

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES MATRIMONIALES(*) (793)

CARLOS H, VIDAL TAQUINI

SUMARIO

I. El nuevo régimen matrimonial. II. La administración. III. Gananciales de origen dudoso. IV. Bienes adquiridos por ambos cónyuges. V. La disposición. VI. Consideración final.

I. EL NUEVO RÉGIMEN MATRIMONIAL

Es para nosotros indubitable que con la sanción de la ley 17711 se ha producido una profunda modificación al régimen patrimonial del matrimonio y sólo partiendo de una recta comprensión de esta modificación, sin ataduras al pasado legislativo, es lo que puede permitir el sentar bases exegéticas que desentrañen lo que en definitiva constituye un desarmonizado régimen patrimonial que ha provocado desorientaciones en cuestiones que se tornan insolubles por la dispar interpretación proporcionada a la que nadie escapa.

Entre los efectos de las nupcias está el surgimiento de una situación patrimonial entre los cónyuges. Situación de la que emergen no sólo relaciones patrimoniales entre los cónyuges, sino también relaciones de éstos con los terceros que requieren una regulación legal. Esta regulación recibe el nombre de régimen matrimonial que en lo inmediato debe asegurar el interés económico de los cónyuges, por una parte, y el de no defraudar el de los terceros, por la otra; y en lo mediato, el régimen que se adopte debe concertar con la economía general.

Todo régimen matrimonial tiene que responder a la tradicional formación espiritual y psicológica de los pueblos, a las condiciones sociales y económicas de los mismos. La institución que nos ocupa es la que en este siglo ha tenido quizás la más profunda transformación, en especial luego de la primera guerra mundial, observándose una manifiesta inclinación hacia la separación de bienes. Empero, se trata de hacer participar a los cónyuges en la propiedad común, sea en vida, sea por causa de muerte.

Para Vélez Sársfield "el matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada"; por tanto: "Un hecho de la importancia y resultado del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera", como lo afirma en la nota al título del matrimonio, pensamiento que se refleja en la nota al título de la sociedad conyugal al decir: "Casi en todas las materias que comprenden este título, nos separamos de los Códigos antiguos y modernos. . . La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio".

El régimen organizado lo fue sobre las bases de una efectiva colaboración de ambos esposos en la vida matrimonial y en la conservación del hogar; media una subordinación del interés material al interés espiritual, dado que los cónyuges no se unen para acumular y compartir beneficios simplemente. El régimen es legal, forzoso e inmodificable por los cónyuges; se torna imperativo y sustraído a la voluntad de los esposos, cuya iniciativa debe reputarse poco menos que nula tanto a consecuencia del carácter legal del régimen como por efecto de la inmutabilidad rigurosa que concreta en el art. 1219.

Ese régimen, efecto patrimonial del matrimonio, recibe el nombre de sociedad conyugal que reside en la unión efectiva de los esposos, en la comunidad de esfuerzos, en la convivencia; que supone la labor conjunta de marido y mujer en el ámbito de sus sendas responsabilidades, en la presencia del uno junto al otro.

La expresión sociedad conyugal que Vélez Sársfield emplea para denominar al régimen tiene una valoración técnica - jurídica específica, pues significa un régimen matrimonial que no es otro que el de comunidad. De manera pues, al decir sociedad conyugal no decimos matrimonio, por lo que es inaceptable que se empleen expresiones como: el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, cuando ésta es el efecto patrimonial del matrimonio.

La sociedad conyugal es la comunidad y se manifiesta en la constitución de una sola masa de bienes; en la acción de una sola administración de los bienes de esa masa que recae en el marido; en la función de la responsabilidad de un solo sujeto por los actos de tal administración; masa de bienes destinada a ulterior división y partición. Esta sociedad conyugal, que es el régimen matrimonial de comunidad, fue el régimen de la tradición y de las familias argentinas.

La ley 11357 mantuvo en su esencia el régimen del Código. Provocó sí, lo que Rébora, con indudable acierto, denominó régimen compuesto que aparecía por: a) el ejercicio de actividades profesionales, comerciales o industriales honestas de la mujer; b) los efectos de la declaración que ésta hubiese formulado con el fin de oponerse a la administración de sus bienes propios por el marido, la que debía ser inscripta; c) la concurrencia de ambas circunstancias.

La concepción legal del régimen matrimonial en el Código no se vio afectada y la voluntad de los cónyuges continuó proscripta. Se mantuvo el régimen de comunidad dado que mientras la mujer no producía la apertura del régimen compuesto se mantenían las unidades clásicas y porque la apertura no producía la desintegración total de las mismas.

La ley instituyó un mandato tácito de administración de los bienes propios de la mujer que era ejercido por el marido y mientras no se produjese la revocación y su inscripción el marido era el administrador. Tampoco creó dos administraciones dentro de la comunidad, pues la administración reservada de los gananciales producto del trabajo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personal de la mujer no afectó el mandato tácito y en tanto la mujer no canalizase su iniciativa por los medios indicados, la administración de la comunidad en su totalidad correspondía al marido. No hubo pues ninguna administración bicéfala como en más de una oportunidad se ha afirmado.

La falta de técnica legislativa que se observó en la ley 11357 ocasionó más de una divergencia doctrinaria y jurisprudencial. La limitación en la responsabilidad prevista en los arts. 5º y 6º de la ley no escapó a ello. Logróse una unificación a través del fallo plenario de las Cámaras Civiles y Comerciales de la Capital Federal (J. A., 72 - 141 o L.L., 20 - 537) que sentaron la doctrina de que cada esposo sólo respondía por las deudas que hubiese contraído el otro cuando tal obligación surgió para satisfacer las cargas del hogar que se indican en el art. 6º; a tal fin quedaban afectados los bienes mencionados en el art. 5º.

Empero subsistió la discusión respecto de la influencia de la ley sobre el art. 1275, Código Civil. Contribuyó a ello la mala redacción del art. 5º al decir "los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiere no responden...", mas es cierto que se refiere a los gananciales de administración reservada de la mujer, que son los que no respondían por las deudas del marido, pues otros gananciales adquiridos por ella caían en la administración marital y respondían por las deudas del marido.

La limitación del derecho de los acreedores del marido o de la mujer quedó fijada en estos términos: los del primero no podían ejecutar los bienes de administración reservada de la mujer; los de la segunda no podían ejecutar los bienes gananciales bajo administración del marido. La excepción la brindaba el art. 6º que sentaba los supuestos de responsabilidad. Las deudas contraídas para atención de las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes, podía el acreedor exigir las indistintamente y por el total a cada uno de los cónyuges. Pero mientras el cónyuge que contrajo la deuda respondía con todos sus bienes propios y gananciales de su administración, el otro sólo respondía con los frutos de sus bienes propios y los frutos de los gananciales que administraba. Esta extensión del derecho de los acreedores se mantiene luego de la sanción de la ley 17711.

El nuevo artículo 1276 determina: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o cualquier otro 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 gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas."

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta norma trae como consecuencia un nuevo régimen matrimonial que sigue siendo legal y forzoso, pero que ya no es más la comunidad de muebles y gananciales que plasmó Vélez Sársfield. Así es que no hay más sociedad conyugal.

La sociedad conyugal implicaba: unidad de masa; unidad de administración; unidad de responsabilidad; masa destinada a partición y división ulterior a la disolución del régimen.

Del art. 1276 emerge con absoluta nitidez que no hay ya unidad de masa: existen ahora dos masas de bienes gananciales, una del marido, otra de la mujer, las que junto con las dos masas de bienes propios hace que debemos distinguir cuatro masas de bienes.

Desaparece la unidad de administración: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales. . ." y no hay ni puede haber injerencia alguna de un cónyuge en la administración del otro; no existe posibilidad para un cónyuge de cumplir o realizar acto administrativo alguno respecto de los bienes cuya administración le corresponde al otro si no media mandato expreso o tácito.

Consiguientemente, se extingue la unidad de responsabilidad al acentuarse la división en la responsabilidad que instauró la ley 11357 (arts. 5º y 6º), máxime con la derogación del art. 3º. Por tanto, cada cónyuge no responde por las deudas del otro y la única limitación es la responsabilidad derivada de la onera matrimonii.

Es decir, durante el matrimonio el régimen es de separación de bienes. Sólo se ha mantenido de la comunidad un único elemento: la división por mitad de los bienes que la ley califica como gananciales (art. 1315), los que quedan determinados en el momento en que se produce el hecho que provoca la disolución del régimen; división que se encuentra sometida a las reglas que el Código previó para la liquidación de la comunidad las que no han sufrido modificación alguna.

Esta conjunción de elementos del régimen de separación de bienes con el de comunidad, hace que no se pueda seguir calificando al régimen como de comunidad. Tampoco lisa y llanamente de separación de bienes, pues por el destino final de los bienes no aparecen sus elementos en forma pura. Por esto el actual régimen argentino es el de participación en los adquiridos (v. nuestro El régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, 1971, pág. 227 y sigtes. donde desarrollamos los conceptos expuestos).

Pero es indudable que la palabra comunidad o la expresión sociedad conyugal no deja ver claro y se persiste en su utilización a pesar de no responder actualmente a lo que significaron en el pasado legislativo argentino. Hacerlo no es más ni menos que crear el mito de una comunidad (sociedad conyugal) que ha desaparecido.

No puede aceptarse que al régimen se lo denomine comunidad de administración separada. Concurren a ello razones como que comunidad y separación son términos opuestos; que la unidad de administración es clave en el régimen; o que durante la unión las relaciones patrimoniales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los cónyuges funcionan como si hubiera separación de bienes. No es como si hubiera: hay separación de bienes. No cabe entrar en confusiones pues así no se declara su igual naturaleza y, por el contrario, no se resuelve la cuestión.

Sin unidad de masa, con administración bicéfala o separada, con responsabilidad limitada no hay comunidad, por más que ciertos bienes se partan por imperio de la ley, ¿o se olvida que el régimen termina en el momento de la disolución? Tan pronto como los bienes permanecen en poder de cada cónyuge se hacen necesarios tantos administradores como masas que deban ser administradas y esas administraciones diferentes aparean responsabilidades diferentes y esto es el régimen de separación de bienes.

Tampoco puede hablarse de comunidad diferida. En primer término porque si bien a la disolución del régimen queda afectada una masa común que se determina en el instante de la cesación, esa masa no existía durante el matrimonio, presupuesto imprescindible y necesario en el régimen de comunidad.

En segundo, porque la comunidad no comienza con la disolución del matrimonio. La comunidad - como todo régimen matrimonial - comienza con el matrimonio y termina con él. Es un efecto patrimonial derivado, inherente al matrimonio y que dura tanto como la vida misma de éste. Hablar de comunidad diferida es parcializar el régimen a uno de los efectos, cuando el régimen los produce desde la celebración del matrimonio. El interrogante fluye de inmediato: ¿Qué hay durante la vida del matrimonio? Por lo demás el régimen impuesto por el Código es un estatuto forzoso que no depende en cuanto a su origen, estructura y desarrollo, de la voluntad de las partes. Los cónyuges no pueden hacer que la comunidad comience antes o después del matrimonio (art. 1261) y la terminación se produce por imperio legal en los casos determinados (arts. 1291 y 1306), y cuando ello ocurre ya no hay más comunidad sino indivisión.

II. LA ADMINISTRACIÓN

La ley 17711 no ha innovado en la división de los bienes en propios y gananciales, siendo la única modificación el agregado al art. 1272 denotando la naturaleza de los derechos intelectuales. División que se mantiene exclusivamente por el destino final que tienen los bienes una vez producida la disolución del régimen dado que el art. 1315 no se ha modificado. Pero durante el matrimonio no se observa otra cosa que una nítida separación de bienes, lo que repercute en la administración de los bienes y en la responsabilidad de los cónyuges.

Lo que no admite discusión es que el marido ya no es ni el legítimo ni el único administrador (Cám. Civ. y Com. Corrientes, J. A., 12 - 1971 sec. prov. p. 809, con nota de María J. Méndez Costa; C.J. San Juan, L.L., 114 - 586; 27.477 - S; Cám. 1ª Civ. y Com. San Isidro, J.A., 9 - 1971 -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sec. síntesis prov., p. 716, nº 35; Cám. Civ. Cap. Sala "C", L. L., 139 - 787, 24.226 - S); por lo cual no se puede todavía hablar aún del marido administrador (Cám. Civ. Cap., Sala "B", L. L., 145 - 396, 28.097 - S), ni tampoco de administración bicéfala (Cám. 1ª de Mar del Plata, J.A.; Reseña - 1970 - 308; íd. L. L., 146 - 332, con nota de Julio I. Lezana). Esta última expresión ya se utilizaba con error ante la ley 11357, dado que administración bicéfala o bicépete significa la existencia de dos administradores para una sola masa de bienes y la ley no instituyó tal administración, pues no había dos administradores de la sociedad conyugal: el marido era el único administrador con las excepciones que hemos puntualizado y no cabía intromisión alguna por parte de los cónyuges en la administración atribuida a uno u otro cónyuge individualmente.

Si ante la ley 11357 dicha locución no era ajustada, menos lo es ahora ante la ley 17711 en que el marido y mujer administran cada una de las masas de bienes propios y gananciales que les pertenecen con total libertad, a pesar del art. 1277, no siendo susceptible de ningún giro de lenguaje que pueda referirse a dos masas, dado que cada una tiene su administrador aun cuanto puedan tener un destino final igual, pues los bienes quedan determinados en el momento de la disolución y no antes. Queda claro que cada cónyuge administra sus bienes ante la terminante primera parte del art. 1276. Sólo podrá un cónyuge administrar los bienes del otro siempre que medie mandato expreso o tácito, pero no por mediar mandato se opera la unidad de administración, transformándose el marido en administrador de la sociedad conyugal si es la mujer la que otorga el mandato (Cám. Civ. y Com. Corrientes, cit.). Así el régimen sería uno u otro en la medida que el mandato subsista quedando, entonces, librado a los cónyuges, en el caso la mujer, cuál es el régimen al que se someten sus relaciones lo que contraría el principio de inmutabilidad rigurosa plasmado en el art. 1219. La libertad de administración sufre tres restricciones: a) Cada cónyuge no puede realizar actos en fraude de los derechos del otro; b) Las limitaciones impuestas por el art. 1277; c) Lo dispuesto en el art. 1807, inc. 2º.

Determinada la existencia de cuatro masas de bienes, la división en propios y gananciales responde exclusivamente a las previsiones legales no pudiendo influir en ella la voluntad de los cónyuges. El art. 1263 fija la constitución del capital; los arts. 1264 a 1270 designan otros bienes como propios que en general son los aportados al matrimonio; los adquiridos durante el mismo por herencia, legado o donación y los subrogados. Los demás bienes son gananciales conforme la regla del art. 1271.

En el Código y con neta orientación hacia la protección de la mujer, la prueba de los inmuebles adquiridos con dinero de la mujer es objeto de una norma específica: el art. 1246 que dice: "Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cómo el dinero pertenece a la mujer". El artículo tiene un carácter probatorio relevante, toda vez que a defecto de prueba será reputado ganancial, en atención al principio sentado en el art. 1272 de que "son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges adquiriesen durante el matrimonio... por compra u otro título oneroso aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges".

Las exigencias del artículo consisten en: a) Declaración del marido que adquiere para la mujer; b) Consentimiento de ésta con la adquisición; c) Que así se lo exprese en la escritura de compra; d) Especificación y designación de cómo los dineros pertenecen a la mujer. Casi uniformemente se ha considerado desde el punto de vista jurisprudencial que el art. 1246 es terminante cuando exige que en la escritura conste cómo el dinero pertenece a la mujer, indicación que debe ser precisa y completa comprendiendo el origen mediato e inmediato de los fondos, conclusión que parte de antiguos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos, 24 - 177; 30 - 585; 47 - 270).

Ante la omisión del origen del dinero, no basta una mera afirmación que se adquiere con dinero propio de la mujer, se han distinguido sus efectos en las relaciones entre los cónyuges o sus herederos y frente a los terceros. Frente a los primeros no tiene trascendencia la omisión, pues no influyendo la voluntad de los cónyuges en la calidad de los bienes y como la ley pretende la incolumidad de los patrimonios conyugales facilita la prueba posterior para acreditar el origen del dinero y determinar a los efectos de la liquidación del régimen, si el bien es propio o ganancial, pues la liquidación presupone una etapa inevitable: la devolución de los bienes propios. Frente a los terceros la exigencia es ineludible lo que obedece a una razón de orden público y porque los terceros no pueden ni deben quedar expuestos a la confabulación, mala fe, ignorancia o mutables intereses de los cónyuges que alterarían así el carácter propio o ganancial de los bienes, en contra de lo que surge del título de dominio y en desmedro de la garantía que el título exterioriza .

"Después de la reforma del Código Civil por la ley 11357, respecto de terceros y para asignar el carácter de propio a un bien inmueble adquirido por la esposa, es de absoluta necesidad que la escritura contenga la manifestación que es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer". Esta es la doctrina sentada en fallo plenario por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (L. L., diario del 25/10/72, pág. 2, con anotación nuestra titulada "Vigencia inalterada del art. 1246 del Código Civil argentino") acorde con el texto legal, pues si bien ya no se torna necesario el cumplimiento del requisito de que la compra se hace con consentimiento de la mujer, toda vez que ésta puede actuar personalmente sin la comparecencia del marido, la no modificación de la clásica división de los bienes y la no derogación del art. 1246 hace imprescindible cumplir con los demás requisitos del artículo, por lo que la indicación del origen del dinero hace a la perfección del título, a fin de que la mujer pueda enajenar sin venia alguna. En lo demás, la fundamentación de la norma no sufre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alteraciones por lo cual la protección de los derechos de los terceros debe mantenerse .

Ante la ley 17711 las exigencias del artículo 1246 se mantienen, pues el nuevo régimen matrimonial otorga la administración a cada cónyuge de sus bienes propios; hace necesario el asentimiento del cónyuge no propietario para disponer del inmueble propio del otro en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces (art. 1277, párrafo 2º); se ha acentuado la limitación en la responsabilidad (arts. 5º y 6º, ley 11357). Es que la no determinación del carácter propio del bien hará que el mismo sea considerado ganancial (arts. 1271 y 1272), por ende el bien existente a la disolución no susceptible de prueba de dominio individual tendrá el carácter de adquirido y estará siempre destinado a dividirse entre los cónyuges por partes iguales (art. 1315). Estas razones hacen fundamentalmente a la subsistencia del artículo.

No hay duda que la mujer deberá cumplir en la actualidad con los requisitos del artículo 1246, que deben surgir de la escritura y la omisión no puede salvarse con una segunda escritura (Cám. Civ. Cap., Sala "D", E. D., 31 - fallo nº 15.739). La aplicabilidad del artículo debió extenderse al marido para que respecto de él se opere la subrogación real e incluir a los muebles registrables. Si bien la ley no lo exige es aconsejable que el hombre formule la expresión de que adquiere con sus dineros y como le pertenecen. En el supuesto de no hacerlo podrá probar por todos los medios la calidad de propio del bien y oponer dicha calidad ante los terceros.

Si se aplica la exigencia al bien propio no tiene sentido extenderla al bien ganancial, pues este carácter del bien surgirá de la omisión en la determinación de la adquisición del bien inmueble propio.

III. GANANCIALES DE ORIGEN DUDOSO

"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" (art. 1272, 2ª parte). Hay aquí una preeminencia del marido y los bienes formarán parte de la masa ganancial de administración y disposición de éste, de la misma manera que los bienes identificados que a él pertenecen, administración que funciona por defecto de la prueba que pueda producir la mujer e indudablemente de los bienes muebles no registrables que no sean de uso exclusivo de la mujer o de los que ésta se sirva para su trabajo personal; de los bienes cuyo registro han impuesto las leyes obligatoriamente pero que por una cuestión de hecho no han sido registrados; o los que la mujer adquirió por título ilegítimo (robo, hurto, defraudación, contrabando, etc.), aunque en realidad la ilegitimidad del título no debiera inferir en la administración del cónyuge que ha obtenido el bien.

El origen de un bien está determinado cuando consta quién es el titular

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del derecho o los derechos sobre el mismo, sin que sea necesaria la mención del origen de los fondos empleados en su adquisición. En consecuencia, cuando el adquirente está perfectamente individualizado no puede aplicarse el artículo 1276, segundo párrafo y de ahí, lo innecesario de la determinación del origen de los fondos gananciales y menos respecto de la mujer, de quien el cumplimiento de esa exigencia se ha hecho discutible.

En las V Jornadas de Derecho Civil se recomendó: "La falta de mención por parte de la mujer en el acto de adquisición de un bien ganancial, del origen de los fondos con que adquiere, no permite que se lo considere incluido en el segundo párrafo del artículo 1276" (v. nuestro comentario a las Jornadas, en L. L., 146 - 1098), recomendación que en el plenario fue aprobada por 40 votos contra 4, lo que constituyó una evidente coincidencia, poniendo fin a la discusión. Pero dos recientes fallos de la Cámara Comercial de la Capital Federal, replantean el problema .

Así la Sala "C" (D. J. A., del 5/10/72, pág. 5), en doctrina que es a nuestro juicio la correcta, expresa ante las reformas introducidas por la ley 17711 que: "Ya no es del caso inquirir acerca de cuáles son los bienes gananciales reservados a la mujer, desde el momento en que la totalidad de los bienes que ella adquiriera, y que se encuentran a su nombre, sean gananciales o propios, responden únicamente por sus deudas personales, y no así por las del marido, salvo el caso del art. 6º, ley 11357.... Es de señalar así que el art. 1275 Cód. Civil había quedado derogado y reformado parcialmente con la sanción de la ley 11357. Y los arts. 1276 y 1277 del mismo cuerpo legal, en su actual redacción, han elevado a la categoría institucional el principio de que "cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o cualquier otro título". El carácter ganancial o propio de un bien está referido entonces al momento de la disolución de la sociedad conyugal y eventualmente a los supuestos previstos en el art. 1277 Cód. Civil que regula la disponibilidad de ciertos bienes sin afectar su titularidad frente a terceros.... Para el rechazo de la pretensión, de quien por una deuda del marido, procura embargar un bien inmueble a nombre de la esposa, basta entonces con verificar que el bien esté a su nombre en su parte proindivisa como es el caso de autos, para neutralizar lo cual, al embargante le competiría acreditar que por el carácter de la obligación, la misma involucra patrimonialmente a la esposa".

A su vez la Sala "B" (D.E.D., del 31/10/72, pág. 1, t. 45, fallo 21.069, con nota de Santiago C. Fassi), sostiene: "En la escritura no consta, ni la incidentista lo probó después, que la compra del bien haya sido hecha con fondos por ella obtenidos con su trabajo o por otro título legítimo, por lo que tampoco cabe considerarlo comprendido entre los que mencionaba el art. 3º, inc. 2º a) de la ley 11357 y tiene en cuenta el actual art. 1276 del Cód. Civil. Este artículo, en efecto, atribuye a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes por ellos obtenidos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dejando aclarado que si no se puede determinar ese origen o la prueba fuere dudosa, con la salvedad dispuesta en el art. 1277, la administración y disposición corresponde al marido.

"En ese carácter de bien ganancial de administración librada al marido responde por las deudas contraídas por éste (art. 1275, inc. 3º) sin que corresponda parcialización alguna, no hallándose disuelta la sociedad conyugal (arts. 1291 y 1299, Cód. Civil).

"Si fuera suficiente la compra a nombre de la esposa, para encuadrar el caso en el art. 1276 primer párrafo del Cód. Civil a ella aplicable: a) Estaría de más la salvedad « con su trabajo personal » del art. 1276 primer párrafo; b) Carecería de aplicación el párrafo 2º de este artículo, porque no habría motivo para « determinar el origen de los bienes » ni habría caso de que la « prueba fuere dudosa», porque no se ve cuándo habría interés en señalar aquél o ésta resultaría necesaria; c). Quedaría sin protección el interés de los terceros, pues bastaría ese árbitro de que los bienes fueran adquiridos a nombre de la esposa para excluirlos de la acción de los acreedores del marido".

Hemos efectuado la transcripción de las partes fundamentales de cada fallo y cada uno sacará sus conclusiones. Nosotros extraemos las nuestras. No tiene razón la Sala "B" desde el momento mismo que contraría el espíritu y la letra de la ley 17711. Empero, cabe una reflexión previa: en el fallo de la Sala "B" campea un espíritu contra la reforma atado a ese pasado legislativo que señaláramos al comienzo de este trabajo que no advierte el cambio operado y si lo hace se resiste al mismo ya porque cree que el marido debe ser aún el administrador o porque el nuevo régimen choca con nuestra tradición o idiosincrasia, aspecto éste que no deja de ser cierto. La reforma ha tendido a colocar a los cónyuges en un pie de igualdad para que cada uno administre y disponga de los bienes que adquiere. En síntesis podría decirse que la Sala "B" ignora la reforma y que aquí nada ha ocurrido, lo que queda significado por la mención del art. 1275.

Por el solo hecho que la mujer adquiere un inmueble queda legitimada para administrarlo. Si tiene carácter propio cumplirá con las exigencias del art. 1246, caso contrario será considerado ganancial por lo que no debe dejar constancia del origen, pues su título es la adquisición. La exigencia para la mujer, bajo el imperio de la ley 11357, de la determinación del origen de los fondos, tenía por objeto que ella pudiera administrar el bien reservado, pero luego de la reforma no hay mandato tácito ni el marido es el administrador de los bienes matrimoniales, de tal manera que no tiene la mujer que cumplir con una exigencia que la ley no manda.

La expresión "trabajo personal" está referida a ambos cónyuges y no sólo a la mujer, concordando con el art. 1272, párrafo 5º. La locución "título legítimo", ya la hemos explicado, no estando relacionada con la procedencia del dinero con que compraría la mujer. El párrafo 2º del art. 1276 es un supuesto de excepción, pero que cede ante el párrafo primero que sienta la auténtica orientación del nuevo régimen instaurado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando no media ilegitimidad en la adquisición. Aquí es cuando la mujer no puede probar, aunque quiera y lo haga, porque entonces es el marido el administrador. Una interpretación extensiva como la que objetamos no hace otra cosa que mermar los poderes que a la mujer le ha otorgado la reforma frente al régimen matrimonial (v. Borda, La reforma del Código Civil, págs. 468 y sigtes.).

Determinase que los terceros acreedores del marido quedarían sin protección. Y los terceros acreedores de la mujer no ven así mermada su garantía pues desaparecería el capital sobre el cual pueden hacer valer sus derechos ya que han contratado teniendo en cuenta lo que el título ostentaba. Protegemos a unos, sacrificando a otros. Esto es el absurdo y ya sabemos que toda interpretación que se reduce al absurdo es irrelevante demostrando su ineficacia. Dícese que el marido hace comprar a la mujer para no satisfacer sus deudas y allí la mujer debe probar. ¿Y si es la mujer con sus dineros la que hace adquirir al marido para burlar a sus acreedores? Por lo demás, los acreedores tienen las acciones correspondientes para demostrar si la adquisición se ha efectuado en fraude de sus derechos o ha sido simulada, pues es principio elemental que quien debe probar es el que agrede y no el agredido. Imponer la carga de la prueba a la mujer es fomentar el dolo y la aventura de acreedores esperanzados en que a través de algún defecto de prueba o avatar del juicio, puedan realizar bienes con los que no contaban en su garantía al otorgar el crédito, por más que ella sea la parte que se encontraba en mejores condiciones de efectuarla.

Quizá la única razón de orden práctico que torne conveniente la mención por la mujer está dada frente a los arts. 25, 26 y 27 de la ley de impuestos a los réditos no modificados por la ley 18032 dictada con posterioridad a la reforma civil. Pero, aun así y a despecho del art. 25, no debemos olvidar que el ordenamiento positivo fiscal no puede desconocer las normas de derecho civil e ir contra ellas, como lo ha sostenido la Corte Suprema de la Nación.

IV. BIENES ADQUIRIDOS POR AMBOS CÓNYUGES

Este es otro aspecto que provoca encontradas opiniones. Para algunos deben aplicarse las normas del régimen general patrimonial matrimonial con remisión a las reglas de la sociedad, según el art. 1262 (Guastavino, Elías P., "Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", L.L., 145 - 629); otros aplican analógicamente las reglas relativas al condominio (Borda, cit., pág. 473). Pensamos que aquí hay un condominio entre los cónyuges partiendo de la separación de bienes que impera durante el matrimonio, pero dejando a salvo la compatibilidad con el régimen matrimonial, sin olvidar que la calidad de cónyuge está por encima de la de condómino.

A ambos cónyuges les pertenece el derecho real de propiedad sobre la cosa y por una parte indivisa, y correspondiendo a la teoría de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

titularidad, al adquirir ambos cónyuges: administran los dos, salvo mandato expreso o tácito (art. 1276, 3ª parte). Mas no serán aplicables los arts. 2685, última parte, 2690, 2700, 2702 y 2704 (si las partes indivisas son iguales). Rige el derecho de veto (arts. 2703 y 2705) y si un cónyuge administra sin mandato del otro, deberá ser considerado como gestor oficioso (art. 2709). Toda controversia entre los cónyuges exigirá decisión judicial (art. 2706).

En cuanto a los actos de disposición rige el art. 1277. Si ambos cónyuges disponen éstos expresarán su consentimiento dada la condición de cónyuges propietarios, pero no existe inconveniente alguno para que un cónyuge disponga de su cuota, máxime si cuenta con el asentimiento del otro y si no lo obtiene será el juez quien decida por imperio del art. 1277, también aplicable cuando un cónyuge pretenda la venta del bien, quien debe invocar el art. 1324, inc. 3º. No habría aquí una disolución anticipada del régimen, y si así se considerase, también cabe arribar a igual conclusión cuando el cónyuge titular del único bien que decide la disposición del mismo, lo que es inexacto.

Respecto de los derechos de los acreedores de cada cónyuge debe limitarse a la parte indivisa que le corresponde al cónyuge deudor, salvo lo dispuesto en los arts. 5º y 6º, ley 11357, aplicándose todos los principios que hemos explicitado, con los que coinciden los fundamentos del citado fallo de la Sala "C", Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital. Aunque parezca inconveniente es la única solución, dado que si el acreedor ejecutara todo el bien, se verían afectados los derechos del otro cónyuge, perjudicándose a los acreedores de éste. Podría sí ejecutarse todo el bien, pero en definitiva el derecho del acreedor sólo se hará efectivo sobre la cuota que en la división corresponda al cónyuge deudor, no viéndose la razón de por qué perjudicar al cónyuge no deudor con la venta forzada de su parte indivisa.

V. LA DISPOSICIÓN

La libre disposición otorgada a los cónyuges lo es con la salvedad prevista en el artículo 1277. El mismo no hace que la administración sea conjunta, no implica la existencia de la comunidad ni reafirma que los bienes gananciales sean de ambos cónyuges. La norma consagra un régimen de protección a la cuota parte que pueda corresponder a los cónyuges a la disolución del régimen, que se complementa con la restricción a la legitimación del cónyuge para disponer del inmueble propio, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, encaminada a proteger la vivienda del núcleo familiar más numeroso, a lo que se agrega la protección "al cónyuge no administrador contra la mala fe del administrador, que en vísperas de la disolución de la sociedad bien puede enajenar real o simuladamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, burlando así los derechos del otro cónyuge" (Borda, cit., pág. 482; Cám. Civ. Cap., Sala "D", L. L., 142 -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

461). Como se aprecia no existe un auténtico régimen de protección a la familia, sino a la cuota del cónyuge no propietario.

De lo que no existe ya duda es respecto de la naturaleza jurídica del requisito que se exige en el art. 1277 al cónyuge no propietario. En efecto, el consentimiento lo da el cónyuge titular constituyéndose así en elemento esencial del acto. El no propietario otorga su asentimiento que es elemento de eficacia del acto, con las fundamentales consecuencias de que no adquiere ni administrará la contraprestación, pues respecto de - él no se opera la subrogación real, ni será responsable de las consecuencias del acto. Esta naturaleza y sus efectos han sido destacados por la Corte Suprema de la Nación (L.L., 147 - 331).

También existe consenso respecto de que no es válido el asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para la realización de los actos por el cónyuge propietario, como tampoco lo es ningún otro acto que bajo cualquier forma, incluso la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento anticipado, pues lo contrario conduce rectamente a la supresión de la intervención del cónyuge en la realización del acto cuya exigencia surge nítidamente de la propia redacción del art. 1277.

El mandato es ahora un contrato ampliamente permitido entre los cónyuges, pero en virtud de entre quienes se da, se aparta de las normas comunes, estando la calidad de cónyuges por encima de dichas normas. El mandato que autoriza el art. 1276, 3ª parte, se circunscribe a la administración y si el mandato está concebido en términos generales no comprende más que a los actos de administración (art. 1880). Si el mandato es de disposición debe ser especial (art. 1881) con las limitaciones establecidas en los arts. 1882 a 1888; el inc. 7º del art. 1881 debe ser objeto de interpretación restrictiva siendo de estricto cumplimiento entre los cónyuges, por lo que es razonable determinar los bienes objeto de la disposición. Ante esta clase de mandato procede la rendición de cuentas del cónyuge mandatario.

Ante la exigencia del asentimiento las reacciones han sido diversas. Así la Asociación de Bancos de la República Argentina por circular nº 2668/68 aconsejó a los bancos que las esposas de los clientes debían suscribir una manifestación declarando que el marido ha sido y es el administrador de todos los bienes conyugales, con excepción de los propios de la mujer, y que en tal carácter está facultado para obligar los bienes en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas. En cambio, por Resolución 73/68 la Dirección Nacional de los Registros de Créditos Prendarios determinó que el consentimiento expreso del otro cónyuge por escrito, será exigible cuando se trate de contratos de prenda por préstamos de dinero en efectivo y no por saldo de precio. Tampoco exige el asentimiento el Registro Nacional de la Propiedad Automotor cuando se compra un automóvil con prenda, pero esto no es más que una consecuencia de otro principio: los requisitos de fondo del artículo 1277 no pueden quedar sujetos al contralor de la autoridad registral, aspecto éste que ha sido motivo de dos fallos de la Cám. Civ. Cap., Sala

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"A" (L. L., 141 - 45) ante observaciones formuladas por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

Si una persona se dedica a la compraventa de inmuebles o muebles registrables, se ha insinuado que se estaría en presencia de actos de administración y no de disposición. Conocida es la dificultad de la distinción entre ambos tipos de actos, por lo que si los bienes reconocen como titular al negociante, el asentimiento es necesario, todo en aras de la tranquilidad y la seguridad jurídica aunque más no sea. En el supuesto de constitución de hipotecas u otro gravamen, también se necesita el asentimiento aun cuando recaiga sobre un bien propio, o por lo menos constatar que el mismo no es sede del hogar conyugal con hijos menores o incapaces. Una simple manifestación bajo juramento no salva el requisito. Así se evitan problemas y eventuales actitudes dolosas (v. Cám. 2ª Apel. Mercedes, L.L., 146 - 464, con ajustada nota de Roberto Martínez Ruiz). Cuando se adquiere un inmueble garantizando el saldo de precio con hipoteca, también es aconsejable requerir el asentimiento, como con acierto se ha hecho notar oportunamente (Rev. del Notariado, nº 709, pág. 141), a lo que cabe agregar que el gravamen puede comprometer el interés familiar.

Quedan comprendidos en la enunciación del artículo 1277 los siguientes bienes:

- a) Inmuebles, ya por su naturaleza o por accesión física.
- b) Los derechos cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria: derechos reales de usufructo, servidumbre, hipoteca y anticresis; derechos sobre automotores, embarcaciones y aeronaves; cesión o rescisión de arrendamientos y aparcerías rurales; derechos emergentes de prenda con registro; cuotas de capital de una sociedad de personas; acciones nominativas de sociedades anónimas o sociedades en comandita por acciones; los debentures nominativos y los no nominativos con garantía real; los warrants y certificados de depósito sobre productos o frutos agrícolas, ganaderos, forestales, mineros y de manufacturas nacionales; derechos mineros después de su registro o la concesión legal, incluso los derechos de explotación o cateo.
- c) Bienes muebles de registro obligatorio: automotores, buques y demás embarcaciones; aeronaves; los semovientes inscriptos en registros, aunque sean privados dado que la ley no ha distinguido entre registros nacionales o provinciales, públicos o privados.

No se incluyen los derechos intelectuales al igual que las patentes de invención, diseños industriales, nombre comercial, marcas, enseñas, emblemas o siglas, atento el carácter de bienes propios que revisten (art. 1272). En lo que hace a los fondos de comercio debemos considerar que el requisito de la inscripción (art. 7º, ley 11867) es un requisito de validez de la transmisión frente a los terceros y para que pueda producir efectos respecto de ellos (Cám. Com. Cap., Sala "B", L. L., 141 - 410). Por tanto, y en principio, no es necesario el asentimiento para la transferencia del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fondo de comercio, pero si éste está constituido por bienes comprendidos en el art. 1277, entonces sí el asentimiento debe ser requerido.

El pedido de asentimiento se aplica tanto al supuesto de oposición. como cuando se ignora el domicilio del otro cónyuge, o ante ausencia de éste (Cám. Civ. Cap., Sala "B", E. D., 31 - fallo n° 15.683; íd. Sala "C". L. L., 145 - 413 - n° 28.200 - S; Cám. 1ª Civ. y Com., San Isidro, J. A., Reseñas, 1971 - 192 - n° 154).

A pesar de la disolución del régimen el requisito del asentimiento se aplica igual. trátase en este caso de un bien propio o ganancial, expresión ésta objetable, pues si de un bien ganancial se trata, durante el período comprendido entre la disolución y la partición el mismo queda indiviso, no pudiendo el cónyuge titular del dominio disponer sin el asentimiento del otro; operada la partición y adjudicado ese bien ganancial a un cónyuge, aquél entra en el patrimonio de éste como propio. La norma plantea serios problemas, porque disuelto el régimen cada cónyuge tiene derecho a retirar lo que le corresponde por lo que no puede obstar a la partición (Cám. 1ª Mar del Plata, D. J. A.. del 9/10/ 72, pág. 12, n° 303) y la negativa del cónyuge no puede ser arbitraria (Cám. 2ª Apel.; Mercedes, L. L., 133 - 339 con nota de Eduardo A. Zannoni). Después de la partición la norma es injustificable, ni siquiera en interés de los menores. dado que la protección de éstos juega a través de normas propias (arts. 265, 267,367,1300, Cód. Civil). Empero el ofrecimiento debe ser concreto. pues si es indeterminado y con base de atender a la necesidad de vivienda de los menores. no lo satisface (Cám. 2ª Apel.; Mercedes Doctrina Jurídica, del 11/2/72. Pág. 6) . Si el bien se adquiere después de la partición se dispone sin necesidad del asentimiento del otro cónyuge (Cám. Civ. Cap.; Sala "B"; L,L.; 141 - 46).

La negativa sin justa causa del cónyuge no propietario hará que el juez autorice la disposición o gravamen previa audiencia de parte autorización que concederá si el bien fuese prescindible y el interés familiar no resulte comprometido. Es juez competente el del domicilio conyugal (art. 104, L. de M. C.); el del juicio de divorcio (art. 6º inc. 2º. Cód. Proc.); o el juez del domicilio del cónyuge que peticiona (art. 5º. inc. 12, Cód. Proc.) si el otro está ausente o se ignora el domicilio. El procedimiento es voluntario (art. 807) que será de jurisdicción contenciosa según lo entienda el tribunal.

Es imprescindible oír al cónyuge no propietario, aun cuando media separación de hecho, notándose ante esta última cierta flexibilidad ante las oposiciones (Cám. Civ. Cap., Sala "D", E. D., 31 - fallo n° 15.687; Cám. 1ª; Mar del Plata, D. J. A. del 6/10/72, pág. 15, n° 307; Cám, 1 Civ; y Com., San Isidro, J. A., Reseñas, 1970 - 373, n° 158). La petición no se debe limitar a solicitar la autorización judicial del acto, sino que además debe detallar los elementos básicos: precio, forma de pago, entidad del gravamen, monto, garantías, etc., no sólo para conocimiento del cónyuge no propietario, sino también del juez, para apreciar la conveniencia de la operación y si no resulta comprometido el interés familiar, sin perjuicio del examen previo de la causa de oposición. Si no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se conoce el domicilio del otro cónyuge, deberá justificarse la realización sin éxito de las gestiones dirigidas a conocer el domicilio (art. 145, Cód. Proc.) y en su caso citar por edictos (arts. 146 y 147), se nombrará defensor oficial (art. 343), que sólo puede admitir u objetar la disposición (Cám. Civ. Cap., Sala "D"; L. L., 135 - 102; íd., Sala "F", J. A. 5 - 1970 - 317). Si el cónyuge es citado y no comparece, se aplican las normas del proceso en rebeldía (art. 59).

Por el hecho de otorgar su asentimiento el cónyuge no propietario no es ni vendedor ni acreedor del precio. Por ello es irrelevante si está o no inhibido (Cám. Civ. Cap., Sala "D", J. A. 3 - 1969 - 239; íd. Sala "F", J. A., 5 - 1970 - 317). Por no ser acreedor del precio no corresponde el depósito del 50 % del precio (Cám. Civ. Cap., Sala "B", L.L., 140 - 829 n° 25.086; íd., L. L.; 145- 417; n° 28.228 - S; L. L., 146 - 632, n° 28.425 - S; íd.. Sala "C", E. D., 31 - fallo n° 15.685. íd., Sala "D", E. D., 31 - fallo no 15.686; Cám. Civ. y Com., Morón, D. J. A. del 27/10/72, pág. 14; Cám. Civ. 1ª, Mar del Plata, J. A., Reseñas, 1970 - 332 - n° 162). Si ambos cónyuges son titulares del dominio: sí corresponde el depósito del precio. Este aspecto se resuelve, entonces, aplicando los principios de la subrogación real y en consecuencia el cónyuge titular del dominio procederá en más, a administrar la suma resultante lo contrario implicará una partición de bienes anterior a la disolución que no es válida.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

De este prieto discurrir por algunos aspectos que hacen a la administración y disposición de los bienes matrimoniales, se desprende lo arduo de la labor a que se ven sometidos jueces y doctrinarios, en una afanosa búsqueda de la recta interpretación de este nuevo régimen matrimonial, el que, por ahora, frustra el deseo del legislador de clarificar el sistema vigente al momento de la reforma. Mas es evidente que todo no es más que una consecuencia del inconexo régimen que en grande medida no responde a nuestra natural manera de ser y grado de comprensión del consortium omnis vitae. La reestructuración del mismo es una necesidad imperiosa, para lograr la debida coherencia que responda al interés de la familia argentina en la hora actual.