

Capítulo VI

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Régimen Legal

IV. GESTION DE LOS BIENES	
113. Preliminar	368
A) <i>Antecedentes</i>	
114. Evolución legal	368
115. Régimen de gestión en el Código Civil	368
116. Régimen de la ley 11.357	370
B) <i>Régimen de la ley 17.711</i>	
117. Gestión de los bienes	371
118. Disposición de los bienes	374
119. Naturaleza jurídica de la intervención del cónyuge no titular	374
120. Proyección jurídica de la exigencia legal sobre el cónyuge titular	376
121. Caracteres del asentimiento	377
122. Quiénes pueden requerir el asentimiento	380
123. Quiénes pueden asentir	381
124. Supuestos en que se exige el asentimiento	382
125. Consecuencias de la falta de asentimiento conyugal	388
126. Tesis de la inoponibilidad	369
127. Tesis de la nulidad	390
128. Mandatos entre cónyuges	394
129. Mandatos para administrar	394
130. Mandatos para disponer	396
131. Consideraciones comunes a los mandatos para administrar y para disponer	400
132. Fraude entre cónyuges	401

IV. GESTION DE LOS BIENES

113. Preliminar.

La palabra "gestión" se entiende abarcando todo lo relativo a la actividad jurídica que tiene a los bienes por objeto. El tema de este apartado se refiere al interrogante de "a quién" corresponde el ejercicio de esa actividad, tanto cuando su intervención es suficiente para otorgar un negocio eficaz como cuando no lo es. Por lo tanto, la gestión comprende la celebración de actos para los cuales es suficiente la intervención del titular del derecho sobre los bienes (en términos generales, los actos de administración y los de disposición no incluidos en el artículo 1277) y la iniciativa y el consentimiento en aquellos que requieren el asentimiento del cónyuge no titular (actos de disposición incluidos en el artículo 1277). También se aplica el término a la actividad desempeñada en el cumplimiento de un mandato o el ejercicio de la curatela, con sus especiales requisitos.

A) ANTECEDENTES

114. Evolución legal.

En la materia se ha producido una detenida e importante evolución legal.

115. Régimen de gestión en el Código Civil.

El régimen de gestión de los bienes en el Código Civil responde a la esquematización que se formula en los párrafos siguientes.

1º) *Gestión ordinaria:*

Al marido correspondía la gestión:

- a) de sus bienes propios con plenos poderes;
- b) de los bienes muebles propios de la esposa con plenos poderes (art. 1257), pero respondiendo por su precio o estimación si no invertía en los términos del artículo 1254;
- c) reducida a la administración, de los inmuebles de la esposa y de su dinero en depósitos públicos, pues ella estaba habilitada para enajenarlos y constituir derechos reales sobre los

primeros y disponer de los segundos, con asistencia marital (arts. 1252 y 1253);

- d) de todos los bienes gananciales sin distinción de origen, incluidos por lo tanto los frutos de los bienes propios de la esposa, con la única limitación de requerirse el asentimiento conyugal o judicial para su donación, si inmuebles.

A la esposa correspondía la gestión:

- a) de los bienes inmuebles o muebles propios reservados (arts. 1217, nc. 1º, 1226 y 1257);
- b) de los bienes recibidos por herencia, legado o donación con la condición de que ella los administrara, con licencia marital o judicial (arts. 1227, y 55 de la ley 2393);
- c) reducida a actos de administración, de los propios y gananciales que comprometiera en el ejercicio de su profesión o empleo, o del "mandato doméstico" o del comercio (art. 190 y 1281 del CC.; art. 56 de la ley 2393 y disposiciones del Código de Comercio).

Los bienes propios en condominio (art. 1264 u otras hipótesis) quedaban sujetos a las reglas propias de esta institución.

2º) *Gestión excepcional.*

A la esposa correspondía la gestión:

- a) de todos los bienes, propios de uno u otro y gananciales, si curadora del marido incapaz o penado (art. 1284, Cód. Civil, y disposiciones del Código Penal vigente, en su caso);
- b) de sus propios y de los gananciales durante el período de posesión provisoria siguiente a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (según el art. 118 del Código Civil y sus correlativos, reemplazados posteriormente por la ley 14.394 de 1954) si no optaba por la disolución de la sociedad conyugal (art. 1307);
- c) de los gananciales y de sus propios durante el juicio de divorcio, si el marido era removido de la administración y ella designada en su lugar (art. 74 de la ley 2393); sus poderes estaban restringidos por los artículos 1284 y 1287 a los mismos límites que los del marido y por el artículo 1285, en

cuanto a la enajenación de inmuebles, que requería autorización judicial sin sanción de nulidad. Finalmente, la esposa podía ser autorizada judicialmente para actos de administración en caso de impedimento accidental del marido (art. 1282).

A los efectos de completar el régimen, debe apuntarse que el tercero curador del cónyuge incapaz asumía la gestión de todos los gananciales, por lo que la esposa podía solicitar la separación de bienes (arts. 1289 y 1290).

116. Régimen de la ley 11.357.

La ley 11.357 incidió fundamentalmente en el régimen de gestión del Código Civil, reconociendo a la mujer casada la facultad de administrar y disponer su peculio e incluso sus bienes propios.

La gestión de bienes de los esposos quedó organizada después del artículo 3º, 2º, de la siguiente manera:

1º) *Gestión ordinaria.*

Al marido correspondía la gestión:

- a) de sus bienes propios con plenos poderes;
- b) de los bienes propios de la esposa mientras ésta no revocara el mandato presunto de administración, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil y sin la obligación de rendir cuentas;
- c) de los gananciales cuya gestión no correspondía a la cónyuge, también según el Código Civil, principio de particular importancia pues comportaba la gestión marital como regla.

A la esposa correspondía la gestión:

- a) de sus propios si había revocado el mandato presunto de que disfrutaba el marido, con la prohibición de enajenarlos a título gratuito sin asentimiento marital o del juez si el marido era emancipado;
- b) de los gananciales frutos de sus propios, en la hipótesis anterior;
- c) de su peculio y de lo adquirido con éste.

El régimen de gestión de los propios en condominio no experimentó modificación alguna.

2º) *Gestión excepcional.*

A la esposa o al marido, en su caso, correspondía la gestión:

- a) de los propios del otro y de la totalidad de los gananciales en ejercicio de la curatela, incluso del simple ausente (después de la ley 14.394, art. 19);
- b) de todos los gananciales después de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento o muerte presunta (antes y después de la ley 14.394), hasta la disolución de la sociedad;
- c) a la esposa correspondía la gestión de todos los gananciales durante el juicio de divorcio, de acuerdo a lo ya expuesto; el artículo 1282 continuó rigiendo y el 4º de la nueva ley permitió que la mujer casada fuera judicialmente autorizada para disponer de los propios del marido y de los gananciales de administración del mismo en la situación de emergencia prevista.

Tanto para el régimen del Código Civil como para el de la ley 11.357, los gananciales de titularidad conjunta correspondían a la gestión marital.

La extensa y conocida referencia que antecede se incluye a los efectos de destacar que siempre que ambos esposos pudieron asumir simultáneamente la gestión de gananciales, ésta se organizó de tal manera que a cada uno de ellos le correspondía actuar con respecto a masas distintas de bienes. La distinción de “masas gananciales de gestión separada” resulta también muy claramente del régimen de deudas de los esposos, según lo organizan los artículos 5 y 6 de la ley 11.357.

B) REGIMEN DE LA LEY 17.711

117. Gestión de los bienes

La diferenciación es, por fin, definidísima y fundamental en el régimen vigente que separa masas de gananciales así como separa dos masas de bienes propios: cada una de las masas de bienes propios y de bienes gananciales corresponde a la gestión jurídica del cónyuge titular de los derechos sobre los mismos, entrando en la masa ganancial de gestión marital los gananciales de titularidad dudosa o de difícil prueba.

1º) *Gestión ordinaria*. Su organización es la siguiente:

- a) los propios y los gananciales de titularidad del marido están sometidos a su gestión, los de titularidad de la esposa, a la suya; el artículo 1276 dispone que corresponde a cada esposo la actividad jurídica sobre los gananciales que adquiera con su trabajo personal o por cualquier título legítimo, entendiéndose por título la causa económica - jurídica eficiente de la asunción del derecho por el titular; por lo tanto, por ejemplo, la gestión del producido del usufructo de los bienes de los hijos comunes corresponde al padre legítimo pues él lo percibe, y el de los bienes de los hijos de un matrimonio anterior, al progenitor de éstos por la misma razón;
- b) los gananciales de titularidad dudosa están sujetos a la gestión del marido (art. 1276, segundo párrafo);
- c) los gananciales de titularidad conjunta (adquiridos por ambos esposos empleando bienes gananciales de la gestión de uno y otro) están sometidos a las reglas del condominio o la copropiedad; los actos de disposición sobre los mismos se otorgan conforme a dichas reglas si la cosa o bien no está incluida en el artículo 1277 y, si lo está, deben completarse con la exigencia de la conformidad conyugal, ya que la disposición de parte indivisa requiere el consentimiento del titular y asentimiento del otro cónyuge, y la disposición de toda la cosa o bien toma finalmente la forma de codisposición.

2º) *Gestión excepcional*. La gestión por un cónyuge de los gananciales de titularidad del otro procede:

- a) en caso de mandato según el tercer párrafo del artículo 1276, para el mandato para administrar, y los principios generales para el mandato para otorgar actos de disposición. Los gananciales de titularidad conjunta admiten también esta posibilidad de gestión por uno de los esposos;
- b) en caso de "gestión de negocios" entre esposos, de acuerdo a la caracterización jurídica correspondiente, debiendo recordarse la gestión oficiosa del artículo 2709 para los gananciales de titularidad conjunta;

- c) en caso de curatela del cónyuge interdicto, penado o simplemente ausente, de acuerdo al régimen de la curatela, incluida la de bienes para la última hipótesis;
- d) en caso de muerte presunta del cónyuge, si el otro no opta por la disolución de la sociedad conyugal (art. 1307) y hasta el vencimiento del plazo de prenotación (art. 30, ley 14.394). Por su correlación con el artículo 28, la subsistencia de la sociedad conyugal no es óbice a la sucesión del presunto muerto que se limita a los bienes propios, a los cuales no se agregan las recompensas a su favor porque se determinan en la liquidación de aquélla. La gestión por el cónyuge del muerto presunto está exenta de la obligación de rendir cuentas hasta la fecha de la sentencia que decretó la muerte, período en el que habrá administrado o como curador del simple ausente o judicialmente autorizado por incapacidad accidental del cónyuge; deben ser rendidas a partir de esa fecha y hasta la disolución;
- e) en caso de autorización judicial por “incapacidad accidental” del cónyuge, para actos de administración (art. 1282, extensivo al marido);
- f) durante la tramitación del juicio de divorcio o de separación de bienes o de nulidad del matrimonio, si se ha decretado la remoción del cónyuge de la gestión de sus gananciales confiándola al otro consorte (arts. 1295 C.C. y 74, ley 2393).

En caso de inhabilitación de un cónyuge y su curatela por el otro, debe recordarse que el inhabilitado conserva la iniciativa de la gestión de sus bienes, requiriéndose sólo el asentimiento del curador para los actos abarcados en la inhabilitación.

La administración por el cónyuge no titular queda incluida en el artículo 1284, con las limitaciones de los artículos 1287 y 1278. En los actos de disposición en que sea requerido, ha de suplirse el asentimiento conyugal judicialmente;

- 3º) La gestión de bienes de un cónyuge por un tercero procede:
- a) En caso de su curatela por incapacidad con curador distinto del otro cónyuge;

- b) con respecto a los bienes adquiridos a título gratuito por el emancipado que contrajo matrimonio sin asentimiento paterno, tutelar o judicial, supuesto en que dichos bienes son administrados por el padre o el ex tutor con el régimen de la patria potestad o la tutela;
- c) en el caso expuesto *supra* 2º) bajo la letra f) cuando la gestión es confiada a un tercero.

118. Disposición de los bienes.

La norma del artículo 1276 se completa con el artículo siguiente, profundamente innovador de lo que fue hasta 1968 el régimen de disposición de los bienes de los cónyuges. El artículo 1277 dispone: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

119. Naturaleza jurídica de la intervención del cónyuge no titular.

Se han expresado dos opiniones con respecto a la naturaleza jurídica de la intervención del cónyuge no titular.

a) Para una corriente de opinión, los dos cónyuges intervienen en un pie de igualdad, el negocio jurídico es otorgado por ambos, es decir, codisponen en forma similar a la actuación de los condóminos que disponen de la cosa común.

b) Para otra corriente de opinión, los dos esposos no intervienen en un pie de igualdad. Al titular corresponde la iniciativa y la disposición, al no titular se le pide su *asentimiento*, una *expresión de su conformidad con el negocio de su cónyuge*.

La fundamentación de esta tesis comporta la refutación de la expuesta en primer término. He aquí los principales argumentos al respecto:

b.1.) La iniciativa del acto jurídico debe partir del titular del derecho porque es él quien tiene a su cargo su gestión (art. 1276 y, como texto que confirma el aserto, artículo 3753 relativo al legado de cosa ganancial que puede efectuar el testador siempre que le corresponda la administración de la misma).

b.2.) El titular adquiere el derecho sobre la contraprestación íntegra.

b.3.) La falta de "consentimiento" no podría ser suplida judicialmente (es lógicamente inconcebible que el juez "disponga") mientras que es razonable que la falta de asentimiento lo sea, tal como establece la norma legal.

b.4.) La "codisposición" violentaría el principio de la separación de las deudas porque ambos cónyuges asumirían las obligaciones emergentes del negocio jurídico, por ejemplo, la garantía de evicción o la deuda por el saldo de precio.

b.5.) Es la interpretación aceptada en regímenes similares al argentino, por ejemplo, en el español y el uruguayo.

Esta tesitura determina importantísimas consecuencias: el negocio jurídico celebrado con asentimiento conyugal es un negocio complejo, la manifestación del cónyuge no titular, le otorga plena eficacia; el no titular no inviste el carácter de parte en el acto dispositivo y no es necesario comprobar y certificar que goza plenamente de sus poderes de disposición; sólo el titular asume las obligaciones emergentes del negocio y, en su caso, puede incurrir en fraude con respecto a sus acreedores.

120. Proyección jurídica de la exigencia legal sobre el cónyuge titular.

Se han emitido también diversas opiniones sobre este tema. Sin desdeñar otras variantes (cuya síntesis puede verse en nuestro trabajo *El artículo 1277 y la capacidad de los cónyuges en Estudios sobre sociedad conyugal*, p. 119 y ss., en especial nota N^o 44), las dos posiciones extremas son las que sostienen, respectivamente, que la exigencia del asentimiento conyugal ha creado una incapacidad de derecho que pesa sobre el cónyuge titular y la que sostiene que se trata de una restricción a los poderes de disposición del mismo.

Sustentamos la segunda tesitura sobre la base de distinguir entre las incapacidades de derecho, que se presentan en forma de prohibiciones legales que afectan a la persona como limitaciones subjetivas (limitaciones a la titularidad), las incapacidades de obrar que dejan incólume la titularidad y sólo afectan al ejercicio de los derechos subjetivos y el cumplimiento de los deberes jurídicos por el incapaz mismo, y el poder de disposición que se refiere a "la aptitud para otorgar un acto concreto sobre un objeto determinado" (López Olaciregui, José María; notas a Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino, Parte general*, T. I, p. 597). El poder de disposición se aproxima a la capacidad de derecho sin confundirse con ella porque cabe distinguir entre la capacidad, atributo de la personalidad o sea cualidad intrínseca suya, y el poder de disposición que hace al contenido de un derecho subjetivo determinado del cual supone la titularidad en el sujeto afectado. Entre las limitaciones a la disponibilidad analizadas por la doctrina, dos se adecuan al caso en estudio, a saber, las que consisten en que la disposición dependa de la conformidad de otra persona y las que, de no ser acatadas, determinan la no plena eficacia del negocio jurídico así celebrado.

Sintéticamente enunciamos algunos argumentos en que se basa nuestra posición:

a) En el artículo 1277 aparece una prohibición legal que recae sobre el cónyuge titular, carácter que comparte con las incapacidades de derecho. Pero no es irremediable como lo son éstas pues

el asentimiento conyugal puede ser suplido por el judicial. Por lo tanto, no se configura una incapacidad de derecho.

b) La prohibición del artículo 1277 no transforma a los cónyuges en incapaces de obrar: su finalidad es protectora del cónyuge no titular o de los hijos menores o incapaces; las personas casadas no están incluidas en la enumeración cerrada de los artículos 54 y 55 del Código Civil, los incisos 2º del artículo 55 y 4º del artículo 57 han sido derogados; el artículo 1º de la ley 11.357 consagra la plena capacidad civil de la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado.

c) Caracteres señalados como típicos de las restricciones a los poderes de disposición se presentan en cuanto al requisito del asentimiento conyugal: obedece a un interés general pero rige en el interés de un tercero (con respecto al negocio) cuyos derechos, incluidas expectativas, podrían ser perjudicados por el acto; la conformidad de este tercero elimina la limitación; no impide que el titular contraiga obligaciones que pueden hacerse efectivas sobre los bienes en cuya plena disponibilidad se encuentra restringido. No obstante, debe aceptarse que las restricciones a los poderes de disposición y las incapacidades de derecho se aproximan estrechamente entre sí.

La interpretación de la exigencia del asentimiento conyugal como incapacidad de derecho del cónyuge titular es sustentada por Guastavino y por Llambías. Es muy ilustrativo el trabajo del primero, titulado *Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el artículo 1277 del Código Civil* en LL 153, 632.

121. Caracteres del asentimiento.

El asentimiento es en sí mismo un acto jurídico, de acuerdo al concepto del artículo 944 del Código Civil, cuyo fin inmediato consiste en conferir plena eficacia a la disposición del cónyuge titular. Como tal, es voluntario y pasible de encontrarse viciado por falta de discernimiento, ignorancia, error, dolo o violencia.

Este negocio jurídico, distinto del negocio dispositivo otorgado por el disponente, es:

a) Unilateral, siendo única parte del mismo el cónyuge no titular.

b) No formal, siempre que el negocio para el cual se otorga también lo sea; en caso contrario, alguna doctrina sostiene que es aplicable el inciso 10 del artículo 1184, según el cual deben formalizarse en escritura pública los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública. Esta es la opinión de Mazzinghi y Zannoni, pronunciándose, en sentido opuesto Belluscio, aunque considera aconsejable que el asentimiento sea dado en escritura pública para evitar inconvenientes en la inscripción registral y en las transmisiones de derechos a terceros por parte de quien los adquiere en el acto autorizado. Participamos de este último criterio, basándonos en que no es un acto jurídico accesorio.

c) Especial, es decir, no cabe un asentimiento anticipado general que cubra todos los actos futuros del cónyuge titular. Esta tesis se impuso en las V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971) al definirse por la invalidez del "asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos en el artículo 1277 del Código Civil" fundamentalmente porque el asentimiento general y anticipado implicaría una modificación del régimen legal por acuerdo de los cónyuges, contrariando lo dispuesto en los artículos 1218 y 1219 y la finalidad protectora del precepto del artículo 1277, sólo susceptible de ser satisfecha por la manifestación de voluntad asertiva en cada negocio en particular. Para apoyar la tesis favorable a la validez de los asentimientos generales y anticipados, Mazzinghi invoca la interpretación restrictiva que corresponde al artículo 1277 por ser excepción al 1276, la adecuación del asentimiento con dichos caracteres al régimen legal, la falta de norma expresa prohibitiva y la plena capacidad civil de los cónyuges.

d) Revocable hasta la celebración del negocio para el que fue otorgado pues, de no serlo, se daría la renuncia a la facultad de negar el asentimiento.

e) Pasible de someterse a condición o plazo, no así a un cargo que resultaría incompatible con las especiales relaciones matrimoniales en las que no cabe compensación alguna.

f) Expreso o tácito, siendo claro ejemplo de asentimiento tácito el que otorga el cónyuge mandatario de su consorte para vender un bien ganancial de éste, al celebrar el negocio en cumplimiento del mandato sin manifestar expresamente su conformidad.

g) Anterior, contemporáneo o posterior a la celebración del acto jurídico a que se refiere (en este último supuesto, confirmándose el negocio viciado por la falta de conformidad conyugal).

h) Sustituible por vía judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1277. La intervención judicial, conforme a jurisprudencia y doctrina ya definidas, procede en caso de oposición injustificada, según el texto, y en los de incapacidad o simple ausencia del cónyuge del disponente, en el de imposibilidad demostrada de obtener el pronunciamiento del consorte (situación que plantea frecuentemente la separación de hecho de los esposos) y en el supuesto del hogar conyugal adquirido a título gratuito por el cónyuge del emancipado. El criterio judicial se aplica a las características del negocio para determinar si es o no conveniente en relación con el patrimonio ganancial del disponente y en vista a los intereses futuros de su consorte. No está previsto el trámite para solicitar el asentimiento judicial: se recurre a un procedimiento sumarísimo, de jurisdicción voluntaria, con demanda por escrito fundada mediante la descripción de la operación a realizar, citación del cónyuge no titular, audiencia de éste para que exponga los motivos de su actitud, prueba de los extremos que uno y otro consorte quieren hacer valer (si el juez la estima necesaria) y resolución del magistrado.

i) Es discutible si la manifestación del asentimiento está sujeta a control del Registro pertinente, por ejemplo, el de la Propiedad Inmueble o el del Automotor, de manera que éstos puedan observar los títulos en que no aparezca dado. Un plenario de la Cámara Nacional Civil del 27 de agosto de 1977 resolvió que el Registro, al examinar los instrumentos presentados para su registración, puede controlar el cumplimiento del requisito del artículo 1277, requerir que en el documento conste la expresión del asentimiento conyugal o del judicial supletorio salvo en el supuesto del bien

propio hogar conyugal en que podrá prescindirse de dicha manifestación si el disponente declara que en el inmueble no se encuentra radicado el hogar conyugal o que, estándolo, no hay hijos menores o incapaces (LL. 1977-C, 392). El plenario ha sido criticado negativamente porque, conforme con la ley 17.801, las facultades del Registro se limitan al examen de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos presentados, al rechazo de los viciados de nulidad absoluta y manifiesta y a la observación de los documentos en que aparecen defectos subsanables que se inscriben provisoriamente. Otros acertados argumentos esgrimidos por Zannoni para sostener que la falta de asentimiento escapa a la función calificadora de los Registros, destacan que el cónyuge no titular no es parte en el negocio de su consorte, que el asentimiento puede figurar en un instrumento distinto u otorgarse posteriormente, que su falta determina nulidad relativa del acto que carece de él, que el inmueble puede ser propio del disponente y que los problemas de calificación de los bienes son de competencia judicial y no registral.

La mayoría, en el Plenario citado, se basó en que hay normas en la ley registral que se refieren a la legitimación del disponente, a su poder de disposición, por ejemplo, en cuanto a la verificación de si el enajenante figura como adquirente en la inscripción anterior, o en materia de inhibición o interdicción en las que, se estimó, se encuentra en juego la capacidad del disponente. Se sostuvo, por lo tanto, que el Registro tiene atribuciones que van más allá de la observación de las formas extrínsecas de los documentos, además de que existen defectos subsanables que, no obstante, son defectos de fondo.

122. Quiénes pueden requerir el asentimiento.

El cónyuge titular es el habilitado para requerir de su consorte o del juez, en defecto de aquél, el asentimiento para el negocio. El curador del cónyuge titular interdicto es hábil para solicitarlo, en su representación, no quedando cubierto el asentimiento conyugal por la autorización del juez de la curatela (art. 434)

sin perjuicio de que, por razones de economía procesal, se solicite también ante él con el debido trámite.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se discute si quien celebró boleto de compraventa con uno de los cónyuges en el que éste prometió la venta de un bien incluido en el artículo 1277, puede subrogarse a su contraparte a los efectos de solicitar la autorización judicial.

Entre otras razones a favor de esta tesis se argumenta: no existe siempre torpeza en el acreedor que puede haber ignorado el estado civil del vendedor, la cualidad ganancial o de bien propio "hogar conyugal" del objeto del negocio o simplemente esperar que el asentimiento se prestara a la escrituración; para que proceda la subrogación es suficiente con que sea necesario que el deudor ejercite la acción omitida para poder así cumplir con su prestación; el cónyuge titular no está sólo facultado a requerir el asentimiento sino que tiene el deber de hacerlo y, en todo caso, es admisible la subrogación en meras facultades; con la intervención del tercero no se lesiona la intimidad conyugal pues es cuestión de una relación patrimonial y el llamado a discernir el interés familiar es el juez en el desempeño de un rol que la ley le confiere.

Rehusan la procedencia de la subrogación Borda y Araujo; la aceptan Guastavino, Belluscio, Fassi, Bossert, Vidal Taquini, Zannoni. Belluscio admite también la intervención del acreedor por derecho propio.

123. Quiénes pueden asentir.

Por tratarse de un negocio jurídico, puede asentir el cónyuge capaz. Por exigirse el asentimiento para un negocio jurídico ajeno que recae sobre bienes cuya titularidad no tiene el consorte del disponente, son hábiles para asentir los que se encuentran restringidos en los poderes de disposición sobre sus bienes: el inhabilitado civil (art. 152 bis), el inhabilitado, el penado (art. 12 C. Penal), el cónyuge sometido a concurso preventivo y el cónyuge fallido. El emancipado puede asentir en los negocios de su cónyuge sobre bienes gananciales porque el mismo es hábil para celebrarlos sobre los que le pertenecen pero no está admitido a asentir en los actos dispositivos del consorte sobre el hogar conyugal adquirido gra-

tuitamente por éste pues el artículo 135 exige mayoría de edad al respecto.

Sólo el asentimiento judicial es procedente cuando el cónyuge titular es un incapaz quienquiera sea quien ejerza su curatela (el disponente o un tercero).

124. Supuestos en que se exige el asentimiento.

1º) *Bienes comprendidos:*

Están comprendidos en la exigencia del artículo 1277 por el hecho de ser inmuebles o bienes muebles registrables en registros públicos, privados o semi-privados, los siguientes bienes:

1. *Ganaciales, incluidos los gananciales anómalos:*

a) *inmuebles* por su naturaleza y por accesión física.

b) *Muebles registrables:* automotores (decretos - leyes 6582/58 y 5120/63), embarcaciones (artículos 155 a 159 de la ley 20.094), aeronaves (artículos 45, 49 y 50 del Código Aeronáutico), tractores (decreto 2281/76), equipos pura sangre de carrera (artículo 2º, ley 20.378).

c) *Derechos registrables:* derechos reales sobre inmuebles incluyendo los créditos garantizados con hipotecas o anticresis (art. 2505 C.C.) y prenda con registro (decreto-ley 15.348/46 ratificado por ley 12.962); arrendamientos y aparcerías rurales; promesa de venta en boleto de compraventa de inscripción obligatoria (pre-horizontalidad, artículo 12, ley 19.724; loteos, ley 14.005; en general, del art. 30 de la ley 17.801 se deduce que la inscripción de los boletos es voluntaria, estando instrumentada en algunas Provincias, entre ellas, Santa Fe, por ley anterior a la nacional); acciones nominativas de S.A. (art. 213 y 215, ley 19.550); cuotas de capital de sociedades en comandita por acciones (arts. 335, ley 19.550); marcas de fábrica, comercio y agricultura (arts. 11, 21 y 37, ley 3975); warrants y certificados de depósito (art. 8º, ley 9643); marcas y señales de ganado (Códigos rurales, por ejemplo, art. 161 del de Córdoba y 144 del de Santa Fe).

No hay acuerdo en cuanto a:

a) Los *inmuebles por accesión moral* (art. 2316) que caben en la expresión genérica "inmuebles" pero que no estarían comprendidos en el artículo 1277 por razones lógicas y prácticas, además de que

no son registrables; si son enajenados con el inmueble en el que se encuentran, el asentimiento es necesario pero, como observa Zannoni, pueden ser libremente desafectados por el dueño, modificando su destino, en cuyo caso son aptos para la disposición sin asentimiento;

b) Los *semovientes*, estimados incluidos en el texto analizado por Vidal Taquini, Kaller de Orchansky y Crespi, a causa de la obligatoriedad del registro de marcas y señales, y considerados no incluidos por Borda y Mazzinghi porque se registran éstas como medio de identificación de los animales pero no los semovientes;

c) Los *fondos de comercio*, incluidos según la opinión de Guastavino, Borda, Spota, Guaglianone, Zannoni, Cafferata, Mazzinghi y Crespi, porque los artículos 7 y 12 de la ley 11.867 establecen la obligatoriedad de inscribir la transferencia del dominio; Vidal Taquini sostiene que el fondo de comercio constituye una universalidad de hecho en la cual los elementos que la componen conservan su individualidad debiendo observarse las formalidades prescriptas para la transmisión de cada uno de ellos; Belluscio afirma que el asentimiento no es exigido pues la ley obliga a inscribir las transferencias de propiedad, sin vinculación con las transferencias anteriores y no la propiedad misma, "no puede haber, escribe, inscripción del fondo de comercio que no ha sido adquirido por transferencia sino formado por el cónyuge, y sería absurdo requerir el asentimiento para el adquirido por otra persona y no para el establecido por el propio cónyuge" (*Manual de Derecho de Familia*, T. II, N° 370).

2. *Propio*: El artículo 1277 cubre el bien propio de uno de los cónyuges en que esté establecido el hogar conyugal mientras haya hijos menores o incapaces atribuyendo al juez la facultad de conceder la autorización si el bien fuere prescindible y el interés familiar no resultara comprometido.

La finalidad de la norma es tuitiva de los hijos o del hijo único y no del cónyuge titular. Se refiere a los hijos legítimos o adoptivos comunes o de uno solo de los cónyuges, esto último teniendo en cuenta la *ratio legis* del inciso 1º del artículo 1275 del Código Civil según el cual es deuda definitivamente común la contraída en la manutención de los hijos legítimos de uno de los cónyuges, interpre-

tación que no es extensible al supuesto de hijos extramatrimoniales (opinión de Fassi y Bossert que compartimos; en contra, Zannoni admite la aplicación del artículo 1277 en el caso de hijos extramatrimoniales que convivan con el grupo familiar).

Las circunstancias que caracterizan al "hogar conyugal" son difíciles de comprobar y fáciles de eludir. Generalmente se recurre a un acta notarial para demostrar que el inmueble del que se quiere disponer no es sede familiar. Recuérdesse que depende del marido decidir y llevar a cabo el cambio de domicilio.

2º) *Actos jurídicos comprendidos.*

La norma se aplica a actos o negocios jurídicos, no a actos materiales aunque impliquen resultados semejantes a los de un negocio dispositivo.

El principio general incluye los actos de disposición. El concepto de los mismos es una construcción teórica registrándose divergencias en los autores argentinos. Se ofrece un criterio objetivo - funcional, orientado por Orgaz y seguido por la mayoría de la doctrina, que conceptúa el acto de disposición por sus efectos sobre el capital, que disminuye o modifica sustancialmente o cuyo porvenir compromete por largo tiempo, no persiguiendo simplemente la productividad de los bienes o haciéndolo de un modo anormal o extraordinario. Dentro de este criterio, López Olaciregui subraya lo objetivo de manera que el acto de disposición es el que recae sobre el capital y el de administración, el que lo hace sobre frutos o rentas; Spota, el gobierno normal (administración) o riesgoso (disposición). Personalmente sostenemos que la distinción entre actos de administración y actos de disposición debe configurarse según el objeto del negocio, atendiendo a la noción de capital como opuesta a renta, y a la clasificación de aquél en fijo y circulante. Son actos de disposición los que tienen por objeto bienes de capital no circulante. Son actos de administración los que tienen por objeto bienes de capital circulante o rentas. Entendemos por capital circulante el que produce renta saliendo del patrimonio de su poseedor. También importa la idea de capital como opuesto a rentas o frutos, según lo cual es acto de disposición el que recae sobre bienes de uso no destinados a producir sino a satisfacer necesidades directamente.

Están comprendidos en la preceptiva del artículo 1277 todos los actos de disposición entre vivos, ordinarios y procesales (venta, donación, permuta, cesión de boleto de compraventa de inscripción obligatoria, cesión y rescisión de arrendamientos y aparcerías rurales, enajenación y abandono de minas, dación en pago). Especialmente contempla el texto la constitución de gravámenes sobre los bienes incluidos, extensiva al embargo voluntario, y el aporte de dichos bienes en uso o dominio a sociedades. Además, un negocio determinado: la fusión o transformación de sociedades de personas.

Algunos supuestos requieren especial consideración.

a) *Celebración de boletos de compraventa.* Es evidente que la aplicación del criterio objetivo permite que una misma especie de negocio, de acuerdo al contenido de la intención negocial, sea o no de disposición conforme a la calificación de su objeto. *Ergo*, la celebración del boleto de compraventa será acto de disposición si el inmueble cuya venta y compra se promete, es un bien de capital, para nosotros, fijo.

En lo que hace a la aplicación del criterio objetivo - funcional, obsérvese que las opiniones recordadas consideran suficiente el riesgo en que se coloca al capital para configurar acto de disposición. La observación es fundamental en materia de boleto de compraventa porque si bien el contenido de su intención negocial consiste en la promesa de vender el inmueble formalizando el negocio en escritura pública, ello va acompañado por efectos sustitutivos de definida trascendencia sobre el patrimonio del que se comprometió a transmitir el dominio, pues la escritura puede ser otorgada por el juez si el promitente rehúsa hacerlo y del incumplimiento imposible de subsanar, deriva responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados cuya satisfacción puede afectar al mismo bien que fue objeto de la frustrada promesa bilateral. De aquí que el boleto *da forma a un acto de disposición, aunque no a un negocio de enajenación.*

Por lo tanto, el asentimiento conyugal es, teóricamente, necesario. No obstante, el boleto celebrado sin la conformidad del cónyuge es igualmente eficaz porque el silencio del consorte del titular no obstaculiza la escrituración que, con la tradición, son lo decisivo

para la transmisión del dominio, ya que el firmante puede ser demandado a escriturar, condenado a hacerlo y el demandante puede subrogarse al vendedor para instar la intervención judicial en procura de obtener o reemplazar el asentimiento conyugal, tanto durante el juicio como en el proceso de ejecución de la sentencia. Al menos, se afianza la orientación doctrinario - jurisprudencial en tal sentido.

b) *Actos relacionados con créditos garantizados con hipoteca o prenda con registro.* Se plantean distintas cuestiones diferentes a la constitución del gravamen indudablemente comprendidas en el artículo 1277.

b.1.) *Constitución de gravamen por el saldo de precio de un bien que se adquiere con fondos gananciales.* Aunque discutido, debe concluirse en que el asentimiento no es necesario porque no resulta comprometido un bien actual ni disminuido el patrimonio del cónyuge comprador quien sólo apela al gravamen como un recurso, un medio útil para incorporar al mismo nuevos bienes, actitud plausible que no contraría la finalidad del artículo 1277. La solución es idéntica para el supuesto de compra de un bien ya gravado asumiendo la garantía real el cónyuge comprador.

En contra se opone que el gravamen recae sobre el bien ya incorporado al patrimonio, puesto que para hipotecar se requiere ser propietario del inmueble (art. 3119 C.C.), es decir, se sostiene que no hay desigualdad entre gravar un ganancial que ya está en el patrimonio del cónyuge y gravar el bien que se adquiere en el mismo momento porque se da una sucesión lógica, aunque no cronológica, de los dos actos: comprar y gravar.

Según la disposición 73/68 de la Dirección Nacional de Registros de Créditos Prendarios, no se exige el consentimiento expreso por escrito cuando se trata de contrato de prenda para garantizar el saldo de precio.

b.2.) *Cancelación de gravámenes mediante el pago del crédito.* El cónyuge deudor no necesita asentimiento para pagar. El cónyuge acreedor de un crédito ganancial garantizado con hipoteca o prenda con registro no lo necesita para recibir el pago: la cancelación

de la garantía real es el resultado legal automático de éste (artículos 3187 y 3200).

b.3.) *Renuncia al gravamen, aceptación del pago perdiendo intereses, prórroga del plazo del mutuo y renovación del gravamen, cancelación por pago parcial no convenida oportunamente, permuta del rango del gravamen por uno posterior, cesión del crédito garantizado.* Todos estos negocios jurídicos celebrados por el cónyuge acreedor de un crédito ganancial garantizado con hipoteca o prenda con registro requieren asentimiento pues se trata de actos de disposición sobre un bien, el crédito, dotado de una garantía que es un derecho registrable.

c) *Celebración de negocios habituales.* La enajenación de inmuebles o muebles registrables por el cónyuge titular del dominio será un acto de administración si su actividad comercial consiste en compraventa de inmuebles o muebles porque esos actos recaen sobre capital circulante. Se obtiene así un fundamento más definido que el factor extrínseco "habitualidad de la operación" o "profesión" de quien la realiza. Orgaz arriba a la misma conclusión en virtud de las circunstancias "de hecho".

Fassi y Bossert objetan una dificultad práctica a estos criterios porque el escribano debería exigir la prueba de que el acto integra la actividad habitual del disponente, pero admiten su eficacia en cuanto a que el negocio con esta característica, realizado sin asentimiento, no sería pasible de nulidad.

d) *Enajenación de frutos o cosechas pendientes.* No constituyen actos de disposición sino de administración.

e) *Actos procesales.* Puede cuestionarse si es suficiente la intervención judicial en los actos de disposición procesales (allanamientos, transacciones sobre bienes incluidos en el requisito del artículo 1277) pudiendo prescindirse de la manifestación conyugal. Se estima que, por lo menos, el cónyuge del titular debe ser oído.

f) *Actos relativos a sociedades.* El texto incluye en el requisito del asentimiento "la transformación o fusión de sociedades de per-

sonas". El precepto ha sido criticado pues tanto la transformación como la fusión son negocios celebrados por las sociedades y no por los socios. Pero se ha preferido llevar hasta estos límites la protección conyugal ante el riesgo que esta clase de actos comporta para él.

Los conceptos aplicables son los técnicos respectivos. La "transformación" de sociedades está conceptuada en el artículo 74 de la ley 19.550 según el cual se produce "cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos"; la "fusión" está conceptuada en el artículo 82 de la misma ley: "Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva; o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas". Mazzinghi explica que son sociedades "de personas" aquellas en que el título de socio emerge del contrato social debidamente registrado y que, de acuerdo a la finalidad del requisito del asentimiento "lo que la ley restringe, es la posibilidad del cónyuge de transformar las sociedades de personas que integra, en otras, según cuya estructura, sus derechos sociales no surgieran del contrato registrado, sino de otros títulos representativos del capital, como ocurre en las anónimas o en las en comandita por acciones" (*Derecho de Familia*, T. II, Nº 261). Con respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, las cuotas son de registro obligatorio y la transformación de la sociedad queda incluida en la necesidad del asentimiento para los actos de disposición sobre derechos registrables.

El contrato de sociedad civil no se registra pero responde a las características generales de las sociedades de personas por lo que Cornejo, Cafferata y Zannoni opinan que su transformación o fusión requieren asentimiento.

125. Consecuencias de la falta de asentimiento conyugal.

La doctrina y jurisprudencia divergen fundamentalmente en dos sentidos: para algunos autores y fallos, el negocio carente del necesario asentimiento es inoponible al cónyuge que no lo prestó; para otros, dicho negocio es pasible de nulidad relativa. En cuanto a la distinción entre inoponibilidad y nulidad nos remitimos a Llambías, quien enseña que "El acto nulo es ineficaz *ab initio*, sea entre las partes, sea respecto de terceros. El acto anulable es ineficaz, en prin-

cipio, respecto de terceros, sólo a partir de la fecha de la sentencia de anulación, si bien entre las partes esta sentencia opera con retroactividad a la fecha del acto. El acto inoponible es ineficaz respecto de determinadas personas que pueden comportarse como si el acto no existiese. En cambio, el acto conserva su plena eficacia entre las partes y respecto de los demás terceros" (*Efectos de la nulidad y de anulación de los actos jurídicos*, parágr. 4).

La doctrina de la inoponibilidad ha sido elaborada entre nosotros con el método inductivo concretando uno de los más interesantes ejemplos de construcción jurídica logrados por la doctrina civilista. Es decir, partiendo de supuestos legales de ineficacia relativa a determinados sujetos sin que se conmueva la validez del acto jurídico, ha estructurado el régimen aplicable (forma de ampararse en la inoponibilidad por vía de acción o de excepción, sujetos titulares, imprescriptibilidad, etcétera).

126. Tesis de la inoponibilidad.

La tesis de la inoponibilidad es sustentada por López de Zavalía, Vidal Taquini, Cafferata y Cichero con fundamentos y conclusiones no siempre coincidentes. Para ejemplificarlo ofrecemos la opinión de Cafferata. Los fundamentos que invoca, pueden derivarse de algunas de las diferencias que subraya en el estudio comparativo de las dos instituciones:

a) La nulidad es invocable por la "parte" protegida por la ley y el cónyuge del disponente no lo es porque su manifestación de voluntad, si expresada, no integra el acto;

b) La inoponibilidad no prescribe, esto es, el derecho a plantearla no se pierde por el transcurso del tiempo aunque en algún caso esté previsto el término de prescripción aplicable, como en el fraude, o resultar inútil pretender hacerla valer ante la prescripción adquisitiva del tercero. De estas diferencias se desprende, para Cafferata, "la conveniencia de reconocer que el acto realizado por un esposo sin consentimiento del otro, cuando ese consentimiento es exigido por el artículo 1277, es inoponible a ese cónyuge y a sus causa-habientes, en lugar de sancionarlo con la nulidad. Lo que no obsta a que el cónyuge pueda renunciar a ejercer su derecho y de una manera expresa o tácita lo consienta, pues la inoponibilidad co-

mo medida de protección está establecida en interés privado del esposo que pueda invocarla, sin estar comprometido en ello el orden público". (*Administración y disposición de bienes en la sociedad conyugal*, Cap. IV).

Conforme al citado autor, la inoponibilidad opera recién después de la disolución de la sociedad conyugal, en la etapa de liquidación: el bien objeto del negocio debe ser incluido en los gananciales a dividir y si incorporado en la hijuela del disponente, el negocio queda definitivamente firme; por el contrario, si es incluido en la parte del originariamente no titular, éste está habilitado para reivindicarlo, con responsabilidad del enajenante hacia el tercero adquirente. Cuando la reivindicación resulta imposible, la compensación se efectúa en valores.

127. Tesis de la nulidad.

Llambías enseña que el negocio carente del asentimiento es nulo por infringir una incapacidad de derecho y hacerlo a través de un defecto rígido, y de nulidad relativa porque la sanción está dispuesta en protección del interés particular del cónyuge omitido.

Guastavino funda la nulidad en el artículo 18 del Código Civil porque comporta la realización de un negocio prohibido. Agrega que también puede apoyarse en los artículos 1043 y 1045, coherentemente con su tesis de la incapacidad de derecho que resulta del artículo 1277. En interpretación más matizada que la de Llambías, acepta que puede tratarse de nulidad manifiesta o no, y que el acto puede ser nulo o anulable según que la incapacidad sea conocida o desconocida (arts. 1043, 1045, etc.). La estima siempre relativa por la razón última que inspira a la exigencia legal.

Tanto Llambías como Guastavino parten de la base de que el requisito del artículo 1277 se proyecta sobre el cónyuge titular como una incapacidad de derecho. Pero la tesis de la nulidad se puede sustentar sobre la otra concepción expuesta, es decir, la de que esa norma restringe los poderes de disposición del cónyuge titular. Es la tesis que sostenemos en virtud de los siguientes argumentos, entre otros.

a) Precisamente por estar en cuestión una norma restrictiva de los poderes de disposición y no una incapacidad de obrar (los cónyuges son plenamente capaces de hecho), es inaplicable la primera oración del artículo 1042 (“Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto”), y, obviamente, la tercera (o que dependiesen “de la autorización de un representante necesario”), pero no *sin discusión* la segunda (“o que dependiesen de la autorización del juez”) fórmula que se refiere a los actos y no a las personas. Pero ha de reconocerse que esta interpretación no es predominante y que por involucrar una sanción, no cuadra la aplicación analógica del artículo 1042, imponiéndose, por el contrario, la restrictiva.

b) Mazzinghi fundamenta la nulidad del negocio carente del debido asentimiento, en el artículo 18 del Código Civil.

Como es sabido el artículo 18 del Código Civil constituye la principal fuente de nulidades implícitas. Las “prohibiciones” que incluye deben ser expresas, lo cual no significa que la fórmula empleada en el texto proscriptivo haya de ajustarse forzosamente a una redacción directamente impositiva (“se prohíbe...”), excesivo formalismo que alejaría una razonable interpretación cuando resulte desprenderse claramente de una norma. Siguiendo a Llambías entendemos que “Las leyes dispositivas son las que prescriben un comportamiento positivo, o sea que imponen que se haga algo determinado. Tales leyes quedan al margen de lo dispuesto en el artículo 18, y en principio la sanción de nulidad no será apropiada para el supuesto de contravención. Con todo, si se trata de la omisión de requisitos impuestos por la ley para la celebración de ciertos actos jurídicos, esa infracción podrá dar lugar a la nulidad del acto obrado con esa falta si es que la sanción de invalidez está prevista, por ejemplo, la omisión de las firmas de las partes en las escrituras públicas (art. 1004 Código Civil); o si tal sanción puede ser inducida del ordenamiento jurídico” (*Código Civil comentado*, comentario al art. 18). El problema queda, entonces, desplazado a demostrar que la sanción de nulidad para el negocio en violación de lo preceptuado por el artículo 1277 se deduce del ordenamiento jurídico. Y bien, no parece necesario demostrar que el régimen de bienes de los cón-

yuges integra el ordenamiento jurídico imperativo y que el precepto del artículo 1277 es parte esencial de ese sistema, aunque el requisito que establece protege directa e inmediatamente el interés individual del cónyuge. La imperatividad del régimen hace a su estructura y dinamismo, no sólo a su inmutabilidad, e impide dejar de lado la sanción que aniquila el negocio celebrado contraviniéndolo en el principalísimo aspecto de la disposición de los bienes reputados de mayor importancia económica y aunque el procurarlos dependa de la libre decisión del omitido.

c) La inoponibilidad debe resultar de disposición expresa limitativa de los alcances de la ineficacia, disposición que no ha sido incorporada por el legislador para la hipótesis en estudio.

d) La nulidad relativa tiene sujeto o sujetos activos determinados, no puede decretarse de oficio. Tal sujeto o sujetos no deben necesariamente investir el rol de parte en el negocio impugnado, ya que el artículo 1048, si bien menciona el "pedimento de parte", también dispone que puede alegarse "por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes". El consorte del titular es ajeno al negocio celebrado por éste sin su asentimiento, no es "parte" en él, pero es indudablemente aquel en cuyo beneficio juega la nulidad.

e) Es evidente que la nulidad constituye la protección más completa del interés conyugal, sobre todo porque, a nuestro entender, la inoponibilidad produce efectos exclusivamente después de disuelta la sociedad conyugal, abriendo cauce, recién entonces, al reingreso del bien al acervo a compartir, en especie o en valor. Antes de extinguido el régimen patrimonial matrimonial, la inoponibilidad sólo reviste el carácter precautorio que le reconoce Vidal Taquini. Luce muy nítida la diferencia entre el acreedor del deudor fraudulento y la del cónyuge con respecto a su consorte, diferencia en la que no sobreabunda insistir: aquél tiene un derecho actual a cobrarse sobre los bienes que forman el patrimonio de su deudor, el cónyuge tiene un derecho a defender el patrimonio ganancial, pero ningún derecho a caer sobre las cosas gananciales de su consorte mientras que el fin de la sociedad conyugal no haya dado origen al derecho común de ambos esposos sobre los mismos. La inopo-

nibilidad deja en suspenso la satisfacción de los derechos del cónyuge no disponente hasta que finalice el sistema legal de relaciones patrimoniales con su consorte. Es cierto que la declaración de nulidad tampoco logra una defensa eficaz y definitiva si, como hace notar Mazzinghi, el mismo objeto del negocio sancionado es ejecutado después por el frustrado adquirente o, si no siendo admisible la reivindicación, todo se concreta en una compensación impracticable por la falta de otros bienes gananciales. Por lo mismo, ya que un régimen protector sin fisuras no ha sido conseguido por el legislador, debe darse al vigente el máximo margen de efectividad, el cual se obtiene con la nulidad y no con la mera inoponibilidad del negocio violatorio del artículo 1277.

El interés preservado en cuanto al hogar conyugal propio pone de resalto que más aún, si cabe, corresponde en esta hipótesis la sanción de nulidad.

f) La protección de los terceros adquirentes no debe privar sobre la protección del cónyuge no titular. La legislación ha sido cuidadosa en organizar aquélla y la ha acentuado con preceptos como los de los artículos 1051 y 3430, con disposiciones expresas. En el artículo 1277 nada se dice que autorice a anteponer el interés del tercero al interés del cónyuge, interés que no es futuro sino actual y que consiste en el derecho a preservar la integridad del patrimonio ganancial (Zannoni, *Derecho de Familia*, T. I, parágrafo 412) o la habitación de los hijos menores o incapaces.

Resta, por fin, fundamentar que el negocio sin el debido asentimiento es un acto jurídico *anulable* (no nulo). En efecto, la oposición conyugal a prestarlo debe ser “justa”, calidad destinada a ser apreciada judicialmente y que condiciona la declaración de invalidez. Es acertado el análisis de Mazzinghi en que se subraya la falta de completa libertad del cónyuge llamado a expresar su conformidad para elegir entre hacerlo o no. La oposición “tiene que ser fundada, razonable, y no puede constituir una actitud arbitraria, discrecional. Por lo tanto, frente al pedido de autorización judicial formulado por el cónyuge titular, el juez tendría que valorar las circunstancias del negocio, y negar o conceder dicha autorización según haya o no justa causa de oposición por parte de quien niega

su asentimiento. No entendemos, prosigue Mazzinghi, por qué debería ser distinta la actitud del juez cuando quien demanda la nulidad del acto otorgado sin consentimiento, es el cónyuge que se negó a prestarlo. En tal supuesto, corresponderá al juez la facultad de examinar los pormenores del negocio, su incidencia patrimonial, y, según el resultado de ese examen, hacer o no lugar a la nulidad". Como el juez debe "analizar las circunstancias del caso, medir las implicancias del negocio, valorarlo conforme a las posibilidades de los cónyuges y analizar la justa causa de oposición, es obvio que estamos frente a un acto anulable, a una nulidad dependiente de juzgamiento" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 278). La disposición del hogar conyugal despliega ante el juzgador un margen más circunscripto de valorización, pues depende de que el interés familiar no resulte comprometido.

Garrido y Andorno se inclinan también por la anulabilidad del negocio.

128. Mandatos entre cónyuges.

Forma de gestión excepcional de los propios y gananciales de un cónyuge por el otro, el artículo 1276 se refiere al mandato disponiendo que "uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los bienes gananciales cuya administración está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas".

Habiéndose ya expuesto el sistema de gestión normal en los aspectos de administración y disposición, conviene detallar algo más la figura del mandato entre cónyuges partiendo de la advertencia de que su régimen es básicamente el del mandato para administrar o para disponer otorgado a tercero. Subrayamos las peculiaridades del que puede ligar a los esposos.

129. Mandatos para administrar.

a) *Forma.* Por disposición legal, puede ser expreso o tácito: el primero, por instrumento público o privado o verbal; el segundo, resultante de hechos positivos del mandante, de su inacción o de no impedir, pudiendo hacerlo, la actuación jurídica del otro cónyuge

en nombre y representación del titular de los derechos ejercidos. La aceptación también puede ser expresa o tácita (arts. 1873 a 1876).

Innecesario subrayar la diferencia entre el mandato tácito y el presunto de la ley 11.357. La voluntad tácita es una voluntad real, la presunta, puede no serlo y, en todo caso, la ley no toma en cuenta que lo sea o no y prescinde de ella. El mandato tácito es auténticamente mandato, esto es, de origen contractual; el mandato presunto es de origen legal y sólo su revocabilidad permite que se atribuya a la representación emergente de la ley, el carácter de efecto de un contrato, de un acuerdo de voluntades como lo es, por definición, el mandato. Borda ilustra la diferencia con un ejemplo: "...si la esposa admite que su marido administre su estancia, no podrá luego ni frente a él ni frente a terceros, pretender la nulidad de los actos de administración, porque su inacción frente a la ostensible administración por el marido importa un mandato tácito. Pero lo que ya no podrá ocurrir (y que el sistema de la ley 11.357 permitía) es que el marido realice ocultamente y ante la ignorancia de su mujer, actos que pueden comprometer la responsabilidad o los bienes de ésta" (*Tratado de D. Civil - Familia*, T. I, N° 381).

Se trata, por lo tanto, de un mandato convencional (permítase la redundancia) para administrar bienes al cual no se aplica el artículo 1184 inciso 7º, ni el artículo 1193.

b) *Extensión*. Puede ser general o especial. Subsiste la vigencia de los artículos 1278 y 1287, en caso de mandato expreso sin mención del plazo de los arrendamientos o de mandato tácito.

c) *Rendición de cuentas*. El artículo 1276 expresamente excluye la obligación de rendir cuentas, de los deberes del mandatario, dentro de los cuales constituye regla (art. 1909). Por lo tanto, corresponde al mandatario la percepción de frutos y rentas, consumidos o no. Es solución concordante con la establecida para casos similares por el derecho austríaco, el suizo y el alemán, y como fundamento reside en el particularísimo lazo que une a mandante y mandatario, evita enojosos conflictos entre un cónyuge y los herederos del otro y concuerda con la concepción que incluye los frutos de todos los bienes, propios y gananciales, entre estos últimos, des-

tinados al sostén económico de la familia (arts. 6, ley 11.357 y 1275 inc. 1, Código Civil).

La exención legal, sin embargo, no excluye al mandatario de toda responsabilidad. Si se lo entendió así antes de la ley 17.711 invocando para fundarlo el abuso del derecho, con mayor razón ahora que el principio se encuentra expresamente incorporado a los textos vigentes (art. 1071). Por lo tanto, ante una conducción sospechosa de ánimo doloso, las cuentas pueden pedirse, ya que constituyen el medio para comprobar el abuso y hacer efectiva la responsabilidad emergente.

En el mandato expreso puede imponerse la obligación de rendir cuentas. Coinciden en afirmarlo Llambías, Spota, Fassi, Bossert, Guastavino, Belluscio, Mazzinghi y Zannoni, por argumentos lógicos (si el cónyuge puede abstenerse de conferirlo puede hacerlo con restricciones), jurídicos (en el ámbito de la libertad contractual sería necesaria expresa norma prohibitiva) y de conveniencia (no constreñir al cónyuge mandante a preferir un tercero al propio consorte para no perder el control de sus intereses). Cornejo se ha pronunciado por la tesis contraria, por entender que es una norma imperativa que integra un régimen legal y haciendo jugar a su favor el argumento de la defensa de la armonía conyugal.

130. Mandatos para disponer.

Las peculiaridades del régimen permiten distinguir los siguientes esquemas contractuales, que pueden clasificarse en dos categorías, a saber: mandatos de contenido simple y mandatos de contenido plural.

a) *Mandatos de contenido simple*. Son mandatos de contenido simple:

1º) Mandato para disponer de los bienes propios del mandante, excluido el "hogar conyugal", al que se aplican las reglas generales sin dificultad, pues la total independencia de gestión de los mismos hace a los cónyuges extraños a su respecto.

2º) Mandato para disponer de los gananciales de titularidad

del mandante, caso que, junto al anterior, se presentará probablemente con máxima frecuencia de la esposa a favor del marido y que mantendrá en los hechos y en gran medida, el espíritu del régimen del Código Civil, y de la ley 11.357; en su cumplimiento, el mandatario otorga tácitamente su asentimiento al acto que lo requiera.

3º) Mandato para disponer del “hogar conyugal” propio del mandante, al que corresponde idénticas observaciones.

4º) ¿Puede conferirse mandato para expresar el asentimiento del cónyuge no titular del derecho, en los actos en que al titular le es exigido? Guastavino responde afirmativamente, porque no está prohibido, y lo aplaude como expresión de la confianza que reina entre las partes. Belluscio lo rechaza porque estima que desvirtúa el propósito de la ley, sólo satisfecho si el cónyuge consiente en cada acto que puede disminuir el activo de la comunidad y porque encuentra inadmisibles que el mandatario aparezca asintiendo en su propio acto. Los efectos de la representación, que hacen compatible el doble rol, imponen aceptar la primera opinión citada, que encuadra sin dificultad en el marco de las relaciones conyugales. Debe admitirse, sin embargo, la oportuna observación formulada por Games sobre el problema que puede plantearse al mandatario obligado a abstenerse del cumplimiento del mandato que fuera manifiestamente dañoso al mandante y a preferir los intereses de éste a los suyos propios (arts. 1907 y 1908).

5º) Por las consideraciones expuestas, procede también el mandato para asentir en la disposición del “hogar conyugal” propio del mandatario o ganancial de su titularidad.

b) *Mandatos de contenido plural.* Son mandatos de contenido plural los que incluyen más de una de las posibilidades enumeradas, por ejemplo, mandato para disponer de los propios y de los gananciales de titularidad del mandante y para asentir en la disposición de los gananciales de titularidad del mandatario.

El mandato plural debe expresar cada uno de sus contenidos, porque ninguno autoriza a dar por supuesto el otro. Así, el mandato para disponer de los gananciales de titularidad del mandante no in-

cluye por sí mismo, el poder para expresar el asentimiento del poderdante en los actos de disposición de gananciales de titularidad del apoderado. Fundamentalmente esta conclusión descansa en el artículo 1884 y en la distinta naturaleza jurídica de los contenidos considerados.

Resta por considerar una última posibilidad: la del mandato conferido para disponer de los gananciales, sin aclaración de titularidad sobre los mismos. Aptos para crear confusiones, deben evitarse, pero ante el caso concreto, no puede sino admitirse que abarcan el poder para disponer de los gananciales de titularidad del mandante y para asentir en la disposición de los de titularidad del mandatario.

c) *Forma*: Hay libertad de forma en cuanto el negocio jurídico para el cual se otorga el mandato no la exija. Debe ser expreso ante Escribano Público en los supuestos comprendidos en el inciso 7 del artículo 1184 del Código Civil y han de cumplimentarse los requisitos que dispone el artículo 1003 en su redacción de la ley 15.875 en la escritura pública que constate actos en los que se haga valer.

d) *Extensión*: Constituye el interrogante de mayor interés, debiendo abordarse cuidadosamente discriminado del relativo a revocabilidad e irrevocabilidad. Los ejes para la solución son proporcionados por reglas de orden público a saber, la capacidad de los cónyuges y lo imperativo del régimen de bienes.

Puede legítimamente pensarse que un poder general, no referido a bienes concretos ni a negocios determinados en particular, altera el régimen legal e incluso si se tratara sólo de la administración. La solución para el último surge del texto mismo, que al admitir el tácito, admite también el general. Con respecto al de disposición no hay coincidencia doctrinaria. Spota lo acepta, salvo que se trate de donación (art. 1807, inc. 6), por los siguientes fundamentos: el artículo 1281 ya preveía el poder general del marido a la esposa para que ésta contrajera obligaciones; aseverar lo contrario, o sea, que el "apoderamiento genérico de disposición desconoce el espíritu del artículo 1277, importa exagerar el alcance de la reforma; ésta ha brindado al esposo que debe pronunciarse sobre

el asentimiento requerido por el otro consorte la posibilidad de exteriorizar su voluntad en forma personal o por apoderado y con relación a un negocio determinado o a negocios jurídicos indeterminados y aun comprendiendo bienes, no sólo presentes, sino también futuros”. Según este autor, cuando el artículo 1881 “enumera supuestos de actos jurídicos que al celebrarse por apoderado requieren poder especial, no por ello exige —salvo el caso indicado de la donación— que el apoderamiento se lo otorgue en forma determinada, específica, no genérica. Lo que la ley impone tratándose de poder especial, es que se indique expresamente las categorías de actos jurídicos que el mandatario puede celebrar: con ello no se cae en el supuesto del mandato concebido en términos generales, el cual sólo comprende los actos de administración (art. 1880)”. De lo contrario, para sustentar que para cada acto de disposición debe darse poder o renovarse el ya dado de contenido genérico, debió decirlo expresamente el legislador (*Sobre la reforma al Código Civil*, p. 46 a 49).

Por la no procedencia del mandato genérico se inclina Guastavino, considerándolo convención conyugal violatoria de la finalidad de la ley, que la posibilidad de revocar no alcanza a salvar de todo peligro.

Es antecedente importante el recordado pronunciamiento de las V Jornadas de Derecho Civil, que declaró la invalidez del “asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos en el artículo 1277 del Código Civil”, y por lo tanto la de “todo acto que bajo cualquier forma, incluida la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado”.

Destacando también la relación entre mandato y asentimiento anticipado, la Cámara Civil Sala A, con voto de Llambías, ha sostenido que el “asentimiento que prevé el artículo 1277 del Código Civil no puede quedar suplido por un apoderamiento genérico dado por anticipado, que elimina el control que la ley ha querido que existiese en cada acto de disposición” (puede leerse en *El Derecho*, tomo 54, fallo N° 24.595 y *Revista del Notariado*, N° 735, p. 1109).

Consideramos irrefutable que si por la capacidad de los cónyuges habría que inclinarse por la validez de los mandatos generales de disposición, lo imperativo del régimen de bienes impone la solución contraria. Aceptarlos significaría admitir a los cónyuges a modificar sustancialmente el régimen de bienes afectando normas de orden público.

Sostener una conclusión que se entiende impuesta por el ordenamiento jurídico no significa siempre valorarla positivamente. Nuestras costumbres y el ambiente de confianza y lealtad en que se desarrollan normalmente las relaciones patrimoniales de los cónyuges no hubiera rechazado sin matices la posibilidad opuesta, que ha ido sumando importantes apoyos doctrinarios a favor (pueden consultarse en nuestros *Estudios sobre sociedad conyugal*, nota N° 49 bis, pág. 201).

En la actualidad, se observa una fuerte corriente jurisprudencial favorable los mandatos generales.

131. Consideraciones comunes a los mandatos para administrar y para disponer.

a) *Revocabilidad*. Corresponde preguntarse si procede pactar la irrevocabilidad teniendo en cuenta los requisitos que para este acuerdo dispone el artículo 1977 del Código Civil (ser para negocios especiales, limitado en el tiempo y en virtud de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero), irrevocabilidad que no es tampoco definitiva porque el mandato es aun revocable mediando justa causa. Indudablemente, los riesgos señalados para el apoderamiento normalmente sometido a revocación se acentúan ante esta modalidad. Vidal Taquini, por ejemplo, sostiene que es inadmisibles acordar la irrevocabilidad en el caso del mandato entre consortes siendo idéntica la opinión de Fassi y Bossert. Tratándose de una excepción al régimen general del contrato, que agrava la posibilidad del alterar el patrimonio matrimonial imperativo, se impone sumarse a esta opinión.

b) *Gratuidad*: Si bien por aplicación de las reglas generales del mandato nada obstaría a que fuera oneroso el expreso y a que se aplicaran las presunciones del artículo 1871, que lo considera gratuito cuando nada se ha pactado al respecto y oneroso cuando la eje-

cución demanda trabajos propios de la profesión del mandatario, la especial situación de los contratantes parece imponer la gratuidad.

c) *Sustitución*: ¿Puede sustituirse el mandato entre cónyuges? Presentándose como mandato común, sí, en los términos del artículo 1924. Una razón más para no admitirlo general, limitando los peligros de una sustitución que puede ser justificable por razones de capacidad profesional o técnica del sustituyente, pero que desplaza la principal razón de su origen: la confianza matrimonial.

d) *Deberes del mandatario*: Se aplican también las reglas generales y corresponde hacer uso de un criterio más estricto para apreciar la responsabilidad del cónyuge mandatario y su cumplimiento del deber de abstenerse (art. 1907) y de anteponer los intereses del mandante a los suyos propios (art. 1908).

El mandatario debe mantener informado al mandante. No hacerlo permitiría sospechar un ejercicio desleal, abusivo.

e) *Efectos. Responsabilidades*: En virtud del cumplimiento del mandato, el mandante asume las obligaciones contraídas en su nombre y representación por el apoderado dentro de sus atribuciones. Son, por lo tanto, obligaciones suyas (deudas personales o deudas comunes contraídas con él) y por ellas responde con la totalidad de sus bienes propios y gananciales de su titularidad. No es cuestión de aplicar el artículo 6 de la ley 11.357, sino el 5, sin perjuicio de que jueguen también los artículos 1929 y 1930, si el mandatario obró a nombre propio, ocultando su verdadero carácter.

132. Fraude entre cónyuges.

El artículo 1298 del Código Civil establece: "La mujer podrá argüir de fraude cualquier acto o contrato del marido, anterior a la demanda de separación de bienes, en conformidad con lo que está dispuesto respecto a los hechos en fraude de los acreedores". En la actual situación de nuestro derecho, la norma es aplicable a ambos cónyuges sin distinción.

La palabra "fraude" se emplea en relación con múltiples hechos perjudiciales a otros sujetos, pero en la legislación argentina corresponde a una figura típica prevista en los artículos 961 y siguientes.

tes del Código Civil, a la que se remite el artículo 1298 en forma muy explícita según su párrafo final.

En el fraude entre cónyuges se exigen, por lo tanto, los requisitos previstos en el artículo 962, es decir, que el acto cause o agrave la insolvencia del disponente, que el tercero adquirente sea de mala fe y que el demandante actúe en virtud de un crédito de fecha anterior a la del negocio atacado. Sin que esto signifique desplazar el fraude entre cónyuges del fraude común, es necesario reconocer que la especial situación de los cónyuges le confiere particularidades. Paralelamente los requisitos son: la insolvencia, consistente en que no se encuentren en el patrimonio del cónyuge disponente bienes suficientes para satisfacer el derecho del otro cónyuge a la mitad de los gananciales comprendido el que es objeto del acto estimado fraudulento, objeto que, por lo tanto, debe ser un ganancial; el reconocimiento de esta situación por el tercero adquirente; la sustitución de la anterioridad del crédito por el derecho en expectativa a recibir la mitad de los gananciales, pues un cónyuge será o no acreedor o deudor del otro recién después que las eventuales responsabilidades recíprocas hayan sido definidas en la liquidación de la sociedad conyugal.

Pueden argüirse de fraudulentos negocios jurídicos anteriores a la demanda de separación de bienes (o de divorcio, que la involucra). Los actos posteriores a la interposición de la demanda quedan sujetos a la reglamentación general del fraude y, conforme a ésta, una vez determinado el carácter de acreedor y deudor de los cónyuges como resultado de la liquidación, el deudor puede incurrir en fraude disponiendo de bienes propios.

Al igual que en el fraude común, la calificación de fraudulento corresponde a actos de disposición. Además, el artículo 1297 presume el fraude y la simulación en cualquier arrendamiento posterior a la demanda de separación de bienes, efectuado sin el asentimiento del otro cónyuge o judicial y todo recibo anticipado de rentas o alquileres (actos de administración). Esta norma, también aplicable a ambos cónyuges sin distinción, contempla tales negocios cuando son relativos o recaen sobre bienes gananciales y constituye una presunción *iuris tantum*.

Mazzinghi sostiene que ni el asentimiento conyugal oportunamente prestado ni la autorización judicial, obstaculizan la posibilidad de ejercer la acción pauliana. En contra de Borda, escribe "El cónyuge que prestó el asentimiento podría demostrar que, si bien concurrió a integrar con su voluntad el poder de disposición del esposo titular, no advirtió el sentido del acto, porque ignoraba, por ejemplo, que el otro tenía previsto una separación personal a breve plazo, y que el acto en cuestión provocaba o agravaba su insolvencia" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 289).

La acción de fraude sólo puede entablarse después de que se haya interpuesto la demanda de separación de bienes o de divorcio, con lo que se pone en evidencia que el actor enfrenta la posibilidad de la disolución de la sociedad conyugal con la consiguiente actualización de su derecho sobre los gananciales. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia coincide en este criterio conforme con la referencia del artículo 1298 a la demanda de separación de bienes.