

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL DE LOS EMANCIPADOS

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

SUMARIO

I. CUESTIONES PREVIAS. - 1) Lineamientos generales del régimen de bienes de los cónyuges. - 2) Situación jurídica de los emancipados. - II. RÉGIMEN CONVENCIONAL. - 1) Convenciones matrimoniales. - 2)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Contratos entre cónyuges. - III. RÉGIMEN LEGAL. - 1) Gestión de los bienes durante la vigencia del régimen. - 1º Gestión ordinaria. - 2º Gestión excepcional. - A) Cónyuge emancipado que contrajo matrimonio sin el asentimiento debido. - B) Otros casos. - 3º Asentimientos. - A) Casos en que el negocio jurídico requiere asentimiento conyugal o judicial. - B) Capacidad del emancipado para asentir en los negocios jurídicos celebrados por su cónyuge. - 2) Deudas de los cónyuges. - 3) Ejercicio de las acciones judiciales que producen la disolución de la sociedad conyugal.- 4) Gestión de la indivisión post - comunitaria. - 5) Liquidación. - 6) Partición.

I. CUESTIONES PREVIAS

1) Lineamientos generales del régimen de bienes de los cónyuges

En nuestro derecho el régimen patrimonial de los cónyuges es legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas y de partición por mitades. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones y existen gananciales que no serán compartidos a la disolución de la llamada "sociedad conyugal".

En el inc. 3º del art. 1217 se prevé una convencional nupcial que, por ser la única permitida, no constituye obstáculo suficiente para excluir el calificativo de legal atribuido al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. Tampoco lo es el restringido campo en que los consortes pueden contratar entre sí debiendo subrayarse, sin embargo, la importancia del mandato que puede modificar ampliamente dicho régimen en la práctica. Por lo mismo, debe apreciarse siempre de acuerdo al carácter de orden público que reviste el sistema patrimonial matrimonial, en el caso apto para imponerse sobre los principios, también de orden público, de la plena capacidad de ambos cónyuges y de su igualdad civil(1)(794).

La inmutabilidad de régimen cede en las distintas hipótesis en que puede instaurarse el de separación de bienes, producido de pleno derecho por el divorcio (art. 1306) o resuelto por la sentencia judicial que admitió la respectiva acción del cónyuge fundada en las causales de mala administración, concurso o quiebra de su consorte (art. 1294), curatela de éste por un tercero (art. 1289)(2)(795) o muerte presunta antes del segundo matrimonio del actor o del vencimiento del plazo de prenotación (arts. 31 y 30 de la ley 14394).

La estructura general del régimen responde a lo típico de los regímenes de comunidad, por distinguirse una masa de bienes destinada a ser dividida entre los cónyuges o sus herederos al finalizar el régimen(3)(796), masa limitada a solos los gananciales en forma evidente por la derogación del art. 1224 del Código Civil en virtud de la ley 17711.

La gestión de los bienes es separada, como regla, según el texto del art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1276, pero para los negocios jurídicos que pueden suponerse de mayor trascendencia económica, por su naturaleza y/o por el valor de los bienes sobre los cuales recaen, el cónyuge que tiene dicha gestión a su cargo necesita la intervención de su consorte (art. 1277 Cód. Civil). La jurisprudencia y la doctrina han tomado ya posición definitiva al respecto, entendiendo que la intervención reclamada del cónyuge "no administrador", exterioriza su asentimiento o conformidad en negocio ajeno, y no un auténtico consentimiento conclusión ampliamente fundada y de importantísimas consecuencias(4)(797). La capacidad del cónyuge que tiene a su cargo la gestión no está afectada ni en lo que respecta a la capacidad de derecho ni en lo que respecta a la capacidad de obrar: sólo se limitan sus poderes de disposición como medio de proteger al cónyuge llamado a compartir los gananciales adquiridos por aquél, cuando el régimen llegue a su fin(5)(798).

La deuda de cada esposo es suya personal según el texto del art. 5° de la ley 11357 y por ella responde con sus bienes propios y con los gananciales que administra o sea, los que ella adquiere, si se trata de la esposa, y los que él adquiere además de aquellos cuyo origen no puede determinarse o es de prueba dudosa (art. 1276) si se trata del marido. Durante la vigencia del régimen un cónyuge responde con los frutos de sus bienes propios y de los gananciales que administra por las deudas contraídas por el otro, si lo fueron para satisfacer necesidades del hogar, de la educación de los hijos o de la conservación de los bienes gananciales (art. 6° de la ley 11357).

Una vez producida la disolución de la sociedad conyugal se inicia el período de indivisión post - comunitaria durante el cual se procede normalmente a la liquidación y partición(6)(799). Pendiente la indivisión, la gestión de los bienes comunes corresponde a ambos esposos actuando en plano de igualdad; las deudas comunes con respecto a terceros son las que eran tales antes de la disolución, las posteriores por alimentos a los hijos y las originadas por causa de la indivisión misma, debiendo considerarse para la determinación del pasivo definitivo de la sociedad conyugal lo dispuesto en los incisos 1°, 2°, 4° y 5° del art. 1275 del Código Civil(7)(800)

Todos los bienes gananciales entran en la partición exceptuándose los incorporados al patrimonio de los esposos divorciados después de la fecha de la notificación de la demanda (art. 1306, 1er. párrafo) y los adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho desde su fecha (art. 1306. 3er. párrafo). Durante ciertos plazos, además, pueden quedar sustraídos a la partición algunos bienes en las hipótesis de indivisión hereditaria previstas en la ley 14394.

El bien de familia está sujeto a una reglamentación especial, distinta del régimen patrimonial matrimonial. Sólo cabe vincularlos para preguntarse si el consorte titular del dominio sobre el inmueble necesita asentimiento conyugal para constituirlo en bien de familia, habiendo sostenido la doctrina respuestas contradictorias(8)(801).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) Situación jurídica de los emancipados

La ley 17711 introdujo una forma más de emancipación, novedosa para el tratamiento de la institución en el Código de Vélez, dispuso alguna dificultad de interpretación planteada en éste y en la ley 2393 y modificó el ámbito de capacidad de los emancipados. Quedaron planteados nuevos problemas interpretativos genéricos y específicos. Los más importantes entre los primeros recaen sobre la igualdad o desigualdad de situación de todos los emancipados, cualquiera sea la forma en que accedieron a la emancipación (exceptuándose el carácter irrevocable de la emancipación por matrimonio, según los arts. 132 y 133 Cód. Civil y 73 de la ley 2393 frente al revocable de la emancipación por habilitación de edad, según el último párrafo del art. 131 Cód. Civil), y el de la limitación o no limitación de las restricciones a la capacidad de los emancipados, a las previstas en los arts. 134 y 135 Cód. Civil. Los más importantes problemas específicos se refieren a los requisitos para el matrimonio del menor emancipado por habilitación de edad y a los requisitos para el ejercicio del comercio por los emancipados(9)(802). La doctrina tuvo oportunidad de pronunciarse con respecto a estos problemas durante las sesiones del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, que aprobó el siguiente despacho, en algún aspecto, por ajustada mayoría : " El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil recomienda :

l) Interpretar que: a) La emancipación es una sola y única institución. A la situación jurídica así denominada puede accederse por matrimonio o por habilitación de edad, luego todos los emancipados se encuentran en idéntica situación jurídica, pero sólo la emancipación por habilitación de edad es susceptible de ser revocada. b) Es regla la capacidad de los emancipados. Las únicas excepciones son las previstas en los arts. 134 v 135, a las cuales debe adaptarse toda otra previsión legal que se refiera a los emancipados." El resto del despacho es de lege ferenda, pero de él se desprende que la emancipación por habilitación de edad pone fin a la patria potestad y a la tutela, que el emancipado por habilitación de edad no necesita asentimiento del representante legal o del juez, para contraer matrimonio(10)(803), y que todo emancipado ha de ser judicialmente autorizado, a su solicitud, para el ejercicio del comercio(11)(804).

Dado el tema del presente estudio importa recordar que:

- a) Los menores de edad pueden trabajar a partir de los 14 años. Su capacidad laboral entre esta edad y la de 18 años, en que comienza a regirse por el art. 128 Cód. Civil según la ley 17711, es de límites imprecisos, así como también lo es su capacidad para administrar y disponer su peculio y lo adquirido con él(12)(805). Pero es muy claro que pueden donar lo que adquieren con su profesión o industria por facultarlos a tal efecto el art. 1807, inc. 7°.
- b) Los menores de edad pueden celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin asentimiento del representante legal, después de los 18 años y a cualquier edad ejercer por cuenta propia la profesión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para la que hubiere obtenido título habilitante, pudiendo administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128 Cód. Civil, 2º y 3er. párrafo(13)(806). En materia de responsabilidad contractual se aplica al caso el art. 283 Cód. Civil.

c) Los emancipados viudos o cónyuge de buena fe de matrimonio declarado nulo, no necesitan asentimiento para contraer matrimonio, habiéndose extinguido la patria potestad o la tutela con respecto a ellos.

II. RÉGIMEN CONVENCIONAL

El régimen convencional de bienes en el matrimonio es estrictamente restringido abarcando limitadas convenciones nupciales y contratos entre cónyuges.

1) Convenciones matrimoniales

El art. 1217 del Cód. Civil, después de la ley 17711, sólo admite dos actos jurídicos bajo esta denominación. En el previsto en el inc. 1º del art. 1217 no existe verdadero acuerdo de partes y ambos son totalmente ajenos a nuestras costumbres. Por lo tanto, los problemas que pueden plantearse ante la justicia argentina provendrán de convenciones nupciales celebradas en el extranjero, cuyo planteo excede los límites de este trabajo.

Las convenciones se realizan obviamente entre los contrayentes, pues deben ser anteriores al matrimonio (art. 1219). Dado que de éste resultará la emancipación del menor, es razonable considerar también las convenciones matrimoniales celebradas por menores no emancipados.

a) El "inventario" o "designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio" (art. 1217, inc. 1º), comporta únicamente la prueba preconstituida del carácter de los bienes para ser opuesta a la presunción de ganancialidad que establece el art. 1217(14)(807), habiendo desaparecido las variantes de interpretación que motivaba el art. 1224, derogado por la ley 17711. Si uno o ambos contrayentes son menores, queda incluido en la disposición del art. 1222 que exige la concurrencia al acto de las personas cuyo asentimiento necesitan para contraer matrimonio, o en la del art. 1225, que exige la de un curador especial cuando el matrimonio hubiera de celebrarse con asentimiento judicial. La falta de cumplimiento de este requisito acarrea la nulidad relativa del acto(15)(808), debiendo entenderse que la "concurrencia" del padre o curador especial supone su asentimiento al negocio celebrado por el menor.

Los emancipados viudos o cónyuge de buena fe de matrimonio putativo o emancipado por habilitación de edad se hallan, como es lógico, al margen de estas normas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Las donaciones del novio a la novia a que se refiere el inc. 3º del art. 1217, requieren mayores precisiones, con respecto al donante, a la donataria y a las cosas objeto de la donación(16)(809).

El donante menor de edad necesita asistencia paterna, tutelar o de un curador especial (arts. 1222, 1225 y 1807, inc. 7º, primera oración). Guaglianone interpreta acertadamente que en la comprensión de los arts. 1222 y 1225 caben las donaciones nupciales del contrayente hijo extramatrimonial y del contrayente hijo legítimo huérfano, que el inciso citado del art. 1807 parece dejar al margen de su contenido(17)(810). Estima también que el menor que carece de representante legal no puede efectuar la donación matrimonial(18)(811). El caso se vincula con el matrimonio del menor en esa situación y no puede dudarse de que, careciendo de representante legal, procede el asentimiento judicial para celebrarlo sin necesidad de designación de tutor(19)(812). La hipótesis, de incomparable menor trascendencia, puede equipararse a la de negativa del representante legal al matrimonio, y la donación será válida con asistencia del curador especial a que se refiere el art. 1225.

El contrayente que aún no ha cumplido los 18 años puede donar lo que adquiere con su trabajo, por disposición expresa del art. 1807, 7º, segunda oración. Si la donación se efectúa en convención nupcial, el donante no necesita asentimiento del representante legal o el juez, ya que le está permitida en forma de donación común(20)(813).

Tampoco necesita asentimiento el contrayente menor que dona lo adquirido con su trabajo posterior a los 18 años, o con el fruto del ejercicio de la profesión para la que ha obtenido título habilitante, cualquiera sea su edad (art. 128, párrafos 2º y 3º). Nótese que todo menor de 21 años necesita asentimiento para contraer matrimonio (arts. 10 y 13 de la ley 2393), pero en los casos considerados resulta inaplicable el art. 1222 dada la disposición expresa del art. 1807, 7º, segunda oración y la amplitud de poderes conferidos al menor sobre lo que adquiere con su trabajo posterior a los 18 años o su profesión, según el último párrafo del art. 128.

El donante emancipado por habilitación de edad, o por matrimonio putativo o viudo, puede donar libremente salvo las cosas recibidas a título gratuito, lo que le está prohibido aun con asentimiento judicial (art. 134, 2ª)(21)(814). Los principios de la subrogación real hacen extensiva la prohibición a las cosas adquiridas con bienes recibidos a este título.

La donataria menor de edad es capaz para aceptar las donaciones con el asentimiento que prevén los arts. 1222 y 1225, sin que el tutor, en su caso, necesite asentimiento judicial (excepción al inc. 2º del art. 1808)(22)(815).

La novia emancipada por habilitación de edad o matrimonio putativo o viuda, puede aceptar la donación nupcial por sí misma, sin asentimiento alguno, pues el negocio entra en la esfera de su capacidad(23)(816).

La referencia a la capacidad para aceptar la donación matrimonial no es superflua, a pesar de lo dispuesto en el art. 1814. Al respecto escribe Belluscio: "Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que deben ser hechas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la convención prenupcial, la cual no es un acto unilateral del donante sino bilateral de ambos futuros contrayentes, por lo tanto, siempre debe concurrir el donatario a su otorgamiento, y aunque el instrumento no necesite decir expresamente que acepta la donación, la aceptación surge inequívocamente de tal concurrencia"(24)(817).

Recuérdese que la novia puede donar a su novio fuera de la convención nupcial estándole sólo prohibido hacerlo en esta forma, y rigiéndose aquella donación según las reglas propias del contrato.

2) Contratos entre cónyuges

Los esposos emancipados se encuentran en la misma situación que los cónyuges mayores de edad con respecto a los contratos prohibidos o de dudosa admisibilidad entre ellos. Las únicas diferencias se presentan en la donación post - mortem y en la fianza.

a) La derogación del inc. 4º del art. 1217 por la ley 17711 ha abierto un interrogante sobre la permisión de las donaciones post - mortem entre consortes. Belluscio se ha pronunciado en contra entendiendo que por la supresión de las donaciones matrimoniales pierden posibilidad de aplicación "las normas legales que a ellas se refieren, es decir, los arts. 1232, 1233, 1234 y 1236", a pesar de que no han sido derogados expresamente. También estima tácitamente derogado el art. 1237 relativo a la constitución de usufructo a favor del cónyuge para producir efectos después de la muerte(25)(818). Por el contrario, Guastavino sostiene que conservan vigencia las normas del Código Civil que autorizan esta clase de donaciones entre esposos, con las formas establecidas en los arts. 1810 y siguientes y requiriéndose capacidad de disposición(26)(819). Guaglianone también se inclina por la subsistencia de las donaciones mortis causa entre cónyuges, dado que se mantienen sin modificación los arts. 1232 a 1237 y otros del Código, así como el art. 75 de la ley 2393 que "se refieren inequívocamente a la donación contractual" y el uso del adverbio "únicamente" en el párrafo introductorio - dispositivo del art. 1217. Todo esto impone, a su juicio, que en una interpretación lógica se arribe a sustentar la prohibición de este tipo de contrato en la convención matrimonial y a admitir como figura autónoma la donación mortis - causa entre cónyuges, a la cual se refiere también el art. 1790 con su exigencia de sola la forma testamentaria y no de los otros requisitos del testamento(27)(820).

Nótese la divergencia entre Guastavino y Guaglianone con respecto a la forma de la donación post - mortem entre cónyuges.

Es indudable que la interpretación del Código concebido como unidad conceptual, exige armonizar las nuevas normas con las ya vigentes, salvo si se presentan los extremos de una contradicción irreductible. Y esto no sucede en el caso sub - examine. Las donaciones post - mortem entre cónyuges no han sido suprimidas de la legislación y no exigen forma testamentaria porque constituyen en sí mismas una excepción a lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prohibido por el art. 1790. Ahora bien, el emancipado no puede donar a su consorte también emancipado o mayor de 21 años, los bienes recibidos a título gratuito ni aquellos que los reemplazan porque nada autoriza a excluir la donación mortis causa de la prohibición establecida en el art. 134, inc. 2°. El donatario emancipado es apto para aceptarlas, aunque el hacerlo pueda no considerarse necesario para la validez, según una interpretación literal del art. 1235, que ignoraría el carácter bilateral del negocio. El problema de la capacidad de testar del emancipado que no ha cumplido 18 años es indiferente aun para quienes aplican el art. 1790 a las donaciones mortis causa entre esposos, pues el mismo sólo se refiere a las formalidades del testamento y no a la capacidad para otorgarlo.

b) No existe dificultad en admitir que es válido que un cónyuge afiance la deuda de su consorte para con un tercero(28)(821). Tratándose de emancipado, esta posibilidad de fianza queda incluida en la prohibición del inc. 3° del art. 134.

El verbo "afianzar" usado con evidente alcance genérico en la norma citada, permite interpretar que el emancipado tampoco puede hipotecar o preñar una cosa suya en garantía de la deuda ajena(29)(822): la de su cónyuge lo es también.

III. RÉGIMEN LEGAL

1) Gestión de los bienes durante la vigencia del régimen

1° GESTIÓN ORDINARIA

La palabra gestión se emplea en el sentido de actividad jurídica que tiene a los bienes por objeto, sea o no suficiente la intervención del cónyuge titular de los derechos sobre dichos bienes para celebrar un negocio jurídico válido. Comprende la celebración de actos de administración y de los de disposición no incluidos en el art. 1277 Cód. Civil; la iniciativa y el consentimiento en los actos jurídicos especificados en esta norma que requieren asentimiento del consorte, y también la iniciativa y el consentimiento en los previstos en el art. 135 Cód. Civil que requieren asentimiento del cónyuge mayor de edad o del juez.

La gestión normal u ordinaria de los bienes se distribuye entre los esposos emancipados o entre un emancipado y un consorte mayor de edad en la misma forma que entre ambos esposos mayores de 21 años: al marido corresponde la de los propios y gananciales que adquiere y la de los gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba; a la esposa, la de sus propios y gananciales que adquiere; a ambos, la de los propios en condominio y la de los gananciales adquiridos conjuntamente por ambos(30)(823). No es preciso mencionar bienes propios de origen dudoso o de difícil prueba porque constituirían una hipótesis imposible, ya se entienda que la duda se refiere a la constancia fehaciente o a la posibilidad de probar el nombre del adquirente, o al "origen" (causa jurídico - económica de la asunción de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los derechos por el titular) de los fondos u otros bienes empleados en la adquisición(31)(824). En efecto, según el art. 1271. Cód. Civil, los bienes existentes a la disolución de la sociedad conyugal se reputan gananciales " si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación", es decir, que les corresponde ser calificados como propios. La norma es igualmente aplicable a los bienes durante la vigencia del régimen de comunidad por lo que la " duda" insuperable mencionada en el art. 1276 ubica a los bienes afectados en la categoría de gananciales. Es importante acotar que media al respecto el pronunciamiento doctrinario de las V Jornadas de Derecho Civil que declararon, por mayoría: " 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 2º párrafo del art. 1276"(32)(825)

2º GESTIÓN EXCEPCIONAL

La gestión excepcional de los bienes existe siempre que bienes propios o gananciales sujetos normalmente a la actividad jurídica del cónyuge titular, son sustraídos a su intervención y entran en la esfera de actividad jurídica del otro cónyuge o de un tercero. Causa eficiente de esta modificación es la ley que la establece y, en ciertos casos, la voluntad conyugal, pues se autoriza el convenio que la determina, entre los esposos, o entre un consorte y un tercero. En la situación particular de los emancipados el régimen de gestión impone distinguir dos clases de bienes propios, lo que comporta una señalada diferencia con lo que sucede con respecto a los bienes propios de los mayores de edad. En efecto el párrafo 2º del art. 131, el inc. 2º del art. 134 y el art. 135 obligan a distinguir dos categorías de bienes propios: a) los adquiridos a título gratuito antes o después de la celebración del matrimonio; b) los aportados al matrimonio adquiridos a título no gratuito y los bienes propios adquiridos durante la vigencia del régimen por título no gratuito .

a) Entre los primeros se cuentan principalmente, los bienes heredados y los incorporados al patrimonio en virtud de legado o donación, y otros como, por ejemplo, el premio de un seguro de vida o las cuotas de una renta vitalicia gratuita. También se incluyen los bienes que reemplazan a los adquiridos a título gratuito, por ejemplo, permutados o comprados con éstos con los requisitos de ley, el importe de la indemnización por su destrucción o pérdida, el precio de su venta o el monto de la indemnización por su expropiación, etc.(33)(826).

b) Entre los segundos figuran los bienes adquiridos antes del matrimonio con el fruto del trabajo, ejercicio del comercio o ejercicio profesional, de acuerdo a lo expuesto en el apartado I, 2) in fine de este estudio, además de otros bienes que son indiscutidamente propios incorporados al patrimonio durante el régimen de comunidad, pero que no es posible considerar de origen gratuito, como el importe de la indemnización por el daño personal físico o moral sufrido y los derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intelectuales, patentes de invención y diseños industriales (art. 1272, último párrafo agregado por la ley 17711). También, por supuesto, los bienes que reemplazan a éstos, debiendo aclararse que lo que corresponde al concepto "producido de los derechos intelectuales, patentes de invención y diseños industriales" se reputa ganancial si devengado durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial (art. recién citado) .

Puede discutirse la ubicación de ciertos bienes en uno u otro grupo, pero la pauta ofrecida por el título gratuito es suficientemente segura para resolver las dificultades planteadas. Por ejemplo, los aumentos en un bien propio pueden resultar de hechos naturales u obtenerse sin compensación alguna, como el mayor valor de acciones heredadas o donadas adquirido por el juego de fenómenos económico - financieros, lo que les confiere carácter gratuito.

Mayor dificultad puede plantearse en los casos de bienes adquiridos a título gratuito incrementados a título oneroso y más si se lo hizo con el empleo de gananciales. Por ejemplo, lo edificado sobre fundo propio constituye una unidad con éste y el todo se reputa propio (art. 1266) con derecho a recompensa a favor de la sociedad conyugal si se invirtieron gananciales. Pero aunque se emplearan en la mejora bienes adquiridos a título oneroso antes del matrimonio o gananciales, no es posible sustraer el inmueble a su caracterización de bien adquirido a título gratuito por ser la edificación lo accesorio. La solución es diferente en el caso de que el crédito con garantía hipotecaria constituido sobre un inmueble adquirido a título gratuito se solventará con fondos adquiridos a título oneroso antes del matrimonio o con fondos gananciales. La cosa sigue siendo propia, sin perjuicio del derecho de recompensa a favor de la sociedad conyugal si se emplearon fondos gananciales (art. 1272, 8º párrafo). En esta hipótesis lo pagado reemplaza a lo recibido en préstamo, que debe suponerse de menor o igual valor que lo ofrecido en hipoteca, manteniéndose el carácter de adquirido a título gratuito ya que el importe de los intereses no debería exceder al capital. Si se presentara este exceso, el bien ya no podría reputarse adquirido totalmente a título gratuito.

En todos los casos analizados se trata siempre de bienes propios con respecto a los cuales rigen los arts 1246 y 1247 del Código Civil, de estricta aplicación en materia de inmuebles. De no haber sido satisfechos los recaudos allí establecidos, corresponde calificar la cosa como ganancial, es decir, como adquirida a título oneroso durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial. De esta manera se simplifica para el emancipado por matrimonio la solución de la dificultad comentada por Spota y que él resuelve considerando que no es necesario que en el acto de disposición del bien adquirido a título oneroso consten los antecedentes demostrativos de este título no gratuito de su adquisición. .Por su importancia práctica y la autoridad de quien los formula, se transcriben algunos párrafos del autor citado: " Si el emancipado decide invertir una suma de dinero en la adquisición de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un bien, resultaría desmesurado; y no concorde con las valoraciones sociales y económicas que inspiraron sobre todo, la reforma civil, que se le impusiera una inconcebible prueba, homologada judicialmente: que acredite que ese dinero proviene de su actividad civil o mercantil o de los frutos de los bienes que administra. . . Por lo tanto, en la hipótesis considerada o sea, que el emancipado adquiera un bien con dinero no proveniente de una atribución patrimonial gratuita el título es perfecto, en relación a los terceros de buena fe y por causa onerosa (art. 1051), en cuanto de él no conste o no se desprenda que ese dinero, precio de la adquisición, lo obtuvo el emancipado por herencia, legado o donación. Con mayor razón procede aseverar ello si en ese título consta la manifestación de que el dinero con el cual se paga el precio proviene de la industria, comercio, trabajo, del emancipado, o de los frutos de sus bienes, etc.. . esa manifestación tiene el alcance de una presunción relativa (juris tantum) - pero ya no presunción legal, sino haminis -, que alcanza plena eficacia cuando el tercero actúa con buena fe - creencia y en amparo de su título oneroso .. (y) puede ser coetánea con el acto jurídico de que se trate, o sea, con el acto por el cual el emancipado dispone (aun "libremente" - arg. art. 128, 3ª parte) del bien que adquirió, es decir, al otorgarse - tratándose de un bien inmueble la escritura pública traslativa del dominio (o constitutiva de otro derecho real)"(34)(827).

En las V Jornadas de Derecho Civil se resolvió que: "El art. 1246 debe ser interpretado con amplitud, reconociendo por igual a marido y mujer, la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra de bienes inmuebles. Tal manifestación importa una presunción juris tantum sobre el carácter del bien adquirido". Se expresó también una aspiración tendiente a que en una eventual reforma del texto vigente, se exprese este criterio con mayor precisión y se lo extienda a las cosas muebles registrables(35)(828).

Finalmente debe tenerse presente que los frutos de estos bienes recibidos a título gratuito son gananciales (art. 1272, 4º párrafo) como así también los productos de la mina propia de idéntico origen (art. 344 del Código de Minería).

La exacta determinación de los bienes adquiridos a título gratuito es de verdadera importancia, porque entran en una posibilidad de gestión excepcional que sólo puede afectar a los emancipados cuyo matrimonio se celebró sin el debido asentimiento, posibilidad que se agrega a las de gestión excepcional comunes a todos los esposos, por razón de mandato o de curatela. Finalmente, es también con respecto a estos bienes que los emancipados quedan sujetos a restricciones a sus poderes de disposición que se suman a las establecidas en el art.; 1277 del Cód. Civil.

A) Cónyuge emancipado que contrajo matrimonio sin el asentimiento debido. El tema de la sanción correspondiente era discutido en vigencia de los textos del Código Civil y de la ley 2393.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A pesar de la redacción del art. 131 Cód. Civil, la doctrina casi unánime aplicaba como única sanción por la falta de asentimiento para el matrimonio de los menores en edad núbil o consolidado por la caducidad de la acción de nulidad fundada en la falta de aquella (art. 85, inc 1º, ley 2393), la establecida en el art. 13 de la ley de matrimonio civil, esto es, la privación de la "posesión y administración" de sus bienes, comprendiendo éstos todos sus propios, incluidos los adquiridos con su trabajo o su ejercicio del comercio anteriores al matrimonio. La sanción duraba hasta la mayor edad del afectado, según la severa expresión del art. 13, ley 2393: "no hay forma de suplir la falta de autorización".

La ley 17711 determinó claramente la sanción al establecer en el art. 131, 2º párrafo, que, en el caso previsto, los casados "no tendrán hasta los veintiún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación". La disposición expresa comporta la derogación del art. 13 de la ley 2393(36)(829) porque, si bien no son estrictamente incompatibles ya que el ámbito de aplicación del texto de la ley de matrimonio civil es más amplio que el del actual art. 131, 2º párrafo, la acumulación de sanciones sin disposición expresa resultaría antijurídica.

La regla legal es clara: "administrar" y "disponer" de los bienes excluidos de la gestión del emancipado, corresponde al representante legal, sujeto al régimen de la patria potestad o de la tutela. Mas(37)(830) y Portas han señalado la contradicción existente entre el art. 131 y el inc. 4º del art. 306 también reformado, que para la misma hipótesis de sanción al emancipado que contrajo matrimonio sin asentimiento se refiere a sólo la administración de los bienes adquiridos a título gratuito, optando los citados autores por dar preeminencia a esta segunda norma. Con tal interpretación "es el propio emancipado el que, en caso de necesidad, deberá gestionar la pertinente autorización judicial" para disponer(38)(831). Nos inclinamos por la interpretación opuesta que parecen compartir Spota(39)(832) y Borda(40)(833), por las siguientes razones: aunque en ambas disposiciones se prevé exactamente la misma figura, en el art. 131 se lo hace en el tratamiento especial de la institución afectada y sólo incidentalmente en el art. 406; la palabra "administrar" es empleada en el Código como equivalente a toda gestión jurídica, por ejemplo en el art. 293 se prescribe que el padre es el administrador de los bienes de sus hijos menores y en los artículos siguientes se reglamenta el ejercicio de la administración incluyendo los requisitos para celebrar actos de disposición (arts. 297 y 298); si la iniciativa de la disposición correspondiera al emancipado, el acto caería dentro de lo dispuesto en el art. 135, porque no hay fundamento legal para someterlo a asentimiento del juez, excluyendo al cónyuge mayor de edad: la sanción desaparecería en su contenido más importante. Si el emancipado celebrara actos relativos a estos bienes, serían nulos o anulables, según la forma en que se presentara el vicio, de nulidad relativa, invocable por el padre o tutor y subsidiariamente por el Ministerio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de Menores, a pesar de haberse extinguido la patria potestad o la tutela ya que en lo relativo a estos bienes continúa el régimen de la minoridad(41)(834). En la interpretación amplia del art. 59 del Cód. Civil por la que se ha inclinado la doctrina y jurisprudencia, cabe esta intervención del Ministerio.

Puede darse, sin duda, el problema contrario, provocado por la actitud pasiva del padre o tutor ante la necesidad del emancipado. También aquí es justificable la intervención del Ministerio Pupilar fundada en el ejercicio abusivo de los poderes reconocidos al padre o tutor, promovida por el directamente interesado.

Debe indicarse, por fin, la incongruencia que supone el levantamiento de la sanción por posterior "habilitación" del menor porque no se justifica que el emancipado sea habilitado cuando la emancipación es una sola institución a la que ya ha accedido el menor por su matrimonio. Debió bastar el asentimiento a éste, según hemos ya sostenido(42)(835).

B) Otros casos. La gestión de propios o gananciales de un cónyuge puede ser ejercida por el otro en caso de mandato o de curatela del consorte incapaz o simple ausente, mandato y curatela que pueden recaer también en un tercero. La gestión de los gananciales de titularidad del muerto presunto corresponde al cónyuge mientras subsista la sociedad conyugal. Por fin, el art. 1282 permite que el juez autorice a un cónyuge a realizar actos de administración correspondientes al otro en caso de impedimento accidental de éste. Tanto al tratar del mandato como de la curatela, circunscribimos la problemática al caso en que es mandatario o curador, el consorte del mandante, del incapaz o del simple ausente.

a) El emancipado puede conferir mandato para administrar sus bienes propios y los gananciales de su titularidad o solamente los bienes de cuya gestión no está privado por haber contraído matrimonio sin el debido asentimiento. El art. 1277 admite que sea - tácito. El cónyuge emancipado puede aceptarlo aun cuando haya contraído matrimonio sin el asentimiento debido, conclusión evidente pues la sanción prevista en el art. 131 es de interpretación restrictiva y no estando prohibido que el emancipado sea mandatario de un tercero, nada se opone a que lo sea de su consorte.

El emancipado puede conferir mandato para celebrar actos de disposición que no le estén prohibidos según el art. 134, no puede otorgarlo con respecto a los bienes de los cuales no puede disponer en la hipótesis del art. 131, 2º párrafo. Si el acto a celebrar recae sobre bienes recibidos a título gratuito, excluida su donación, se requerirá asentimiento judicial para el mandato, si el cónyuge mandatario fuera también emancipado, sin perjuicio de que la conformidad judicial pueda prestarse o comprobarse recién en el momento de la ejecución del mandato. Si el cónyuge mandatario es mayor de edad, al aceptar el mandato deja sobreentendido su asentimiento, suficiente para llenar el requisito del art. 135. Queda ya dicho que este mandato puede ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

válidamente aceptado por el consorte emancipado.

Debe destacarse que el mandato para disponer puede ser tácito, fuera de las hipótesis previstas en art. 1277.

b) Toda duda con respecto del ejercicio de la tutela por los emancipados (nacida del inc. 1º del art. 398) ha sido disipada por las normas ahora vigentes y la capacidad como regla de su situación jurídica. Es particularmente importante tener presente que el emancipado es titular de la patria potestad y la ejerce, que puede nombrar tutor (arts. 383 y siguientes del Cód. Civil) y que el desempeño de la tutela no incluye actos que le están prohibidos ni le permite otorgar sin autorización judicial negocios para los cuales le sería necesaria si se tratara de sus bienes y no de los de su pupilo(43)(836). Por lo tanto, dada la remisión del art. 475, el emancipado puede ejercer la curatela de su cónyuge incapaz' (demente interdicto o sordomudo que no sabe hacerse entender por escrito, interdicto).

El simple ausente no es un incapaz pero quien asume la gestión de sus bienes es denominado curador por el art. 19 de la ley 14394 y se aplica a "las calidades personales, facultades y obligaciones del curador" lo dispuesto con respecto a la tutela y la curatela (art. 20 de la ley 14394). El emancipado puede ejercer la de su cónyuge simple ausente, ocupando el primer lugar en el orden de preferencia que establece el art. 19 recién citado.

Es también indudable que el emancipado es apto para ser curador del consorte inhabilitado pero la gestión de éste no se transmite a aquél, llamado sólo a asentir en los actos de disposición o incluso de administración (art. 153 bis).

Por fin, si el emancipado puede ser curador de su cónyuge, le es permitido, con mayor razón, ser ,judicialmente autorizado para actos de administración en caso de impedimento accidental de consorte (art. 1282).

La gestión del cónyuge curador se rige por las reglas de la curatela y no puede recaer, obviamente, sobre bienes de cuya gestión esté privado el emancipado según el art. 131, 2º párrafo.

c) Según los arts. 1307 y 1308 Cód. Civil y 30 y 31 de la ley 14394, la sociedad conyugal integrada por el muerto presunto continúa hasta el vencimiento del plazo de prenotación o el nuevo matrimonio de su consorte. La gestión de los gananciales de aquél corresponde al cónyuge, aunque sea emancipado.

3º ASENTIMIENTOS

Previamente a la exposición sintética del tema se impone precisar los alcances de la expresión usada en el art. 135 que para los actos de disposición no donación sobre bienes adquiridos a título gratuito admite la eficacia del "acuerdo de ambos cónyuges", si "uno de éstos fuera mayor de edad". Es fácil destacar que la redacción del art. 1277 es distinta, pues pide "el consentimiento de ambos cónyuges" para los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actos a que se refiere, con un alcance explicado ya en el primer apartado del presente estudio. "

Anotada una primera observación crítica de la redacción del art. 135 (el cónyuge mayor de edad no puede ser otro que el consorte del emancipado), se plantea la cuestión dudosa: la ley ¿exige consentimiento de ambos? o, de la misma manera como se interpreta el art. 1277 ¿requiere del emancipado que tome la iniciativa del acto y que consienta en él, y a su cónyuge mayor de edad, que exprese su asentimiento? En principio, no hay motivo para apartarse aquí de los argumentos que han llevado a la doctrina y jurisprudencia a distinguir entre "iniciativa y consentimiento" y "asentimiento" en la interpretación del art. 1277. La única razón para sugerirlo resulta de un efecto de la solución opuesta: el cónyuge emancipado que no es hábil para "el acuerdo" en el acto de disposición de su cónyuge también emancipado relativo a bienes recibidos a título gratuito, podría serlo en el acto de disposición de su cónyuge mayor de edad relativo al "hogar conyugal" propio de éste adquirido a título gratuito (única posibilidad de presentación del caso, por ser el único bien propio incluido en el art. 1277 y por referirse la restricción con respecto al emancipado a solos los propios adquiridos a título gratuito). En efecto, bastaría en esta última hipótesis con que un cónyuge sea mayor de edad para la eficacia del "acuerdo".

Sin duda, la expresión usada en el art. 135 no es suficientemente feliz pero es indiscutible que se centra en el emancipado en su carácter de titular de los derechos sobre el bien adquirido gratuitamente, no contemplando al cónyuge mayor de edad sino en su rol de asistencia del que no lo es. Pero es también cierto que en la hipótesis contemplada del artículo 1277, se procura defender la vivienda familiar y no el haber adquirido a título gratuito por el emancipado. Este, apto para asentir cuando se trata del inmueble ganancial o propio adquirido a título oneroso por el cónyuge mayor de edad, ha de serlo además cuando el bien es adquirido a título gratuito.

En síntesis, el "acuerdo" del art. 135 contempla la iniciativa y consentimiento del emancipado y el asentimiento del cónyuge mayor de edad, según los fundamentos jurídicos de la distinción entre "iniciativa y consentimiento" y "asentimiento", pero la razón de la exigencia del asentimiento, como medio de defensa del "hogar conyugal", justifica la eficacia del asentimiento del emancipado en el caso excepcional expuesto.

A) Casos en que el negocio jurídico requiere asentimiento conyugal o judicial. Confluyendo sobre la gestión del emancipado relativa a sus bienes propios y gananciales lo dispuesto para su situación específica y el régimen de bienes común a los esposos, sus negocios jurídicos que requieren asentimiento conyugal o judicial, durante la vigencia del régimen patrimonial conyugal, son:

a) los negocios dispositivos que recaen sobre bienes gananciales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inmuebles, o sobre muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, los aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, la transformación y fusión de sociedades de personas (art. 1277);

b) los negocios dispositivos que recaen sobre el inmueble "hogar conyugal" propio no adquirido a título gratuito (art. 1277 relacionado con el art. 135);

c) los negocios dispositivos, exceptuada la donación, que recaen sobre bienes recibidos a título gratuito incluido el "hogar conyugal" (art. 135 relacionado con el art. 1277).

B) Capacidad del emancipado para asentir en los negocios jurídicos celebrados por su cónyuge. El emancipado es hábil para asentir en cualquier negocio jurídico celebrado por su consorte, siempre que él mismo pudiera otorgarlo con respecto a los bienes sometidos a su gestión. Luego puede asentir en:

a) los negocios dispositivos del cónyuge mayor de edad o emancipado, relativos a bienes gananciales, incluidos en el art. 1277;

b) los negocios dispositivos del cónyuge mayor de edad o emancipado relativos al "hogar conyugal" propio de éste, adquirido a título oneroso (art. 1277 relacionado con el art. 135) y, por las razones ya señaladas, el acto de disposición del cónyuge mayor de edad relativo al "hogar conyugal" propio de éste adquirido a título gratuito.

El emancipado no es hábil para asentir en los actos de disposición sobre bienes adquiridos a título gratuito por el consorte también emancipado (art. 135). Ha de requerirse el asentimiento judicial, que en el caso de tratarse del inmueble "hogar conyugal", atenderá también a los intereses de la familia.

El cónyuge emancipado puede demandar la nulidad de los actos jurídicos celebrados por su cónyuge sin su asentimiento, no siendo necesario que sea judicialmente autorizado al efecto(44)(837). Debe también ser admitido, en defensa del interés familiar, a promover la acción de nulidad del acto jurídico del consorte emancipado relativo al "hogar conyugal" obtenido por éste a título gratuito, fundándose en la falta de asentimiento judicial.

2) Deudas de los cónyuges

Resueltas en idéntica forma que las deudas de los esposos mayores de edad, se refleja sobre su problemática la cuestión de determinar si los bienes que el emancipado recibe a título gratuito y con respecto a los cuales se encuentra restringido en los poderes de disposición, integran o no la garantía común de sus acreedores. Mientras que Llambías se inclina por la respuesta afirmativa, diciendo que la contraria sería forzada(45)(838); Aráuz Castex(46)(839), Portas(47)(840)y Borda, se pronuncian por la exclusión de estos bienes del patrimonio destinado a satisfacer a los acreedores, exceptuando el último autor citado los gastos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

producidos por la conservación de los mismos(48)(841). De aceptarse la tesis restrictiva, los bienes recibidos a título gratuito quedarían sustraídos a ejecución por las "deudas del hogar" y las surgidas en la educación de los hijos, deudas por las que incluso puede ser demandado el cónyuge que no las contrajo aunque entonces sólo responde por ellas con los frutos de los bienes propios y de los gananciales que administra (art. 6° de la ley 11357).

La importancia de esta consecuencia obliga a detenerse en la fundamentación de la tesis amplia, a cuyo favor juega el criterio valorativo de las deberes conyugales y paternos, de mayor jerarquía que la protección del interés patrimonial del emancipado. Dicha fundamentación es, además, muy clara si se tiene presente que cuando la ley quiere excluir determinados bienes del poder de agresión de los acreedores, lo establece expresamente, por ejemplo, en los arts. 283, 374, 3878, 3883 Cód. Civil, art. 38 de la ley 14394, etc. y lo mismo cuando configura un patrimonio separado dentro del patrimonio general de un sujeto (casos de la herencia aceptada beneficiariamente, del patrimonio heredado del muerto presunto durante el plazo de prenotación, del patrimonio de que es desapoderado el concursado o quebrado)(49)(842).

De cualquier manera, los frutos de los bienes recibidos a título gratuito y los productos de la mina propia de idéntico origen, como se ha dicho, son gananciales y como tales entran en el art. 5° de la ley 11357, o sea, dentro de la "garantía común" de cualquier acreedor del emancipado. Además los frutos quedan incluidos en el art. 6° de la misma ley.

El único caso en que puede distinguirse totalmente la masa de bienes adquirida a título gratuito es en el régimen - sanción del 2° párrafo del art. 131, ya que el emancipado no la administra y con respecto a ella continúa el régimen de la minoridad.

3) Ejercicio de las acciones judiciales que producen la disolución de la sociedad conyugal

La disolución de la sociedad conyugal se produce por vía de consecuencia con la sentencia de nulidad de matrimonio (art. 1291) y con la sentencia de divorcia (art. 1306); y por vía principal, con la sentencia que declara la separación de bienes por las causales de mala administración, concurso o quiebra de un cónyuge (art. 1294), curatela de un cónyuge por un tercero (art. 1289) y muerte presunta en el caso del art. - 1307, interpretados estos tres últimos preceptos en concordancia con el vigente régimen de gestión de los bienes.

No se ha discutido la habilidad jurídica del emancipado para promover e intervenir en el juicio de nulidad del matrimonio pero si han determinado cuestiones aún no agotadas, los textos de los arts. 69 de la ley 2393 y 1293 del Cód. Civil, según el primero "si alguno de los cónyuges fuese menor de edad, no podrá estar en juicio, como demandante o demandado, sin la asistencia de un curador especial, que para este solo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fin elegirá la parte, y en su defecto nombrará el juez"; y de acuerdo al segundo artículo citado "la mujer menor de edad no podrá pedir la separación de bienes sin tener un curador especial, y la asistencia del Defensor de Menores".

Ambas normas fueron, primeramente, afectadas por el art. 7° de la ley 11357, relacionado con el art. 3° de la misma, ampliatorio este último de la capacidad de obrar de la mujer casada mayor de edad.

Coordinar el oscuro texto del art. 7° con el régimen de capacidad del menor emancipado según el Código Civil, dio pauta a distintas opiniones(50)(843), con disparidad de criterios incluso jurisprudenciales, que conducían a resultados totalmente contradictorios. Para el caso considerado, en efecto: a) si se entendía que la capacidad de la menor emancipada era igual a la de la esposa mayor de edad y más amplia que la del varón emancipado, ambas normas debían estimarse derogadas para ella; b) si se entendía que la ampliación de capacidad con que la ley 11357 beneficiaba a la mujer emancipada debía hacerse extensiva al varón, dichos preceptos carecían de vigencia para ambos.

La solución de las dificultades que plantea ahora la ley 17711 depende de la definición del intérprete con respecto a las alternativas expuestas, teniendo presente que el art. 9° de la ley 11357 no ha sido expresamente derogado por el texto de 1968. Es decir que, para aquel que entendió subsisten los artículos estudiados con respecto al esposo o a ambos emancipados es preciso determinar si han perdido toda vigencia con la instauración del sistema creado por la ley 17711 para los emancipados.

La respuesta afirmativa fluye del principio de la capacidad del emancipado como regla de su situación jurídica; que impone estricta limitación de las excepciones. Por lo tanto, debe estimarse derogado el art. 1293 Cód. Civil(51)(844), porque la separación de bienes compromete, en principio, los gananciales, con respecto a los cuales los emancipados gozan de plenos poderes de disposición, siendo, además, inaceptable el trato diferencial para la esposa emancipada según la derogación del art. 7° de la ley 11357 por la ley 17711 e improcedente pretender extender la exigencia al varón, para no afectar esa igualdad, porque se trata de una excepción. También debe considerarse derogado el art. 69 de la ley 2393(52)(845)por idénticas razones, ya que el divorcio comporta de pleno derecho la separación de bienes y aun con más sólido fundamento, pues compromete principalmente intereses personales muy íntimos, distintos y de mayor jerarquía que los patrimoniales afectados por aquella.

Los emancipados son hábiles para solicitar por sí mismos el divorcio por presentación conjunta o demanda bilateral (art. 67 bis, ley 2393)(53)(846).

4) Gestión de la indivisión post - comunitaria

No existen diferencias, con respecto a la gestión de la indivisión post - comunitaria, entre los esposos emancipados y los mayores de edad ni

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tampoco en lo relativo a la actividad jurídica que recae sobre los gananciales no destinados a compartirse.

Es también idéntica a la de los mayores de edad, la gestión de la indivisión prorrogada, ya sea que resulten aplicables las reglas y principios: a) de una sociedad de hecho (por mediar voluntad de no dividir y affectio societatis) pues es indiscutible que los emancipados pueden integrarla; b) del condominio (por no haber voluntad de continuar en la indivisión ni affectio societatis, siendo causal de la disolución la nulidad del matrimonio o la separación de bienes); c) de la indivisión hereditaria (caso en que se presenten los dos elementos del anterior, pero en que la causal de disolución sea la muerte, incluso presunta, del cónyuge, continuando la indivisión con los otros herederos)(54)(847).

Si la indivisión se prorroga sólo en algunos bienes ("hogar conyugal" ganancial o propio según el art. 1277, indivisiones hereditarias del art. 53 de la ley 14394) la gestión corresponde al emancipado en los mismos casos y con los alcances con que corresponde al esposo mayor. Por ejemplo, tratándose del "hogar conyugal", la administración recae sobre el que lo habita, la iniciativa y consentimiento en disposición es atribución del titular. Para el "hogar conyugal" propio adquirido a título gratuito continúan rigiendo los arts. 134, inc. 2º y 135 Cód. Civil y son válidas las observaciones formuladas al respecto.

La disolución de la sociedad conyugal por causa: distinta de la muerte probada o presunta del consorte, impide que el cónyuge mayor de edad continúe asintiendo en los actos de disposición relativos a bienes adquiridos a título gratuito por el emancipado (art. 135), salvo en el único caso de que haya procedido la causal del art. 1294 hecha valer por el cónyuge mayor de edad. En los otros casos, o no es necesario (si el emancipado es el incapaz sujeto a curatela), o no es razonable admitirlo (si el "mal administrador" es el consorte mayor) o es jurídicamente imposible (si el incapaz sujeto a curatela es el cónyuge mayor). En caso de divorcio sería contrario a toda lógica y a la regulación del mismo, pretender lo contrario. En todas estas hipótesis el emancipado deberá satisfacer la exigencia del art. 135 mediante asentimiento judicial.

5) Liquidación

Sólo requiere algunas precisiones porque reviste los caracteres comunes a toda liquidación de sociedad conyugal y está sujeta a los mismos requisitos y trámites.

a) Los acreedores pueden ejecutar aun los bienes adquiridos a título gratuito por su deudor emancipado, según lo expuesto. Sobre los mismos bienes pueden hacerse efectivas las costas del juicio de divorcio (art. 52, ley 2393).

b) El emancipado que debe recompensa a la sociedad conyugal ("colaciones o aportaciones") responde también con todos sus bienes propios. Sería muy evidente la injusticia si se excluyeran aquellos propios con respecto a los cuales carece de plenos poderes de disposición, al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proyectarse finalmente en desmedro del consorte.

6) Partición

La partición de la sociedad conyugal se rige por las reglas de la partición hereditaria (art. 1313). En dos artículos del título pertinente del Código Civil se alude a los emancipados. Son ellos: el art. 3456 que prescribe que "a los menores emancipados se les nombrará un curador, sea para formar la demanda de partición, sea para responder a la que se entable contra ellos" y el art. 3465, inc. 1º, que ordena la partición judicial "cuando haya menores, aunque estén emancipados".

Hemos sostenido ya que el art. 3456 ha sido tácitamente derogado por la ley 17711(55)(848) porque los actos a que se refiere la partición hereditaria entran en las facultades de disposición del emancipado, con asentimiento conyugal o judicial.

En materia de forma de la partición son defendibles las dos tesis: a) por la capacidad de los emancipados, puede considerárselos incluidos en el art. 3462 y admitirlos a partir, por lo tanto, mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez (art. 1184, 2º)(56)(849); b) por la no supresión expresa del término "emancipados" en el art. 3465 que contiene excepciones al art. 3462 (en el cual la expresión "mayores de edad" que no comprende a los emancipados, se cambió por "capaces" que sí los comprende), puede sostenerse que fue intención del legislador mantener la exigencia de la partición judicial(57)(850).

La problemática que antecede se justifica en materia de partición hereditaria porque recae sobre bienes recibidos a título gratuito. Por el contrario, la partición de la sociedad conyugal recae sobre gananciales, objeto de plenos poderes de disposición del emancipado. Para esta hipótesis es innegable que pueden dar forma jurídica a la partición por escritura pública o instrumento privado presentado al juez que entendió en el pleito de nulidad del matrimonio, divorcio o separación de bienes .

Debe recordarse también que el art. 67 bis de la ley 2393 admite la posibilidad de un acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal durante el trámite del divorcio por presentación conjunta o demanda bilateral, al que tienen acceso los emancipados actuando por sí mismos. Esto refuerza la argumentación favorable a su derecho a partir privadamente.

Los convenios entre emancipados relativos a la sociedad conyugal son objeto de las mismas consideraciones que corresponden a los acuerdos entre mayores. En el caso de reputarse válidos porque se han concertado una vez disuelta la sociedad conyugal o porque, concertados antes, se hacen efectivos después con los limitados alcances que les reconocen la doctrina y jurisprudencia, pueden revestir importancia especial si recaen sobre bienes adquiridos a título gratuito, produciéndose su nulidad insanable cuando comporten donaciones o requiriendo asentimiento judicial para otros actos de disposición.