

Revista número 117. Año 1968

Modificación del régimen jurídico conyugal⁽¹⁾

Elías P. Guastavino

Decano. Profesor titular de Derecho Civil I, V y VI,
y de Derecho Internacional Privado

1. Generalidades

La ley 17711 ha modificado aspectos importantes del régimen jurídico conyugal. Corresponde analizarla exclusivamente desde la perspectiva de la evolución del derecho privado, señalando sus alcances y planteando las cuestiones que su aplicación puede presentar.

Un hecho general que la ley 17711 no ha agravado pero que deja subsistente es el proceso de descodificación del derecho privado, tanto civil como comercial, de la República Argentina por virtud de leyes especiales muy numerosas no incorporadas a los Códigos. Cabe, pues, esperar que en otra oportunidad se satisfaga el ideal jurídico de la sistematización de las leyes, implícito en el concepto de la codificación prevista por la Carta Magna.

Otro hecho general que debe señalarse como premisa, para la interpretación de la ley 17711, es que esta no contiene ninguna norma que expresamente derogue en forma genérica preceptos anteriores que se opongan a los nuevos.

Tal circunstancia se explica, a nuestro juicio, por el método seguido en la ocasión, consistente en sustituciones y derogaciones específicas de normas del Código Civil y leyes complementarias; ello se habría hecho en la inteligencia de que las nuevas normas deben integrarse con las antiguas subsistentes, de modo orgánico, como es característico del derecho codificado, y cuya aplicación coherente es posible mediante la distinción de principios y excepciones.

Con todo, la ley 17711 no ofrece una depuración completa del articulado antiguo que puede encontrarse en colisión con los preceptos incorporados, no siendo el caso de señalar en esta oportunidad el grado en que ello ocurre. En esta materia será necesaria la labor insustituible de la doctrina.⁽²⁾

⁽¹⁾ Conferencia pronunciada el 21 de junio de 1968 a invitación del Instituto Argentino de Cultura Notarial y del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en la sede de esta institución, publicada originariamente en el N° 699 de la «Revista del Notariado», Buenos Aire; mayo y junio de 1968, año LXXI, p. 491 y siguientes. Las notas han sido agregadas para estas publicaciones.

⁽²⁾ Como ejemplo se señalan: 1) artículo 2505 nuevo y artículo 2609 antiguo subsistente; 2) artículo 4020 nuevo y artículos 3460 y 3461 subsistentes; 3) artículo 3569 bis nuevo y artículo 16 de la ley 13252 no derogado expresamente en la parte respectiva; 4) artículo 1051 nuevo y artículo 2777 antiguo; 5) artículo 3410 nuevo y artículo 3412 antiguo; 6) 4015 y artículo 4016 nuevos, y artículo 3017 antiguo; etc. La ley 17.940 de octubre de 1968 ha reformado los artículos 3017, 3460 y 3461, entre otros, del Código Civil.

Para solucionar tales problemas ha de tenerse presente que las normas antiguas y las nuevas deben interpretarse como formando un todo; y solo cuando la oposición entre ellas sea irreductible ha de prevalecer la norma incorporada por ley posterior.

2. Aspectos modificados del régimen conyugal

Vastamente la ley 17711 ha modificado el régimen conyugal; los principales aspectos reformados son:

- a) Capacidad civil de la mujer casada, con implicancias referidas al ejercicio de derechos y a la unicefalía o bicefalía de la familia (artículos 19 nuevo y 39 derogado de la ley 11357; supresión del artículo 60 del Código Civil; reformas en artículos 55, 57, 290 y 477 del mismo).
- b) Formación del vínculo matrimonial, con referencia a régimen de oposición y disenso (artículos 21 y 24 de la ley 2393), eliminación de impedimento de lepra (artículo 17 de la ley 11359, derogado) y régimen de nulidades (artículos 68 bis y 86 de la ley 2393).
- c) Efectos personales y pecuniarios del matrimonio (arts.: 51, 52 y otros de la ley 2393), ejercicio de acción de alimentos provisionales (artículo 68 bis íd.); alimentos de cónyuges vincularmente divorciados (artículo 69, transitorio, de la ley 17711).
- d) Separación conyugal, permitiendo y regulando la separación por presentación conjunta (artículos 66 y 67 bis de la ley 2393); medidas vinculadas al divorcio (artículo 68, íd.); tenencia de hijos menores (artículo 76, íd.).
- e) Inconducta posterior al divorcio (artículo 71 bis de la ley 2393; artículos 3574 y 3575, Código Civil; artículo 6° *in fine* de la ley 17711).
- f) Régimen de bienes en el matrimonio con reformas de la sociedad conyugal (artículos 1217, 1224, 1272, 1276, 1277, 1306 y 1316 bis del Código Civil; supresión de los artículos 3°, 4° y 7° de la ley 11357).
- g) Régimen sucesorio de cónyuges, con referencia a la posesión hereditaria (artículo 3410); concurrencia con otros herederos (artículos 3571, 3576, 3581); derecho hereditario de nuera que permanece viuda (artículo 3576 bis); pérdida de vocación hereditaria entre cónyuges (artículos 3573, 3574, 3575); supresión de obligación de reserva del cónyuge bínubo (derogación de los artículos 3590, Código Civil, y 115 y 116 de la ley 2393); extensión a la esposa del derecho marital de legar bienes gananciales (artículo 3753); vocación sucesoria de cónyuges vincularmente divorciados (artículo 69, transitorio, de la ley 17711).

Con relación al régimen sucesorio se aprecia, como valoración general, que las modificaciones importan una acentuación de la tendencia legislativa rioplatense de reconocer marcada participación al cónyuge supérstite en la herencia. Desde otro punto de vista se afirma la importancia del factor de imputabilidad o culpabilidad en las causales de exclusión hereditaria del cónyuge, sin perjuicio de detenerse esta última directriz en caso de separación conyugal por presentación conjunta, en la que ambos cónyuges son sancionados con culpabilidad común.

La densidad de los aspectos enumerados impide una consideración completa de todas las modificaciones; nos limitaremos en esta exposición a las innovaciones al régimen de bienes del matrimonio.

3. Capacidad civil de la mujer

Aunque no sea riguroso, y aunque la sincronización de etapas no sea perfecta, es dable advertir generalmente una evolución paralela de la capacidad femenina y de los sistemas de gestión de bienes en el matrimonio.

Ello se comprueba en derecho argentino a través de los ciclos de la legislación sobre personas casadas.

A medida que la capacitación femenina se aproxima a la masculina en el derecho civil, aumenta la posibilidad de injerencia de la esposa en la gestión de los bienes del matrimonio. Y así la ley 17711 que inaugura un nuevo ciclo jurídico en la capacidad femenina impone la necesidad de la participación de ambos cónyuges para algunos actos de la gestión económica.⁽³⁾

Sin embargo, el proceso de capacitación civil de la mujer casada no debe entenderse, con una visión superficial, como una equiparación jurídica ciega y absoluta con el varón.

Existen ciertas diferencias biológicas o naturales que explican algunas distinciones jurídicas entre ambos sexos, tanto en la legislación anterior como en la resultante de las modificaciones de 1968.

Sin enumerar todas las hipótesis que lo comprueban en la legislación anterior (como ser: plazo de viudez de los artículos 93 y 94 de la ley 2393; plazos de caducidad de acción de nulidad matrimonial por vicios de consentimiento del artículo 85, ley cit., etc.), cabe indicar dentro de la propia ley 17711, que pareciera haber culminado la capacitación civil femenina, el derecho hereditario en favor de la nuera que permanece viuda del artículo 3576 bis, que consagra un derecho excepcional en favor de la nuera, del que no goza el yerno que permanece viudo por razones obvias.

Ello debe tenerse presente al encarar problemas sobre unicefalía o bicefalía de la familia. La dirección familiar no es cuestión de capacidad o incapacidad sino de unidad de función de dirección familiar, encomendada a uno de los cónyuges.

El artículo 264 del Código Civil que establece que el ejercicio de la patria potestad de hijos matrimoniales corresponde al padre, y el artículo 53 de la ley 2393 que determina

⁽³⁾ Los ciclos de legislación argentina respecto a situación jurídica de personas casadas, con anterioridad a la ley 17711 son los siguientes: a) de 1810 a 1871 (legislación hispana y leyes nacionales anteriores al Código); b) de 1871 a 1926 (Código Civil y ley 2393); c) de 1926 a 1949 (Código Civil y ley 11357); d) de 1949 a 1956/57 (Código Civil, ley 11357 y Constitución de 1949); e) de 1957 a 1968 (Código Civil, ley 11357 y Convención de Bogotá de 1948 ratificada por decreto-ley 9983 de 1957). Véase «Régimen jurídico de los cónyuges después de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948 por el decreto-ley 9983 de 1957», en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1962, VIII, y en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santas Fe, 1962, N° 107/8. Las II Jornadas de derecho civil (Corrientes, 1965), con informe de la Dra. M. Josefa Méndez Costa, declararon la vigencia de dicha Convención. (ver *Rev. Jus.*, VII, p. 254, y *Rev. Juris.*, t. 28, p. 339). En el mismo sentido R. Martínez Ruíz, «Los derechos civiles de la mujer casada...», en *Revista del Notariado*, N° 677 (año 1964); contra: Enrique Díaz De Guijarro, «La capacidad jurídica de la mujer casada», en *idem*, N° 673, conferencia en el Colegio de Escribanos, agosto 9 de 1963. Véase también B. Kaller de Orchansky, «Situación jurídica de la mujer casada...», en *La Ley*, t. 130, p. 1123.

que la mujer está obligada a habitar con su marido donde este fije su residencia no han sido derogados por la ley 17711.

A raíz de la derogación del inciso 1 del artículo 3 de la ley 11357 —según el cual la mujer casada mayor de edad conservaba y ejercía la patria potestad de hijos de matrimonio anterior— podrán plantearse dudas sobre la facultad de la madre bínuba para ejercer la patria potestad sobre los hijos de nupcias anteriores o para nombrar tutor a sus hijos. En efecto, a diferencia del método seguido con relación a la supresión del artículo 8 de la ley 11357, que motivó la adecuación de los artículos 390 y 477 del Código Civil, la ley 17711 no ha efectuado similar adecuación expresa en los artículos 308 y 383. Empero, entendemos que aunque sea lamentable el defecto de técnica, puede sostenerse que la madre bínuba ejerce patria potestad de hijos de anterior matrimonio y está facultada para nombrarles tutor. En estas hipótesis no sería invocable el argumento de la necesidad de unidad de dirección familiar, pues en caso de privar a la madre bínuba de patria potestad, esta no pasaría a ser ejercida por su nuevo marido convertido en jefe único de la familia, sino que determinaría el nombramiento de un tutor para los hijos del anterior matrimonio de la esposa (arg. artículo 95 de la ley 2393).⁽⁴⁾

El control marital de correspondencia, amistades o ejercicio de profesión por la esposa no están expresamente contemplados, y quedan librados al juego de los principios generales, a saber: por una parte, la plena capacidad civil de la esposa mayor de edad; y por otra parte, las obligaciones derivadas del matrimonio, que en caso de violarse pueden sancionarse inclusive con el divorcio.

4. Innovaciones en la sociedad conyugal

La ley 17711, lo mismo que la ley 11357, mantiene como régimen legal de bienes el sistema de comunidad conyugal.

Empero, las modificaciones introducidas en la administración y disposición de los bienes importan una variación del tipo específico de comunidad conyugal.

Brevemente analizaremos las reformas en materia de calificación de bienes, responsabilidad por deudas, y extinción y liquidación de la sociedad conyugal, para luego detenernos en lo concerniente a la administración y disposición, que indudablemente ofrecen mayor interés para el Instituto Argentino de Cultura Notarial.

Las modificaciones relativas a la calificación de bienes, esto es, a su carácter de gananciales o propios, consisten en: a) Derogación del artículo 1224, que determina que los bienes muebles y las cosas fungibles de los esposos queden sometidos a las reglas generales de calificación; se elimina con ello la discrepancia relativa a la prueba que debía producirse para desvirtuar la presunción del carácter común.⁽⁵⁾

⁽⁴⁾ Véase Héctor Lafaille, *Curso de derecho de familia*, Bs. As., 1930, N° 233. La restricción del artículo 383 del Código Civil respecto a nombramiento de tutor por madre bínuba se fundaba en la privación de patria potestad que sufría por las nuevas nupcias (artículo 308), pero no ocurriendo esto último tampoco debería regir la restricción de aquel precepto.

⁽⁵⁾ Por su vinculación a la reforma de 1968 véanse J. F. Bidau en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1948, t. 26, N° 2, p. 309; G. A. Borda, *Tratado de derecho civil. Familia*, 1955, I, N° 304; R. Martínez Ruiz, nota en *La Ley*, t. 94, p. 64. Compárense: J. J. López Del Carril, *Estudios de derecho de familia*, Bs. As., 1963, p. 72; S. C. Fassi, nota en *La Ley*, t. 126, p. 246; y otros. Asimismo, véase nuestra nota «La presunción del artículo 1224 del Código Civil», en *J. A.*, 1956-II, doct. p. 105.

b) Agregado al artículo 1272, en cuya virtud «los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial».⁽⁶⁾

c) Los frutos naturales o civiles de bienes pertenecientes a hijos de un matrimonio anterior de la esposa, administrados por esta, eran calificados como propios de ella por el artículo 3 de la ley 11357; al derogarse este precepto, dichos bienes se califican según las reglas generales del artículo 1272, que los caracterizan como gananciales si son recibidos durante la existencia de la sociedad conyugal.

Fuera de ello, merece observarse respecto a la *calificación* de bienes que subsisten para los inmuebles propios de la esposa los requisitos que el artículo 1246 impone a la escritura de adquisición; y que por la importancia que a partir de la ley 17711 asume la distinción entre bienes propios y gananciales respecto al régimen de disposición conviene generalizar esos recaudos a los inmuebles propios del marido, para que pueda luego disponer de ellos unipersonalmente, quedando a salvo los derechos de su cónyuge o herederos para impugnar tales constancias.

Asimismo cabe observar que por la aludida supresión del artículo 1224 del Código Civil, la sociedad conyugal corresponde estrictamente al tipo de comunidad reducida a los gananciales, sin que pueda ya aludirse a una opción entre ella y la comunidad de gananciales y muebles.⁽⁷⁾

En relación a *responsabilidad por obligaciones* de los cónyuges se mantiene en principio el sistema legal resultante del artículo 1275 del Código Civil y de los artículos 5° y 6° de la ley 11357 que no han sufrido variación.

Al respecto solo debe mencionarse la incidencia del nuevo artículo 52 de la ley 2393 que establece que «en ningún caso un cónyuge responderá con sus bienes propios ni con la parte de gananciales que le correspondan, por las costas declaradas a cargo del otro en el juicio de divorcio».⁽⁸⁾

En una cuestión vinculada, inherente más bien a la liquidación de la sociedad conyugal, dispone el 2° párrafo del nuevo artículo 1306 que «los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio, se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a. menos que el juez, fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlo pesar sobre el alimentante».⁽⁹⁾

Las reformas concernientes a extinción y liquidación de la sociedad conyugal consisten en:

⁽⁶⁾ Véanse A. G. Spota, nota en *La Ley*, t. 128, p. 905; G. A. Borda, cit., I, N° 321; etc. Compárese la solución proyectada por Juan A. Bibiloni, Anteproyecto de reformas..., Bs. As. 1931, t. V, pp. 199 y sigs. Asimismo, véase nuestra nota «Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes del matrimonio», en *El Derecho*, t. 21, fallo N° 10700.

⁽⁷⁾ Similar evolución ofrece el régimen legal de comunidad en derecho francés, a partir de la ley de 13 de julio de 1965, que consagra como comunidad legal la reducida a ganancias y quedando la comunidad de muebles y ganancias del Código de 1804 como una modificación convencional. Al respecto véase Augusto César BELLUSCIO, nota en *La Ley*, t. 125, p. 859, N° 22.

⁽⁸⁾ Véase Cámara Civil en pleno de la Capital, diciembre 22 de 1961, en J. A., 1962-I, p. 487; y en doctrina: A. H. Guaglianone, *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Bs. As., 1965, N° 141 y sigs.; G. A. Borda, cit., ed. 1962, t. I, N° 363 y sigs.; etc.

⁽⁹⁾ Véanse A. Acuña Anzorena, nota en *La Ley*, t. 17, p. 388; E. Díaz De Guijarro, notas en J. A., 68, 922 y J. A., 1950-III, p. 49; E. B. Busso, *Código Civil anotado*, Bs. As., 1958, t. II-A, N° 58 a artículo 68 de la ley 2393; G. A. Borda, cit., I, N° 458; A. H. Guaglianone, cit., N° 135 y sigs.; y n. «Sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 1959, N° 98 y 99, p. 343, N° 43 y sigs.

- a) La sentencia de divorcio produce, automáticamente, la disolución de la sociedad conyugal, sin depender del pedido de separación judicial de bienes por el cónyuge inocente del divorcio; y esa disolución tiene efectos retroactivos al día de notificación de la demanda, quedando a salvo los derechos de terceros de buena fe (artículo 1306).⁽¹⁰⁾
- b) Respecto a la incidencia de la separación de hecho de los cónyuges en la comunidad de bienes —tema ampliamente considerado por doctrina y jurisprudencia—, se dispone en la última parte del artículo 1306 que «producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable». ⁽¹¹⁾
- c) Con relación al proceso de liquidación de la sociedad conyugal el artículo 1316 bis establece que «los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de esta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso». ⁽¹²⁾

Fuera de estas innovaciones explícitas relativas a la extinción y liquidación de la comunidad conyugal cabría considerar eventuales modificaciones derivadas de otras normas de la ley 17711, como ser la subsistencia o no de las causales extintivas de la sociedad conyugal previstas en los artículos 1290 y 1294 del Código Civil, la nueva interpretación que corresponderá a los efectos de la reconciliación de cónyuges divorciados que separaron sus bienes como consecuencia automática de la sentencia de divorcio, etc.

Efectuada esta visión panorámica de las modificaciones en la sociedad conyugal analizaremos, con alguna detención, aspectos relativos a la administración y disposición de los bienes, que en términos comprensivos y amplios pueden ser incluidos dentro del concepto de gestión de la sociedad conyugal.

5. Administración y disposición de bienes

Es sabido que según el régimen de gestión de los bienes, la comunidad conyugal puede presentar algunos tipos o variantes especiales; cabe mencionar los siguientes:

⁽¹⁰⁾ Acerca de la disolución automática de la sociedad conyugal por la sentencia de divorcio, véanse J. A. Biliboni, cit., t. V, p. 270; A. G. Spota, nota en J. A., 1955-II, p. 60; G. A. Borda, cit., I, N° 426; Vaca Narvaja, en *Bol. del Inst. de D. Civil*, Córdoba, abril 1944, p. 201; R. J. Cornejo, *Régimen, de bienes en el matrimonio*, Bs. As., 1961, p. 126; y n. nota en J. A., 1965-IV, p. 93, § I y § II.

Respecto a la retroactividad de la disolución, v. artículo 1445 del Código Civil francés; y en derecho nacional: A. Acuña Anzorena, en *La Ley*, t. 21, p. 544; E. Díaz De Guijarro, en J. A., 1950-II, 203; A. E. Salas, en J. A., 1955-I, 72; S. C. Fassi, en *La Ley*, t. 91, p. 842; G. A. Borda, cit., I, N° 438; etc.

⁽¹¹⁾ Véanse A. C. Morello, *Separación de hecho entre cónyuges*, Bs. As., 1961, capítulos XVII a XX; S. C. Fassi, nota en *La Ley*, t. 91, 977; A. G. Spota, notas en J. A., 1946-III, 662; J. A., 1955-II, 60; d. A., 1956-I, 405; C. J. Zavala Rodríguez, nota en J. A., 45, 514; G. A. Borda, cit., I, N° 429; A. H. Guaglianone, cit., cap. IV; etcétera, y nuestras notas «Separación de hecho y disolución de la sociedad conyugal», en J. A., 1958-IV, 366, y «Aspectos subjetivos de la separación de hecho», en J. A., 1968-II, p. 3.

⁽¹²⁾ Comparar artículos 1469 y sigs. del Código Civil francés según reformas de la ley de 13 de julio de 1965. En relación al derecho argentino, véanse: A. H. Guaglianone, cit., Nos. 245 y sigs.; G. A. Borda, cit. (ed. 1962), I, N° 311 y N° 459-VIII; etc. nuestro estudio citado en nota 9, Nos. 68 a 77; y nuestra nota «El derecho civil ante la inflación», en *La Ley*, t. 116, p. 1080, § XVI.

- a) Sistema clásico, de gestión unipersonal como regla general, a cargo normalmente del marido y por excepción de la esposa. Se lo denomina comunidad de gestión unipersonal o marital.
- b) Sistema de gestión separada o bicéfala, en que cada cónyuge administra y dispone de una masa de bienes, constituida por los propios y ciertos gananciales. Puede ser conocido con el nombre de régimen de participación o de gestión separada de la comunidad conyugal.
- c) Sistema de gestión conjunta en que ambos cónyuges deben intervenir en los actos de administración y disposición, o al menos en los más importantes.

Las modalidades consideradas conciernen a la gestión de bienes de la comunidad conyugal, combinándose de modo variable con la gestión de bienes propios.

Debe advertirse que los tipos indicados de comunidad no se presentan netamente; es normal que las legislaciones los concierten con mayor o menor intensidad.⁽¹³⁾

Omitiendo singularidades y en generalización no exenta de alguna imperfección, puede precisarse que el Código Civil y la ley 2393 de matrimonio civil establecieron un sistema de gestión marital o unipersonal de los bienes comunes, combinado con una gestión de bienes propios de la esposa signada por su incapacidad de hecho relativa.

La ley 11357 que amplió notablemente la capacidad civil de la mujer casada estableció un sistema de gestión separada de bienes gananciales, junto a la posibilidad de una gestión marital o unipersonal. En cuanto a los bienes propios, a partir de 1926, cada cónyuge pudo disponer a título oneroso de ellos, subsistiendo restricciones para los propios de la esposa en cuanto a la disposición gratuita.

A partir de la ley 17711 para los actos más importantes se establece un sistema de gestión conjunta, subsistiendo —en líneas generales— la gestión separada de los bienes gananciales en los actos de menor significación. Los bienes propios de cada cónyuge están sometidos a gestión separada, salvo el caso de disposición de inmueble propio en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la sociedad conyugal.

Como interesa precisar la naturaleza y al alcance de la gestión conjunta que ha consagrado la ley 17711, es conveniente recordar que anteriormente en hipótesis especiales se ha exigido en nuestro derecho la intervención de los dos cónyuges para actos de disposición. Pueden recordarse los siguientes precedentes o casos: a) artículo 1233, para enajenación durante el matrimonio de bienes determinadamente donados para después del fallecimiento entre los cónyuges; b) artículos 1277 y 1807, inciso 2°, respecto a donaciones de bienes raíces del matrimonio por el marido; c) artículo 1252, sobre enajenación por la esposa mayor de edad de bienes raíces o rentas inscriptas; d) artículo 1279, relativo a arrendamientos por más de 8 años o 5 años, según que sean predios rústicos o urbanos, de la esposa; e) artículo 7° de la ley 11357 relativo a disposición de bienes de la esposa menor de edad; f) artículos

⁽¹³⁾ Véase una síntesis de los tres tipos de gestión de bienes comunes en G. Baeteman, «Etat des travaux de réforme en Belgique», en *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, 1966, p. 215; y asimismo, con distinto criterio de clasificación, E. Vaz Ferreira, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo, 1959, N° 8 a 32.

37 y 49 de la ley 14394 respecto a ciertos actos concernientes a inmuebles constituidos en bien de familia; g) la partición–donación conjunta de gananciales.⁽¹⁴⁾

La ley 17711, reformando el artículo 1277 del Código Civil, ha generalizado el requisito de la intervención necesaria de ambos cónyuges para los actos de mayor significación.

La innovación argentina se vincula a diversas legislaciones extranjeras que consagran similar sistema⁽¹⁵⁾, y cuenta, además, con el precedente de la opinión favorable de algunos juristas argentinos y de diversos proyectos de ley.⁽¹⁶⁾

Puede estimarse que el espíritu de la ley ha sido, más que deducir una consecuencia lógico–jurídica del principio de capacidad femenina y más que aspirar a una cohesión conyugal en la gestión del patrimonio común, el de prevenir el fraude en las relaciones pecuniarias entre los esposos. Como medida preventiva del fraude, constituye una innovación inspirada en el fin de lograr seguridad en las relaciones jurídicas, aun a costa del dinamismo del tráfico patrimonial y a costa —lo que puede ser de mayor entidad— de suscitar situaciones conflictivas.⁽¹⁷⁾

No nos proponemos considerar las críticas formuladas al principio de la disposición conjunta, vinculadas a las trabas del tráfico jurídico, o a la eventualidad de discusiones domésticas, o al defecto legal de dictar normas generales para casos de excepción como son los actos fraudulentos de un cónyuge.⁽¹⁸⁾

Tampoco examinaremos si algunas de dichas críticas pueden ser admitidas —si no en su totalidad parcialmente, por la conveniencia de discriminar actos de disposición cuya importancia justifica la concurrencia de voluntades y otros actos dispositivos que hubieran debido mantenerse exceptuados de la gestión conjunta.

Desde el punto de vista pragmático que nos hemos impuesto, nos limitaremos a reseñar algunas circunstancias que pueden obstar a la eficiencia de la función preventiva del fraude conyugal que inspira el precepto comentado, y luego analizaremos la naturaleza y alcances de la exigencia.

⁽¹⁴⁾ Véase n. nota «Partición–donación conjunta», en J. A., 1960–V, doct. 35; G. A. Borda, cit., *Sucesiones*, ed. 1964, I, N° 714.

⁽¹⁵⁾ *Código Civil alemán de 1900*: artículos 1438, 1442, 1444/5, respecto al régimen de comunidad universal; artículo 1519 respecto a comunidad de gananciales. *ley alemana de junio 18 de 1957*: artículos 1365, 1369, etc.; advirtiéndose en esta ley una disminución considerable de los casos de gestión conjunta. *Código Civil francés*, según reformas de ley de julio 13 de 1965: artículos 1421 y sigs., especialmente artículo 1424; ver también artículos 1503 a 1510. *Código Civil español*, según reformas por ley de abril 24 de 1958: artículo 1413. *Código Civil de Puerto Rico*: artículos 1312, 1313. *Filipinas*: artículo 166. *Derecho uruguayo*: ley 10783, de 11 de setiembre de 1946: artículo 5. *Derecho chileno*: ley 10.271 de 1952. *Derecho sueco*: ley de 11 de junio de 1920, etc.

⁽¹⁶⁾ E. Díaz De Guijarro, *La capacidad jurídica de la mujer casada*, Bs. As., 1964, cit. en nota 2; A. Colmo, «Emancipación civil de la mujer», en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año IV (1925), N° 6, p. 162; Alberto G. Spota, ponencia enviada a las III Jornadas de derecho civil, sobre separación de bienes (Tucumán, 1967). Véanse asimismo opiniones favorables y desfavorables emitidas en la mesa redonda publicada en J. A., 1966–V, doct. 27. Proyectos argentinos de ley: del diputado nacional Herminio J. Quirós (1922); del senador nacional E. del Valle Ibarlucea (1918); del diputado nacional Carlos F. Melo (1919); etc. Puede leerse una síntesis de los mismos y su texto en Roberto M. Arata, *La mujer en el derecho civil argentino*, Bs. As., 1916, p. 55 y Apéndice. El Dr. Juan A. Bibiloni propuso similar recaudo para enajenación o afectación de bienes propios y gananciales (cit., t. V, p. 230). Por el contrario, el proyecto de reformas de 1936 no mantuvo este requisito.

⁽¹⁷⁾ Si fuera preciso establecer qué reformas de la ley 17711 se orientan a favor de los principios de *seguridad* o de *justicia*, cabría atribuir al primero la ampliación de la esfera de aplicación del artículo 3430, el requisito de inscripción del dominio en registros, del artículo 2505, etc.; y al segundo principio, las reformas de los artículos 954, 960, 1071, 1198, 3828, 656, etc.

⁽¹⁸⁾ Ver, entre otros, José A. Buteler, «La reforma del Código Civil», en *Los Principios* (Córdoba, mayo. 27 de 1968); J. C. Smith, «Consideraciones sobre la reforma del Código Civil», en *La Ley*, t. 130 (diario de mayo 20 de 1968).

El fraude —que como dicen juristas contemporáneos, consiste en respetar la letra y violar el espíritu de la ley— se caracteriza precisamente por la ductilidad de las maniobras que emplea.⁽¹⁹⁾

No sería absolutamente improbable que el cónyuge que quisiera eludir en alguna medida el espíritu de la ley se apartase del ahorro inmobiliario o del ahorro en bienes muebles o derechos registrables a fin de evitar que sus ingresos dejen de ser de su entera y libre disponibilidad.⁽²⁰⁾

Desde otra perspectiva cabe advertir la relatividad de la prevención del fraude mediante la exigencia del artículo 1277. Aun quienes como el jurista uruguayo Eduardo Vaz Ferreira consideran plausible la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para ciertos actos, reconocen que constituye una «garantía de valor relativo» porque aunque impida al cónyuge enajenar o hipotecar por sí solo un inmueble ganancial, no le impide contraer deudas para cuyo cobro los acreedores podrán embargar el mismo inmueble y llegar a su venta forzada sin intervención del otro cónyuge.⁽²¹⁾

En efecto, la disposición de ciertos bienes gananciales debe ser conjunta según la ley 17711, pero se mantiene el principio de responsabilidad separada de los artículos 5° y 6° de la ley 11357.

La actividad jurídica individual de un cónyuge, comprometiendo los bienes propios y los gananciales determinados en dichos preceptos de la ley 11357, puede, pues, en algunos casos neutralizar el recaudo de la gestión conjunta dispositiva.⁽²²⁾

Para tales hipótesis, si fuesen fraudulentas las obligaciones asumidas por un cónyuge, el remedio no puede ser hallado en la exigencia de gestión conjunta del nuevo artículo 1277, sino en la acción común de fraude prevista en el antiguo artículo 1277 y en el subsistente artículo 1298. Cuando las obligaciones han sido contraídas sin fraude, o este no puede ser probado, la responsabilidad contraída individualmente por uno de los cónyuges afectará los bienes gananciales no obstante que ellos no hubieran podido ser dispuestos o afectados sino conjuntamente. No señalamos con ello una incongruencia del sistema legal, sino simplemente una limitación de la función que cumple la exigencia de disposición conjunta.

6. Naturaleza y alcances de la exigencia de disposición conjunta

Dentro de la concepción desarrollada por Antonio Cicu, cabría considerar que la intervención de ambos cónyuges en actos de disposición de ciertos bienes responde al concepto de «*poder de familia*» atribuido en este caso en primer término a órgano individual y privado

⁽¹⁹⁾ J. Carbonnier, *Droit civil*, II, N° 116; F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, II, § 45, N° 3; J. M. López Olaciregui, en *Tratado de derecho civil. Parte general*, de R. M. Salvat, ed. 1964, t. II, edición N° O-2422-D.

⁽²⁰⁾ Consúltese Henri Mazeaud, «Reflexiones sobre el nuevo proyecto francés de reforma al régimen matrimonial» o «la comunidad reducida a la buena voluntad de cada uno de los cónyuges», en *Recueil Dalloz*, 1965, cuad. 15, con referencia al fraude o resistencia al ingreso de ciertos bienes en la comunidad.

⁽²¹⁾ E. Vaz Ferreira, cit., N° 223, p. 481, y N° 421, p. 811.

⁽²²⁾ En relación a la titularidad de los bienes gananciales y al régimen de responsabilidad que puede afectarlos, véanse: J. C. Rébora, *El estatuto de la mujer casada y las relaciones emergentes del matrimonio*, Bs. As., 1927, p. 304; R. J. Cornejo, cit., p. 82; A. H. Guaolianne, cit., N° 201; G. A. Borda, cit., *Familia*, I, Nos. 312 y 312; etc. G. Tedeschi, *El régimen patrimonial de la familia*, ed. Bs. As., 1954, p. 385, al analizar las deudas de la comunidad señala la *autonomía imperfecta* del patrimonio común respecto de los patrimonios particulares de los cónyuges y la inexistencia de insensibilidad recíproca del patrimonio del grupo y de los patrimonios de los individuos a las deudas respectivas.

(el cónyuge) y subsidiariamente a órgano estatal (el juez), con función eminentemente preventiva del fraude familiar.

La exigencia legal referida crea *incapacidad de derecho* por la cual uno solo de los esposos no puede disponer válidamente de determinados bienes.

Cabe cuestionar qué carácter atribuye la ley a esa intervención del otro cónyuge. Pueden concebirse dos explicaciones.

Según una, primera concepción, la exigencia legal determina que el acto sea una «*co-disposición*» en cuya virtud debe entenderse que ambos cónyuges asumen el rol de disponentes.

En otra concepción, uno solo de los esposos otorga el acto de disposición, y el otro se limita a dar su *asentimiento, conformidad o venia*.

El tema no es exclusivamente teórico. Está vinculado al sistema de responsabilidad de los cónyuges frente a terceros. En efecto, su solución puede interesar para resolver si ambos cónyuges quedan obligados por la garantía de evicción en enajenaciones onerosas, o por las obligaciones asumidas en el acto respecto al saldo de precio o deuda asegurada, etc. También interesa la solución para resolver la situación en que se encuentre inhibido el cónyuge que debe prestar el asentimiento, pues si se lo considerase «*co-disponente*» no podría hacerlo válidamente mientras no se levante la inhibición. Asimismo, puede interesar para admitir o rechazar acción revocatoria promovida por acreedores del cónyuge que se limitó a dar la conformidad.⁽²³⁾

Este problema ha sido analizado en derechos que han precedido al argentino en la consagración de la exigencia, como son los de Uruguay y España.⁽²⁴⁾ No obstante diferencias singulares de derecho positivo, son útiles antecedentes en la materia. Asimismo, hemos tenido oportunidad de leer un interesante estudio muy reciente sobre la incidencia de la ley 17711 en materia de sociedad conyugal, preparado por el Instituto Argentino de Cultura. Notarial, donde se analiza la naturaleza jurídica del consentimiento conyugal.

Las razones dadas en ese estudio para demostrar que solo se trata de un «*asentimiento*» y no de una «*co-disposición*» —pese a lo que pudiera deducirse del vocablo «*consentimiento*» empleado—, son las siguientes:

- a) La iniciativa para realizar actos de disposición corresponde al cónyuge titular del bien (artículo 1276), y él adquiere la titularidad del precio o contraprestación, si lo hay.

⁽²³⁾ La responsabilidad en algunos de los casos planteados ha estado contemplada por el artículo 1281 y otros del Código Civil y por el artículo 63 de la ley 2393, cuya subsistencia con posterioridad a la ley 11357 es discutida. Cabe recordar que la Cámara Civil 2° de la Capital en diciembre 10 de 1943 resolvió que el marido que autorizó a la esposa a gravar un bien propio de esta, responde con sus bienes propios por esa deuda, aunque no con el carácter de deudor solidario (ver *La Ley*, t. 33, p. 229); ver asimismo Sala B, Cám. de Cap., oct. 14 de 1964, en *J. A.*, 1965-I, 385, y de la misma Sala, el fallo de dic. 4 de 1967, en *La Ley*, 129, f. N° 59949. G. A. Borda ha criticado el primero de los fallos citados, sosteniendo que dar la venia no significa asumir la deuda (cit., I, N° 356). En el texto consideramos también el problema referido a la garantía de evicción, que puede plantearse con independencia de cualquier referencia a asunción de deuda. Respecto al caso del cónyuge inhibido, v. E. Vaz Ferreira, cit., p. 492, quien admite la validez del asentimiento en virtud de la separación de deudas, por la que sus acreedores no resultan perjudicados por la enajenación realizada por el otro consorte, que él asiente o autoriza.

⁽²⁴⁾ E. Vaz Ferreira, cit., N° 227; José Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1959 a 1967, t. IV, vol. I, p. 755, con interesante reseña de opiniones; Francisco Bonet Ramón, *Compendio de derecho civil*, Madrid, 1960, t. IV, p. 409.

- b) Negado el consentimiento conyugal puede obtenerse una «autorización» judicial supletoria.
- c) En el párrafo 2° del artículo 1277 se requiere también el «consentimiento» conyugal para disponer de inmueble de calidad «propia» en que esté radicado el hogar conyugal. Ello demostraría que tal «consentimiento» en realidad es solo «asentimiento» o «autorización», pues el objeto del acto es propiedad exclusiva del otro cónyuge, a quien también ha de pertenecer exclusivamente la contraprestación por subrogación real (artículos 1246, 1247, 1266, etc.).⁽²⁵⁾

En conclusión, si se admite que solo es un «asentimiento» y no una «co-disposición», el cónyuge que lo presta no asume responsabilidad por garantía de evicción en las enajenaciones onerosas; y asimismo, podrá manifestar el asentimiento aunque esté inhibido si es un bien cuya titularidad corresponde al otro cónyuge y sus respectivos acreedores no podrán impugnar el acto por acción de fraude o revocatoria.

Faltaría analizar si es admisible, en modo optativo, la fórmula de «co-disposición». Por razones de tiempo no profundizaremos el tema, ni nos plantearemos la exactitud jurídica de la fórmula. Solo advertiremos que si ambos cónyuges asumen el carácter de co-disponentes, habrán asumido las obligaciones del caso frente a terceros, como ocurre en los casos ordinarios en que se asume un carácter jurídico determinado. La contraprestación adquirida en el acto quedaría en situación incierta respecto a la auténtica titularidad de administración.

El asentimiento ha de ser producto de voluntad sana y libre; por tanto, puede ser impugnado en caso de consentimiento viciado.

Dicho asentimiento puede ser anterior o posterior al acto dispositivo (arg. artículo 62, ley 2393), convirtiéndose en el último supuesto en una confirmación. Es revocable, sin perjuicio de los derechos de terceros (arg. artículo 61, ley 2393). Los alcances de la exigencia de la disposición conjunta deben ser analizados en relación a los sujetos, la naturaleza, el objeto y las modalidades del acto.

7. Alcances de la exigencia del artículo 1277 respecto de los sujetos

Cuando los cónyuges viven unidos y son capaces, la exigencia del artículo 1277 plantea problemas inherentes, solo, al otorgamiento o no del asentimiento.

⁽²⁵⁾ Asimismo se invoca la subsistencia de *separación* de deudas conyugales (artículos 5° y 6° de la ley 11357), pues tal principio quedaría desvirtuado si la disposición conjunta de bienes pudiese determinar responsabilidad conjunta de los cónyuges por reputarlos «co-disponentes». A mayor abundamiento cabe señalar que esta neutralización del principio de *separación* de deudas por virtud de la tesis que se objeta, podría originar una incongruencia: negando «sin justa causa» el consentimiento, la autorización debería darla el juez, y con ello se eximiría de responsabilidad, al cónyuge que la negó (arg. artículo 63, ley 2393), con lo que tal irresponsabilidad sería el halago para una negativa *injustificada* del cónyuge. Por el contrario, el cónyuge que dio el consentimiento quedaría comprometido, en virtud de tal tesis, por el acto calificado de «co-disposición».

En derecho argentino, véase J. A. Biliboni, cit., V, pp. 237 y sigs.: «cuando se accede a permitir al dueño la disposición de lo suyo, se levanta un obstáculo que solo interesa al cónyuge que lo concede. El acto jurídico es el acto de otro. Hay permiso y no mandato. Como la autorización de un juez para obrar un acto que la requiera. El esposo no contrae responsabilidad alguna».

Si los cónyuges se divorcian pero no liquidan efectivamente la sociedad conyugal —situación que no ha de confundirse con la disolución automática de esta por el divorcio (artículo 1306)—, subsiste un estado de indivisión comunitaria; las razones de la ley para establecer la exigencia de la disposición conjunta perduran, y por ello será necesario el asentimiento conyugal para la disposición.

En cambio, si los cónyuges divorciados ya han liquidado la sociedad conyugal no es necesario el cumplimiento de la exigencia del artículo 1277 respecto de los bienes que tuvieron antes carácter ganancial. La exigencia solo rige para el inmueble en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces.

Los cónyuges separados de hecho —desunidos sin divorcio y sin disolución de sociedad conyugal por ninguna de las causas de ley—, están obligados a cumplir el recaudo del artículo 1277. Si solicitado el asentimiento, este es negado, el juez puede autorizar la disposición si no advierte motivo razonable en contrario. Sería antijurídico y socialmente repudiable que el juez negase la autorización pretendiendo que liquiden legalmente a sociedad conyugal, pues ello forzaría el divorcio.

En el caso de separación de hecho también debe contemplarse la incidencia que en la materia tiene el artículo 1306 *in fine*.⁽²⁶⁾ Uno de los esposos podría afirmar que los bienes que incrementaron el patrimonio después de la separación le pertenecen exclusivamente por la culpa del consorte en la desunión. El tercero que contrate en la hipótesis queda sometido al riesgo de imputarse en el futuro la culpa al cónyuge con el cual contrató, siendo discutible la legitimidad del acto. Es aconsejable, lógicamente, que el cónyuge separado de hecho sea autorizado por el juez a disponer del bien. En caso de no ser así, será difícil al tercero acreditar buena fe y falta de negligencia en su comportamiento.

Los cónyuges menores de edad tienen capacidad para administrar y disponer de los bienes con excepción de los adquiridos gratuitamente antes o después de la emancipación, de los que solo podrán disponer solicitando autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de estos fuere mayor de edad (artículo 135, Código Civil, según ley 17711 Si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta los veintiún años la administración ni la disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito (artículo 131, *id.*). Si el acto de disposición tiene por objeto un bien comprendido en el artículo 1277 los emancipados deben cumplir, además, la exigencia del asentimiento conyugal, aunque sean bienes adquiridos onerosamente; en defecto del asentimiento conyugal, requerirán autorización judicial.

La situación del cónyuge demente no está contemplada expresamente en el artículo 1277.⁽²⁷⁾ Como principio, tratándose de acto patrimonial la situación se rige por las reglas de la curatela; sin embargo, la circunstancia de que normalmente sea el cónyuge sano curador del demente (artículo 476) determinará la necesidad de solicitar autorización judicial.⁽²⁸⁾

⁽²⁶⁾ Para situaciones anteriores a la ley 17711, v. A. H. Guaglianone, cit., Nos. 78 y 79; A. M. Morello, cit., N 149; etc. Comparar: J. A., 1947–11, 449.

⁽²⁷⁾ Comparar J. A. Bibiloni, cit., t. V, p. 233.

⁽²⁸⁾ Cabría cuestionar si corresponde en tal caso dar al cónyuge incapaz un curador especial por las implicancias de los artículos 397 y 475. Por aplicación analógica del artículo 1285 del Código Civil y artículo 59 de la ley 2393, pareciera ser suficiente la autorización judicial. Adviértase que también en el caso del artículo 135 del Código Civil, según ley 17711, es suficiente la asistencia del cónyuge capaz para el acto de disposición, sin requerirse tutor especial.

En caso de simple ausencia del cónyuge, rigen reglas de la tutela y curatela (artículos 19 y 20 de la ley 14394). Si por aplicación del artículo 19 de la ley 14394 fuese curador el cónyuge, habrá de tenerse en cuenta la salvedad anteriormente señalada en el caso de demencia.⁽²⁹⁾

En caso de declararse la muerte presunta de uno de los cónyuges, los herederos y legatarios pueden hacer partición, pero no pueden enajenar ni gravar los bienes sin autorización judicial (artículo 28, ley 14394), hasta que no transcurran 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona, en cuya oportunidad pueden disponer libremente de los bienes, quedando concluida la sociedad conyugal y pudiendo liquidarse esta (artículo 30, id.). Sin perjuicio de ello, ha de tenerse presente la opción del artículo 1307 del Código Civil para exigir la división judicial de los bienes de la sociedad conyugal.

De *lege ferenda* se ha aconsejado que se prevean medidas especiales para casos en que, por reiteradas negativas a dar el asentimiento, uno de los cónyuges trabase excesivamente la gestión patrimonial del otro.⁽³⁰⁾ No sería improbable que en este supuesto, empero, el matrimonio desembocase en situación conflictiva grave y, posiblemente, en divorcio.

En hipótesis de impedimento permanente de un cónyuge cabría cuestionar si puede otorgarse venia judicial también general o permanente. La ley argentina no contempla expresamente el problema; en derecho español, donde tampoco la cuestión es prevista por la ley, Lacruz y Castán creen improcedente tal venia.⁽³¹⁾

Los gananciales de titularidad conjunta no deben someterse a la regla de administración y disposición por el marido del 2° párr. del artículo 1276. Esta regla contempla un supuesto fáctico distinto, como es el caso en que no se pueda determinar el origen de los bienes o la prueba fuese dudosa. En los casos de titularidad conjunta, salvo mandatos de un cónyuge a favor del otro, la gestión corresponde a los dos esposos. En caso de discrepancia, todo acto de gestión patrimonial —sea de administración o de disposición—, cualquiera fuese la índole del bien —comprendido o no en el artículo 1277— exigirá dilucidación judicial.⁽³²⁾

8. Bienes comprendidos en la exigencia del artículo 1277

La distinción entre bienes gananciales y propios asume importancia en esta materia, pues generalmente en el artículo 1277 quedan comprendidos los bienes gananciales de determinadas categorías, mientras que solo por excepción se incluye a un bien propio.

a. Gananciales comprendidos

La norma analizada, se refiere a «inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria».

Respecto de «inmuebles», aunque posiblemente el espíritu de la ley haya sido referirse exclusivamente a bienes inmuebles por naturaleza, no se distinguen sus distintas clases.

⁽²⁹⁾ Por invocación analógica del artículo 60 de la ley 2393 también en esta hipótesis podría superarse la eventual necesidad de curador especial, siendo suficiente la autorización judicial para el acto dispositivo.

⁽³⁰⁾ E. Vaz Ferreira, pp. 815 y 817.

⁽³¹⁾ J. Puig Brutau, *op. y loc. cit.*, p. 761.

⁽³²⁾ En el régimen del Código Civil, por aplicación del antiguo artículo 1276, y por no estar el caso expresamente incluido en el artículo 3° de la ley 11357, hubiera podido sostenerse que los gananciales de titularidad conjunta eran administrados por el marido. Véase, para situación similar en derecho uruguayo, E. Vaz Ferreira, *cit.*, N° 229.

Literalmente quedan incluidos los inmuebles por naturaleza, por accesión física, por accesión moral e, inclusive, los inmuebles por su carácter representativo.

Los frutos y cosechas pendientes —cosechas en árbol o en pie—, aunque estrictamente deban caracterizarse como inmuebles⁽³³⁾, por estar necesariamente destinados a ser separados y convertirse en muebles podrían exceptuarse del artículo 1277, si se admite la categoría de «muebles por anticipación»⁽³⁴⁾ y, además, si se tiene presente que las enajenaciones de frutos no se consideran actos de disposición.⁽³⁵⁾

Cabe advertir que el propósito fundamental de la ley pareciera haber sido, como se ha dicho, aludir a inmuebles por naturaleza. De acuerdo con la *ratio legis* pareciera, asimismo, que la disposición de inmuebles por accesión moral hubiera debido excluirse, a fin de no perturbar excesivamente la circulación de los bienes y la gestión eficiente de los patrimonios.

El inmueble propio donde se hayan realizado mejoras con fondos gananciales, sigue perteneciendo a la categoría de bien propio; la sociedad conyugal solo adquiere derecho de recompensa. Por tanto, un bien en esas condiciones no queda comprendido en el artículo 1277, salvo el caso excepcional de estar radicado allí el hogar conyugal y existir hijos menores e incapaces.⁽³⁶⁾

En relación a bienes muebles y derechos cuyo registro imponen las leyes en forma obligatoria, cabe considerar si por «leyes» han de entenderse solo las nacionales o si también pueden comprenderse las leyes locales. Debiera entenderse que solo las leyes nacionales, válidas en todo el país, son las aludidas en el artículo 1277; lo contrario motivaría diferencias sustanciales en el territorio de la República, con mengua de la uniformidad del derecho de fondo.⁽³⁷⁾

La alusión a «muebles» y a «derechos» registrables se justifica desde un punto de vista técnico, por cuanto en nuestro derecho la calificación de los bienes en muebles e inmuebles concierne a objetos materiales.⁽³⁸⁾

Aunque el Código de Comercio calificó como muebles los buques (artículo 857), se ha generalizado para las embarcaciones de importancia su registro (artículo 859 y otros del mismo Cód.; artículo 1° y otros de la ley 12980; etc.), por lo que quedan comprendidos en la exigencia del artículo 1277 del Código Civil.

La ley nacional 17825, que sancionó el Código Aeronáutico, dispone expresamente en su artículo 49 que «Las aeronaves son cosas muebles registrables»; de este precepto y otros contenidos en la ley citada, se deduce que las aeronaves quedan comprendidas en la exigencia del artículo 1277 del Código Civil.

⁽³³⁾ R. M. Salvat, cit., II, N° 1399; etc.

⁽³⁴⁾ G. A. Borda, cit., *Parte general* (ed. 1959), II, N° 779. Afirma que en cierto sentido, la venta de tales bienes sería venta de cosas futuras y que debe aplicárseles el régimen de los muebles. En sentido similar, véase la adición N° 1392-A de J. M. López Olaciregui al Tratado de R. M. Salvat. Similares opiniones limitativas de la exigencia de disposición conyugal conjunta se han emitido en derecho español según recuerda J. M. Puig Brutau, op. y loc. cit., p. 752.

⁽³⁵⁾ Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., 1961, II, N° 1452; y además, autores que se citarán en las notas 46, 47 y otros que analizan el concepto de acto de disposición.

⁽³⁶⁾ E. Vaz Ferreira, N° 224. En derecho argentino, artículos 1266 y 1272; ver Sala F, Cám. Civ. Cap., junio 27 de 1967 en J. A., 1967-V, 68; G. A. Borda, *Familia*, I N° 310; A. H. Guaglianone, N° 250 y sigs.; nuestro estudio cit. en nota 8, N° 51; etc.

⁽³⁷⁾ Con posterioridad a esta disertación se dictó la ley registral nacional, N° 17801, cuyo artículo 2° inciso «c» pareciera dar validez nacional a las leyes provinciales que exigen el registro de algunos derechos o bienes.

⁽³⁸⁾ J. J. Llambías, Cit. II, N° 1324; G. A. Borda, Cit., *Parte general*, II, N° 770; M. Aráuz Castex. *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., 1965, II, N° 1042.

Los automotores también deben calificarse como cosas muebles registrables (artículos 1º y sigs. del decreto-ley 6582, de abril 30 de 1958, ratificado por ley 14467). Aun en jurisdicciones donde no esté organizado o en funcionamiento el Registro de Propiedad del Automotor, la calificación de estos bienes como cosas muebles registrables resulta de las disposiciones transitorias del decreto-ley citado (artículo 47). En consecuencia, quedan incluidos en la exigencia del artículo 1277 del Código Civil.

Los muebles no registrables, aunque sean de uso indispensable para el hogar o para ejercicio de profesiones de los cónyuges, no quedan incluidos dentro de la exigencia del artículo 1277.

La protección contra el fraude conyugal dependerá exclusivamente de las acciones ordinarias.⁽³⁹⁾

Finalmente cabe estimar incluidos en el concepto de «derechos registrables» los siguientes bienes: fondos de comercio (artículos 7º y 12 de la ley nacional 11867), prendas con registro (ley nacional 12962), créditos garantidos con hipotecas (artículos 3134 y eones., Código Civil); etc.

Puede cuestionarse si los registros aludidos en el artículo 1277 son los registros públicos exclusivamente, o si también deben incluirse los registros no públicos previstos en las leyes nacionales. Si se adoptara la segunda interpretación, las acciones de sociedades anónimas del tipo nominal no podrían ser objeto de actos de disposición entre vivos sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 1277 del Código Civil (arg. artículo 329, Código de Com.). Por el contrario, si solo la exigencia concierne a registros públicos tales bienes no estarían comprendidos en la exigencia de disposición conyugal conjunta.

Los fondos depositados en cuentas corrientes, cajas de ahorro, etc., no están incluidos en la exigencia del artículo 1277.⁽⁴⁰⁾

Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son derechos «registrables» (leyes 111, 11723, decreto-ley 6673 de 1963, etc.), pero cabe estimarlos excluidos de la exigencia de disposición conyugal conjunta establecida en el artículo 1277 del Código Civil por ser calificados como «bienes propios» en el agregado introducido por la ley 17711 al artículo 1272, que solo caracteriza como ganancial el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal.⁽⁴¹⁾

Cuando uno de los cónyuges en razón de su profesión realice habitualmente actos de enajenación sobre inmuebles (caso de loteos, etc.) o habitualmente contrate sobre prendas con registro, y en otros casos similares, deberá considerarse si la habitualidad altera la naturaleza del acto, perdiendo su carácter jurídico de «disposición» para ser acto de administración; este aspecto se vincula a los alcances de la exigencia del artículo 1277 respecto a la naturaleza del acto.

⁽³⁹⁾ Comparar la ley sueca de 1920, según reseña de E. Vaz Ferreira, cit., N° 19; artículo 1369 de la ley alemana de 1958; artículos 215 y 222 del Código Civil Francés según reformas de la ley de 1965; etc., que incluyen algunos de esos bienes en la exigencia de disposición conyugal conjunta.

⁽⁴⁰⁾ Véase, expresamente; artículo 221 del Código Civil Francés según la ley de julio 13 de 1965.

⁽⁴¹⁾ Cuestión independiente es determinar si todo «producido» debe ser calificado como ganancial si se recibe durante la sociedad conyugal, o si corresponden las distinciones propuestas por J. A. Babiloni (*op. cit.*, t. V, p. 199) entre «emolumentos percibidos o que debieron percibirse durante la unión» y la enajenación por «un precio firme y total».

b. Bien propio comprendido

La exigencia de disposición conyugal conjunta se aplica, asimismo, al inmueble propio de uno de los cónyuges en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la sociedad conyugal (artículo 1277, 2 párr.). El supuesto de cónyuge incapaz, sin que haya hijos, no ha sido expresamente mencionado en el texto legal; en tal caso, pareciera que la obligación del cónyuge sano se limita al deber de asistencia, sin requerirse venia judicial supletoria para disponer del bien propio donde esté radicado el hogar conyugal.

9. Actos comprendidos en la exigencia del artículo 1277

El texto del artículo 1277 exige la disposición conyugal conjunta para tres tipos de actos algunos de los cuales son especificaciones de otros. Se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para

- a) Disponer;
- b) Gravar;
- c) Aportes de dominio o uso a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación o fusión de estas.

Antes de analizar el significado de los términos empleados, conviene señalar que en el contexto general de los artículos 1276 y 1277 del Código Civil, según la reforma de 1968, y en el resto de la legislación sobre sociedad conyugal, debe distinguirse la iniciativa de la disposición y su realización.

La iniciativa es unipersonal y corresponde al cónyuge titular del bien; la realización es conjunta necesariamente.⁽⁴²⁾ Si la iniciativa en la disposición fuese indiscriminada, se eliminaría el principio de orden y eficiencia que debe asegurarse en la gestión patrimonial de la comunidad. La garantía contra el fraude conyugal solo exige, como contralor preventivo, la realización conjunta del acto dispositivo.⁽⁴³⁾

Entrando al estudio de los actos comprendidos en la exigencia del artículo 1277, es preciso destacar que el concepto fundamental reside en el denominado «acto de disposición». La constitución de gravamen y el aporte de los bienes en sociedad —al menos el aporte de dominio—, como asimismo la transformación y fusión de sociedades de personas, pueden considerarse especificaciones del concepto de «disposición», tendientes a una explicación didáctica para evitar desinteligencias interpretativas.

Respecto a la disposición de hecho o material, si fuese nociva y fraudulenta, corresponderán las acciones de daños y perjuicios, o de fraude en sentido genérico. El concepto de disposición empleado en el artículo 1277 concierne a la disposición por actos jurídicos.

La disposición por actos jurídicos debiera entenderse referida a los actos entre vivos, pues el régimen de los actos de última voluntad está sometido a reglas especiales, que

⁽⁴²⁾ Los bienes gananciales de titularidad conjunta, por el contrario, deben considerarse en un plano distinto.

⁽⁴³⁾ Anteriormente, en el párrafo 6, se ha visto que la disposición conyugal conjunta no es «co-disposición», sino disposición de un cónyuge con asentimiento del otro. Las razones dadas entonces (especialmente la extraída del párr. 2 del artículo 1277) corroboran, en lo que puede ser pertinente, la diferencia entre iniciativa unipersonal de disposición y realización conjunta de la disposición. Véase también F. Bonet Ramón, citado, t. IV, p. 410.

exigen la unipersonalidad de la disposición (artículos 3607, 3618, 3619, etc.). Además, se admite la disposición por actos de última voluntad de uno solo de los cónyuges de bienes gananciales, debiendo salvarse la parte del otro cónyuge en la cuenta de división de la sociedad (artículo 3753, según la ley 17711 que amplía a ambos cónyuges la facultad que el Código de 1869 reconociera solo al marido).⁽⁴⁴⁾

Dentro del concepto de disposición por actos entre vivos debe, asimismo, contemplarse la disposición realizada mediante actos jurídicos ordinarios y la realizada mediante actos jurídicos procesales.

Ello obligará a considerar la medida en que el artículo 1277 puede incidir en la capacidad procesal de las partes para realizar determinados actos sobre bienes comprendidos en la norma. (allanamientos, transacciones, compromisos arbitrales, etc.); y, fuera de las normas aplicables a cada acto en particular —por ejemplo, artículos 839 y sigs. del Código Civil respecto de la transacción—, deberá analizarse si el hecho de realizarse con intervención judicial puede dispensar del asentimiento del cónyuge.⁽⁴⁵⁾ En el Anteproyecto de Bibiloni se contempló expresamente la materia para asegurar la observancia del requisito de disposición conyugal conjunta.⁽⁴⁶⁾ Es sabido que el concepto de acto de disposición se obtiene en relación u oposición al concepto de acto de administración e inclusive al concepto de acto de conservación.

La ley 17711 pareciera haber acentuado la importancia de esta clasificación, en los nuevos artículos 128 in fine, 131, 135, 152 bis, 1276, 1277, 3430, etc., del Código Civil.

Tal clasificación de los actos jurídicos, como es notorio, y no obstante la repudiación de Aubry y Rau,⁽⁴⁷⁾ constituye un elemento de la técnica jurídica para delimitar la capacidad de derecho o de hecho.

Bonnecase,⁽⁴⁸⁾ señaló que desde varios puntos de vista podían catalogarse los sistemas para determinar la noción del acto de administración, a saber: 1°) sobre la relación de la unidad o de la variabilidad de la noción; 2°) según la relación del carácter objetivo o subjetivo de la noción; 3°) por el método seguido para obtener la noción, ya que unos definen al acto de administración por oposición al acto de disposición o al acto conservatorio, y otros consideran al acto de administración en sí mismo.

En el derecho argentino suele adoptarse un criterio funcional extrínseco para caracterizar estos actos. No se los define tanto por sí mismos, cuanto por la función desempeñada con respecto a un patrimonio o a un negocio determinado.⁽⁴⁹⁾ Y como observa J. M. López

⁽⁴⁴⁾ Véanse A. H. Guaglianone, Cit., Nos. 294 y sigs.; G. A. BORDA, cit., *Sucesiones*, II, N° 1440 y sigs.; S. C. Fassi, «El legado de un bien ganancial y la reforma del Código Civil», en *El Derecho*, t. 22, diario N° 1917 de 24 de mayo de 1968; nuestro estudio citado en nota 2, § X; II. Lafaille, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, Bs. As., 1933, II N° 511; M. J. Argañaraz, nota en J. A., 56, 929; etc.

⁽⁴⁵⁾ Comparar C. Buenoir y otros, *Code Civil allemand*, París, 1898, III, p. 237; etcétera. La posibilidad del fraude conyugal en el proceso fue advertida por el Dr. José Julián Carneiro, en la mesa redonda realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en setiembre 23 de 1965, publicada en (T. A., 1966–V, doct. 27. Véase, asimismo, J. Pum Brutau, *op. y loc. cita.*, p. 751.

⁽⁴⁶⁾ J. A. Bibiloni, cit., t. V, p. 236; artículo 46 y su nota.

⁽⁴⁷⁾ C. Aubry–C. Rau, *Cours de Droit Civil français*, París, 1856, 31 ed., t. I, 113, nota 1, p. 400. Sobre la opinión singular de estos autores dentro de la doctrina civil, v. Julien Bonnecase, *Supplément. Traité theor. et pract. de D. Civil*, de G. Baudry–Lacantinerie, París, 1926, t. III, N° 325.

⁽⁴⁸⁾ *Op. cit.* en nota anterior, t. III, N° 323.

⁽⁴⁹⁾ Alfredo Orgaz, «El acto de administración en el Código Civil», en *Nuevos estudios de derecho civil*, Bs. As., 1954, p. 51, citando a Troplong, *Du contrat de société*, II, N° 807.

Olaciregui, el criterio de distinción aludiría a un concepto económico extrínseco pero no ajeno al derecho, como es la noción de capital y renta, no siendo suficiente el contenido intrínseco del acto para atribuirle un carácter u otro.⁽⁵⁰⁾

No es suficiente, pues, analizar solo el contenido intrínseco del acto, sino que deben contemplarse también las circunstancias que lo rodean, las características del patrimonio a que se refiere, la habitualidad o profesión del sujeto que lo realiza, etc.

En esencia, se trata de concepto obtenido por comparación con otros actos patrimoniales; el acto de disposición produce una modificación sustancial del patrimonio —desplazamiento de valores, afectación a riesgos severos, etc.—, o involucra una gestión del patrimonio por procedimientos extraordinarios.

La equívocidad del concepto en algunos casos concretos o el empirismo necesario para utilizar la clasificación no obstan, sin embargo, a que satisfaga por regla general la necesidad de delimitar la capacidad de hecho y de derecho de las personas.

Según Alfredo Orgaz la venta de inmuebles será un acto de administración si el negocio consiste, precisamente, en compra y venta de inmuebles;⁽⁵¹⁾ del mismo modo, para un comerciante o industrial, el endoso de una prenda con registro —«derecho registrable»— podría caracterizarse por la habitualidad de su realización, por la profesión de quien lo efectúa, y por su incidencia normal dentro del giro económico de su patrimonio, como un acto de administración. Si tales clasificaciones fuesen exactas, no requerirían dichos actos el asentimiento conyugal. La negación del criterio expuesto conduciría a una revisión profunda del concepto de actos de disposición y de administración, para adoptar criterios intrínsecos de clasificación.

Dentro del concepto de actos de disposición pueden incluirse los onerosos y los gratuitos, los unilaterales o bilaterales, los típicos y los atípicos, etc.⁽⁵²⁾, pues la norma legal no distingue. La afectación de un inmueble al régimen de bien de familia también requiere el asentimiento conyugal por ser acto de disposición.⁽⁵³⁾

Para resolver si las adquisiciones requieren o no el asentimiento conyugal del artículo 1277 es preciso observar qué bienes o fondos se utilizan. Si se emplean fondos o bienes de libre disponibilidad del cónyuge —por ejemplo, salarios o rentas ahorradas, depósitos bancarios, etc.— el acto puede ser realizado unilateralmente; si se emplean bienes que no son de disposición unipersonal —por ejemplo, se entrega un inmueble ganancial en permuta de otro—, se requerirá el asentimiento del cónyuge.

Vinculado a las adquisiciones se ha discutido si es acto de disposición que requiera asentimiento del otro cónyuge, la adquisición de inmueble bajo concesión simultánea de hipoteca en garantía de la parte de precio debida.⁽⁵⁴⁾ En derecho argentino, para constituir

⁽⁵⁰⁾ J. M. López Olaciregui, cit., t. II, adición N° 1629-C. Comparar: E. J. Laje, «Acto de administración, de disposición y de enajenación», en J. A., 1950-1, doct. p. 128, Nos. 142 y sigs., que adopta criterio teleológico o finalista; según Laje son actos de disposición los que no buscan un rendimiento normal, sino el acrecentamiento rápido de los valores, sin relación directa entre lo invertido y lo esperado y bajo los riesgos propios de la especulación; e igualmente, los que se realizan sin obtener ninguna contraprestación económica.

⁽⁵¹⁾ A. Orgaz, cit. en nota 46, p. 60.

⁽⁵²⁾ Respecto a renunciaciones, v. E. Vaz Ferreira, cit., p. 482 y J. Puro Brutau, *op. y loc. cité.*, p. 744; respecto a actos unilaterales, v. artículo 1367 del Código Civil alemán según reformas por ley de 1957.

⁽⁵³⁾ Véase n. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*. Bs. As., 1962, N° 379; y n. nota en J. A., 1967-VI, p. 489.

⁽⁵⁴⁾ L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolff, *Trat. de derecho civil. Derecho de familia*, Barcelona, 1947, I, § 53, nota 8, niega que tal acto requiera el asentimiento del otro cónyuge. Por el contrario, E. Vaz Ferreira en derecho uruguayo entiende que

hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y tener capacidad de enajenar bienes inmuebles (artículo 3119, Código Civil), y por tanto, por más que parecieran simultáneas la adquisición y la constitución del gravamen, es preciso reconocer que previamente se adquiere el dominio y después se constituye la hipoteca. Recayendo esta sobre inmueble ganancial debe ser consentida por ambos cónyuges.

Cabe cuestionar si la cancelación de créditos garantizados con hipoteca requiere el asentimiento del otro cónyuge por tratarse de derechos registrables gananciales.

Sobre la base del carácter accesorio de la hipoteca, en derecho español a partir de la reforma de 1958, se ha considerado que si el marido puede aceptar el pago de la deuda dejando extinguido el crédito, aunque este sea ganancial, también puede cancelar la hipoteca.^[55] La cuestión se vincula a la naturaleza del pago y a la capacidad del acreedor para recibirlo, y excede de los límites de esta disertación; seguramente suscitará estudios detenidos en la doctrina. El tema puede extenderse a créditos gananciales asegurados con embargos inmobiliarios que también deben registrarse —aunque con la diferencia de que la obligación de registro en los embargos surge de leyes locales—.

La cesión de créditos hipotecarios —no ya su cancelación— constituye acto dispositivo sobre derecho registrable, y si el crédito es ganancial, queda comprendido en la exigencia del artículo 1277.

La caracterización de las locaciones como actos de administración o de disposición varía según las circunstancias concretas que las acompañan, como ser el plazo, el régimen jurídico aplicable, etc., no siendo susceptibles de una calificación única e invariable.^[56] Sin embargo, la cesión o rescisión de arrendamientos y aparcerías rurales quedan comprendidos en el artículo 1277 por ser derechos registrables por ley nacional (ley 13246, artículo 40).

La celebración de boletos de compraventa sobre inmuebles gananciales constituye acto de disposición. En ello se revela la distinción que doctrinariamente se establece entre «disposición» y «enajenación»; posiblemente esta diferencia explique la modificación del artículo 3430 relativo a actos del heredero aparente, para comprender en la nueva redacción boletos de compraventa, cuya inclusión con anterioridad era discutida.

La transferencia o rescisión de boletos de compraventa inmobiliarios que se celebren durante la vigencia de la sociedad conyugal por uno de los cónyuges, como adquirente, también es acto de disposición comprendido en el artículo 1277. Los boletos de compraventa firmados por uno solo de los cónyuges con anterioridad al 19 de julio de 1968 —fecha en que entra en vigor la ley 17711—, son válidos y pueden hacerse valer frente al otro cónyuge, aunque por ellos se disponga de inmuebles gananciales, a condición de que tengan fecha cierta. Este último requisito se justifica por cuanto cada cónyuge es titular de un derecho personal frente al otro, referido al cumplimiento del artículo 1277 (arg. artículos 1034, 1035 y 4046, Código Civil).

si lo requiere, porque de todos modos tiene lugar en el caso la hipoteca de un bien ganancial.

^[55] Resolución española de febrero 23 de 1966, citada por J. Puig Brutau, *op. y loc. cit.*, p. 750. Asimismo, v. E. Vaz Ferreira, p. 485, que por el artículo 474 del Código Civil de Uruguay considera innecesaria la conformidad de ambos cónyuges. En derecho argentino el artículo 2317 que refiere a instrumentos públicos donde constan derechos de hipoteca pierde importancia por ser intrascendente el carácter mueble o inmueble, en este caso, ya que el artículo 1277 alude además a los derechos registrables de carácter ganancial.

^[56] Véanse Alfredo Ordaz, cit. en nota 46, p. 61 y del mismo *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Bs. As., 1963, p. 82; M. Aráuz Castex, cit. en nota 35, p. 154, N° 1222; etc. Comparar: E. J. Laje cit., N° 20.

El consentimiento de ambos cónyuges es requerido, finalmente, en relación a los bienes mencionados en el artículo 1277 para realizar determinados actos referidos a las sociedades.

Se requiere el consentimiento de los dos cónyuges para aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, cualquiera sea su índole específica y se trate de sociedades civiles o comerciales. En efecto, por el artículo 1° del Título Preliminar del Código de Comercio y por su artículo 207, las normas del Código Civil, en lo no modificado expresamente por el derecho comercial, son aplicables a las sociedades comerciales.⁽⁵⁷⁾

El consentimiento de ambos cónyuges también se requiere para actos de transformación y fusión de sociedades de persona.⁽⁵⁸⁾

Cabría preguntar si la simple cesión de cuotas, que tengan el carácter de ganancial, de una sociedad civil que posea inmuebles queda comprendida o no en el artículo 1277. Entendemos que no tratándose de acto constitutivo de la sociedad, ni de aporte de bienes a ella, y tampoco de un acto de transformación o fusión de sociedades, el artículo 1277 no lo comprende.⁽⁵⁹⁾

10. Modalidades del asentimiento conyugal. Representación

En razón del límite de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia, inclusive en el aspecto patrimonial (arg. artículos 1217, 1218, 1231, 1358, 1441, etc. del Código Civil), no son admisibles modalidades de plazo, condición o cargo en el asentimiento que un cónyuge presta al acto dispositivo del otro.

En materia de representación conyugal se ha producido una evolución importante.

El Código Civil, como es sabido, establecía que el marido era el administrador legal de todos los bienes del matrimonio, sean dotales o adquiridos después de formada la sociedad conyugal (ex artículo 1276).

La ley 11357 confirió a la esposa derecho de administrar y disponer libremente de los gananciales adquiridos por su trabajo (artículo 3° de la ley cit.), y se presumió que el marido tenía poder para administrar los bienes de la mujer sin obligación de rendir cuentas (artículo cit., inciso «e», 2 párr.).

La ley 17711 en la última parte del nuevo artículo 1276 establece que «uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por este. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas».

La ley no alude ya a voluntad presumida sino a voluntad expresa o tácita de conferir mandato. Savigny llamaba a la voluntad presumida por la ley una voluntad ficticia,

⁽⁵⁷⁾ Similar aplicabilidad reciben en materia de sociedades comerciales las previsiones del Código Civil en su artículo 1654; v. J. M. López Olaciregui, estudio en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1954, XXXII, N° 1, p. 39, N° 24; y J. A., 68, 934; La Ley, t. 17, p. 44; La Ley, t. 72, p. 534; J. A., 1949–III, 499; etc.

⁽⁵⁸⁾ Una significativa reseña de la valoración de la distinción entre sociedades de capital y de personas, v. en Osvaldo J. Stratta, «El cambio de nombre como motivo de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada», en *La Ley*, t. 79, p. 559.

⁽⁵⁹⁾ En derecho uruguayo, v. E. Vaz Ferreira, cit., p. 484; su argumentación para apoyar la tesis que exponemos en el texto —fundada en la personalidad autónoma de la sociedad que hace a ella titular de los inmuebles y no a sus socios—, puede recibirse en derecho argentino especialmente desde que la ley 17711 menciona como personas jurídicas de carácter privado a las sociedades civiles y comerciales (artículo 33 del Código Civil).

distinguiéndola de la tácita, ya que en esta la voluntad siempre es real y descansa sobre un acto determinado que se toma como su expresión.⁽⁶⁰⁾

En caso de mandato expreso puede imponerse al cónyuge mandatario la obligación de rendir cuentas. La referencia final del artículo 1276 concierne a mandatos tácitos y a los expresos en que no se estipula nada al respecto. Si el mandante puede o no conferir el mandato, ha de estar facultado para hacerlo con dicha obligación del mandatario.

En relación a actos de disposición cabe distinguir los siguientes casos:

- a) Son válidos mandatos para que el mandatario disponga de bienes cuya titularidad corresponda, a título de propios o de gananciales, al mandante. En tales hipótesis el mandatario representará al cónyuge disponente y dará, a título personal y por derecho propio, su asentimiento a la disposición. No existe precepto legal que impida esta clase de mandato, y por la confianza inherente al contrato que se analiza es laudable su otorgamiento entre cónyuges.⁽⁶¹⁾
- b) Son válidos mandatos en los que el cónyuge titular del bien recibe poder para expresar en nombre del mandante el asentimiento al acto dispositivo, por las mismas razones del caso anterior. Inclusive, si se refiere a un acto o negocio en especial y no obstante la naturaleza revocable del asentimiento conyugal y la naturaleza revocable del mandato, puede admitirse que sea otorgado este mandato de modo irrevocable, limitado en el tiempo (artículo 1977, según la redacción de la ley 17711).
- c) En la misma situación del caso «b», esto es, de mandatos acordados al cónyuge titular del bien por el que no lo es para expresar el asentimiento conyugal, merece consideración el supuesto en que tales mandatos se hubiesen otorgado en modo genérico, sin referencia, a bienes concretos ni a negocios determinados.⁽⁶²⁾ El problema se ha planteado también en el derecho extranjero, con diversidad de matices y soluciones.⁽⁶³⁾ En el derecho argentino cabe recordar que Bibiloni al tratar las autorizaciones de la esposa al marido para enajenar bienes inmuebles de esta, o imponerles derechos reales, propuso un agregado en cuya virtud tales autorizaciones debían ser expresas y especiales bajo pena de nulidad, designando el bien que era objeto de la enajenación y la clase de afectación a que se lo sometería, y prohibía las autorizaciones generales. Afirmaba el jurista argentino que las autorizaciones generales se obtienen de la esposa bajo la impresión natural del afecto y la confianza que le inspira el esposo, agregaba: «Obtenida, la facultad de disponer

⁽⁶⁰⁾ F. C. De Savigny, *Sist. de derecho romano actual*, Madrid, 1879, § CXXVIII; y también H. Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1950, I, p. 121; J. M. López Olaciregui, cit., adición N° 1592-A.

⁽⁶¹⁾ Véanse H. E. Gatti, *Contratación entre cónyuges*, Bs. As., 1960, N° 93; G. A. Borda, Cit., *Familia*, I, N° 411; etc.

⁽⁶²⁾ Alguna relación existe con la discusión acerca de venias generales otorgadas por el marido a la mujer con anterioridad a la ley 11357. La ley 56 de Toro admitía la licitud de las licencias generales del marido a la mujer para contratar. Respecto a la situación anterior a la ley 11357, véanse: J. O. Machado, *Exposición y comentario al Código Civil argentino*, Bs. As., 1922, I, p. 353 (contrario a las venias generales del marido); E. B. Busso, cit., II-A, Nos. 22 y 23 al artículo 54 de la ley 2393 (que las admitía en ciertos casos); y H. Lafaille, cit. en nota 3, p. 109, N° 131 (que también las admitía).

⁽⁶³⁾ J. Puig Brutau, *op. y loc. cit.*, p. 758, citando a Lacruz y a Cossio admite la validez de asentimientos generales de la esposa a actos dispositivos del marido, entendiendo que en todo caso podrán revocarse y ello impide que pueda considerarse como una renuncia de la mujer en fraude de la finalidad de la ley. Igual tesis sustenta F. Bonet Ramón, citado, t. IV, p. 417. En derecho uruguayo en el trámite parlamentario la ley 10783 sufrió modificación que importó la validez de mandatos generales expresos dados por las esposas a los maridos; v. E. Vaz Ferreira, Cit., N° 228.

ha pasado al esposo, que para nada consulta a su mandante ni le informa de lo que está haciendo. La ruina de la mujer está consumada cuando tiene la primera noticia del uso que el esposo ha hecho de un mandato que obtuvo bajo la promesa de que no sería usado, sino para actos imprevistos de poca entidad o de administración corriente».⁽⁶⁴⁾

La ley 17711 no ha resuelto expresamente el problema de las autorizaciones generales, ni tampoco el problema de los mandatos generales dado por un cónyuge para que el otro exprese por él el asentimiento a los actos de disposición contemplados en el artículo 1277.

Desde luego que autorizaciones o mandatos generales irrevocables no serían admisibles por cuanto la irrevocabilidad importaría una renuncia y además por prohibirlo el artículo 1977, antes citado.

Y respecto de las autorizaciones o mandatos generales revocables, si bien es cierto que no importan estrictamente una renuncia a los derechos de la sociedad conyugal, cabe preguntarse si no constituyen, al menos, una convención entre cónyuges violatoria de las finalidades de la ley. La facultad de revocar la autorización existe, pero ordinariamente la revocación llegará tarde: cuando ya está realizada la disposición de los bienes y consumado el fraude que el legislador pareciera haber querido evitar. Al respecto aseveraba Bibiloni que «la ley que declara nula las convenciones que alteran las reglas fundamentales de la sociedad conyugal no debe permitir el mandato general, que de hecho, pero inevitablemente, implica la traslación al mandatario del derecho de disponer. La facultad de revocar nada atenúa, porque el afecto conyugal la hace ilusoria».⁽⁶⁵⁾

En definitiva, ningún texto legal impide expresamente la autorización o el mandato general revocable de un cónyuge a otro para los actos de disposición; empero, atento al espíritu de la ley de prevenir efectivamente el fraude conyugal—, y a las normas jurídicas que limitan el campo de la autonomía de la voluntad en las relaciones pecuniarias de los cónyuges, no sería arbitraria la interpretación que les negase la seguridad de su licitud.

11. Autorización judicial

En caso de faltar el asentimiento del cónyuge puede solicitarse al juez autorización para realizar los actos comprendidos en el artículo 1277.

La autorización judicial, por principio, es supletoria. Quien la solicita debe acreditar los recaudos para su procedencia. No puede ser otorgada sin previa audiencia de las partes. Empero, se trata, como es lógico, de dar oportunidad de audiencia al cónyuge que resiste el acto; si citado no concurre o no puede concurrir, el juez está habilitado para resolver la petición.

En casos de gananciales comprendidos en la primera parte del artículo 1277, el criterio judicial ha de ser examinar si existe una «justa causa» que obste a la disposición. Si no

⁽⁶⁴⁾ J. A. Bibiloni, cit., t. V, p. 220; y, asimismo, p. 237 respecto al asentimiento de uno de los esposos a la enajenación o afectación de un bien propio del otro, donde también establecía que el mismo debía ser siempre especial y que serían nulas las autorizaciones generales.

⁽⁶⁵⁾ J. A. Bibiloni, cit., t. V, p. 221.

existe, la autorización debe concederse satisfaciendo el derecho de iniciativa del cónyuge titular del bien.

Por el contrario, en casos de bienes donde está radicado el hogar conyugal solo puede autorizarse la disposición si el inmueble fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido (artículo 1277, *in fine*).

Cabría aseverar que en el caso del primer párrafo del artículo 1277, el cargo de la prueba de la existencia de justa causa de oposición incumbe al cónyuge que resiste la iniciativa del titular del bien; y que en el caso del segundo párrafo del mismo artículo, corresponde al cónyuge titular del bien demostrar que el inmueble es prescindible y que el interés familiar no resulta afectado.

En principio la autorización ha de ser anterior a la disposición, pero en casos especiales de urgencia probada y grave peligro la autorización judicial de la disposición podría ser posterior o convalidatoria.⁽⁶⁶⁾ Para explicar esta convalidación judicial deben tenerse presente los caracteres de la nulidad que afectaría al acto dispositivo unilateral y la necesidad de evitar los graves perjuicios que en ciertos casos urgentes pueden derivar del trámite procesal. En la ley 2393 se preveía la convalidación o ratificación de actos realizados sin autorización previa, en el artículo 62 (*idem*, artículo 196 del Código Civil de 1869).

12. Consecuencias del incumplimiento del artículo 1277

La violación de la exigencia del artículo 1277 tiene distintas consecuencias vinculadas a la invalidez del acto y a las relaciones pecuniarias entre los cónyuges.

El acto de disposición que vulnere el artículo 1277 no sería válido por significar la realización de un negocio jurídico prohibido (artículo 18 del Código Civil).

Si el vicio del acto es ostensible la nulidad sería manifiesta; pero si el defecto estuviese oculto —por falseamiento del carácter del bien o del estado civil de la persona— la nulidad sería no manifiesta.

El acto será nulo o anulable según que la incapacidad de derecho que afecta a la parte sea conocida o desconocida (artículos 1043, 1045, etc.)

Por el fundamento que inspira la exigencia legal puede sostenerse que la nulidad del acto que no la cumple es de carácter relativo.⁽⁶⁷⁾

La nulidad del acto dispositivo sería total, no siendo admisible la pretensión de parcializar la invalidez a la cuota de gananciales del cónyuge omitido; esta parcialización equivaldría a transformar la naturaleza jurídica y las características de la sociedad conyugal asimilando los bienes gananciales a bienes sometidos a condominio ordinario (artículo 2677), lo que no armoniza con el régimen legal argentino.

⁽⁶⁶⁾ Véase opinión de Cossio en derecho español, recordaba por J. Puig Brutau, *op. cit.*, IV, vol. 1º, p. 762; y de F. Bonet Ramón, citado, t. IV, p. 420.

⁽⁶⁷⁾ Arg. artículo 58 de la ley 2393; respecto a la subsistencia de esta norma después de la ley 11357, v. J. C. Rébora, *El Código Civil de la república Argentina*, Bs. As., 1965, p. 78, nota 75. Ha de computarse en esta materia la pronunciada discrepancia de la doctrina acerca del carácter relativo o absoluto de la nulidad por incapacidad de derecho; v. M. Aráuz Castex, t. II, N° 1737; J. J. Llambías, II, N° 2001; G. A. Borda, *Parte General*, II, N° 1254; R. M. Salvat, *cit.*, *Parte General*, N° 2636 (cotejar, empero, del mismo autor, *Fuentes de las obligaciones*, I, N° 474); A. G. Spota, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1957, vol. 3–6, N° 1962, p... 763 y sigts.; etc.

La nulidad, por ser relativa, es confirmable (arg. artículo 1058); la confirmación puede ser expresa o tácita (arg. artículos 1061, Código Civil y 62 *in fine* de la ley 2393).

A diferencia de otros sistemas legales, la ley 17711 no ha establecido un plazo especial de prescripción respecto a la acción de nulidad por violación del artículo 1277.⁽⁶⁸⁾ En consecuencia, la prescripción de esta acción está regida por las reglas subsistentes del Código Civil y, en su caso, por el artículo 4023 modificado por la ley de 1968. Ha de tenerse presente el plazo de prescripción que el artículo 4031 del Código Civil estableció para la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin autorización competente, fijado en dos años que comienza a correr desde el día de la disolución del matrimonio y ello suscitará diversas cuestiones, a saber: 1) Si el concepto de nulidad de las obligaciones es extensible a la nulidad de los actos dispositivos comprendidos en el artículo 1277 de la ley 17711; 2) Si el plazo fijado para la acción de actos del marido.⁽⁶⁹⁾ Asimismo, en esta materia, ha de tenerse presente que la prescripción se suspende entre los cónyuges (artículos 3969 a 3971 del Código Civil).⁽⁷⁰⁾

Por el carácter relativo de la nulidad solo tienen legitimación para demandarla el cónyuge omitido y sus herederos.⁽⁷¹⁾ También los acreedores del cónyuge omitido, por vía de acción subrogatoria, pueden deducir la acción (artículo 1196). El sujeto que contrató con uno de los cónyuges, como parte en el acto, no puede impugnarlo pues la nulidad no ha sido establecida en su beneficio (artículo 1048).⁽⁷²⁾

Si la acción de nulidad prospera, inclusive contra terceros, estos pueden oponer, en su caso, la prescripción adquisitiva de inmuebles (artículos 4015 y 4016).

Cuando los terceros son de buena fe y adquirentes a título oneroso, aunque se trate de gananciales *inmuebles*, y ya sea que se reputa nulo o anulable el acto por violación del artículo 1277, podrán detener la acción invocando el nuevo artículo 1051.⁽⁷³⁾ Respecto

⁽⁶⁸⁾ artículo 1427 del Código Civil francés, según la ley de julio 13 de 1965, que establece un plazo de dos años a partir del día en que el cónyuge tuvo conocimiento del acto, y sin poder, nunca, ser intentada la acción después de dos años de disuelta la comunidad. En el proyecto de los profesores belgas Dekkers y Baetman la anulación debe pedirse dentro del mes a contar del día en que el acto anulable ha llegado a conocimiento del cónyuge demandante (v. *op. cit.* en nota 12, p. 352, artículo 29).

⁽⁶⁹⁾ Para negar la extensión algunos invocarán las diferencias que en ciertas situaciones rigen la caducidad de las acciones de nulidad entre cónyuges (artículo 85, inciso 3° de la ley 2393). Para sostener la extensión otros invocarán, desde un punto de vista axiológico, la conveniencia de limitar el tiempo de incertidumbre acerca de la validez de los actos jurídicos, que resultaría muy prolongada de aplicar el término general de diez años establecido en el artículo 4023, 2° párr.

⁽⁷⁰⁾ Véanse L. Segovia, *El Código Civil de la República Argentina*, Bs. As., 1881, II, p. 744; L. de Gásperi, con la colaboración de A. M. Morello, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1964, III, p. 484; M. Aráuz Castex, cit., II, N° 1748; A. G. Spota, cit. en nota 64, vol. 3-8, pp. 546 y sigs., y otros, acerca de si el punto inicial de la prescripción establecido en el artículo 4031 supone un caso distinto de las resultantes de los artículos 3069 y 3970. Asimismo, v. nuestra nota en J. A., 1965-V, p. 471 y n. estudio «Suspensión de la prescripción por causa de matrimonio», en *Boletín del Instituto de derecho civil*, Santa Fe, 1959, N° 1, p. 107.

⁽⁷¹⁾ Véase el artículo 58 de la ley 2393. La legitimación de los sucesores universales se reafirma por cuanto sus patrimonios no se confunden, en principio con el patrimonio de los cónyuges —tanto del omitido como del que dispuso unilateralmente— en virtud de la presunción de aceptación de herencia con beneficio de inventario (artículo 3363, según ley 17711).

⁽⁷²⁾ Compárese E. Vaz Ferreira, que diferencia la nulidad de la inoponibilidad. En caso de nulidad relativa fundada en la incapacidad de derecho establecida para proteger a personas que no han sido partes en el acto, pareciera que la distinción entre nulidad e inoponibilidad carece de importancia; distinto sería el caso de nulidad relativa fundada en la incapacidad de hecho de una de las partes.

⁽⁷³⁾ P. León, en *Los Principios* (Córdoba, mayo 12 de 1968), señala que no obstante la modificación del artículo 1051 inexplicablemente se dejan de pie los artículos 2765, 2777 y 3277 que disponen lo contrario. Si se considerase que la

a las cosas *muebles* la protección de terceros de buena fe que han adquirido la posesión, resulta de los artículos 2412, 2413 y 3271. Con relación a *derechos registrables*, que pudieran incluirse en la exigencia del artículo 1277, la tutela de terceros de buena fe derivará de haberse ajustado a los datos sobre estado civil y carácter propio ganancial del derecho consignados en los registros.

El cónyuge omitido en el acto de disposición, en casos en que no fuere posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad, tendrá derecho a ser indemnizado (artículos 1056 y 1057). La ley no limita la oportunidad para deducir la acción resarcitoria y la circunstancia de suspenderse la prescripción entre cónyuges no significa que se establezca una incapacidad de accionar (v. nuestra nota en J.A., 1956-V, p. 471, n°7); si se hubiera propuesto el ejercicio de la acción, el desequilibrio que efectivamente se hubiese producido debe ser salvado en la cuenta de liquidación de la sociedad conyugal.

El régimen legal argentino no establece expresamente que el incumplimiento del artículo 1277 justifique la disolución de la sociedad conyugal.⁽⁷⁴⁾

Estrictamente el supuesto excede del ámbito del artículo 1294 que concierne a bienes propios de la esposa y al concurso de acreedores de marido (v. Cám. Civ. 1ª Cap., 1934, J. A., 46-144).

Sin embargo, si el incumplimiento del artículo 1277 fuese reiterado o el fraude conyugal grave, la prudencia judicial debería extremarse a fin de evitar el total desequilibrio de las relaciones pecuniarias entre los cónyuges que derivaría de esas situaciones; cabría, probablemente, en mérito a la causal de injurias graves admitir la separación conyugal y la disolución de la comunidad de bienes. (Compárese las opiniones de H. Lafaille, *D. de Familia*, n° 169 y de A. C. Jémolo, *El matrimonio*, Buenos Aires, 1954, p. 498; en la jurisprudencia de tribunales argentinos véanse: *La Ley*, t. 112, p. 721 J. A., 26-253; J. A., 27-1011; J. A., 1963-VI.537; *Gac. del Foro*, t. 167, p. 4).

Señoras y señores:

La meta que guía a los escribanos es la seguridad de los derechos confiados a su intervención, y la prudencia es tal vez una de las virtudes que más estiman.

Si en algunos de los temas planteados en este rápido resumen panorámico quedasen más dudas que soluciones firmes, o si estas dependiesen de las variables contingencias del caso y de su apreciación por los jueces, sepamos confiar en que la experiencia derivada de la aplicación de las modificaciones aportará el conocimiento empírico suficiente para esclarecer esas dificultades.

antinomia es irreductible y no susceptible de superación por distinción entre regla y excepción, por razones dadas al comienzo, ha de prevalecer la ley posterior, aunque esta carezca de norma que derogue genéricamente las disposiciones legales que se le opongan.

⁽⁷⁴⁾ Compárese el artículo 1443 del Código Civil Francés según la ley de 1965 y artículo 1446 que obsta al ejercicio de la acción de separación de bienes por los acreedores de un cónyuge.