que no exista causal de divorcio porque la separación de hecho no se haya producido por abandono voluntario y malicioso, y que tampoco se den causales de separación de bienes, como mala administración o concurso de un cónyuge o curatela de un cónyuge por un tercero(54)(427).

Debe admitirse, sin embargo, que los argumentos de carácter valorativo pueden rebatirse desde el mismo ángulo. En efecto, la legitimación activa debe reconocerse a ambos esposos ya que no puede prejuzgarse la culpabilidad o inocencia, y llegarse por las vías procesales que correspondan a la declaración de responsabilidad de los dos consortes. Cada esposo culpable, entonces, carecerá de derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro, o sea, será sancionado, pero asumirá plenos poderes de disposición sobre los gananciales adquiridos por él porque es el derecho de participación del otro lo que protegen las restricciones a sus facultades. Por la legitimación procesal y por el cese de las restricciones a sus poderes de disposición, el cónyuge culpable de la separación de hecho se beneficia: la separación de hecho, que comporta violación de los deberes conyugales, se presenta como causa jurídica de derechos para quien ha incurrido voluntariamente en conducta.

El autor, obligado a inclinarse por aceptar o repudiar la procedencia de la acción y dado el sistema instituido por los arts. 1277 y 1306 del Código Civil reformados por la ley 17711, estima más adecuados a los intereses sociales y del cónyuge inocente, la primera posibilidad. Algo similar se presenta en materia de divorcio cuando marido y mujer han incurrido en las causales del art. 67 L.M.C.: o cuando lo solicitan por presentación conjunta o demanda bilateral (art. 67 bis), porque aunque los resultados de la culpabilidad les significan pérdida de derechos, la disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal ponen fin a todas las restricciones a los poderes de disposición sobre los bienes originariamente gananciales, excepto el "hogar conyugal". En nuestro caso siempre las consecuencias son más limitadas, por circunscribirse a lo patrimonial y entre los esposos, sin que la comunidad de bienes se disuelva con respecto a terceros.

El "hogar conyugal" del segundo párrafo del art. 1277 queda siempre sometido a su régimen especial, dispuesto en protección de otros intereses que los de los cónyuges(55)(428).

CONCLUSIONES: Como consecuencia del fallo que responsabilice de la separación de hecho a uno de los esposos y compruebe la fecha de ésta, el cónyuge inocente puede otorgar los actos incluidos en el art. 1277 sin asentimiento del culpable o judicial, cuando recaen sobre cosas o derechos gananciales originariamente incorporados a su patrimonio después de la fecha en que se produjo la separación de hecho. Debe insistirse en señalar que tales bienes siguen siendo gananciales porque la comunidad subsiste,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solo que no van a dividirse por disposición legal: el asentimiento del cónyuge no titular es innecesario porque no podría atacarlo si faltara, ya que carece de interés a proteger con la acción de nulidad. A tales resultados se llegaría igualmente si no se hubiera accionado para deslindar responsabilidades por la separación de hecho y constatar su fecha, si el cónyuge inocente que dispuso sin asentimiento quisiera defenderse de la impugnación del acto por parte del culpable, caso en que deberá probar ambos extremos e igualmente si, al objetar el inocente el acto otorgado por el culpable sin su asentimiento, éste opusiera la separación de hecho, caso en que el actor deberá probar la culpabilidad de su cónyuge. Con la acción que aquí se estudia se obtiene que el acto se otorgue sin apariencia siquiera de vicio, se simplifica la gestión del cónyuge inocente y se protegen adecuadamente los derechos de los que contratan con él. Tales resultados perseguidos demuestran que no hay forzosamente ejercicio abusivo de un derecho en el cónyuge que acciona porque no pretende solamente "su parte" en la división de los gananciales del otro, parte que de cualquier manera recién se hará efectiva a la liquidación de la comunidad.

En caso de separación de hecho seguida de divorcio, los extremos de la figura aquí estudiada se determinan en el juicio correspondiente y los poderes de disposición sin restricciones del cónyuge inocente se extienden a los gananciales incorporados originariamente a su patrimonio a partir de la fecha probada de la separación.

Por lo tanto: los actos jurídicos previstos en el art. 1277 del Código Civil pueden ser otorgados por el cónyuge titular inocente de la separación de hecho sin el asentimiento del otro, si recaen sobre bienes adquiridos después de la fecha de aquélla, siempre que dicha fecha y la culpabilidad del cónyuge no titular hayan sido judicialmente declaradas. Queda excluido de este régimen el "hogar conyugal" mientras haya hijos menores o incapaces.