

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aparte de los tres últimos libros, publicó Cuiacius en 1563.

De las Novelas, por último, considérase como la mejor edición la moderna, cuya publicación dirigieron Schöel y Kroll, que constituye el volumen III de la edición del Corpus Iuris Civilis de Mommsen y Krüger (1866 - 1870) .

Por lo que se refiere a las ediciones completas de toda la compilación justiniana (Corpus Iuris Civilis), las primeras realmente importantes corresponden a fines de siglo XVI; la primera, bien cuidada, se publicó en 1583, es obra de Dionisio Godofredo y vio la luz en Ginebra, sirviendo de base a muchas otras ediciones sucesivas. Otra de las más interesantes es la que publicaron hacia fines del siglo XVIII Gevayer y Spangenberg (1776 - 1797). A la primera mitad del siglo XIX corresponde la edición de los hermanos Kriegel (1828 - 1843), en la cual la publicación del Código fue dirigida por Hermann, y la de las Novelas, por Osenbrüggen. Pero la que en la actualidad se considera más perfecta es la edición publicada entre 1866 y 1870 por Mommsen y Krüger. En esta edición colaboraron muchos especialistas y en particular Schöell y Kroll. Mommsen dirigió la publicación del Digesto. Krüger la de las "Instituta" y el Código, y los últimos mencionados la de las Novelas. Esta es la edición más usada por los romanistas. Existe, además, otra edición de bolsillo, publicada en Milán entre 1908 y 1931, que fue dirigida por los eminentes profesores italianos Bonfante, Scialoja, Riccobono, Fadda y Ferrini.

SEMINARIOS DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS

DE REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL() (613)*

CARLOS H. VIDAL TAQUINI(**) (614)

Decía bien el escribano Taquini que este tema continúa siendo de una actualidad oscura, porque a doce años de la reforma del Código Civil pareciera a veces no quererse entender que realmente la ley 17711 produjo modificaciones sustanciales en esa ley de fondo. Pero pareciera también que entre nosotros existen muchas ataduras al pasado legislativo, quizá como consecuencia de una falta de adaptación a la comprensión de los cambios que se van produciendo, y quizá también, por un defecto en las técnicas legislativas por cuanto muchas veces no se advierte que la simple modificación de un artículo no es simple sino que, por el contrario, puede traer consecuencias en todo el andamiaje sobre el cual la estructura de una institución determinada se encontraba sustentada.

No creo que estuvo en la mente del legislador de 1968 producir una modificación sustancial al régimen de bienes del matrimonio. En todo caso, en expresión de quien fue cabeza de esa reforma, se trató, como se dijo, de una puesta al día del derecho civil o, en el tema que nos ocupa, clarificar e intensificar el sistema que había surgido como consecuencia de la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

11357.

Si la intención no fue provocar modificaciones sustanciales, no se advirtió, en mi concepto, que ello ocurrió de una manera que no puede ser motivo de discusión.

No creo que fue una puesta al día del derecho civil, así, sencillamente, para tratar de mejorar un poco las cosas o clarificarlas. Si fue una puesta al día del derecho civil, hubo modificaciones sustanciales en todos los tramos de ese derecho. Si se quiso intensificar, mejorar, el sistema consecuente de la ley 11357, tampoco resulta cierto, porque aun por encima de cualquier denominación que se le puede dar al régimen patrimonial del matrimonio en los momentos actuales, esas modificaciones son tan sustanciales que el régimen de la ley de derechos civiles de la mujer quedó también totalmente atrás. Pero por aquellas ataduras que refiero, e incluso porque falta, reitero, ese adecuarse a los nuevos cambios que se van produciendo, el resistirse quizá a ver una realidad lleva a que el intérprete a veces no trasunta esas posiciones, y quiere seguir interpretando en función de lo que hasta ayer fue.

Por cierto que, para tener un panorama, cabe la forzosa obligación de comparar los diversos sistemas de los tres hitos que nos marca la legislación argentina Código Civil, ley 11357 y, obviamente, ley 17711.

Vélez Sársfield, ya en su nota al título de la sociedad conyugal, comienza sentando una expresión bastante rotunda y concreta al decir que en esta materia "nos separamos de los Códigos antiguos y modernos". Es decir, Vélez, al que siempre se debe valorar como hombre que tenía una concepción total y absolutamente propia y convencido de lo que hacía, por más errores que se le puedan imputar, determinó en definitiva un régimen que consideraba era el apropiado para la familia argentina de ese momento. Así, se aparta y crea un régimen único, legal, inmodificable por los cónyuges, y por tanto, forzoso; características de las que no está desprovista aún nuestra legislación, en cuanto al régimen de bienes, en que la voluntad de los cónyuges está prácticamente reducida a cero.

Vélez, que cometió el error metodológico de ubicar a la llamada sociedad conyugal en el libro de los contratos - lo que se justifica plenamente porque era la técnica que utilizaban casi todos los Códigos de la época - , es en eso en lo único que no se aparta. Recién ahora se va comprendiendo claramente que las cuestiones patrimoniales son un efecto propio del matrimonio; hay efectos personales y efectos patrimoniales, y son los Códigos modernos lo que van ubicando la regulación de los efectos patrimoniales en la sección respectiva, es decir, la del matrimonio.

Y aquí surge la primera gran atadura: la expresión "sociedad conyugal". Si pensamos que hace ya más de cien años que hablamos de la sociedad conyugal, resulta a veces poco práctico no hablar de ella. Pero para Vélez y para cualquier otra legislación, sociedad conyugal es un régimen de bienes, no el régimen de bienes del matrimonio. Y ese régimen es el de comunidad. Es que Vélez se apartó de la denominación francesa.

Hasta la sanción del Código Civil francés, la expresión "sociedad conyugal" responde al régimen de comunidad. Se dicta el Código, y se sustituye la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresión "sociedad conyugal", que era la que normalmente se usaba en las regiones que se regían por la costumbre, por la expresión "comunidad", que era y es más técnica. Pero "sociedad conyugal" es igual a "régimen de comunidad", Vélez sigue la terminología del Código chileno, que habla de la sociedad conyugal, pero que es el régimen de comunidad, y del proyecto español de 1851, en cuanto a que a la comunidad se le continúa llamando "sociedad conyugal".

Esto tiene notas destacadas de comprensión en el Código mexicano, en el cual hay dos regímenes: el de la sociedad conyugal y el de separación de bienes. El primero es el régimen de la comunidad, así denominado.

Pueden ustedes imaginar, a la luz de este Código, por ejemplo, que no puede decirse que la sociedad conyugal es el régimen de bienes del matrimonio. Esto para mí es de una comprensión necesaria en tanto sepamos en definitiva cuál es el régimen de comunidad.

Cuatro son los elementos del régimen de comunidad: unidad de masa; unidad de administración; una consecuente unidad de responsabilidad; y masa que se partirá por mitades entre los cónyuges, y que, según nuestro artículo 1315, no atenderá al aporte que se hubiese efectuado. Esta partición puede variar en distintas legislaciones; no siempre es por mitades, lo normal es que sea por mitad, pero en aquellos países que admiten las convenciones matrimoniales, se puede dar la circunstancia de que los cónyuges conviniesen que esa partición fuese en proporción diferente.

Destaco los cuatro elementos de la comunidad en función exclusiva y de oposición a lo que cierta parte de la doctrina actual argentina sostiene - y que a veces se repite - de que la comunidad estaría sólo caracterizada por la partición por mitades de bienes calificados de gananciales, luego de que se produce el hecho que provoca la disolución del régimen. Debo advertir que esta expresión es total y absolutamente minoritaria en la doctrina comparada.

¿Cuál es el defecto de todo esto? Decir que la comunidad sólo se caracteriza porque hay una partición por mitad después del momento de o la disolución, significa olvidar qué es lo que ocurre mientras el régimen está vigente, o sea, qué es lo que pasa durante el matrimonio. Porque es indudable que un régimen matrimonial no puede ser computado exclusivamente por ese efecto, ya que es uno de los que se van a producir.

Si pensamos que todo el régimen matrimonial comienza con el matrimonio y termina con el matrimonio, se da la paradoja de que estaríamos calificando el régimen por lo que sucede una vez que finaliza. Y, ¿qué nos queda antes? ¿Qué pasa durante el funcionamiento del régimen? Esto, que en cierta medida esboza Roguin, único autor extranjero que había dicho que aún existiría comunidad si luego de la disolución hay una partición, es lo que se ha dado en llamar la comunidad diferida o la comunidad por causa de muerte.

Cuando hablo de matrimonio, me estoy refiriendo a los momentos en que el régimen está vigente, fundamentalmente, como comunidad de vida, porque puede haber matrimonio en que no hay comunidad de vida, no hay régimen, como en el caso del divorcio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nosotros debemos entender cómo los cónyuges van a administrar los bienes y fundamentalmente también cómo y de qué manera se van producir los órdenes en que se aplique la responsabilidad por las deudas que los cónyuges puedan contraer; y cuando se habla, por supuesto, de administración, el orden de disposición; si se califican o no se califican los bienes, etc.

Vélez es muy claro y muy simple. El régimen de comunidad de Vélez aparentemente no tiene discusión de ninguna naturaleza es una comunidad relativa, porque no ingresan todos los bienes, y allí se dan todos los elementos de la comunidad. Es decir hay una formación de masa que constituyen los bienes calificados de gananciales, y que en líneas generales son los que adquieren los cónyuges después del matrimonio y en tanto y en cuanto adquisiciones posteriores la ley no las haya calificado de propias.

Existe una unidad de administración. El artículo 1276 viejo es tan rotundo que tampoco podía admitir discusiones: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio".

Y finalmente, había una unidad de responsabilidad, que Vélez consagra en un solo artículo: el 1275, que al decir cargas de la sociedad conyugal determina cuáles son, y, evidentemente, el responsable era el marido, y la mujer, como señalaba el inciso 3º, en los casos en que legalmente pudiese obligarse. Mantiene el artículo 1315, porque es otra nota típica de la comunidad, que no se puede discutir, y lo hemos descripto como un elemento más, porque es indudable que el régimen de comunidad es, en cierta medida, la contrapartida, la otra cara de esa comunidad de vida espiritual; de efecto, que teóricamente debe guiar a los cónyuges al convertirse en tales. Es que, normalmente, el hombre y la mujer no se unen en matrimonio con sentido especulativo, con fines de lucro. De allí que la expresión "sociedad", cuando a veces se la ha querido asimilar, es lo que era: una expresión antigua que no responde al criterio nuestro.

La ley 11357 produce modificaciones, y comienzan los grandes problemas. Si se analiza el Código Civil, quizá el único problema interpretativo de discusión que dividió tajantemente a doctrina y jurisprudencia fue esa interpretación que giraba en derredor del artículo 1224, que en su consonancia con el 1271, llevó a que en cuanto a tipificaciones algunos considerasen que la comunidad era de gananciales y otros, que la comunidad era de muebles y gananciales, porque si no se cumplía con el artículo 1224: inventario de los muebles, la norma determinaba que los muebles se tendrán y se juzgarán como gananciales.

En cambio, quienes dieron preeminencia al artículo 1271, en cuanto a que serán gananciales los bienes existentes en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, salvo prueba de que fueran propios o adquiridos después por herencia, legado o donación, llevaba a que se pudiese probar, en una etapa posterior al momento de la disolución, que los muebles eran propios.

De allí esa divergencia. Teóricamente y en la realidad, fue la única seria discusión que se planteó ante el Código Civil argentino en materia de régimen de bienes matrimonial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Quiere decir, entonces, que el régimen de Vélez - guste o no, eso es aparte - fue casi perfecto.

Quizá el otro aspecto que se puede determinar en cuanto a vacío, es la hipótesis de liquidación de sociedades conyugales mediando bigamia, en la cual los herederos tal vez se vean perjudicados por la solución que dio Vélez, pero que tampoco era peor ni mejor que la que se daba en otras legislaciones sobre el mismo aspecto.

La ley 11357 ha sido técnicamente defectuosa. Más allá de si era necesaria - su sanción - de eso no cabe duda, el siglo XX es el de la promoción de la mujer casada, pues se colocó a la par de la legislación extranjera, de lo cual no hay que preocuparse tanto, sino de ponerse a la par de nuestra realidad - provocó un sinnúmero de cuestiones precisamente por ese defecto de técnica.

¿ Cómo compaginamos esta ley complementaria con el Código Civil ?

Pienso que la cuestión no era tan difícil. Creo que la interpretación más coherente y lógica es que a través de la ley 11357 se creó un régimen que se puede calificar como derivado o como compuesto. Quien fue el eje que podía provocar cualquier modificación al sistema del Código, era la destinataria de la ley: la mujer.

La administración por el marido de los gananciales era simplemente un poder otorgado en función de cómo estaba organizado el régimen, no por la incapacidad de la mujer. La incapacidad de la mujer residía en que ella perdía la administración de sus bienes propios, pero la ley 11357 determinó que había una administración de los bienes propios de la mujer por el marido en virtud de que la norma legal presumía la existencia de un mandato tácito.

Vale decir que ya la mujer no era incapaz en función del régimen de bienes, porque en cualquier momento ella podía asumir la administración de sus bienes propios, para lo cual simplemente, y, en principio, debía revocar el mandato tácito que tenía el marido.

Recordarán ustedes que la ley ordenó la inscripción en el Registro de Mandatos, y cuando éste desapareció, la inscripción se hizo en el Registro Público de Comercio.

Había ciertos actos que también podían llevar a la revocación de ese mandato como, por ejemplo, si la mujer ponía la acción de separación judicial de bienes. Era evidente que allí mismo estaba asumiendo la administración de sus bienes propios.

El segundo aspecto era que la mujer, en virtud de su oficio, empleo, profesión, comercio o industria honestos - enfatizo el término - , podía administrar el producido de esa actividad y, a su vez, administrar y disponer de los bienes que adquiriese con el producido de esa actividad, para lo cual - y aquí la posibilidad o no de la mujer de administrar si adquiriría algún bien - debía dejar constancia, en el momento de la adquisición, que lo hacía con el producto de su trabajo personal.

Lamentablemente, a veces hemos visto títulos que decían: "adquiere con bienes propios producto de su trabajo personal", o "con bienes propios de su trabajo personal", error un tanto incalificable porque el fruto del trabajo no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dejaba de ser ganancial, y los bienes que la mujer administraba revestían la calificación de gananciales.

Esta fue la administración reservada a la mujer.

Pero si la mujer no revocaba el mandato; si no realizaba actividad honesta; no administraba el producido de su actividad, o no adquiría bienes con el producido de ella, el régimen del Código Civil permanecía inalterable. Si la mujer adquiría algún bien que no fuese por esa causa, la administración de ese bien ganancial caía también en manos del marido, porque este seguía siendo el administrador legítimo de la sociedad conyugal.

Y aquí, a raíz de esa estructura, se introduce una expresión que no es correcta. Se ha dicho, y se sigue repitiendo, quizá por el peso de quien lo dijo, pero lo dijo mal, que la ley 11357 había instaurado una administración bicéfala. Si nos atenemos al significado del término, bicéfalo son dos cabezas para un mismo cuerpo, y en este régimen consecuente de la ley 11357, no hay dos cabezas para un solo cuerpo, porque no hay dos administradores de una misma masa de bienes. Hay un desprendimiento de la masa ganancial en el orden de la administración de bienes que va a administrar la mujer, pero los administra exclusivamente ella. Es decir que ni el marido podía tener injerencia en la administración de esos bienes llamados reservados, ni la mujer podía tener injerencia en la administración del resto de los bienes gananciales que le correspondía administrar al marido. Por eso no hubo ni hay administración bicéfala.

Distinto hubiese sido si marido y mujer pudiesen administrar en conjunto los mismos bienes. Entonces sí habría dos administradores para una sola masa de bienes. Pero aquí hay tantos administradores como masas de bienes se van formando, aunque todas tengan calificación de gananciales.

Por cierto que la ley 11357 - problema que no se resolvió - desmiembra la unidad de responsabilidad. Ustedes tendrán conocimiento que algunos autores sostuvieron, frente a la ley, que se había producido la desmembración total de la responsabilidad con la consecuente derogación del artículo 1275, en el que tenía influencia fundamental el inciso 3º, por aquello de que eran carga de la sociedad conyugal todas las deudas que contrajesen el marido y la mujer, cuando ésta pudiese legalmente obligarse. Los artículos 5º y 6º de la ley también en nuestro concepto funcionaban exclusivamente en la medida en que la mujer hubiese abierto el régimen. Si la mujer no realizaba la actividad que hemos determinado, entonces la unidad de responsabilidad a través de artículo 1275 se seguía manteniendo. Llegamos a la ley 17711. ¿Qué ocurre? Con sólo comparar los textos surge que el cambio se produce de una manera total.

El artículo 1276 del Código Civil significó que el marido era el administrador legítimo de la sociedad conyugal. El artículo 1276 nuevo dice que "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 por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277". Y como si el legislador quisiese insistir más en ese concepto que sienta en el primer párrafo del artículo 1276, en el tercero del mismo artículo está denotando que un cónyuge no puede realizar acto de administración alguno

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en los bienes propios o los gananciales de administración reservada al otro - la expresión "reservada" está mal empleada - , salvo que hubiese mandato expreso o tácito. Y esto no es ni más ni menos que un régimen de separación de bienes.

Guste o no guste, estemos de acuerdo o no, lo critiquemos o no, este es un régimen de separación de bienes. Claro que se ha mantenido el principio del artículo 1315, por aquello de que se sigue hablando de que todavía hay sociedad conyugal. ¿De qué sociedad conyugal se puede hablar cuando cada cónyuge está administrando libremente sus bienes. Aunque tengamos un artículo asfixiante como el 1277, es evidente que hay una libre disposición de los bienes. ¿ De qué manera hay sociedad conyugal, hay comunidad en el sentido que he expresado, mientras este régimen está viviendo, es decir, mientras el matrimonio está en comunidad de vida, si cada cónyuge está responsabilizándose exclusivamente por las deudas que contrae? Sólo hay una posibilidad de contribución de deudas si éstas se originen en necesidades del hogar, en la educación de los hijos y en la conservación de los bienes comunes, como determina el artículo 6º de la ley 11357.

Me resisto a pensar que a ello podamos seguir llamándolo comunidad; me resisto a reflexionar que estamos en la sociedad conyugal como comunidad. Que el término "sociedad conyugal" se esté transformando con el transcurso del tiempo en sinónimo de régimen de bienes como expresión degenerativa y no técnica, podemos quizá entenderlo. Es cómodo hablar de sociedad conyugal, y es difícil a veces, hablar de régimen de bienes.

Todo esto lo digo porque considero que es la piedra angular de la comprensión del sistema. Lo contrario hace que no se puedan solucionar los innúmeros problemas que se han ido planteando y que pueden ser de interés para ustedes. Esta es mi caracterización del régimen; por cierto que no es un régimen de separación de bienes puro, por cuanto tenemos esa partición por mitad de los llamados bienes gananciales después de que se produzca el hecho que motiva la disolución del régimen.

Estamos en presencia de un régimen de participación en los adquiridos, que responde a la línea tradicional de los regímenes de participación existentes en todo el mundo. Durante la vigencia del régimen hay separación de bienes. El doctor Belluscio sostiene que durante el matrimonio es como si hubiese un régimen de separación de bienes. Si hubiese un régimen de separación de bienes es porque hay un régimen de separación de bienes. Si algo funciona como un auto, creo que seguramente será un auto.

Por lo tanto, durante el régimen hay separación de bienes, y a la disolución surgen las dos variantes clásicas: el de participación en la ganancia, que es una participación en valor, cual el sistema legal alemán, o el sistema convencional francés, o el que en definitiva tenemos nosotros, que no admite mucha discusión, en que la ganancia no es un valor sino que se toman los bienes que quedan determinados exclusivamente en el momento en que se produce la disolución del régimen.

Esto lleva a que en todo régimen de comunidad es ineludible que la masa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de bienes exista durante el matrimonio y también que medie unidad de administración y unidad de responsabilidad. En la medida en que la masa se va disgregando; en la medida en que van apareciendo tantos administradores como masas hay; en la medida en que la responsabilidad se va abriendo, ya no podemos decir que estamos ante el régimen de comunidad.

Reitero algo básico. Aun cuando se le esté llamando comunidad o sociedad conyugal - insisto e insistiré siempre con convencimiento total y absoluto de que es incorrecta esa terminología - , es indudable que para una recta interpretación de todos los problemas o de todas las cuestiones que pueden surgir, se debe tener en la mente que esta "comunidad" de administración separada, o de gestión, como también se dite en términos que tampoco considero correctos, no es lo mismo en cuanto al régimen vigente hasta el momento de la sanción de la ley 17711. Es de felicitarse que aunque hay autores que siguen hablando de comunidad o de sociedad conyugal, lo evidente es que van hacia una recta interpretación de que esto no es lo mismo que existía antes. Pero aun así, debo persistir en que creo que la consideración exacta de la naturaleza del régimen que tenemos debe partir de la comprensión de cuál es, de su denominación también, para llamar a las cosas por lo que deben ser llamadas, y en definitiva, entonces, poder entender qué está pasando.

Dentro de los órdenes de sugerencias que se me han hecho llegar a través de la mesa organizadora del Curso, vamos a tratar, en la medida que el tiempo lo permita, seis aspectos: la vigencia del artículo 1246; las cuestiones que pueden suscitarse ante el condominio entre cónyuges; el asentimiento general y anticipado; un breve recuerdo al contralor registral; y luego otros dos, que son motivo de preocupación, referidos a la administración y disposición de los bienes después de la disolución y antes de la liquidación, y el régimen de deudas en igual período.

Recuerdan ustedes que el Código Civil - cuando hablo del Código me refiero a Vélez, y hago la aclaración para que entiendan mejor el método terminológico que empleo - , si bien coloca al marido en posición de preminencia, ello se debía al orden natural de las cosas vigentes en esos instantes: el marido ponía el trabajo y la mujer el corazón en el hogar. A medida que pasan los tiempos, en que los derechos son mayores y también las obligaciones son mayores, la mujer, según ella, pone no sólo el corazón sino además el trabajo. Habrá que ver cuál es la medida y la proporción.

Vélez determina un sistema de protección y de defensa de la mujer. En función de que el marido debe administrar los bienes de la mujer, sienta una norma muy clara y concreta, la del artículo 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 adquiera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer".

El artículo 1247, en igual sentido, establece: "Corresponde también a la mujer lo que con su consentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresándose también el origen de los bienes que ella diere en cambio".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cabe recordar que los bienes propios en general son: los aportados al matrimonio; los que se adquirieran después de la celebración del mismo por herencia, legado o donación; los adquiridos después del matrimonio por subrogación real; los aumentos materiales de los bienes propios y todos los bienes que se adquirieran después del matrimonio y que reconocen una causa anterior a su celebración.

A este panorama general de los cinco principios que dominan los bienes propios se agregan los derechos intelectuales, conforme la calificación que les da la ley 17711. La realidad es que en el momento de la disolución se retiran los propios; los que quedan son los gananciales que se van a dividir por mitades.

El artículo 1272 hace una mera enunciación ejemplificativa, de manera que cuando nos encontramos ante un bien tenemos que guiarnos por estos principios que van a determinar si la calidad es propia o ganancial.

El artículo 1246 exigía la declaración del marido de que adquiría para la mujer; que la compra se hacía con consentimiento de ella; y la especificación en la escritura de cómo el dinero le pertenecía a la mujer.

Sancionada la ley 11357 no había necesidad de la declaración por parte del marido, porque, en virtud de lo que acabamos de observar, la mujer podía adquirir, pero las exigencias debían seguir cumpliéndose. Recuerdan ustedes que en función de esta ley inexplicablemente se llegó por un fallo aislado - cuidado con los fallos aislados - al plenario de las Cámaras Civiles que sentó la doctrina de que "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 el dinero es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer".

Entiéndase bien que aquí estamos en presencia de bienes propios. No es lo mismo cuando la mujer adquiere bienes gananciales. Esto ha llevado, luego de la reforma, a determinar si las exigencias del artículo 1246 deben seguir cumpliéndose.

Se infiere que si la especificación no se realiza en la escritura, el bien no tiene calidad propia, sino ganancial.

¿Qué hay que decir en la escritura? Porque así como he referido hace instantes, que hay títulos que establecen que la mujer adquiere con dinero propio, producto de su trabajo - lo que está mal dicho - , también a veces las expresiones utilizadas han sido sumamente sintéticas, como decir, por ejemplo: adquiere la mujer con dinero propio de la herencia de su padre, y nada más. Para la bondad del título esa expresión es defectuosa, porque hay que tener en cuenta que aquí debe diferenciarse la oponibilidad de ese título con relación a terceros y la oponibilidad del título con relación a los cónyuges o sus herederos, que son dos cuestiones diferentes. Frente a terceros no se puede discutir el título; el tercero exclusivamente se atiene a lo que él exterioriza. Si nada se menciona, el bien es ganancial, y no puede la mujer sostener ante terceros que el bien sería propio, aunque lo fuese. Hay un defecto, una omisión en el cumplimiento de los requisitos que la ley exige, y por lo tanto, frente a terceros esto es inoponible.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De manera que cuando se hace una adquisición de bien propio, hay que determinar con la mayor claridad el origen de los fondos propios con los cuales se adquiere. En el supuesto de una permuta, no basta decir que se permuta, sino que cabe hacer la referencia obligada del título anterior en cuanto trasunta la calidad de propio para, entonces, volcarla en la nueva escritura de permuta. Aparentemente sería una cosa fácil; sin embargo, se debe cumplir con todos esos requisitos. No basta decir que se permuta un bien propio por otro para que el que entre en su lugar - subrogación real, y aquí está el fenómeno jurídico - ya sea propio, porque se está tornando defectuoso el título. Por eso, cuando se adquiere un bien propio, hay que hacer mención clara y concreta. En el ejemplo de la herencia del padre: especificar dónde tramitaron los autos sucesorios, y todo lo que pueda dar diaphanidad a la escritura, a los fines no sólo de oponerla a terceros, sino porque la exigencia se mantiene después de la ley 17711.

La exigencia está referida a los bienes propios, y en la actualidad no se torna necesaria y no tiene sentido extenderla a los bienes gananciales. La calidad de ganancial va a surgir exclusivamente de la omisión en la determinación de la adquisición del inmueble propio.

Esto desde el punto de vista de la mujer. Si hubiéramos tenido una reforma técnicamente bien hecha, esta disposición se debió haber extendido como requisito al hombre y también a los muebles registrables. Porque todo esto en su vigencia está determinando la facilitación de la prueba en el momento de la disolución. El hombre casado no tiene exigencia para determinar el origen cuando compra un bien propio. Esto actualmente se torna desventajoso para el hombre, porque se ve obligado a la prueba frente a su cónyuge o sus herederos para establecer que el bien es propio, lo cual también la mujer puede hacer.

Si bien frente a terceros inoponible, no lo es frente al cónyuge o sus herederos, porque la calificación de bienes propios y gananciales funciona independientemente de la voluntad de los cónyuges. Lo que se pretende es que los patrimonios queden incólumes, o sea que al momento de la disolución se retiren los bienes propios y lo que queda es ganancial. Luego de la disolución siempre se puede probar.

De ahí que es aconsejable que cuando un hombre casado adquiere un bien propio, en el título se hagan todas estas indicaciones, y evidentemente quedará una preconstitución de prueba, y aun en relación a los muebles registrables. Si bien los registros no permiten manifestaciones de este tipo, ello puede suplirse a través de una manifestación por acta o por escritura pública en la cual se cumplan todos los requisitos, o sea: la determinación de cómo pertenece el dinero, con todas las concatenaciones.

Este es un proceso de subrogación real, de modo que si bien a veces no se puede pedir un rigor matemático, por lo menos el orden de la subrogación - debe tener un viso de realidad y de lógica. Si decimos, volviendo al ejemplo de la sucesión del padre, que él murió hace veinte años, ¿cómo y de qué manera vamos a probar subrogaciones reales? Se torna prácticamente imposible, además de todas las evoluciones, mejor dicho involuciones, económicas que nosotros sufrimos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para concluir esta breve meditación sobre el artículo 1246, digo que lo considero vigente. Es cierto que luego de la reforma no tendrá mayor influencia en la administración, porque el bien, ya sea propio o ganancial, la mujer lo va a administrar. Pero sin perjuicio de ello, cabe tener presente que aun los bienes propios pueden quedar sujetos al asentimiento conyugal, como lo dispone la última parte del artículo 1277, y además porque es fundamental tener un orden de prueba claro, sin olvido de la responsabilidad. Si se reviera totalmente la cuestión; decir que no está vigente; que no se debe cumplir con todos estos requisitos, como alguien ha dicho, se torna absolutamente desventajoso, pues revierte la prueba. Si estamos preconizando que el marido haga exactamente lo mismo, dejamos a la mujer con este cumplimiento de requisitos. Pero hay que recordar bien las expresiones y la determinación clara, precisa y total en el título de cómo el dinero pertenece a la mujer; no basta, reitero, decir que es dinero propio de la mujer.

Voy a referirme, también brevemente, al condominio entre cónyuges.

Se habla de condominio entre cónyuges, y ya comienzan a plantearse las incertidumbres. ¿Cómo es posible que pueda haber condominio entre cónyuges? Aparentemente suena un poco mal y se alega que no ha existido nunca. Ocurre que se nos ha cambiado el régimen, y la figura del condominio entre cónyuges está perfectamente prevista y posibilitada por Vélez en el artículo 1264.

Esto es sumamente común: los cónyuges adquieren en conjunto bienes. Una gran cantidad de operaciones se realizan de esta manera. Si se dice que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes, si el marido compra la mitad indivisa de un bien y la mujer compra la otra mitad indivisa del bien, allí hay condominio. Puede parecer muy seco y tajante, pero no admite otra posibilidad.

¿Qué es lo que va a haber allí si no es condominio? Alguien lo llamó "dominio de la sociedad conyugal". La sociedad conyugal, además de no existir, y aunque existiese, jamás fue una persona distinta de marido y mujer; no era un ente. Adquieren los dos, administran los dos y disponen los dos. Esto, que aparentemente puede ser como principio general muy simple y fácil como orden de partida, se puede complicar en su mecánica.

No hay duda que al adquirir un bien la mujer queda legitimada para administrar, siempre que la adquisición sea a título legítimo. Si la adquisición es por título ilegítimo, la mujer no puede administrar y cae en la segunda parte del artículo 1276, en que la administración corresponde al marido. Aquí se quiso refugiar alguna vez esta figura: si hay condominio o adquiriesen bienes marido y mujer, entonces debía administrar el marido en función de esa segunda parte. Pero si la prueba no es dudosa y el origen tampoco, ¿por qué aplicar este párrafo, que sólo funciona ante defecto de la prueba por parte de la mujer? Si la mujer no puede probar el origen del bien o la prueba se torna dudosa, entonces administra el marido. Pero esta segunda parte no tiene tanta trascendencia porque en definitiva esta referida normalmente a los muebles no registrables, salvo los de uso personal o que la mujer utilice para su trabajo personal, porque sería ilógico

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que estuviese administrando el marido, ya que habría que entrar en la otra presunción inversa, de que la combinación la compró la mujer por más que se la haya regalado el marido. Si la usa, ella administra su bien.

En segundo término está relacionada a los muebles no registrables, que por una cuestión de hecho no han podido serlo, y a los inmuebles que también por una cuestión de hecho no han sido registrados. Finalmente los adquiridos por la mujer por título ilegítimo, y aquí, aunque pueda probar, no va a otorgársele la administración, aunque la legitimidad del título no debiera tener ninguna incidencia.

Pero - cuidado - el título es la adquisición, y esto es algo fundamental. El origen de los bienes en definitiva está determinado exclusivamente cuando aparece el titular del derecho. Esta, que se ha dado en llamar la teoría de la titularidad, en la que estoy enrolado, es total y absolutamente clara. El origen de los bienes no significa otra cosa que modo de adquisición de dominio o el título por el que se lo adquiere. Aquí no hay otra posibilidad que aplicar artículos como el 2524 o el 2601 del Código Civil, y por eso no puede confundirse con el origen de los fondos. Hay que determinar el origen de los fondos para que el bien tenga una calidad de propio; si no hay tal determinación, el bien es ganancial.

El problema del condominio está dado en que no puede funcionar como todo condominio, porque el condominio es entre cónyuges, y la calidad de cónyuge está por encima de él y esto hay que tenerlo en cuenta.

Para interés de ustedes diré que ayer se me trajo un contrato de sociedad de responsabilidad limitada entre cónyuges, otro aspecto que los comercialistas no han advertido. Concurren los cónyuges, cada uno aporta el cincuenta por ciento, y al leer cómo se disolvía la sociedad me encontré con una sorpresa: el escribano, que quizá copió directamente alguna otra cláusula de contrato de S.R.L., expresó que la liquidación se hará por los socios que representen las tres cuartas partes del capital. Esta cláusula es de imposible utilización.

Desgraciadamente éstos son errores que se cometen y a veces no se advierten. Pero no le echemos la culpa total al escribano, porque pudiese ser que la minuta la confeccionó el abogado. Mas en definitiva, la firma la puso el notario. Corolario: el responsable del "desastre jurídico" es el escribano que provocó este problema.

Por eso machaco en que debemos tener mucho cuidado cuando estamos en presencia de cónyuges, y frente al condominio la calidad de cónyuge está, reitero, por encima del instituto.

Ante el funcionamiento del condominio no es posible, por ejemplo, que se opere el abandono. Es decir, cuando un cónyuge no prestase las expensas para el condominio, no puede abandonar su parte ni tampoco el otro cónyuge puede exigirselo. Si la mujer no trabaja, cómo va a contribuir a los gastos del condominio? Es imposible que el marido le diga que la va a ejecutar o le pida que abandone su parte. Esto choca con el artículo 51, ley 2393, que dice que el marido debe prestarle a la mujer todos los recursos que sean necesarios.

En un condominio entre cónyuges no se puede hablar de decisión de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mayoría, salvo que estuviesen las partes determinadas. ¿Qué pasaría si se decide alquilar? Si bien la norma dice que cuando se decide el alquiler de la cosa en condominio debe darse preferencia a alguno de los condóminos para que alquile, esto en principio no se puede dar entre marido y mujer, porque se trata de un contrato imposible de celebrar entre cónyuges. Tampoco ante la insolvencia de uno de los cónyuges su parte en la cosa se atribuirá al otro cónyuge.

Quiero significar una vez más que en el orden del desarrollo y del mecanismo del instituto, no puede funcionar con olvido de que es entre cónyuges. Pero no sólo el condominio sino cualquier otro instituto.

Incidentalmente hace unos momentos di un ejemplo de contrato de sociedad de responsabilidad limitada entre cónyuges. El legislador ha resuelto que marido y mujer pueden hacer una S.R.L. Creo que tuvo por finalidad exclusiva hacer aparecer una figura discutida dentro del derecho comercial, cual es la responsabilidad limitada del comerciante individual. Es raro encontrar sociedades de responsabilidad limitada en que marido y mujer trabajen. Las hay, por supuesto, pero se olvidó de todos los pleitos que pueden suscitarse, y éste es el peligro de una desarmonización en o con el régimen matrimonial, más allá de si se quieren o no los cónyuges. Aquí comienzan todas las disputas. Volviendo al condominio tampoco va a regir el derecho de voto de un cónyuge respecto del otro.

En fin, llegamos a la aplicación plena del artículo 2706: ante cualquier entuerto que pueda existir entre condóminos, el juez debe decidir. Y esto cae también en el artículo 1277, en orden a la protección que pueda existir sobre el cónyuge no propietario de la parte indivisa del otro cónyuge.

Esto lleva a la posibilidad de la división del condominio. A mi juicio, no hay inconveniente de naturaleza alguna de que ella pueda existir. Ya sea en especie, ya sea forzando la venta. Esto no significa que si un cónyuge forzara la venta por imperio del artículo 1324, se va a estar ante una disolución anticipada del régimen, ni mucho menos.

Lo importante es no sólo la posibilidad de la figura, sino también tener presente que por haber condominio están administrando los dos y en consecuencia disponen los dos.

Pasemos a ver, rápidamente, la posibilidad de asentimientos generales y anticipados. El artículo 1277 ha tratado en lo posible de proteger al cónyuge no propietario con el único fin, se ha dicho, de evitar fraudes. Hoy califico de asfixiante el artículo 1277 porque en el orden comparativo la cantidad de actos que enumera como necesitados de este asentimiento es mayor en relación a otras legislaciones que también prevén para una menor cantidad de actos la necesidad de este asentimiento.

¿Por qué se ha dicho siempre "asentimiento" y no "consentimiento"? Por la sencilla razón de que el cónyuge no propietario no da su consentimiento, no es parte del acto en el sentido de otorgarle validez al mismo, sino que es un elemento de eficacia del acto, que son dos cuestiones evidentemente distintas. Dispone siempre el titular del dominio, y no va a disponer quien no aparece como titular del dominio.

Quizá por lo ahogante de la norma - a veces, no siempre se concilia con lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que es en definitiva la realidad y el orden del mecanismo - se ha tratado en lo posible de buscar atenuaciones a las distintas situaciones planteadas, en cuanto a que se puede dar un asentimiento general y anticipado para todos los actos.

Entiéndase bien claro algo que es distintivo: aquí no estamos en presencia de mandato - que es un aspecto que muchas veces se confunde, por más que pudiese estar contenido en un mandato o por más que, incluso, se le pudiese dar una forma extrínseca de mandato - , sino que en la realidad y en lo jurídico nos encontramos ante un acto totalmente distinto. Quizá ante esta confusión se ha partido de la aplicación de ciertas normas del mandato, pero no hay posibilidad de refugio en estas normas, porque si bien es cierto que un mandato puede estar concebido en términos generales, no comprende nada más que actos de administración conforme lo determina el artículo 1880 del Código Civil.

Por otra parte, sabemos que para los actos de disposición los mandatos deben ser especiales. Pero insisto siempre en que una cosa es el mandato concebido en términos generales, y otra es la distinción entre mandato general y mandato especial. De allí que, sin embargo, se haya dicho que un mandato general para la realización de una categoría determinada de actos jurídicos estaría cumpliendo con el principio del artículo 1881, de que los actos de disposición deben ser refugiados en la figura del mandato especial.

Mas hay que tener en cuenta que el artículo 1881 determina con claridad una serie de actos para los cuales se requiere mandato especial, y fundamentalmente su inciso 7º está referido a que debe ser especial el mandato para la realización de cualquier contrato que tenga por objeto transferir o adquirir el dominio de bienes raíces, por título oneroso o gratuito. De manera que dentro del espíritu del artículo 1277, éste es el de cumplimiento cierto entre cónyuges, determinándose los bienes a enajenar. Eso en cuanto al mandato, pero en función de asentimiento persisto en que se trata de un acto jurídico totalmente distinto, y esta asimilación ha dado origen a una gran discusión.

La discusión ha residido en tratar de solucionar el problema de la realidad. Ya sabemos que ahora cada cónyuge usa el collar respecto del otro. Si tiene que hacer un acto, arrastra a su cónyuge al notario.

Pienso que por razones de seguridad en función de este asentimiento, cuando una persona casada va a realizar un acto tiene que ir con el otro cónyuge, con lo cual se evitan situaciones dolosas y se salvan muchas responsabilidades.

En el ámbito notarial se ha sostenido la validez de esos asentimientos generales y anticipados, y los argumentos fundamentales que la sustentaron han sido de que no existen normas que lo prohiban; que impone desconfianza entre los cónyuges; que de esta manera no se violaría el espíritu de la ley; y finalmente, que si se puede otorgar poderes de administración y disposición, no se ve el porqué de la negativa a acordar asentimiento general y anticipado.

En el sector de los abogados digamos que, salvo algunas expresiones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doctrinarias minoristas y algún fallo que ha considerado válidos los asentimientos generales y anticipados, en general la mayoría de la doctrina se expidió en las Jornadas de Derecho Civil, efectuadas en 1971, rechazando la posibilidad de la existencia de asentimientos generales y anticipados. Si bien no hay ninguna disposición legal que lo prohíba, tampoco existe disposición alguna que lo autorice. Ustedes dirán que lo que no está prohibido está permitido; pero ocurre que esto entra en el mecanismo general del régimen, y puede ser la salida fácil que altera los poderes matrimoniales que están estrictamente contemplados en la ley, fundamentalmente a través de los artículos 1218 y 1219, e incluso el artículo 65 de la ley de matrimonio civil, en cuanto determina que en las convenciones matrimoniales no se puede renunciar a la facultad de pedir el divorcio.

Aquí hay una restricción al poder matrimonial. Este no es una cuestión de capacidad ni mucho menos, sino de legitimación para realizar los actos.

Se ha dicho que el artículo 1277 impone la desconfianza entre los cónyuges, y digo que en definitiva esa norma está previniendo la desconfianza, es decir, que es un orden inverso del tema. Pienso que en este caso el sistema conlleva exclusivamente una protección frente al fraude, como si siempre ello estuviese ocurriendo. Vale decir, que se ha legislado normalmente para la mala fe, cuando en realidad lo que cabe es legislar para la buena fe, no por aquello de que siempre se presume, sino porque debemos pensar y creer en la buena fe de las personas, de lo contrario sería imposible vivir. No podemos legislar - estas son frases repetidas, pero ciertas - para los enfermos, porque entonces perjudicamos a los sanos, que terminarán tan enfermos como aquéllos, y quizá de mayor gravedad porque se les está alterando toda la situación.

Se ha dicho también que los asentimientos generales y anticipados no violan el espíritu de la ley. Considero que es lo contrario. Lo que se ha buscado a través del espíritu de la ley es que, ante cada acto de disposición, el cónyuge no propietario preste su asentimiento para que tenga una real noción del acto que se va a realizar.

El argumento en cuanto a que, si se pueden otorgar poderes de administración y disposición, no se advierte el porqué de la negativa para hacer estos asentimientos generales y anticipados, en principio ya está constado por lo que dije antes: en la comparación de lo que es el mandato y de lo que es el asentimiento. Además, no hay que olvidar que en función del mandato hay otra norma, la del artículo 1892 del Código, que prohíbe que el objeto del mandato sea en interés exclusivo del mandatario. Evidentemente, si hacemos asimilaciones, esta norma podría ser perfectamente aplicada porque el asentimiento del cónyuge no propietario lo da en interés exclusivo del cónyuge propietario, ya que cuando se realiza un acto de disposición, el no propietario no recibe absolutamente nada, ni puede recibir absolutamente nada, de allí que no se pidan inhibiciones porque no está disponiendo. De manera que el precio que se obtenga, si estamos ante una enajenación, va a engrosar la administración del cónyuge titular del dominio. Así que el interés no es del cónyuge no propietario, sino del cónyuge

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propietario.

Por otra parte, en estos casos no hay ninguna posibilidad de exigir rendición de cuentas porque no hay mandato, y en función de lo anterior, si lo que se va a percibir por el acto de disposición será de propiedad del cónyuge titular del dominio, evidentemente ¿de qué va a rendir cuentas?

Hay que pensar - y aquí sí la posibilidad marginal de estos asentimientos generales y anticipados - que el asentimiento es siempre revocable. Y aquí viene otra confusión también por aquella asimilación con el mandato, que he visto en escrituras, que son poderes, en realidad, de que por lo tanto ese asentimiento es irrevocable en los términos del artículo 1977, y no es así, porque no puede ser general. A veces, desgraciadamente, nos encontramos con esa situación. Es una norma que no es de aplicación alguna: primero, porque no estamos en presencia de mandato, y segundo, porque no puede haber mandatos irrevocables en términos generales.

Todo esto lleva a estas disyuntivas bastantes difíciles. Comprendo que desde el punto de vista práctico quizá eso es a veces favorable y necesario. Para aquellas personas que se dedican habitualmente a la realización de actos de disposición - tal es el caso del individuo que se dedica a vender bienes registrables continuamente - la cuestión termina siendo complicada.

El tema del asentimiento puede llevar a una serie infinita de alternativas. Por ejemplo: se adquiere un inmueble con hipoteca. Si la hipoteca - esto es discutible y opinable - es simplemente por saldo de precio, no se requeriría el asentimiento del otro cónyuge por más que por la bondad del título sería interesante tenerlo, porque quizá el gravamen puede estar comprometiendo el interés familiar, que es lo que en definitiva también procura proteger el artículo 1277. Pero si el bien se afecta por el saldo de precio, no a favor del que vende, sino a favor de un tercero, quizá ello esté afectando mucho más el orden del interés familiar.

Lo del asentimiento no es una cuestión para hablar en cinco minutos, pero diría que hay que tener mucho cuidado; no así porque sí dar asentimientos generales y anticipados. Pienso que la función fundamental es de que aquel que otorga ese asentimiento general y anticipado tenga la debida comprensión del acto que está realizando, e incluso de los riesgos que puede correr, pues por allí se pueden esfumar todos los bienes que en expectativa algún cónyuge puede tener. Esto generó una serie de irregularidades y llevó al plenario sobre contralor registral.

Recuerdan ustedes que el plenario ha digno que el Registro de la Propiedad Inmueble, al examinar los instrumentos presentados para su registración, puede controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes impuestos por el artículo 1277 del Código Civil. A esos efectos, podrá requerir que en el documento inscribible conste la expresión del asentimiento del cónyuge no disponente, o de la autorización judicial; si se tratare de bienes propios de uno de los cónyuges, deberá prescindirse del asentimiento siempre que el disponente manifieste que no se dan los supuestos de radicación del hogar conyugal de existencia de "menores o incapaces". Debió decir hijos menores o incapaces de conformidad con el artículo 1277.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto los afecta a ustedes tremendamente.

No voy a entrar a desarrollar si el Registro está habilitado o no para realizar observaciones de este orden en cuanto a si sólo puede fijarse en las formas extrínsecas y no en las intrínsecas del título. Si nos atenemos al artículo 4º de la ley 17801, de que las inscripciones en el Registro no perfeccionan los títulos, ya la posición es muy clara y concreta; el Registro no tiene por qué estar observando estos títulos que ingresan para su registración. ¿Cuál ha sido el sentido del plenario? El plenario se encontró con dos posiciones doctrinarias, y lo dice con claridad. Es decir, el plenario surgió para evitar los abusos y las incorrecciones que desgraciadamente se han cometido. Entonces se trata de prever todos estos excesos, que en el orden de bienes gananciales funcionan normalmente. Pero a mí me preocupa más la última parte, la referida a los bienes propios. Fíjense que el escribano está recogiendo una manifestación bajo juramento de que en el bien que se está vendiendo y que es propio, no está instalado el hogar conyugal y no existen menores o incapaces.

¿Cuál es la medida de valor de ese juramento, cuál sería la responsabilidad del notario que recoge esa manifestación y cuál es la posición frente al adquirente?

Hay que ver cómo y de qué manera en los hechos, en definitiva, el escribano vuelca esa manifestación, porque si lo hace dando fe no sólo de la manifestación sino de que ese bien no es el hogar conyugal y no existen menores o incapaces, es indudable que tendría que constatar que ello ocurre así. No cabe duda alguna; está en su ámbito de responsabilidad.

Si recoge simplemente la manifestación, la tiene que poner en conocimiento del adquirente, que entonces recepta que ello es así y para que la responsabilidad sea total del adquirente, porque éste no podría luego alegar desconocimiento, pues ha actuado con torpeza. El debió verificar realmente que en el inmueble no estaban dadas esas condiciones, y entonces así poder aceptar la manifestación bajo juramento que hace el cónyuge disponente.

Me referiré cortamente a la disposición y a la administración después de la disolución y antes de la liquidación, así como al régimen de deudas durante igual período.

En las VII Jornadas de Derecho Civil, realizadas el año pasado en nuestra Facultad de Derecho de Buenos Aires, se resolvió en cuanto a la administración y disposición:

"1º La administración de los bienes gananciales debe realizarse de acuerdo entre los cónyuges. En caso de desacuerdo, decidirá la autoridad judicial,

"2º Este criterio no se aplica, en principio, a la administración de establecimientos comerciales, industriales, agrícolas o de cualquier otra especie cuando ella ha sido ejercida exclusivamente por uno de los cónyuges en virtud de su titularidad única y su mayor idoneidad.

"3º En cualquier caso, el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"4º Los actos de disposición de bienes gananciales con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges".

Y en cuanto a la responsabilidad por deudas, se mantiene la vigencia de los artículos 5º y 6º de la ley 11357, después de la disolución de la sociedad conyugal por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges.

Ahora el planteo es diferente; cuando se termina el régimen ya no hay más comunidad, no hay más sociedad conyugal, y entonces se proyecta el régimen que llamo de participación en los adquiridos, para así cubrir todos los efectos y aun en proceso de liquidación. Los bienes son los existentes en el momento de la disolución, no los que existían antes. Retirados los bienes propios, restan las ganancias, que quedan en estado de indivisión. Es decir, ya no hay más régimen de bienes sino que se está produciendo el efecto consecuente de la disolución. Entran - reitero, porque es fundamental tenerlo en cuenta - en estado de indivisión y esto ocurría tanto en el régimen del Código como ahora. Pero hasta el momento de la disolución, el cónyuge no propietario tenía un mero derecho en expectativa que podía hacerse efectivo después del momento de la disolución. Y en el momento de la disolución, en el caso de existir bienes, ese derecho en expectativa se transforma en derecho real y actual a la cuota parte que le corresponde por disolución. Entonces, como hay estado de indivisión, ese derecho real sobre las cosas, y por lo tanto ahora sí se está transformando en virtud de ese estado de indivisión en codisponente con el que tiene la titularidad del bien. Sobre esto no hay alternativa de ninguna naturaleza, ni puede haber discusión.

Sé que ustedes dirán: ¿en la práctica cómo funciona?

Dejo de lado el caso de muerte, porque la muerte produce la apertura de la sucesión y se va a regir por las normas del derecho de las sucesiones. Pero en el caso más común, en el de divorcio, en que muchas veces los cónyuges no han exteriorizado la adjudicación - si ésta se realiza, el cónyuge no tiene ninguna necesidad de recurrir al otro, salvo en la excepción contemplada en la parte final del artículo 1277 - con lo cual se está produciendo el vacío de orden registral y aun cuando el cónyuge titular aparece disponiendo; como consecuencia de la indivisión el cónyuge no propietario también dispone, por lo cual hay que requerir certificado de inhibición de él.

A veces se han querido aplicar las normas de las sociedades, ello por la remisión al artículo 1262, y así regir la liquidación del régimen matrimonial por las normas de liquidación de sociedades.

Simplemente voy a contestar de la misma manera que lo hice en las VII Jornadas, en que informé este despacho, leyendo los artículos del viejo Código de Comercio y los actuales relativos a sociedades. Ustedes se darán cuenta de que por eso razono que a veces la institución, por más que la asimilemos, como estamos frente a cónyuges, no lo podemos hacer, como en un orden normal. El artículo 434 del Código de Comercio decía: "Disuelta una sociedad, los socios autorizados para administrarla durante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su existencia, deben proceder a la liquidación, bajo la misma firma, con el aditamento «en liquidación» a no ser que por consentimiento unánime de los socios, o a pluralidad de votos, en caso de discordia, se encargue la liquidación a alguno de los otros socios, o a personas de fuera de la sociedad".

Los artículos 101 y 102 de la ley 19550, de sociedades, establecen:

"Artículo 101. La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles".

"Artículo 102 La liquidación de la sociedad está a cargo del órgano de administración; salvo casos especiales o estipulación en contrario. En su defecto, el liquidador o liquidadores serán nombrados por mayoría de votos dentro de los treinta días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación. No designados los liquidadores o si éstos no desempeñaren el cargo, cualquier socio puede solicitar al juez el nombramiento omitido o nueva elección. El nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Público de Comercio. Los liquidadores pueden ser removidos por las mismas mayorías requeridas para designarlos. Cualquier socio, o el síndico en su caso, puede demandar la remoción judicial por justa causa".

No vale la pena comentarlos porque hay toda una serie de expresiones que no pueden conjugarse jamás con el régimen de bienes del matrimonio, ya que son totalmente incompatibles con su dispositivo. Pienso que debemos seguir insistiendo en que esto debemos resolverlo a través del juego armónico no sólo de las normas de liquidación del régimen de bienes, sino siempre teniendo en cuenta la calidad de cónyuge. Pero debemos reiterar que las palabras "comunidad" y "sociedad conyugal" no nos dejan ver con claridad todos los fenómenos cambiantes que se han ido produciendo.

En fin, y en cuanto al régimen de división de deudas y de responsabilidad, él se mantiene para que los acreedores del cónyuge no propietario no se vean favorecidos con una garantía que no tenían en el momento de celebrar el crédito.

Cabe reflexionar que las instituciones debemos determinarlas, definir las, considerarlas, clasificarlas por los matices fundamentales que tienen, no por lo que ocurría antes cuando realmente el cambio se ha producido, porque de esa forma, de continuar en esa postura, jamás vamos a llegar a encontrar la naturaleza clara que los derechos deben tener.

ESCRITURAS JUDICIALES(*) (615)

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ FERRARI(**) (616)

ESC. FERNANDEZ FERRARI. - Agradezco la presentación hecha por la escribana Mabel Vigo así como la asistencia de los escribanos a este acto. El tema que se me ha encomendado, como lo señaló la escribana Vigo; es el de las escrituras judiciales, pero dentro de este género de escrituras voy a referirme a la que debe realizarse con motivo de una transmisión de