

Capítulo VI

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

| | |
|--|-----|
| I. BENEFICIO DE COMPETENCIA | |
| 1. Concepto y alcances | 281 |
| II. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION | |
| 2. Generalidades | 282 |
| A) <i>Suspensión de la prescripción entre cónyuges (art. 3969)</i> | |
| 3. Prescripciones suspendidas | 283 |
| 4. Fundamentos | 283 |
| 5. Alcances en cuanto a la situación de los cónyuges | 283 |
| B) <i>Suspensión de la prescripción entre un cónyuge y un tercero (art. 3970)</i> | |
| 6. Artículo 3970 del Código Civil | 284 |
| 7. Prescripciones suspendidas | 284 |
| 8. Fundamentos | 284 |
| 9. Alcance en cuanto a la situación de los cónyuges | 284 |
| C) <i>Supuesto de acción que debe entablarse contra el cónyuge y un tercero (consorcio pasivo necesario)</i> | |
| 10. Generalidades | 285 |
| D) <i>Cuestiones vinculadas a alimentos</i> | |
| 11. Aplicación del artículo 3969 | 285 |
| III. EFECTOS PATRIMONIALES POST MORTEM | |
| 12. Enumeración | 286 |
| 13. Vocación hereditaria conyugal | 286 |
| 14. Derecho de habitación viudal | 287 |
| IV. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO | |
| 15. Concepto | 288 |
| 16. Distintos regímenes | 289 |
| A) <i>Primer criterio de clasificación</i> | |
| 17. Enunciación y esquema | 289 |
| B) <i>Segundo criterio de clasificación</i> | |
| 18. Enunciación y esquema | 290 |
| C) <i>Tercer criterio de clasificación</i> | |
| 19. Enunciación y esquema | 291 |
| 20. Absorción del patrimonio de la esposa por el marido | 291 |
| 21. Unidad de bienes | 293 |
| 22. Unión de bienes | 293 |
| 23. Régimen de comunidad | 294 |
| 24. Participación en los gananciales | 296 |
| 25. Separación de bienes | 296 |
| 26. Instituciones especiales | 297 |

Régimen Convencional

I. CONVENCIONES MATRIMONIALES

| | |
|--|-----|
| 27. Concepto | 298 |
| 28. Cláusulas autorizadas en el Código Civil y evolución posterior | 298 |
| 29. Convenciones actualmente permitidas | 299 |
| 30. Sujetos | 300 |
| 31. Capacidad | 300 |
| 32. Caracteres comunes a las convenciones previstas en los incisos 1º y 3º del artículo 1217 | 301 |
| 33. Caracteres especiales de las donaciones del novio a la novia (inc. 3º del artículo 1217) | 303 |
| 34. Ineficacia | 304 |
| 35. Promesa de dote | 304 |
| 36. Contratos matrimoniales celebrados en el extranjero | 304 |

II. CONTRATOS ENTRE CONYUGES

| | |
|---|-----|
| 37. Generalidades | 304 |
| A) <i>Contratos prohibidos</i> | |
| 38. Donación | 306 |
| 38 ^{bis} Renta vitalicia gratuita entre cónyuges | 307 |
| 38 ^{ter} Renta vitalicia onerosa estipulada por un cónyuge y prometida por tercero a favor del otro cónyuge | 307 |
| 39. Cesión gratuita de créditos | 307 |
| 40. Fianza constituida por un cónyuge garantizando la deuda de un tercero hacia el otro cónyuge | 307 |
| 41. Compraventa | 307 |
| 42. Permuta | 308 |
| 43. Cesión onerosa de créditos | 308 |
| 44. Dación en pago de una cosa | 308 |
| 45. Dación en pago de un crédito | 308 |
| 46. Renta vitalicia onerosa entre cónyuges o entre cónyuges a favor de tercero mediante entrega de cosas | 309 |
| 47. Cesión de derechos hereditarios | 309 |
| 48. Constitución de usufructo sobre cosas no fungibles | 309 |
| 49. Constitución de derechos reales de uso y habitación | 309 |
| 50. Constitución de servidumbres | 309 |
| 51. Sociedades de responsabilidad solidaria | 309 |
| B) <i>Contratos de dudosa admisibilidad</i> | |
| 52. Locación | 311 |
| 53. Sociedades en comandita simple con ambos cónyuges comanditarios o con un cónyuge comanditario y el otro comanditado | 312 |
| 54. Contrato de trabajo | 312 |
| C) <i>Contratos permitidos</i> | |
| 55. Donación para producir efectos después de la muerte | 314 |
| 56. Sociedad comercial por acciones o de responsabilidad limitada | 316 |
| 57. Sociedad civil | 316 |
| 58. Mandato | 316 |
| 59. Mutuo | 316 |
| 60. Renta vitalicia entre cónyuges constituida mediante la entrega de suma de dinero | 316 |
| 61. Constitución de usufructo sobre cosas fungibles | 316 |
| 62. Depósito | 316 |
| 63. Fianza | 317 |
| 64. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge | 317 |
| 65. ¿Es válido el seguro de vida a favor del cónyuge sobreviviente? | 317 |
| D) 66. <i>Sanción que recae sobre los contratos prohibidos</i> | 318 |

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Capítulo VI

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Junto a los importantes efectos personales del matrimonio sobre los atributos de los cónyuges (capacidad de derecho, capacidad de obrar de los menores de edad, nombre y domicilio de la esposa) y de los derechos-deberes creados entre ellos (fidelidad, cohabitación y asistencia moral), el matrimonio produce complejos efectos patrimoniales. Algunos de éstos operan desde su celebración mientras que otros lo hacen una vez acaecida la muerte de uno de los consortes. Los primeros comprenden el deber de asistencia en su contenido patrimonial (alimentos), el beneficio de competencia, la suspensión de la prescripción, el régimen convencional ampliamente restringido por un conjunto de prohibiciones legales, el régimen patrimonial matrimonial imperativo. Los segundos comprenden la vocación hereditaria conyugal y el derecho de habitación viudal.

I. BENEFICIO DE COMPETENCIA

I. Concepto y alcances.

El beneficio de competencia es un favor legal establecido en el Código Civil y que consiste en dispensar transitoriamente a ciertos deudores de la obligación de pagar “más de lo que buenamente puedan, dejándoles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna” (art. 799).

Se trata de una institución romana cuya subsistencia es difícil justificar en nuestra época en que se encuentra organizado un sistema protector de los bienes muebles indispensables a través de su inembargabilidad y en que el potencial deudor previsor puede

substraer a la acción de sus acreedores el bien susceptible de ser constituido en Bien de Familia.

Según el artículo 800, segundo párrafo, el beneficio de competencia se debe al cónyuge no divorciado por su culpa. Por lo tanto, gozan del mismo el cónyuge no divorciado y el divorciado inocente y no lo disfrutan el divorciado culpable, el divorciado inocente equiparado al culpable por haber incurrido posteriormente a la sentencia en adulterio o actos de grave inconducta moral (artículo 71 bis, ley 2393); ni uno ni otro cónyuge divorciado por presentación conjunta pues la sentencia que declara el divorcio tiene los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos (art. 67 bis, ley 2393), sin perjuicio de que, aceptada la tendencia doctrinario-jurisprudencial que acepta la declaración de divorcio por la vía del artículo 67 bis con reconocimiento de culpa unilateral, el beneficio sea debido al inocente.

Se ha estimado, y ello es perfectamente aplicable al caso de los cónyuges, que carece de sentido limitar las facultades del acreedor cuando quienes gozan del beneficio son también titulares del derecho a alimentos. Se estima que es más sencillo permitir al acreedor exigir normalmente la satisfacción de su crédito pues el beneficiado tiene siempre el derecho a reclamarle alimentos.

Los requisitos para acogerse al beneficio de competencia, el régimen de la prueba, el procedimiento a seguir y los efectos, se estudian en el curso de Obligaciones (ver Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, T. II, com. a los artículos 799 y 800).

II. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION

2. Generalidades.

La incidencia del matrimonio sobre la prescripción abarca dos supuestos expresamente previstos, a saber, entre cónyuges y entre un cónyuge y un tercero (arts. 3979 y 3980), derivándose de éstos la solución de otros casos posibles. El artículo 3971 carece de aplicación actual, dada la capacidad civil de la mujer casada y la separación de deudas y de gestión de bienes de los cónyuges.

A) SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION ENTRE CONYUGES (Art. 3969)

3. Prescripciones suspendidas.

Se suspende el curso de la prescripción tanto adquisitiva como liberatoria, siempre en acciones de contenido patrimonial.

4. Fundamentos.

Guastavino enumera los siguientes fundamentos de la suspensión: a) no perturbar la armonía entre los esposos que podría comprometerse si la ley los pusiera en la necesidad de ejercer las acciones judiciales correspondientes a los efectos de conservarlas; en su caso, evitar que se agraven las discordias ya producidas; b) impedir las donaciones entre cónyuges que podrían resultar de una prescripción adquisitiva o liberatoria consumada entre ellos; c) superar los obstáculos que, por respeto o afecto, traban el accionar de un cónyuge contra el otro.

La suspensión de la prescripción se presenta como corolario de esta facultad de un consorte de ejercer acciones judiciales contra el otro si así lo desea, facultad que puede ejemplificarse con la acción de nulidad de los negocios jurídicos requeridos de asentimiento conyugal otorgado sin éste (art. 1277) y con la acción de fraude (art. 1298).

5. Alcances en cuanto a la situación de los cónyuges.

La prescripción está suspendida entre cónyuges en normal convivencia, separados de hecho, divorciados y, por lo tanto, separados de bienes (art. 1306) o simplemente separados de bienes (por la causal de mala administración, art. 1294). Las razones para el mantenimiento de la norma suspensiva a pesar de la separación de bienes o del divorcio que la comparte, son las mismas recordadas, especialmente la conveniencia de no ahondar el distanciamiento entre los cónyuges, el carácter no vincular del divorcio y la siempre abierta posibilidad de reconciliación.

La suspensión no procede entre esposos divorciados vincularmente por sentencia obtenida durante la vigencia integral del artículo 31 de la ley 14.394.

Por fin, la suspensión se aplica entre los cónyuges de un matrimonio viciado hasta la sentencia que declare la nulidad, continuando el curso normalmente a partir de ésta. La prescripción de la acción de indemnización prevista en el artículo 91 de la ley matrimonial comienza en la fecha de la misma sentencia.

B) SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ENTRE UN CONYUGE Y UN TERCERO (Art. 3970)

6. Artículo 3970 del Código Civil.

El artículo 3970 del Código Civil establece que “la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de la mujer hubiere de recaer sobre el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses”.

7. Prescripciones suspendidas.

Ambas, la adquisitiva y la extintiva.

8. Fundamentos.

Son análogos a los del artículo 3969. Véase la nota del codificador al artículo 3970.

9. Alcance en cuanto a la situación de los cónyuges.

La referencia legal exclusivamente a la esposa no impide que la norma sea extensiva a las acciones del marido contra terceros. La interpretación restrictiva no se justifica aunque se invoque que la suspensión es excepcional dentro del régimen de la prescripción. Explica Guastavino, siguiendo a Fornieles, que hay excepciones que constituyen a su vez una regla dentro del campo propio en que funcionan y que como están inspiradas en consideraciones de orden general son susceptibles de interpretación extensiva y aun, analógica. Afirma Belluscio, por su parte, que “si median iguales razones a las que fundan la excepción prevista en el texto legal para aceptar otras, nada obsta a que se las extienda en la medida ne-

cesaria o en la que resulte de la similitud de fundamentos' (*Derecho de Familia*, T. III, p. 627 - 628). Debe tenerse en cuenta la igualdad jurídica en que se encuentran los cónyuges en cuanto a capacidad, deudas y gestión de los bienes, que el beneficio de competencia alcanza a ambos y que la suspensión de la prescripción entre ellos opera a favor de uno y otro. Spota, ya antes de la ley 17.711, afirmó que la igualdad jurídica de marido y mujer impone la referida situación en reciprocidad: "que el marido, para mantener la paz del hogar, no deduzca contra tercero una acción cuyo efecto reflejo sobre la mujer pueda presentarse" (*Tratado de Derecho Civil*, Vol. 10, p. 301, nota 601 bis). La conclusión es, hoy, todavía más evidente.

La suspensión alcanza al cónyuge aunque se encuentre separado de hecho, divorciado, separado de bienes, o sea el suyo un matrimonio viciado, en este caso, hasta la sentencia de nulidad. Son los alcances que impone la expresión legal "durante el matrimonio".

C) SUPUESTO DE ACCION QUE DEBE ENTABLARSE CONTRA EL CONYUGE Y UN TERCERO (CONSORCIO PASIVO NECESARIO)

10. Generalidades.

Guastavino, sobre la base de algunos planteos judiciales, estudia el supuesto del epígrafe, sosteniendo que impone la aplicación de los artículos 3969 y 3970, esto es, lo previsto con respecto a terceros pero también lo previsto en cuanto a los consortes entre sí. Resuelve el problema examinando la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se persigue. Si se trata de una obligación divisible, se remite a los artículos 678 y 3981: el tercero no puede verse perjudicado por la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge del autor. Si se trata de una obligación indivisible, se remite al artículo 3982: la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge del actor se extiende a su codemandado. Si la obligación es simplemente mancomunada, se remite al artículo 686: el tercero no puede ser perjudicado. Si la obligación es solidaria, ante la falta de texto expreso, estima que la solución debe obtenerse de los artículos 3981 y 3982: la suspensión de la prescripción no

afecta a los codeudores pues la obligación solidaria queda sumida en la regla genérica del primer artículo citado.

El ejemplo más interesante es el de la acción de simulación que un cónyuge tuviera que entablar contra el otro y el tercero cosimulador con el objeto de restituir al acervo ganancial un bien indebidamente sustraído del mismo. Si bien de difícil presentación en la actualidad (el requisito del asentimiento conyugal obstaculiza la simulación) no es superfluo considerarlo dada la importancia de bienes muebles no registrables, sobre los cuales pudiera recaer el negocio ficticio. Aplicando el razonamiento de Guastavino, la acción refiere a una obligación de restituir que cae dentro del concepto de obligación de dar (art. 574 in fine) y, por lo tanto, indivisible (artículos 679 y 669 a contrario), de donde resulta aplicable el artículo 3982 con los alcances señalados más arriba: la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge demandado debe ser soportada también por el tercero codemandado.

D) CUESTIONES VINCULADAS A ALIMENTOS

11. Aplicación del artículo 3969.

Se aplica el artículo 3969 en cuanto a la acción por cumplimiento de la sentencia que condena a un cónyuge a pasar alimentos al otro. Por el contrario, prevalece la doctrina que considera caducado (no prescripto) el derecho a exigir las cuotas no cobradas porque la inacción del alimentado demuestra que no le son necesarias.

III. EFECTOS PATRIMONIALES POST MORTEM

12. Enumeración.

La vocación hereditaria conyugal y el derecho de habitación viudal se estudian detalladamente en el curso de Sucesiones. Se hace una breve referencia al respecto.

13. Vocación hereditaria conyugal.

El cónyuge es heredero forzoso, compartiendo la herencia, en distintas proporciones, sobre los bienes propios y los bienes gananciales adjudicados al difunto en la partición de la sociedad conyugal, en las siguientes concurrencias: con descendientes legítimos; con

descendientes extramatrimoniales, con descendientes legítimos y extramatrimoniales, con ascendientes legítimos, con ascendientes legítimos y descendientes extramatrimoniales, con padres naturales, con la nuera viuda. Excluye a los colaterales, es decir, es único heredero si no sobreviven descendientes ni ascendientes ni nuera del causante. Puede ser declarado indigno pero predomina la doctrina que niega la posibilidad de su desheredación. Carece de vocación hereditaria sobre los bienes gananciales adjudicados al causante en concurrencia con descendientes legítimos. Carece de vocación cuando el deceso del causante se ha producido dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio por una enfermedad que padecía entonces salvo que se haya regularizado una situación de hecho (art. 3573), si es culpable del divorcio o ha incurrido posteriormente a la sentencia en adulterio o actos de grave inconducta moral (artículo 3574), si es culpable de la separación de hecho sin voluntad de unirse o ha incurrido posteriormente en adulterio o actos de grave inconducta moral (art. 3575). Igualmente, si es cónyuge de mala fe en matrimonio viciado o cónyuge de buena fe y la muerte se produce después de la sentencia que decretó la nulidad.

14. Derecho de habitación viudal.

El artículo 3573 bis del Código Civil, incorporado por la ley 20.798, dispone: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias".

El tema de la naturaleza del derecho de habitación viudal divide a la doctrina. Entendemos que es un derecho a cuya titularidad se accede *iure proprio*, es decir, originariamente y no por sucesión.

IV. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

15. Concepto.

Llámase régimen de bienes en el matrimonio o régimen patrimonial matrimonial o régimen matrimonial de bienes, al establecido mediante el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí y con respecto a terceros. La definición propuesta por Colin y Capitant es más descriptiva: "Se designa bajo el nombre de régimen matrimonial al conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de terceros que contratan con ellos o lleguen a ser sus acreedores por una u otra causa y, por fin, los derechos respectivos de cada esposo en el día de la disolución del matrimonio". Aun así resulta insuficiente si se quiere hacerla extensiva a *todo* régimen conyugal de bienes. Lo hizo Roguin en su clásica obra dedicada al tema y solamente por exigencias de la exposición ofreció un concepto: "...el régimen comprende la reglamentación de las relaciones pecuniarias derivadas de la *unión matrimonial*, o bien *que caracterizan la asociación conyugal*. Esta última fórmula, prosigue, acentúa una idea justa, la de que el derecho matrimonial es especial de los esposos y de que engloba únicamente las relaciones derivadas de su vida en común, con exclusión de aquello que entra en el derecho de sucesión. Se podría definir más brevemente el régimen reteniendo esta última idea y diciendo que es *el derecho que deriva de la asociación conyugal*" (*Le régime matrimonial*, nº 17). Antes de reproducirlo, G. J. Renauld sostiene: "El derecho de los regímenes matrimoniales tiene por objeto dar a los bienes de los esposos y a sus actividades económicas, *el estatuto que requiere la relación de asociación establecida entre ellos por el matrimonio* y esto con respecto a los diversos problemas que se presentan: contribución a las cargas de la vida común, colaboración directa o indirecta en la actividad profesional, adquisición, uso y conservación de los bienes afectados a la vida de la familia, preocupación por la previsión en común" (*Les régimes matrimoniaux*, p. 23).

Es importante destacar la insistencia de los dos últimos conceptos citados en que el sistema se basa en la *asociación conyugal*;

el régimen patrimonial matrimonial regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre personas casadas y terceros, *en cuanto resultan del carácter de los esposos como partícipes de una tarea común*. De esta manera se refleja la trascendencia de la causa fuente del régimen que, al imprimirle su cualidad específica, permite distinguirlo de los otros efectos patrimoniales del matrimonio.

16. Distintos regímenes.

Puede hablarse de régimen patrimonial matrimonial en la legislación de todos los países, aun en aquellos en que es más acentuada la separación de bienes, porque siempre es necesario algún tipo de regulación. Se registra al respecto una evolución histórica universal, cuya etapa más reciente comienza con la legislación alemana de 1958, reformadora del Código Civil con el objeto de adaptarlo a normas constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial. En los últimos veinte años, las modificaciones más importantes fuera de nuestro país, han sido las introducidas en Francia en 1965, en Italia en 1975 y, nuevamente, en Alemania en 1978, no debiendo olvidarse los Códigos que incluyen el tema, por ejemplo, el portugués de 1965.

Es sumamente difícil disponer los distintos regímenes en un cuadro sinóptico estricto por las grandes diferencias que existen entre unos y otros, además de que algunos de ellos sólo revisten interés histórico. De cualquier modo, esa sistematización ha sido brindada por la doctrina, cuyas líneas generales inspiran la siguiente exposición.

A) PRIMER CRITERIO DE CLASIFICACION

17. Enunciación y esquema.

El primer criterio de clasificación atiende a si los contrayentes son, o no son, hábiles para regular sus relaciones patrimoniales futuras. El esquema correspondiente se diseña así:

| | | | | |
|--|---|----------------------|---|---|
| Libertad de regulación de las relaciones patrimoniales futuras | } | Legal imperativo | } | a) absolutamente libre |
| | | Régimen convencional | | b) entre regímenes propuestos y reglamentados por la ley |
| | | | | c) limitado por la prohibición de ciertos regímenes |
| | | | | d) con régimen legal supletorio (que se aplica a falta de convención de los contrayentes) |

La elección entre dos o más regímenes predomina, en términos generales, en el derecho europeo, con régimen legal supletorio. En Francia, conforme con la ley de 1965, los contrayentes pueden elegir entre cuatro sistemas, a saber, comunidad de gananciales, comunidad convencional, separación de bienes y participación en las ganancias; a su vez, la comunidad convencional puede abarcar todos los bienes (comunidad universal) o limitarse a muebles y gananciales y pactarse, con respecto a la misma, reglas particulares de gestión y cláusulas especiales sobre la partición. El régimen supletorio es la comunidad de gananciales de administración marital. En Portugal, los contrayentes pueden optar entre comunidad de gananciales, comunidad general, separación de bienes o régimen dotal. Supletoriamente se aplica la comunidad de gananciales. En Méjico nada se establece supletoriamente: en los trámites previos al matrimonio está incluida la elección por los contrayentes de un sistema entre el de separación y el de comunidad; son informados al respecto y si eligen el segundo, deben acordar contractualmente la composición de la comunidad y el régimen de administración.

B) SEGUNDO CRITERIO DE CLASIFICACION

18. Enunciación y esquema.

El segundo criterio de clasificación atiende a si el régimen elegido antes de la celebración del matrimonio o legalmente impuesto contemporáneamente a ésta, puede o no modificarse después. El esquema correspondiente se diseña así:

| | | | | |
|--------------------------|---|--------------|---|--|
| Libertad de modificación | } | inmutable | } | a) modificable |
| | | no inmutable | | b) susceptible de ser reemplazado por otro régimen |

Predomina la inmutabilidad del régimen aunque aún los regímenes comunitarios imperativos admiten una posibilidad de cambio hacia la separación de bienes. Sin embargo, se nota una tendencia contraria siempre que el cambio se efectúe según requisitos que las leyes establecen en resguardo de terceros. Por ejemplo, en los Países Bajos, desde 1965, con la reforma del Código Civil que consagró la capacidad de la mujer casada, procede el cambio de régimen transcurrido al menos tres años de matrimonio, con aprobación judicial. Tal vez es la característica novedosa de la mutabilidad en lo que consiste la reforma más importante introducida en Francia en 1965, exigiéndose intervención judicial o convenio con estrictos requisitos de fondo, de forma y de publicidad, según los casos.

C) TERCER CRITERIO DE CLASIFICACION

19. Enunciación y esquema.

El tercer criterio de clasificación tiene en cuenta la estructura y dinamismo de los diferentes regímenes. El esquema correspondiente puede ser observado en el diagrama expuesto en la página siguiente.

Analizamos brevemente cada uno de estos sistemas.

20. Absorción del patrimonio de la esposa por el marido.

La denominación generalmente usada es la de *absorción de la personalidad económica de la esposa por el marido*, a la cual preferimos la aquí empleada porque al expresar que el patrimonio de la esposa es absorbido por el marido, se entiende que toda la actividad económico jurídica que a ella hubiera podido corresponder es asumida por éste. En efecto, al marido se trasmite en propiedad el patrimonio de su cónyuge. Como propietario, disfruta, administra y dispone de todos los bienes, soporta el sostenimiento económico del hogar y responde por las deudas; la esposa queda desprovista de patrimonio y de todo derecho sobre los bienes que lo componían, sin posibilidad de recuperarlos aun a la muerte del marido, al cual, a lo sumo, podrá heredar.

Estructura
y dinamismo
de los
distintos
regímenes

Históricos

{ Absorción del patrimonio de la esposa por el marido
{ Unidad de bienes

Vigentes

Unión de bienes

Composición { universal
{ restringida { muebles y gananciales
{ gananciales

Gestión { marital
{ separada
{ conjunta
{ indistinta

Deudas { separadas
{ comunes
{ separadas y comunes según supuestos

Partición { por mitades
{ proporcional a los aportes

Participación en los gananciales

Separación de bienes

No existe en la actualidad. Correspondió en el derecho romano al matrimonio *cum manu* y, a través del *common law* se aplicó en Gran Bretaña y estados norteamericanos y del Canadá, desapareciendo paulatinamente a partir de mediados del siglo XIX.

21. Unidad de bienes.

Igual al anterior mientras subsiste el matrimonio, la diferencia aparece a su disolución porque el marido o sus herederos deben restituir a la esposa o sus herederos el valor de los bienes que ésta aportó. Es decir que el marido adquiere el dominio de los bienes de la esposa con todos sus atributos pero con cargo de devolución, aprovecha exclusivamente las economías efectuadas y responde por las deudas de la esposa pero con derecho a descontarlas del valor a restituir.

También reviste interés exclusivamente histórico, siendo de origen y aplicación germánicos (subsistió en algunos cantones suizos hasta la sanción del Código Civil de 1907).

22. Unión de bienes.

Se denomina así al régimen en el cual la propiedad de los bienes de cada cónyuge permanece separada, adquiriendo el marido la administración y el usufructo de los de la esposa hasta su fin, momento en que se consolida dicho usufructo con la nuda propiedad conservada por aquélla. Como la restitución debe hacerse en especie, los bienes de la consorte no se confunden con los del marido, distinguiéndose en el patrimonio de éste su dominio sobre los bienes originariamente suyos y su derecho al uso y disfrute de los de su esposa, de los cuales no puede disponer. Se explica así que cada cónyuge sea responsable por las deudas que contrajo antes o después del matrimonio, lo cual supone cierta aptitud de la esposa para obligarse, pero el marido es el único responsable por las deudas del hogar incluso contraídas por la mujer en la gestión doméstica. Como bien se ha hecho notar, la contribución de ésta se concreta en los frutos de los bienes que aporta.

De origen también germánico, fue el régimen del Código Civil alemán combinado con la institución de los bienes reservados, hasta

que resultó incompatible con la igualdad jurídica de los cónyuges consagrada en la Constitución de Bonn. Está vigente en Suiza, muy atenuado en beneficio de la esposa, mediante la introducción de elementos de los regímenes de unidad de bienes y de participación y por la caracterización como bienes reservados atribuida al producido del trabajo de la misma. Asimismo se aplica en derecho hebreo, conforme con principios y normas religiosas que coexisten con las civiles resultantes de la igualdad jurídica de los sexos y la consiguiente plena capacidad civil de la mujer establecidas en 1951. Es, por fin régimen legal en China y una posibilidad contractual en Turquía.

23. Régimen de comunidad.

Se caracteriza esencialmente porque, a su fin, cada cónyuge o sus herederos, obtienen una fracción de ciertos bienes originariamente pertenecientes a uno y otro esposo. El concepto puede precisarse más sobre la idea de una indivisión de bienes que aparece al finalizar el régimen con todos o algunos de los que hasta entonces formaban el patrimonio de los cónyuges, indivisión destinada a partirse entre ellos. Es este el único elemento que permite abarcar en esta categoría a regímenes muy disímiles en los otros aspectos, diferencias que hacen necesaria una subclasificación, la que se formula según la composición de la "comunidad" (bienes que entrarán en la indivisión) y según el régimen de gestión de los bienes de destino común, anotándose igualmente diferencias en cuanto a las deudas y a la de división final. Estas especies, a su vez, se combinan entre sí en muy variadas formas.

Según la *composición de la "comunidad"*, ésta puede ser universal o restringida. En la primera, todos los bienes, presentes y futuros se hacen comunes y se dividen oportunamente sin atender a su origen. En la comunidad restringida caben la comunidad de muebles y gananciales o simplemente la de gananciales, debiendo distinguirse entre bienes propios y bienes gananciales (adquisiciones a título oneroso durante la vigencia del régimen).

Según la *gestión de los bienes de destino común*, el régimen de comunidad puede ser de gestión marital, de gestión separada, de

gestión conjunta o de gestión indistinta. Ninguno de ellos se presenta puro sino admitiendo elementos de alguno de los otros. La administración marital admite, por ejemplo, la existencia de "bienes reservados" a la administración de la esposa; la administración separada (de cada cónyuge sobre sus propios y los gananciales que adquiere) combina siempre exigencias de gestión conjunta; la gestión conjunta (de ambos consortes sobre los bienes de destino común) permite la presunción del consentimiento del otro cónyuge cuando uno de ellos ejecuta actos de menor importancia; en la gestión indistinta (a cargo de uno u otro cónyuge sin atender a quién adquirió los bienes) se presume el consentimiento del cónyuge de aquel que dispone por sí mismo de los bienes comunes.

Según *las deudas*, en algunos regímenes son separadas; en otros, comunes; en otros, por fin, separadas y comunes según los casos previstos. Estas diferencias están íntimamente relacionadas con el régimen de gestión y miran a la protección de los acreedores.

En cuanto a la *partición*, la más generalizada es la división en partes iguales, pero en algunas legislaciones se tienen en cuenta los aportes, incluido el trabajo de la esposa en el hogar y cuidado de los hijos.

Ejemplificando, señalamos que la comunidad universal de gestión separada con elementos de gestión conjunta es el régimen de los Países Bajos; recordamos que la comunidad de bienes y gananciales es una posibilidad convencional en Francia, con varias formas también convencionales de gestión y que en este país el régimen legal supletorio es la comunidad universal de gestión marital. La legislación uruguaya ofrece un claro ejemplo de comunidad de gananciales de gestión separada con elementos de gestión conjunta, asimismo la legislación de Italia. En América latina predomina la comunidad de gananciales pero en Brasil, es universal. La comunidad de gananciales de gestión indistinta es el régimen de la URSS y de los países comunistas, citándose como caso más reciente el del Código de la Familia de Cuba.

24. Participación en los gananciales.

El esquema de este régimen, introducido en Alemania como legal supletorio en 1957 y una de las posibilidades convencionales en Francia desde 1965, es el de una separación de bienes hasta su fin, momento en que procede igualar los enriquecimientos logrados por uno y otro cónyuge a partir de la celebración del matrimonio. A tales efectos deben calcularse el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada uno: el cónyuge que se enriqueció menos se encuentra entonces titular de un crédito contra el que se enriqueció más a los efectos de que ambos resulten enriquecidos en la misma medida. Obsérvese que no existe indivisión de bienes comunes ya que el consorte que obtuvo mayores beneficios sigue siendo el único propietario de sus bienes y el otro es sólo su acreedor. Como en todos los otros regímenes, aquí también caben diferencias según las distintas legislaciones: la participación puede ser universal o restringida, la restringida puede abarcar distinta extensión, la gestión de los bienes puede o no requerir el consentimiento de ambos cónyuges, la forma de liquidación admite particulares modalidades.

El régimen de participación en los gananciales no parece haberse impuesto en los países que lo han adoptado. Al menos, no ha penetrado en las costumbres alemanas. Su simplicidad es sólo aparente por las dificultades que comporta el cálculo de los patrimonios y deudas. Tampoco significa un fortalecimiento de la seguridad de los cónyuges, sino lo contrario, porque un crédito es menos seguro que una participación en propiedad.

25. Separación de bienes.

Implica absoluta separación de propiedad, gestión y responsabilidad. La ley, sin embargo, reglamenta generalmente la contribución a las cargas del hogar y diversos supuestos en que se pretende la protección de los terceros que contratan con los esposos. Se atenúa mediante el llamamiento hereditario del cónyuge, por ejemplo, en leyes inglesas relativamente recientes.

Por distintas causas procede casi universalmente pues se presenta: como régimen convencional (por ejemplo Bélgica, países

escandinavos); como régimen excepcional en reemplazo del régimen legal, por resolución judicial, con causa legal (Argentina) o sin ella (Uruguay); como extraordinario sanción (Portugal, Brasil, en términos generales, para los matrimonios celebrados con impedimento impediendo); como extraordinario no sanción (Portugal, para los contrayentes que exceden ciertos límites de edad madura); como legal (derecho anglosajón, Japón); como legal supletorio (Grecia).

26. Instituciones especiales.

a) *La dote*. La dote es de origen romano desarrollada en el matrimonio *sine manu*. En sentido amplio, se denomina dote a los bienes entregados al marido por la esposa, parientes o terceros, para solventar las cargas del hogar. En sentido restringido, se llama dote al aporte de bienes de la esposa entregados al marido en propiedad o en administración y usufructo, para los gastos del hogar, como excepción en los regímenes en que este traspaso no se produce. Un sentido aún más especial de la palabra corresponde a su uso en el derecho argentino y el uruguayo, pues se la emplea como sinónimo de bienes propios de la esposa, con idéntica caracterización a la de los bienes propios del marido. No es este último sentido el que se esquematiza en el presente apartado.

La dote exige constitución expresa, es, general pero no indispensablemente, inalienable, imprescriptible e inembargable y debe restituirse en valor o en especie según se haya transmitido al marido la propiedad o sólo la gestión y el usufructo. Los bienes de la esposa que no están constituidos en dote se denominan parafernales.

La dote acompañando a la separación de bienes conforma el régimen dotal que subsiste en Grecia y en Austria. Acompañando a la comunidad en que el marido no es administrador necesario de los bienes aportados por la mujer, se la encuentra en la legislación peruana. Ha sido expresamente suprimida en Italia por la ley de 1975.

b) *Los bienes reservables*. La institución de los bienes reservables se originó en los países escandinavos, Alemania y algunos cantones suizos a fines del siglo XIX. Consiste en reservar la administración de algunos bienes suyos a la esposa, en aquellos regímenes

en que la gestión de todos corresponde al marido. Acompañó a la unión de bienes en el Código Alemán de 1900 y en esta forma se aplica en Suiza. En la legislación francesa vigente en que el régimen legal supletorio es de comunidad de gananciales de gestión marital, los bienes adquiridos por la esposa en el ejercicio de una profesión separada de la de su marido están reservados a su administración y libre disposición con las mismas limitaciones con que el marido administra y dispone del resto de los gananciales.

La institución de los bienes reservables integraba el régimen patrimonial matrimonial argentino conforme al Código Civil (art. 1217, inc. 2º, 1226 y 1257) y también de acuerdo a la ley 11.357 (art. 3, 2º, a y c).

REGIMEN CONVENCIONAL

I. CONVENCIONES MATRIMONIALES

27. Concepto.

También denominadas contratos de matrimonio, convenciones prenupciales o capitulaciones matrimoniales, las convenciones matrimoniales son acuerdos entre futuros esposos con el objeto-fin de determinar el régimen patrimonial a que resuelven someterse durante su matrimonio o de reglar algún aspecto de sus relaciones patrimoniales futuras. No son convenios o contratos entre cónyuges sino entre contrayentes.

Carecen de aplicación práctica en nuestro país, no registrándose especies judiciales al respecto en caso de matrimonios de ciudadanos argentinos. Revisten interés en el campo del Derecho Internacional Privado por encontrarse reconocidas en numerosas legislaciones extranjeras.

28. Cláusulas autorizadas en el Código Civil y evolución posterior.

El artículo 1217 del Código Civil admitía la celebración de las siguientes convenciones:

- 1º) la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;

- 2º) la reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio;
- 3º) las donaciones que el esposo hiciera a la esposa;
- 4º) las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren a su fallecimiento.

Los incisos 2º y 4º han sido expresamente derogados por la ley 17.711.

El inciso 2º careció de eficacia práctica a partir de la ley 11.357 que atribuyó a la esposa la gestión de los gananciales adquiridos con su trabajo e igualmente la de sus propios si revocaba el mandato presunto de que legalmente gozaba su cónyuge. Asimismo resultaron inaplicables desde entonces los artículos 1226 y 1257 (este último en cuanto admitía la reserva de administración de bienes muebles), debiendo estimarse ambos textos tácitamente derogados por la ley 17.711.

El inciso 4º configuraba un pacto sucesorio permitido, esto es, una excepción a la prohibición genérica de los pactos sobre herencia futura prescripta en el artículo 1175. En consecuencia de la expresa derogación del mencionado inciso, debe considerarse tácitamente derogado el artículo 1237 relativo a la cláusula de usufructo post-mortem acordada en las convenciones nupciales.

29. Convenciones actualmente permitidas.

De acuerdo a la redacción vigente del artículo 1217, están permitidas las convenciones nupciales previstas en sus incisos 1º y 3º.

a) *Designación de los bienes que cada contrayente lleva al matrimonio.* Se trata de un inventario, prueba preconstituida del carácter propio de los bienes incluidos en el mismo. Puede ir acompañado de la tasación respectiva (art. 1251 y 1256). Según Belluscio, derogado el artículo 1224 por la ley 17.711, la designación de los bienes ha dejado de modificar el régimen legal.

b) *Donaciones del novio a la novia.* Es esta la única verdadera convención nupcial permitida y sólo en un sentido: del novio a

favor de la novia. Concuera con el precepto del artículo 1231 y su fundamento es explicado por el codificador en la nota al título sobre la sociedad conyugal.

30. Sujetos.

Son aquellos que se disponen a contraer matrimonio. Efectivamente, sólo pueden contratarse antes de la celebración de éste, lo que resulta claramente de la oración inicial del artículo 1217 y de la prohibición establecida en el artículo 1219: "Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio".

31. Capacidad.

La capacidad para la celebración de las convenciones se encuentra limitada por la presencia de impedimentos dirimentes que obstaculicen la celebración del matrimonio según el artículo 1221. La no influencia de los impedimentos impeditivos se desprende de la relación del segundo párrafo del mismo artículo y del artículo 1238 pues la eficacia de las convenciones depende de la celebración y validez del matrimonio y los impedimentos impeditivos, cuando por circunstancias de hecho no han obrado preventivamente, no determinan la nulidad del vínculo.

Son necesarias las siguientes aclaraciones:

a) Los contrayentes menores de edad deben ser asistidos por las personas cuyo asentimiento se requiere para contraer matrimonio (padres o tutores o curador especial cuando el asentimiento rehusado por el padre o madre fuere suplido por el juez) (arts. 1222 y 1225).

b) El menor no necesita asistencia cuando dona bienes adquiridos con su trabajo posterior a los 18 años o a la obtención de título profesional habilitante (art. 128).

c) El emancipado viudo, o cónyuge de buena fe en matrimonio anulado o emancipado por habilitación de edad, puede concurrir al inventario sin asistencia pero no puede donar los bienes recibidos

a título gratuito (arts. 131, 132, 133 y 134, 2º) o las cosas adquiridas con bienes recibidos gratuitamente. Lo expuesto no es compartido por Llambías, Agliano, Belluscio, Zannoni, para que los emancipados no queden en inferior condición que los menores.

d) La donataria emancipada por habilitación de edad o por matrimonio putativo o viuda, puede aceptar la donación nupcial por sí misma pues el negocio está incluido en la esfera de su capacidad.

e) El sordomudo interdicto es inhábil para las convenciones nupciales por su incapacidad absoluta de obrar y exigir las capitulaciones su deliberación personal. Enseña Guaglianone que el contrayente sólo puede ser sustituido por mandatario y que el curador no puede otorgarlas en nombre y representación del sordomudo, ni aun dentro de los estrechos límites previstos en los artículos 443 y 450.

f) Nada obsta a la actuación de los inhabilitados civiles (artículo 152 bis) en las convenciones nupciales porque la intervención necesaria de su curador en los actos de disposición, no reemplaza la decisión personal de aquéllos, configurando sólo una asistencia. Mazzinghi se pronuncia por la conclusión opuesta.

32. Caracteres comunes a las convenciones previstas en los incisos 1º y 3º del artículo 1217.

a) Son anteriores a la celebración del matrimonio (art. 1217 *ab initio* y 1219).

b) Son formales. La forma de las convenciones nupciales está reglada en los artículos 1223 y 1225 del Código Civil que disponen: Artículo 1223: "Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos testigos. Si los bienes no alcanzaren a la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos"; artículo 1225: "La escritura pública del contrato de matrimonio debe expresar los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión, su edad, su domicilio y su actual residen-

cia, el grado de parentesco si lo hubiere, la firma de los padres o tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, o la de un curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio, y fuere suplido por el juez". El artículo 1004 del Código es aplicable en lo no expresamente previsto por el artículo 1225, en el cual la mención del culto a que pertenecen los contrayentes carece de trascendencia a partir de la ley 2393.

El artículo 1184, inciso 4º, dispone igualmente que las convenciones nupciales deben formalizarse en escritura pública. Habiéndose suprimido la expresión "que pase de mil pesos" en el párrafo introductorio de este artículo (ley 17.711) su efecto derogatorio sobre el precepto del artículo 1223 se impone sin discusión, por tratarse de ley posterior que suprime un requisito de una ley anterior relativo a la misma figura.

c) Son solemnes absolutas, es decir, no producen efectos mientras no hayan sido formalizadas en la forma exigida por la ley. Ello es así a pesar de que están incluidas en el artículo 1184 que contiene actos solemnes relativos en virtud de la relación de este texto con el del artículo 1185. Los fundamentos para sostener este carácter son: la forma solemne absoluta es la exigida para la donación de inmuebles y deberá ser respetada en caso de donación nupcial con esta clase de objeto; no hay razón para aplicar una conclusión distinta en las convenciones que tuvieran otra finalidad o recayeran sobre otro tipo de objeto, a falta de norma expresa que lo establezca; la exigencia de un cónyuge a otro para que otorgue la escritura pública que no se hubiera otorgado oportunamente, involucraría una violación del artículo 1219, además de resultar generadora de conflictos matrimoniales.

d) Son condicionales porque su eficacia depende de la celebración y validez del matrimonio (arts. 1238 y 1239).

e) Son inmutables (art. 1219) justificándose esta cualidad por la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

33. Caracteres especiales de las donaciones del novio a la novia
(inc. 3 del artículo 1217).

a) Están sujetas a la aplicación de las disposiciones sobre la donación (art. 1230).

b) No requieren aceptación (art. 1235) y se presumen aceptadas desde que el matrimonio se celebra (art. 1814 in fine). Estos preceptos son contradictorios e inexactos porque se trata de un contrato, por lo tanto, bilateral, que requiere la concurrencia de donante y donataria, resultando la aceptación de ésta, aun no expresada, de su rol de parte en el acto y de su recepción de la cosa donada (art. 1792).

c) Su condicionalidad (arts. 1238 y 1239) es singular. Según Guaglianone, no se trata precisamente de sujeción de la liberalidad a un acontecimiento futuro e incierto sino de la integración del acto mediante la concreción de su *causa final móvil* porque la adquisición del dominio no depende de la celebración y validez del matrimonio sino que se produce con la suscripción del contrato y la entrega de la cosa, si bien la donación puede quedar sin efecto retroactivamente al no celebrarse el matrimonio.

d) Son irrevocables (art. 1240) salvo el derecho del inocente del divorcio a revocar las que hizo a favor del culpable (art. 75, ley 2393).

El artículo 1240 no contiene excepciones a la irrevocabilidad sino la aplicación de las normas generales sobre el acto sujeto a condición suspensiva y la reiteración de lo dispuesto sobre la influencia de la celebración y validez del matrimonio.

e) Están sujetas a las reglas sobre inoficiocidad (art. 1230), siendo, por lo tanto, pasibles de ser atacadas en ejercicio de la acción de reducción que no podrán ejercer los hijos del matrimonio salvo que hubieran existido descendientes del donante a la fecha de la donación (art. 1832).

34. Ineficacia.

Las convenciones son: a) inexistentes si faltaron a su celebración uno o ambos contrayentes por sí o por mandatario con poder especial o si se celebraron después del matrimonio; b) nulas de nulidad absoluta si existió impedimento dirimente entre los contratantes aun cuando cese y el matrimonio se contraiga (art. 1221) subsistiendo a favor del cónyuge putativo; o si carecen de la forma prescripta por la ley; c) son nulas de nulidad relativa por falta de capacidad de los contratantes o del asentimiento requerido, por vicio del consentimiento o por defecto de forma. La falta de celebración del matrimonio o la sentencia que lo anule (por causal distinta del impedimento dirimente) producen la caducidad de la convención.

35. Promesa de dote.

Los artículos 1241, 1242 y 1248 del Código carecen de aplicación efectiva.

36. Contratos matrimoniales celebrados en el extranjero.

Constituyen un tema específico del Derecho Internacional Privado para cuyos planteos el Código Civil y la ley 2393 ofrecen pautas expresas (arts. 12, 950, 1205, 1206, 1207, 1220 del Código y 4, 5 y 6 de la ley 2393).

II. CONTRATOS ENTRE CONYUGES

37. Generalidades.

Su problemática (ya que es regla la libertad de contratar) radica en la existencia de un régimen imperativo de relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y con respecto a terceros, que obliga a delimitar un campo para esa libertad de convenir cuando los contratantes son ambos esposos a fin de mantener incólume el régimen fijado por la ley o elegido por los contrayentes pero que ésta quiere ajustado a sus disposiciones y, al menos en principio, inmutable. Este fundamento es el más atendible en cuanto a funda-

mentación de la prohibición de ciertos contratos entre cónyuges y con él se vinculan otros argumentos invocados, como el de evitar donaciones simuladas, el de proteger a terceros y el de defender las legítimas de los herederos forzosos. Razones distintas pudieron tomarse en consideración en épocas en que regía la incapacidad de la mujer casada y la potestad marital, pero hoy han desaparecido ante la plena aptitud civil de aquélla y la igualdad de los cónyuges, pudiendo proveerse a la protección de sucesores y terceros mediante recursos diferentes. Además, es innegable que ciertos contratos, en particular los *intuitu personae*, tienen su ámbito más propicio entre esposos y que todos, en general, pueden favorecer la unidad del matrimonio y los intereses de los cónyuges y su familia.

Según Gatti, la legislación relativa a contratos entre cónyuges es susceptible de agruparse de la siguiente manera: sistemas jurídicos que establecen como principio general la prohibición de los mismos y señalan excepciones (Perú); sistemas jurídicos que prohíben algunos contratos y permiten expresamente otros, sin que sea posible desentrañar cuál es la regla general, prohibición o autorización de las convenciones (Francia, España, Italia, Chile, Uruguay); sistemas jurídicos en que la libertad contractual constituye la regla (Alemania, Suiza, Rusia soviética, Méjico).

En general, corresponde distinguir cuatro tipos de relaciones contractuales: las que tienen por objeto y por efecto la modificación de la titularidad de los derechos sobre los bienes tanto propios como gananciales; las que alteran el régimen de responsabilidad por las deudas contraídas; las que modifican los poderes de gestión patrimonial de los consortes; las que crean entre ellos relaciones no patrimoniales. Aplicando estos criterios a las referencias formuladas en el párrafo anterior, en los dos primeros tipos se halla coincidencia en la prohibición y en los dos últimos es clara la tendencia a la licitud.

Según Mazzinghi, en el derecho argentino el principio general de libertad de contratar incluye a los cónyuges. Se basa en la ausencia de normas generales prohibitivas que conduzcan a la conclusión contraria y en el principio rector del artículo 19 de la Constitución Nacional. No obstante, opinamos que una disposición ge-

nérica sería muy útil evitando las hesitaciones que se presentan ante ciertos contratos no expresamente prohibidos.

En adelante se expone el tema considerándolo exclusivamente *durante la vigencia de la sociedad conyugal*, por constituir esa la etapa considerada en este capítulo y requerir particulares apreciaciones el supuesto de los contratos entre cónyuges separados de bienes.

A) CONTRATOS PROHIBIDOS

38. Donación.

A la alternativa entre prohibición o admisión de los contratos entre cónyuges, de acuerdo al panorama del derecho extranjero, se agrega una tercera posibilidad en el caso de la donación: la de preceptuar que es válida pero revocable, con lo que resulta atenuada la plena libertad para contratarla (Francia, Chile, México).

La ley argentina prohíbe la donación entre cónyuges en el inciso 1º del artículo 1807 del Código, al que se agrega el artículo 1820 que prohíbe la donación mutua entre ellos.

Es la prohibición fundamental y otros contratos son vedados para impedir que se empleen con la finalidad de disimular una donación o de efectuarla indirectamente.

Está prohibida la donación contrato típico (art. 1789 CC), no las liberalidades que no son donaciones (art. 1791). En cuanto a las liberalidades no colacionables (art. 3480 CC), es razonable que tampoco estén equiparadas a las donaciones a otros efectos distintos del sucesorio indicado. Esta consideración es aplicable a los regalos de costumbre, siendo cuestión de hecho señalar si un determinado obsequio debe calificarse como tal, de acuerdo a la situación económica de donante y donatario y los criterios de habitualidad y razonabilidad. Mazzinghi estima que es también aplicable al pago por uno de los cónyuges de las deudas contraídas por el otro como expresión de la ayuda recíproca que condice con las bases esenciales de la unión matrimonial. No compartimos esta apreciación por ser ajena al texto del artículo 3480 que se refiere al pago de las deudas

de los descendientes y ascendientes. El supuesto debe regirse por lo que resulte del régimen patrimonial matrimonial.

Con el propósito de evitar las donaciones indirectas, el artículo 1807 prohíbe las donaciones de uno de los cónyuges a los hijos que el otro tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación. Existen, no obstante, otras posibilidades de intentar substraerse a la prohibición, especialmente por medio de la adquisición de bienes efectuada por un cónyuge con fondos provistos por el otro o a través de la compra, doblemente simulada, por interés persona.

La eficacia práctica de la prohibición resulta restringida a la donación de inmuebles o de cosas muebles registrables.

38^{bis}. Renta vitalicia gratuita entre cónyuges.

Está prohibida porque constituye una donación.

38^{ter}. Renta vitalicia onerosa estipulada por un cónyuge y prometida por tercero, a favor del otro cónyuge.

Está prohibida porque encierra una donación entre los consortes.

39. Cesión gratuita de créditos.

Está prohibida en virtud de la remisión expresa a la donación que efectúa el artículo 1437 del Código Civil.

40. Fianza constituida por un cónyuge garantizando la deuda de un tercero hacia el otro cónyuge.

Resulta prohibida por configurar una relación gratuita entre los esposos (acreedor y garante). Esta opinión es sustentada por Borda y rechazada por Belluscio.

41. Compraventa.

El artículo 1358 del Código Civil establece que el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque estuviesen separados de bienes.

La interpretación es restringida a los contratos celebrados entre esposos a través de la oferta formulada por uno y aceptada

por el otro, teniendo en cuenta que en el citado artículo 1358 no se expresa, como en el 1361, que el negocio está prohibido aun realizado en subasta pública. En consecuencia, se lo admite con este procedimiento, que garantiza la verdad de la operación y la protección de terceros. Opinan así Lagomarsino, Guaglianone, ejemplificando con la división de condominio y la partición de herencia; Mazzinghi, haciéndolo con el supuesto de la ejecución de uno de los cónyuges por un tercero y la adquisición del bien vendido por el otro cónyuge, admitiendo igualmente el supuesto de remate público no judicial. Belluscio se pronuncia en contra de esta opinión.

La prohibición incluye la celebración del boleto de compraventa entre cónyuges pero no la escrituración con que se cumple la promesa de venta anterior al matrimonio instrumentada en boleto de fecha cierta, por tratarse del cumplimiento de obligaciones asumidas antes de investir el carácter de consortes.

42. Permuta.

Está prohibida en virtud de la remisión del artículo 1490 del Código Civil: "No pueden permutar los que no pueden comprar y vender".

43. Cesión onerosa de créditos.

Su prohibición resulta de la remisión a las prohibiciones de la compraventa establecidas en el artículo 1441.

44. Dación de pago de una cosa.

La prohibición de la misma está también establecida mediante la remisión a la compraventa (Art. 781 C.C. "Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por, las reglas del contrato de compraventa").

45. Dación en pago de un crédito.

El artículo 780 del Código Civil le aplica las reglas de la cesión de derechos.

46. Renta vitalicia onerosa entre cónyuges o entre cónyuges a favor de tercero mediante entrega de cosas.

Está prohibida porque requiere la capacidad para comprar y vender (art. 2073).

47. Cesión de derechos hereditarios.

La cesión de herencia es un contrato atípico con normas expresas con respecto a la forma. Se le aplican supletoriamente las disposiciones legales de los contratos típicos más similares: la donación, si es gratuita, la compraventa, si es onerosa. Ambas están, por lo tanto, prohibidas entre cónyuges.

48. Constitución de usufructo sobre cosas no fungibles.

Está prohibida porque requiere la capacidad para comprar o donar, según sea onerosa o gratuita (art. 2831).

49. Constitución de derechos reales de uso y habitación.

Requiere la capacidad para constituir usufructo y procede solamente sobre cosas no fungibles (art. 2951).

50. Constitución de servidumbres.

Su prohibición resulta de que requieren la capacidad para la constitución de usufructo y recaen siempre sobre inmuebles (art. 2970).

51. Sociedades de responsabilidad solidaria.

La sociedad entre cónyuges constituyó uno de los contratos de dudosa admisión hasta la vigencia de la ley 19.550 que permite expresamente determinados tipos de sociedades comerciales, de donde la cuestión se plantea actualmente en términos de distinguir entre sociedades prohibidas y no prohibidas.

En efecto, el artículo 27 de la citada ley dispone: "Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de

distinto tipo, la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo⁷. La limitación de las sociedades permitidas a las mencionadas por la ley, demuestra que el fundamento de la prohibición de las otras sociedades comerciales se vincula fundamentalmente con la responsabilidad de los cónyuges por sus deudas, tratándose de impedir que la regla de la separación de éstas (art. 5 de la ley 11.357) se vea conculcada mediante la formación de una sociedad que comporta la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios por las obligaciones de la misma. Este argumento fue expuesto en la Exposición de Motivos de la ley 19.550. En consecuencia, están vedadas las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y de hecho.

La norma no concita aprobación unánime: Mazzinghi rechaza el argumento invocado y piensa, por el contrario, que merecerían ser alentadas para establecer entre los esposos una comunidad de intereses más vigorosa que la creada por la ley. Zannoni, por su parte, se expresa dubitativamente sobre las ventajas del precepto.

La prohibición del artículo 27 alcanza a las sociedades constituidas originariamente sin la participación de los dos esposos, en la que ambos llegaran a ser socios posteriormente y, sin lugar a dudas, a las integradas por ellos y terceros, interpretación que se apoya en la referencia a "otro socio" formulada en el texto.

La sociedad prohibida es nula, pero conforme al singular régimen de nulidades de las sociedades comerciales organizado en la ley 19.550. Efectivamente, la ley reconoce la existencia y la gestión del ente nulo, al menos dentro de ciertos límites marcados por la buena fe. Es decir, la nulidad opera como causal de disolución de la sociedad, en homenaje a la personalidad jurídica de ésta y por exigencia de protección de terceros y del tráfico económico-jurídico. De ahí que el artículo 29 disponga que las sociedades prohibidas por el artículo 27 sean liquidadas.

B) CONTRATOS DE DUDOSA ADMISIBILIDAD

52. Locación.

El artículo 1494 del Código Civil establece que “todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compra-venta, es aplicable al contrato de locación”. Se cuestiona acertadamente si en esta remisión cabe la capacidad para contratarla, sobre lo cual disienten los autores, sumándose a este cuestionamiento la dificultad de conciliar la relación locador-locatario con el régimen patrimonial matrimonial.

Constituyen argumentos a favor de la prohibición de la locación entre esposos:

- a) considerar incluida la capacidad en la comprensión del artículo 1494, a falta de otra norma que la regule y por ser la capacidad un “requisito esencial” del contrato;
- b) la inexistencia de finalidad concreta de la locación pues el cónyuge tiene el uso de los bienes propios y gananciales del consorte (extensión de la calificación de gananciales que corresponde a los frutos de unos y otros);
- c) lo relativo al precio, en cuanto a que si está compuesto por fondos propios del locatario ingresaría con carácter de ganancial al patrimonio del locador, y, si está compuesto por fondos gananciales de aquél, conservaría el mismo carácter pero en el patrimonio de éste;
- d) las múltiples y sucesivas obligaciones que el contrato crea entre las partes.

Constituyen argumentos favorables a la permisividad del contrato:

- a) la incorrección técnica en que se incurre reputando incluida la capacidad en el texto del artículo 1494;
- b) la imposibilidad de asimilar, en materia de aptitud para la celebración, la compraventa que es acto de disposición con la locación que es acto de administración;

- c) la finalidad práctica suficiente que consiste en el uso exclusivo de la cosa locada, que adquiere el locatario, y en la incorporación del precio a los bienes de administración y plena disponibilidad del locador;
- d) la defensa que los terceros encuentran en los recursos legales destinados a atacar los negocios que los perjudican;
- e) la utilidad que presta en ciertos supuestos;
- f) la validez de la locación que hubiera sido celebrada antes del matrimonio, lo que pone en evidencia que sus efectos son compatibles con el régimen patrimonial matrimonial.

Se inclinan por la admisión de este contrato, Guaglianone y Mazzinghi. Ha sido aceptado en alguna especie judicial.

53. Sociedades en comandita simple con ambos cónyuges comanditarios o con un cónyuge comanditario y el otro comanditado.

Es discutible la validez de la sociedad en comandita simple en que ambos cónyuges sean socios comanditarios o en que un cónyuge sea socio comanditario y el otro comanditado. Atendiendo a que el fundamento de la norma del artículo 27 de la ley 19.550 es el de evitar que se altere el régimen de responsabilidades separadas de los cónyuges, los dos casos son admisibles. En efecto, ambos cónyuges responden limitada y no solidariamente, por las obligaciones sociales, en el primero, y, en el segundo, no son *los dos* deudores ilimitados y solidarios. Este último sentido ha sido aceptado jurisprudencialmente.

54. Contrato de trabajo.

Se carece de norma expresa al respecto pero existen pronunciamientos judiciales de interés, incluso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, resolviendo cuestiones previsionales, han rehusado admitir el contrato de trabajo entre cónyuges por no darse entre ellos la relación de dependencia indispensable para configurarlo, sin perjuicio de que el interesado pueda afiliarse para acogerse a los beneficios respectivos en carácter de trabajador autónomo. De esta manera ha sido tratado aun el contrato anterior

al matrimonio en cuanto a la etapa posterior a la celebración del mismo.

En contra de la validez del contrato de trabajo entre cónyuges se invocan los siguientes argumentos:

- a) La remisión del artículo 1494 del Código Civil, aplicable a la locación de servicios;
- b) la consideración de la colaboración de un cónyuge en la actividad laboral del otro dentro del deber de asistencia conyugal;
- c) la consideración del derecho a los gananciales, concretado al fin del régimen patrimonial, como retribución del cónyuge que coopera en el trabajo del otro;
- d) la imposibilidad lógica de hacer jugar, entre consortes, algunas instituciones propias del derecho laboral, por ejemplo, el derecho de huelga;
- e) la valoración negativa de este contrato entre esposos pues violentaría la moral y buenos costumbres infringiendo el artículo 953 del Código y el orden público.

Son argumentos a favor de la admisión del contrato:

- a) La inaplicabilidad del artículo 1494 a la capacidad de los contratantes;
- b) la posibilidad de que se presenten los elementos generalmente reconocidos como esenciales del contrato, a saber, el trabajo, el salario y la subordinación; habría trabajo si la colaboración prestada excede los márgenes del deber de asistencia, conforme a la naturaleza de la tarea y a la condición cultural y socio-económica de los esposos; habría salario respondiéndose a las objeciones en contra con los mismos razonamientos que se hacen valer, en este aspecto, en materia de locación de cosas y de mutuo; la subordinación, por fin, no violentaría la igualdad de los cónyuges porque es una subordinación técnico-funcional - económica restringida jurídicamente a la relación objeto del contrato;
- c) la existencia de recursos para demostrar la simulación ilícita del mismo;

d) razones de conveniencia para la integración familiar.

Borda, Mazzinghi, Zannoni, se pronuncian decididamente por la improcedencia de la locación de servicios y del contrato de trabajo entre cónyuges.

C) CONTRATOS PERMITIDOS.

55. Donación para producir efectos después de la muerte.

La derogación del inciso 4 del artículo 1217 por la ley 17.711 condujo a un sector de la doctrina a estimar tácitamente derogados los artículos del Código Civil relativos a las donaciones entre esposos para producir efectos después de la muerte. Estrictamente, sin embargo, sólo cuadra entender derogados los textos relativos a las donaciones nupciales *post-mortem*, que son los artículos 1236 y 1237 y el artículo 75 de la ley 2393 (en su contenido referente a estas liberalidades) porque es entre ellos y la disposición derogatoria de la ley de 1968, que se presenta la identidad de materia y la absoluta incompatibilidad de contenidos. Los otros artículos del Capítulo II, de la Sección III del Libro II del Código Civil y también los términos generales del artículo 75 de la ley matrimonial, contemplan una figura diferente que no se justifica excluir de la legislación actual, esto es, las donaciones entre cónyuges para producir efecto después de la muerte. Sobre la validez de éstas coinciden Guaglianone y Guastavino, con distintos alcances. Guaglianone se apoya en el artículo 1790 que acoge la promesa de donación *mortis causa* con forma testamentaria y sin los otros requisitos del testamento, compleja cuestión resuelta por la mayoría de la doctrina en el sentido de que esta norma prohíbe implícitamente la donación *mortis causa* y admite sólo el legado. Guastavino estima, por su parte, que las donaciones entre cónyuges para después de la muerte deben observar las formalidades requeridas en los artículos 1810 y siguientes. Obsérvese que la redacción vigente del artículo 1810 tampoco implica su prohibición, sino simplemente su no inclusión dentro del mismo. A nuestro entender, subsisten las normas de los artículos 1230, 1232, 1233, 1234, 1235 y 1239.

Las donaciones *mortis causa* permitidas:

- a) Constituyen pactos sobre herencia futura expresamente permitidos por la ley;
- b) son negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa*;
- c) requieren sujetos mayores de edad y capaces; los emancipados pueden celebrarlas en cuanto no recaigan sobre bienes recibidos a título gratuito;
- d) son posteriores al matrimonio;
- e) no necesitan ser aceptadas por el donatario, según el artículo 1235, precepto que pone en evidencia la anormalidad de la figura;
- f) están condicionadas a la validez del matrimonio, salvado el derecho del cónyuge putativo (art. 1239);
- g) si bien producen efectos recién después de la muerte del donante, los bienes objeto de la donación no pueden ser enajenados durante el matrimonio sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges (art. 1233);
- h) subsisten aun cuando el donante sobreviva al donatario si éste dejare hijos legítimos, pero si no quedaren hijos legítimos del matrimonio o de otro matrimonio anterior, pueden ser revocadas por el donante en vida o por testamento; en caso contrario, pasan a los herederos del donatario (art. 1234);
- i) pueden resultar inoficiosas (art. 1232), siendo discutible si procede el ejercicio de la acción de reducción por los hijos nacidos del matrimonio posteriormente a la donación. La regla establecida en el artículo 1832, en opinión de Guastavino, carece de fundamento en el supuesto analizado puesto que trata de impedir situaciones de incertidumbre que no se darían en las donaciones entre cónyuges en que es lógico suponer que se prevé el nacimiento de hijos. Las discusiones doctrinarias al respecto no han sido superadas por la nueva redacción del citado artículo 1832, pero entendemos que no caben excepciones al mismo.

56. Sociedad comercial por acciones o de responsabilidad limitada.

Su validez está expresamente consagrada en el artículo 27 de la ley 19.550: "Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada".

57. Sociedad civil.

Como ha demostrado Alicia Josefina Stratta, es válida la sociedad civil entre cónyuges porque en ella la responsabilidad de los socios es limitada pero no solidaria, salvo pacto en contrario, al que acompañaría, en su caso, la nulidad de la sociedad constituida.

58. Mandato.

La ley se refiere expresamente a él en el artículo 1276. Su estudio se hará al exponer el régimen de bienes de los cónyuges (infra N° 128 y ss.).

59. Mutuo.

Es razonable admitirlo porque no está expresamente prohibido, armoniza con las especiales relaciones que el matrimonio crea entre los esposos (más allá del deber alimentario) y no es incompatible con un sistema en el cual cada cónyuge administra y dispone libremente de su dinero propio y ganancial.

60. Renta vitalicia entre cónyuges constituida mediante la entrega de suma de dinero.

Es válida porque requiere la capacidad para hacer empréstitos (art. 2073). Equivale, por lo tanto, al mutuo.

61. Constitución de usufructo sobre cosas fungibles.

Es válida por idéntica razón (art. 2832).

62. Depósito.

Es compatible con el régimen patrimonial.

63. Fianza.

No existe ninguna dificultad en la *fianza otorgada por un cónyuge en garantía de la obligación contraída por el otro*.

La figura en que un tercero afianza a un cónyuge en su relación con el otro está expresamente prevista en el artículo 1296 del Código para el supuesto en que el marido quiera oponerse a la separación de bienes pedida por la esposa, norma que consideramos extensiva a la situación inversa (esposa que quiere oponerse a la separación de bienes pedida por el marido).

64. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge.

El recién citado artículo 1296 admite para el mismo supuesto de separación de bienes, la hipoteca constituida por el marido a favor de la esposa. Igualmente se hace referencia a la hipoteca en el artículo 1259, en materia de recompensas. Procede entender que la preceptiva es aplicable a ambos esposos según lo ya señalado.

Por razonable extensión, la prenda y la anticresis son también válidas entre cónyuges. En cuanto a la adquisición por el acreedor de la cosa objeto del gravamen, debe tenerse en cuenta lo expuesto sobre la compraventa.

65. ¿Es válido el seguro de vida a favor del cónyuge sobreviviente?

No debería plantear ninguna dificultad porque el contrato se celebra entre asegurado y asegurador. Se identificaría con una renta vitalicia permitida. Pero cabe la duda porque la ley de seguros 17.418, en su artículo 144, obliga a colacionar el importe de las primas pagadas (consecuencia que también surgía del artículo 10 de la derogada ley 3942), es decir, las primas están sometidas al tratamiento jurídico sucesorio propio de la donación. A ello se unen las observaciones de Vélez Sársfield en la nota al artículo 2072. Es evidente, sin embargo, a más de absolutamente generalizado, que cabe instituir beneficiario del seguro al consorte ya que disponer la colacionabilidad de las primas no significa equipararlas a la donación a otros efectos y, sobre todo, no determina que el premio recibido sea una donación. Refiriéndose a la ley 3942, enseña Halperín que el sometimiento de las primas a colación y a reducción "no implica

la consagración legislativa de su naturaleza jurídica, que debe resultar de los elementos y funcionamiento de la institución misma" (*Contrato de seguro*, p. 423) y aclara que no hay donación de las primas porque falta el *animus donandi*, pues el asegurado que obra satisfaciendo su deber alimentario en sentido amplio, cumple un deber moral. Tampoco se produce transferencia de bienes entre el asegurado y el beneficiario. Guaglianone considera básico el argumento comparativo entre la donación y el seguro poniendo de relieve que la primera determina una *transmisión irrevocable, como regla, en vida del donante*, en tanto que el segundo comporta una *designación revocable en vida del asegurado*.

D) 66. Sanción que recae sobre los contratos prohibidos.

La sanción que recae sobre los contratos prohibidos es la de nulidad absoluta. El negocio puede ser nulo (de nulidad manifiesta) o anulable (de nulidad no manifiesta) según aparezca o no aparezca manifiesto el carácter de cónyuge de los contratantes.

R E G I M E N L E G A L

I. GENERALIDADES

67. Caracterización.

En nuestro derecho *el régimen patrimonial de los cónyuges es legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades*. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones y existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen. A su vez, el inciso 3º del artículo 1217 prevé una convención nupcial que, por ser la única permitida, no constituye obstáculo suficiente para excluir el calificativo de *legal* atribuido al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. Tampoco lo es el limitado campo en que los consortes puede contratar entre sí. Por su imperatividad, el régimen patrimonial matrimonial es de orden público.

Capítulo VI

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Régimen Legal

I. GENERALIDADES

| | |
|--|-----|
| 67. Caracterización | 318 |
| 68. Sobre la naturaleza jurídica de la llamada sociedad conyugal | 319 |
| 69. Sobre la tipificación del régimen | 321 |

II. BIENES DE LOS CONYUGES

A) *Clasificación*

| | |
|-----------------------|-----|
| 70. Importancia | 323 |
|-----------------------|-----|

B) *Bienes propios*

| | |
|--|-----|
| 71. Concepto | 324 |
| 72. 1º) Bienes aportados al matrimonio | 325 |
| 73. 2º) Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen | 326 |
| 74. 3º) Bienes que reemplazan a bienes propios (propios por subrogación real) | 327 |
| 75. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de bienes propios | 327 |
| 76. 5º) Bienes que son propios por disposición legal expresa | 328 |
| 77. 6º) Bienes que son propios por aplicación de principios de otras instituciones o de principios generales del ordenamiento jurídico | 330 |
| 78. Bienes propios en condominio | 330 |

C) *Bienes gananciales*

| | |
|--|-----|
| 79. Concepto | 331 |
| 80. 1º) Bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial | 332 |
| 81. 2º) Bienes que reemplazan a gananciales (gananciales por subrogación real) | 334 |
| 82. 3º) Bienes que provienen de gananciales | 334 |
| 83. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de gananciales | 335 |
| 84. 5º) Bienes gananciales por disposición legal | 335 |
| 85. Gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos | 335 |
| 86. Gananciales anómalos | 337 |
| 87. Clasificaciones impuestas por el régimen de gestión de los bienes | 337 |
| 88. Gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba | 337 |
| 89. Tesis que sostiene la necesidad de mencionar el origen de los bienes empleados en la adquisición | 338 |
| 90. Tesis de la "titularidad" | 338 |
| 91. Doctrina y jurisprudencia | 340 |
| 92. Terminología | 341 |

D) *Bienes mixtos*

| | |
|--|-----|
| 93. Generalidades | 341 |
| 94. Análisis de algunos supuestos | 342 |
| 95. a) Bienes adquiridos empleando simultáneamente bienes o fondos propios o gananciales | 343 |
| 96. b) Bienes adquiridos empleando sucesivamente bienes propios y gananciales | 343 |
| 97. c) Adquisiciones de partes indivisas inmobiliarias durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial | 344 |

| | | |
|---|--|-----|
| 98. | Síntesis | 346 |
| E) <i>Prueba del carácter de los bienes</i> | | |
| 99. | Presunción de ganancialidad | 346 |
| 100. | Prueba del carácter propio de bienes muebles | 347 |
| 101. | Prueba del carácter propio de bienes inmuebles | 347 |
| III. DEUDAS DE LOS CONYUGES | | |
| 102. | Los dos aspectos de las deudas | 351 |
| 103. | Derecho aplicable | 352 |
| 104. | Clasificación de las deudas | 353 |
| A) <i>Deudas personales</i> | | |
| 105. | El artículo 5 de la ley 11.357 | 353 |
| 106. | Caracterización de las deudas personales | 354 |
| 107. | Supuestos de deudas personales | 355 |
| B) <i>Deudas comunes</i> | | |
| 108. | El artículo 6 de la ley 11.357 | 355 |
| 109. | Caracterización de las deudas comunes | 355 |
| 110. | Supuestos de deudas comunes | 360 |
| C) <i>Régimen de cobro compulsivo de las deudas</i> | | |
| 111. | Deudas personales | 362 |
| 112. | Deudas comunes | 365 |

la consagración legislativa de su naturaleza jurídica, que debe resultar de los elementos y funcionamiento de la institución misma" (*Contrato de seguro*, p. 423) y aclara que no hay donación de las primas porque falta el *animus donandi*, pues el asegurado que obra satisfaciendo su deber alimentario en sentido amplio, cumple un deber moral. Tampoco se produce transferencia de bienes entre el asegurado y el beneficiario. Guaglianone considera básico el argumento comparativo entre la donación y el seguro poniendo de relieve que la primera determina una *transmisión irrevocable, como regla, en vida del donante*, en tanto que el segundo comporta una *designación revocable en vida del asegurado*.

D) 66. Sanción que recae sobre los contratos prohibidos.

La sanción que recae sobre los contratos prohibidos es la de nulidad absoluta. El negocio puede ser nulo (de nulidad manifiesta) o anulable (de nulidad no manifiesta) según aparezca o no aparezca manifiesto el carácter de cónyuge de los contratantes.

R E G I M E N L E G A L

I. GENERALIDADES

67. Caracterización.

En nuestro derecho *el régimen patrimonial de los cónyuges es legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades*. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones y existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen. A su vez, el inciso 3º del artículo 1217 prevé una convención nupcial que, por ser la única permitida, no constituye obstáculo suficiente para excluir el calificativo de *legal* atribuido al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. Tampoco lo es el limitado campo en que los consortes puede contratar entre sí. Por su imperatividad, el régimen patrimonial matrimonial es de orden público.

Se presentan dos cuestiones genéricas relacionadas entre sí en forma muy estrecha, casi confundándose y que bajo la apariencia de una importancia sólo teórica involucran importantes consecuencias prácticas. La primera puede encerrarse en esta pregunta: ¿es correcto seguir hablando de *sociedad conyugal* en derecho positivo argentino?; la segunda ubica ante la problemática de la tipificación del régimen patrimonial matrimonial actual.

68. Sobre la naturaleza jurídica de la llamada sociedad conyugal.

Antes de la ley 17.711, la naturaleza jurídica de la llamada "sociedad conyugal" había suscitado un amplio espectro de divergencias doctrinarias. Pavón, Fassi, Guastavino y Legón sostuvieron la tesis de su índole societaria. Escribiendo ya después de 1968, Belluscio estima que es preciso distinguir entre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal en sí y la existencia o no existencia de su personalidad ideal, concluyendo en que es una sociedad civil de todas las ganancias, impuesta por la ley y carente de personalidad jurídica (ver, sobre este tema en general, el completo estudio de este autor *Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal* en JA 5-1970, 866 y ss., en particular VIII).

En verdad, no puede negarse que se mantienen los elementos que la caracterizan como sociedad en el sistema de Vélez Sársfield y que recuerdan el autor recién citado y los que participaron de la concepción societaria antes de 1968: la denominación no ha sido modificada, la ubicación dentro de los contratos subsiste y no se ha alterado el artículo 1262 que la remite a la sociedad civil como estatuto subsidiario. Se conservan igualmente los caracteres de su especialidad: es un régimen de orden público, ajeno a la voluntad de los esposos y el origen voluntario peculiar de las sociedades reside en ella en la voluntad matrimonial generadora de todos los efectos de la unión conyugal.

La cuestión de la personalidad exige un renovado razonamiento después de 1968 porque es sabido que el artículo 33 reconoce ahora expresamente la personalidad jurídica de carácter privado de las sociedades civiles y comerciales. Aplicándose subsidiariamente a la sociedad conyugal lo prescripto para la sociedad civil, aquélla

gozaría también de personalidad jurídica. Pero Belluscio hizo notar, en su momento, que la doctrina consideraba privada de personalidad a la sociedad comercial accidental o en participación, lo que ha consagrado textualmente la ley 19.550: esta sociedad “no es sujeto de derecho y carece de denominación social” (art. 361). Ergo, existe al menos una sociedad que no es persona: nada obsta a que la sociedad conyugal constituya la otra excepción dado que no tiene nacionalidad, ni nombre, ni domicilio, ni patrimonio distinto al de sus miembros, ni es titular de derechos, ni es deudora, ni apta para estar en juicio. Esta es nuestra opinión; sólo como mero recurso práctico podría “personalizarse” a la sociedad a su disolución, exclusivamente con respecto a los cónyuges, permitiendo simplificar las operaciones requeridas para satisfacer el derecho de los esposos a los gananciales a través del juego de las indemnizaciones y recompensas.

Sin embargo, la personalidad de la sociedad conyugal constante régimen, sigue siendo aceptada: Llambías la sostiene en su comentario a la reforma escribiendo “La sociedad conyugal era —y lo sigue siendo— un sujeto de derecho distinto de las personas de los esposos” (*Estudio de la reforma del Código Civil*, p. 363/364), y dedica al tema una extensa nota para demostrar que es la solución congruente con el orden jurídico natural y respaldada por el derecho positivo, para lo cual menciona numerosos textos del Código sin detenerse en su interpretación. Este segundo aspecto es particularmente refutable aunque no puede negarse que muchos de esos artículos son de contenido ambiguo.

Fassi y Bossert, sustentadores de la tesis societaria con los alcances de una sociedad *sui generis*, reconocen igualmente su personalidad vigente el régimen, limitada a las relaciones entre los esposos. Por supuesto, no cabe ni el interrogante para la doctrina que, después de la reforma, rehusa admitir la sociedad conyugal como sociedad: Zannoni advierte que “carece de una sustantividad unívoca en nuestro derecho patrimonial” y que “el régimen patrimonial del matrimonio implica una suma de relaciones de diversa naturaleza a partir de la consideración autónoma del patrimonio de cada cónyuge” (*Derecho de Familia*, T. I, p. 424), aceptando la nomenclatura para designar al régimen mismo; Vidal Taquini de-

nomina al párrafo respectivo en la reciente segunda edición de su obra, con esta oración: "No hay más sociedad conyugal" (*Régimen de bienes en el matrimonio*, parág. 255), porque afirma, entre otros argumentos, no hay más unidad de masa, de administración, de responsabilidad (debe señalarse que identifica sociedad conyugal con régimen de comunidad). Para Mazzinghi "la desaparición de un patrimonio común, sujeto a una administración, y afectado por determinadas cargas, priva de todo sustento a la idea de que existe una sociedad conyugal" (*Derecho de Familia*, T. II, N^o 238).

En verdad, la denominación, "sociedad conyugal", es aceptable y no por fuerza de la inercia ni por su sencillez. Es aceptable por una razón de fondo: la idea de sociedad es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar en común, compartiendo igualmente riesgos y desventajas. Trasunta una concepción del matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial la comunidad de vida asumida al celebrarlo y no es controvertible que la ley argentina acoge tal esfuerzo común, establece responsabilidades comunes aun cuando el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer sean administrados por separado. Fundamentalmente, consagra la cualidad societaria al disponer que los beneficios sean compartidos en la forma más adecuada al respeto de las dos personalidades que se han conjugado sin confundirse en la tarea común.

Claro es que así entendida, la expresión "sociedad conyugal" aparece a modo de sinónimo de régimen patrimonial matrimonial. Con este alcance será empleada en adelante y la terminología propia de las sociedades debe entenderse adecuada al mismo (por ejemplo, "disolución de la sociedad conyugal" significa "fin del régimen patrimonial matrimonial"; "partición de la sociedad conyugal" significa "división de los gananciales").

69. Sobre la tipificación del régimen.

Es conveniente ahora justificar la inclusión del régimen argentino dentro de uno de los sistemas patrimoniales típicos. Solucionar la cuestión no es indispensable pero tampoco superfluo porque ayuda a su interpretación y a superar un vacío importante: el que

afecta al período comprendido entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición concluida, al cual Vélez Sársfield apenas se refirió así como apenas reguló la indivisión hereditaria.

El artículo 1315 ofrece la principal línea que orienta para lograrlo: los gananciales se dividen entre los esposos por partes iguales aunque alguno de ellos nada haya aportado. Sólo hay dos categorías de regímenes típicos en que todos los bienes o algunos de ellos se comparten: los regímenes de comunidad y el régimen de participación, los que han sido considerados supra en los números 23 y 24.

Ahora bien, el régimen de Vélez fue un régimen de comunidad. ¿Será justificado sostener que la apertura a la dualidad de gestión y la separación de deudas de la ley 11.357 y, sobre todo, la definida doble gestión con sus restricciones, de la ley 17.711, hayan modificado la esencia del sistema?

Algunos autores lo creen así: Berta Kaller de Orchansky, Vidal Taquini y Pulero, se definen por la vigencia actual de un régimen que combina la separación de bienes mientras rige y la participación en los gananciales a su fin. Esta participación sería satisfecha una vez liquidados los dos patrimonios, al dividirse el excedente de gananciales, adquiriendo recién aquí cada cónyuge el dominio o la propiedad de los bienes del otro que le hayan sido adjudicados en la partición. Hasta entonces debió continuar la gestión separada y la independencia de deudas. Vidal Taquini lo denomina régimen de participación en los adquiridos.

Guaglianone, Belluscio, Llambías, Zannoni se pronuncian por la subsistencia del régimen de comunidad. Opino incluso que ha sido reafirmado al restringirse los poderes de disposición de los cónyuges: la separación de administraciones que establece el artículo 1276 está limitada por las exigencias del artículo 1277, incompatibles con un auténtico régimen de separación. Y al fin de la sociedad conyugal, el destino común de los gananciales se realiza más eficazmente a través del reconocimiento de derechos comunes que a través del nacimiento de un crédito. Es el futuro dueño el que fue llamado a expresar su consentimiento en los más importantes negocios de su consorte, no un futuro acreedor.

En el aspecto práctico, se trata de un principio de complicada ejecución. Es un argumento más a favor de la tesis que sostiene la existencia de condominio o copropiedad de los gananciales durante el período que se extiende entre la disolución y la partición de la sociedad, armónico con el régimen de comunidad porque se configura sobre las cosas o bienes que la integran. Las múltiples dificultades y sus intrincadas soluciones son innegables pero no autorizan a apartarse de una concepción que se adecua mejor que otras a las exigencias de la asociación conyugal y al efectivo equilibrio patrimonial de los cónyuges que la ley 17.711 parece haber querido reforzar indirectamente con la nueva disposición del artículo 1316 bis (Confrontar la interpretación polifacética del régimen vigente que hace Julio J. López del Carril en *Los regímenes patrimoniales matrimoniales después de las reformas introducidas por la ley 17.711* en LL. 139-1189).

II. BIENES DE LOS CONYUGES

A) CLASIFICACION

70. Importancia.

Los bienes de los cónyuges se distinguen en propios y gananciales.

La calificación reviste máxima importancia en lo que hace a la actividad económico-jurídica de los cónyuges, la responsabilidad por sus deudas y el derecho a la participación una vez concluido el régimen. Es asimismo importantísimo en materia sucesoria por el distinto destino hereditario que la ley impone a propios y gananciales en cuanto a los llamados a recibirlos y a las porciones que reciben. Incluso la calificación se toma en cuenta a efectos impositivos.

A su vez, esta simple distinción entre propios y gananciales se hace más compleja por efecto del régimen de su gestión y de la proyección de éste sobre el de las deudas. No era así en el sistema del Código Civil y de la ley 2393 porque aquella correspondía normalmente al marido (arts. 1276 y 52, respectivamente), pero se impuso por la ley 11.357 que atribuyó a la esposa la gestión de

los que constituyen su peculio y de los adquiridos con éstos, que le permitió asumir la de sus propios y que vinculó a la adquisición y administración la ejecutabilidad por las deudas (arts. 3, 2º, a, y c, y 5 y 6). Es indispensable en el sistema de la ley 17.711 en virtud de lo dispuesto en los artículos 1276 y 1277 y su actual relación con los recién citados artículos 5 y 6 de la ley 11.357.

Todos los bienes de los cónyuges se clasifican: cosas, derechos, porciones alícuotas en unas y otros, universalidades de hecho. Importa subrayar que pueden ser propias o gananciales las porciones de los cónyuges en bienes en condominio o copropiedad con terceros o de uno con el otro consorte.

Incluimos en la esquematización y desarrollo posterior los bienes en condominio entre los cónyuges con porciones propias de ambos o gananciales de ambos o propia de uno y ganancial del otro, a los efectos de aclarar su situación jurídica.

Un esquema completo que abarque la calificación en su aspecto estático y en su aspecto dinámico, es el siguiente

| | | | | | | | |
|------------------------------|---|-------------|---|--|---|--|--|
| Bienes de los cónyuges | } | propios | { | del marido de la esposa | } | en condominio | |
| | | gananciales | { | del marido (adquiridos por éste) de la esposa (adquiridos por ésta) | } | en condominio (adquiridos conjuntamente) | |
| | | | { | de sujeto de adquisición dudoso o de difícil prueba | } | | |

Para la calificación dual (bienes "mixtos") ver infra nº 93 y ss.

B) BIENES PROPIOS

71. Concepto.

El concepto de bienes propios se deduce de los artículos 1263 y 1271 del Código Civil. Resulta de ellos que son bienes propios los llevados por los cónyuges al matrimonio y los que adquieren gratuitamente durante la vigencia del régimen patrimonial.

De acuerdo a distintas normas, pueden agruparse como se enumera a continuación.

72. 1º) Bienes aportados al matrimonio.

a) Los que pertenecían a los cónyuges a la celebración del matrimonio.

b) Los incorporados al patrimonio de los cónyuges después de la celebración del matrimonio en virtud de un título o causa anterior a ésta. El Código incluye algunos casos particulares que aplican la regla tácitamente sentada en el artículo 1267.

b.1.) Art. 1267: Considera la cosa adquirida onerosamente durante la sociedad conyugal “cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”.

La norma comprende dos requisitos, a saber, el derecho a adquirir la cosa preexistente en el patrimonio del cónyuge y su pago con bienes del mismo. El primer requisito es claro y obliga a remitirse al concepto de *título de adquisición* y de *causa de la adquisición*. Es obvio que *título de adquisición* es el contrato de compraventa y *causa de adquisición*, cualquier acto que origine el derecho a obtener la adquisición. Por lo tanto, tratándose de inmuebles, no hay título mientras la escritura traslativa del dominio no haya sido otorgada, pero si no lo fue antes de la celebración del matrimonio, el boleto de compraventa producirá idéntico efecto por que es *causa de la adquisición*, lo que es innegable a partir de la ley 17.711 pues genera la obligación de escriturar (art. 1185). Comparten esta opinión Belluscio, Zannoni, Fassi y Bossert pronunciándose en contra Mazzinghi, que no distingue entre causa y título de adquisición tomando ambas palabras como sinónimas con el alcance de la segunda, que admite excepciones según las circunstancias de los casos particulares. Nos inclinamos por la primera tesis siempre que el boleto tenga fecha cierta.

El segundo requisito es más conflictivo, sosteniéndose distintos criterios por parte de la doctrina. Ante la falta de otra precisión en el texto y siendo “bienes de uno de los cónyuges” tanto sus propios como los gananciales que adquiere, el bien será siempre propio si los emplea en el precio, sin perjuicio que pueda generarse un dere-

cho a recompensa a favor de la sociedad conyugal por los bienes gananciales de que dispuso. Esta es la conclusión sostenida por Machado, Lafaille, Guastavino, Cornejo, Vidal Taquini, Fassi, Bossert, Belluscio, Zannoni.

b.2.) Artículo 1268: Se refiere a los bienes adquiridos antes del matrimonio por un título viciado que se perfecciona después de la celebración (por ejemplo, adquirido a un incapaz de obrar que lo confirma una vez obtenida o recuperada su capacidad).

b.3.) Artículo 1269: Contempla el supuesto de los bienes que se reincorporan al patrimonio del cónyuge por nulidad o resolución del contrato o revocación de la donación en cuya virtud habían salido de él.

b.4.) Artículo 1270: Considera el usufructo que se consolida con la nuda propiedad vigente el régimen patrimonial y los intereses devengados antes del matrimonio y saldados después.

b.5.) Artículo 1274: Incluye la donación remuneratoria por servicios que dan acción contra el donante, prestados antes del matrimonio, recibida durante la vigencia del régimen patrimonial.

b.6.) Casos no expresamente previstos de aplicación de las consecuencias de la "*causa o título anterior*" son: el del bien adquirido por prescripción adquisitiva comenzada antes del matrimonio y terminada después; ya que la culminación del plazo es retroactiva a su iniciación; el bien adquirido bajo condición suspensiva, antes del matrimonio, cumpliéndose aquélla luego de la celebración del mismo; el que vuelve al patrimonio del cónyuge por el cumplimiento de un pacto de retroventa; los frutos de un bien de un cónyuge, salarios, sueldos, honorarios, devengados antes del matrimonio y cobrados después.

73. 2º) Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen.

a) Incorporados al patrimonio del cónyuge por herencia, legado o donación (arts. 1263 y 1271).

a.1.) Lo donado con cargo, sin perjuicio de la recompensa que pueda resultar por haberse soportado el cargo con bienes gananciales (art. 1265).

a.2.) Las donaciones remuneratorias por servicios que no confieren acción contra el donante (art. 1274).

b.3) Casos no expresamente previstos que se deducen de la regla de gratuidad: renta vitalicia a favor de un cónyuge constituida por un tercero; seguro de vida a favor de un cónyuge constituido por un tercero.

74. 3º) Bienes que reemplazan a bienes propios (propios por subrogación real).

Importante categoría basada en la aplicación de los principios de la subrogación real, según la cual son bienes propios:

a) Los comprados o permutados con bienes propios (art. 1266).

b) Los que por cualquier otra causa reemplazan a los bienes propios: indemnización por pérdida o destrucción de un bien propio, crédito por el precio de venta de un bien propio, indemnización por expropiación de un bien propio; acciones en que se concreta la revaluación del activo de sociedades y que corresponden a acciones propias.

75. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de bienes propios.

La regla se deduce de lo dispuesto en el artículo 1266, conforme con lo normado sobre la accesión como modo de adquisición del dominio (art. 2571).

a) Los aumentos materiales que acrecen a un bien propio, formando un solo cuerpo con él, por aluvión, edificación, plantación (art. 1266). Incluye, lógicamente, todo tipo de mejoras efectuadas en bien propio.

b) Los incrementos o aumentos de valor de los bienes por causas ajenas o no a la acción de los cónyuges; el mayor valor adquirido por acciones de sociedades, propias.

c) Las pertenencias que se adquieren por ampliación de una mina propia y el mayor valor adquirido por la misma (arts. 347 y 348 del Código de Minería).

76. 5º) Bienes que son propios por disposición legal expresa.

El artículo 1272, último párrafo, del Código Civil introducido por la ley 17.711, dispone que "los derechos intelectuales, patentes de invención y diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial".

El texto ha sido precedido por una interesante labor jurisprudencial y doctrinaria, debiendo subrayarse la sentencia de la Cámara Nacional Civil Sala B, en la sucesión del escritor Roberto Arlt y los comentarios suscitados por la misma (LL 128, 905; JA 1968-IV, 303 y ED 21, 430). En esta especie se decidió que corresponde la calificación de bien ganancial al valor patrimonial de la obra intelectual publicada o representada pendiente el régimen de la sociedad conyugal, destacándose la apreciación aprobatoria de Guastavino en ED citado.

Los argumentos invocados a favor del carácter propio del derecho de autor aun en su faz patrimonial, hacen hincapié en que constituye una creación del espíritu, que involucra el respeto por la personalidad, siendo lo pecuniario un accesorio, y que la posición distinta plantea dificultades de muy difícil solución al tratarse la liquidación de la sociedad conyugal o una vez ya consumada la partición. Así, ejemplifica Borda, el autor cuya esposa fallece tendría que repartir los beneficios que su obra continúa produciendo en adelante, con los herederos de aquélla, y si volviera a casarse y a enviudar, tendrá que distribuir la mitad que le restaba con los herederos de la segunda esposa.

Los argumentos invocados a favor del carácter ganancial del derecho de autor en su faz patrimonial, dado que la obra haya sido lógicamente, producida durante la vigencia del régimen de bienes del matrimonio, son muy valederos e implican la crítica a la solución legal. Estimamos fundamental el basado en la *ratio legis* de la ganancialidad: lo que resulta del trabajo, del esfuerzo de un cónyuge, es ganancial. Esta es la solución que se desprendía directamente de la aplicación de los principios generales a que quedaban sujetos dichos derechos en virtud de la ley 11.723.

Las dificultades prácticas que esta solución puede presentar no son insolubles y, en todo caso, resultan insuficientes ante la justicia de reconocer en el trabajo intelectual el sello de la colaboración de los esposos. Por otra parte, los aspectos moral y económico son separables, la ganancialidad del segundo no implica olvido de la cualidad personalísima del primero, ni aquél debe ser tratado como accesorio de éste. Finalmente, como señala Mazzinghi, la amplitud de actividades y obras que cubre la ley 11.723, pone en evidencia lo injustificado de atribuirle el carácter de bien propio mientras que los honorarios profesionales, por ejemplo, se reputan gananciales.

Falta una importante aclaración que formular en cuanto a los alcances del texto del párrafo del artículo 1271 aquí analizado: el de precisar a qué se refiere el término "producido" aplicable a lo "ganancial" para distinguirlo de lo que es "propio". Caben al respecto dos interpretaciones: para una, todo lo que el autor o inventor obtiene como contraprestación, ya sea en forma de precio unitario o de derechos devengados en el tiempo, es "producido" y, por lo tanto, ganancial; para otra, sólo el rendimiento periódico lo es. Aceptando esta segunda interpretación, el precio de la enajenación de la obra (caso de pinturas, esculturas, etc., pero también de la obra literaria o la patente de invención cuando los derechos son cedidos íntegramente), es bien propio del autor o inventor. Esta conclusión resulta de la interpretación gramatical de la ley porque, de lo contrario, la primera parte del texto respectivo quedaría privada de sentido. Así lo afirma Mazzinghi siguiendo a Llambías, explicando que no puede interpretarse que la afirmación "los derechos intelectuales... son bienes propios del autor..." sólo se refiere al aspecto moral de los derechos intelectuales, porque ese aspecto no es un "bien", en el sentido del artículo 2312, ya que no es susceptible de valor. También se desprende de la interpretación en el contexto de la legislación pues sólo significa algo en cuanto excepciona a la regla de la ganancialidad. Es la opinión de Borda, Belluscio, Zannoni, Mazzinghi aunque, salvo el primero de los nombrados, lo hacen todos reservándose la crítica negativa con respecto a una norma inarmónica con el fundamento y el tratamiento general de los gananciales y que puede conducir a posibilitar el despojo del consorte

del autor o inventor. Según Llambías “La vinculación del derecho intelectual de contenido patrimonial, que debería conceptuarse como bien ganancial, con el derecho moral de autor, inherente a éste y sujeto a su ejercicio discrecional, no es obstáculo para dejar aquel derecho al margen de la sociedad conyugal. Sólo esa vinculación le comunica una nota de mayor incertidumbre, pero no impide la apreciación estimativa del valor pecuniario que pueda representar, al tiempo del cese de la comunidad y consiguiente partición de los bienes comunes” (*Estudio de la reforma del Código Civil*, p. 360-361).

En síntesis, es propio del autor o inventor lo que él recibe en consecuencia de su obra, invento o diseño industrial como precio por la enajenación total de los derechos que le corresponden. Borda y Belluscio ven aquí un caso de subrogación real: dicha remuneración ocupa el lugar del derecho intelectual, bien propio de su titular.

La calificación de los derechos intelectuales como bienes propios reviste importancia en cuanto a su negociación: a pesar de que son registrables, al no revestir el carácter de gananciales, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 1277 y no es necesario, al respecto, el asentimiento conyugal.

77. 6º) Bienes que son propios por aplicación de principios de otras instituciones o de principios generales del ordenamiento jurídico.

a) Los productos de los bienes propios son propios, a falta de disposición que establezca lo contrario y porque forman parte de la cosa productiva.

b) La indemnización por daño personal sufrido, incluso en accidente de trabajo.

c) La indemnización por el daño moral sufrido.

d) El derecho a la jubilación.

78. Bienes propios en condominio

No hay ningún obstáculo legal para que los cónyuges invistan el carácter de condóminos o de copropietarios. Si adquieren conjuntamente empleando bienes o fondos propios de uno y otro, el objeto

adquirido será un bien propio en condominio, si se trata de una cosa, o en copropiedad, si se trata de un derecho.

La ley contempla el caso tácitamente en el análogo del artículo 1264 del Código Civil: "Los bienes donados o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador o testador; y a falta de asignación, por mitades a cada uno de ellos".

En otros términos, se trata de bienes en condominio entre los cónyuges con porciones alícuotas propias de éstos.

C) BIENES GANANCIALES.

79. Concepto.

Denominados gananciales, ganancias o adquisiciones, no existen por sí mismos, sino en consecuencia de la existencia de ciertos regímenes matrimoniales. En principio, se habla de gananciales cuando cada esposo tiene algún derecho, actual o potencial, sobre bienes adquiridos por el otro, lo que es típico en los regímenes de comunidad y de participación, pero siempre que la comunidad sea restringida porque no se distinguen en los de comunidad universal, en los cuales todos los bienes son o, al menos, tienen un destino común. Siendo el régimen argentino un régimen de comunidad restringida a los gananciales, conforman uno de sus rasgos característicos. El fundamento de la ganancialidad se confunde, a su vez, con la razón de ser de los regímenes de comunidad: el reconocimiento del esfuerzo común empleado en lograr los bienes y la solidaridad que el matrimonio crea entre los esposos.

Para definir los gananciales en nuestro derecho se dispone de tres criterios de orientación: uno hace a la época de incorporación del bien al patrimonio del cónyuge (durante la vigencia del régimen); otro, al carácter oneroso con que se produjo; el restante, al destino común que ha de concretarse a la finalización de la sociedad conyugal. Cada criterio, aislado, es insuficiente. En efecto, el artículo 1272 del Código Civil es demasiado estrecho y, a la vez, en exceso comprensivo para conceptuar los gananciales y tampoco es totalmente correcto atenerse al criterio impuesto por el destino de

los bienes a dividirse porque hay gananciales que no se compartirán. No obstante, es el artículo 1272 el que proporciona la línea de orientación más segura por lo que los gananciales que no han de dividirse pueden calificarse de *anómalos*.

Por lo tanto, del contenido de este artículo relacionado con los artículos 1263 y 1271, resulta el concepto de gananciales como el de bienes incorporados al patrimonio de los esposos, vigente el régimen patrimonial matrimonial, por causa distinta de la herencia, el legado o la donación, en términos generales, onerosamente, pero siempre que no corresponda calificarlos como propios, presumiéndose la cualidad de gananciales en todos los bienes existentes a la terminación del régimen.

Las distintas especies pueden agruparse como se enumera a continuación, teniendo en cuenta también disposiciones legales ajenas al régimen de bienes de los cónyuges y los principios de éste y de otras instituciones.

80. 1º) Bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial.

a) Según el párrafo segundo del artículo 1272 son gananciales “los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges”. La exacta comprensión de este texto exige reemplazar la expresión “durante el matrimonio” por “durante el régimen patrimonial matrimonial” ya que el matrimonio subsiste en caso de separación de bienes de los esposos, con divorcio o sin él. Impone igualmente aplicarlo al supuesto en que no corresponda la calificación de propios por subrogarse a bienes propios, resultar de la evolución o transformación de bienes propios o encontrarse el origen de la adquisición en causa anterior a la celebración del matrimonio.

b) A esos bienes se equiparan los adquiridos posteriormente a la disolución de la sociedad conyugal en virtud de causa ubicada durante su vigencia, comprensión esta que es correcto dar al deficientemente redactado artículo 1273 guardando paralelismo con la solución análoga dada en materia de bienes propios.

c) Son gananciales los frutos civiles de la profesión, trabajo o industria de los cónyuges (párrafo 5º del artículo 1272), devengados durante la vigencia de la sociedad conyugal. Comprende jornales, sueldos, salarios, honorarios.

c.1.) En este apartado corresponde incluir el "producido" de los derechos intelectuales, de acuerdo a precisiones ya formuladas.

c.2.) También las cuotas de la jubilación correspondientes a la etapa de vigencia del régimen.

c.3.) Igualmente la indemnización que se recibe en reemplazo de la remuneración normal que el damnificado pierde por el acto ilícito de un tercero o accidente laboral.

c.4.) Es asimismo el caso de las donaciones remuneratorias por servicios prestados pendiente el régimen matrimonial y que dan derecho a accionar contra el donante (art. 1274).

d) El producido del usufructo de los bienes de los hijos menores de edad puede también ser ubicado en este apartado si se estima que, al menos con limitados alcances, tiene un sentido de retribución por la administración que de dichos bienes tiene el titular en ejercicio de la patria potestad y por sus deberes de contenido económico con respecto a los hijos. Es preciso distinguir entre el usufructo sobre los bienes de los hijos comunes del matrimonio de cuya sociedad conyugal se trata y el que corresponde al progenitor sobreviviente sobre los bienes de los hijos de su anterior matrimonio.

d.1.) El producido del usufructo de los bienes de los hijos comunes es ganancial que se incorpora al patrimonio del progenitor en ejercicio de la patria potestad.

d.2.) Con respecto al usufructo sobre los bienes de los hijos de un matrimonio anterior, la evolución legal registra tres etapas, a saber: la de vigencia del apartado 6º del artículo 1272, según el cual son gananciales incorporados al patrimonio del progenitor bínubo; la de la ley 11.357, art. 3, 2º, d), según el cual son propios del mismo; la actual, en que ha sido derogado el artículo recién citado por la ley 17.711. La alternativa doctrinaria se plantea entre el restablecimiento de la vigencia del párrafo citado del artículo

1272 (posición de Guastavino) y la sujeción del caso a los principios generales (tesis de Borda, Fassi, Bossert, Mazzinghi, Zannoni, Belluscio) con esta divergencia: para Borda, el producido del usufructo es propio porque es adquirido a título gratuito; para Mazzinghi, es propio por esta razón, unida a que constituye un aspecto del derecho personalísimo que es el ejercicio de la patria potestad y por motivos de equidad; para los otros autores (cuya opinión compartimos), es ganancial por aplicación de la regla general del primer párrafo del artículo 1272, por su calidad de frutos y por simetría con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1275.

81. 2º) Bienes que reemplazan a gananciales (gananciales por subrogación real).

El supuesto queda sobreentendido en el de adquisición onerosa vigente el régimen patrimonial, pero reviste importancia en el caso de que dicha adquisición se efectuara una vez concluido el mismo. Es asimismo útil en lo que respecta a ciertas hipótesis, como, por ejemplo, la del crédito por el precio de venta de un bien ganancial, o la de la indemnización por su destrucción o pérdida, o la de acciones que comportan el resultado de la revaluación de acciones gananciales.

82. 3º) Bienes que provienen de gananciales.

Los frutos de cualquier clase y los productos de los bienes gananciales son gananciales. El principio no requiere mayor fundamentación ya que los primeros siguen la condición de lo principal y los productos conservan el carácter de la cosa de la que fueron extraídos. El 4º párrafo del artículo 1272 contempla el caso de los frutos con una redacción poco clara: ha de entenderse que se refiere a los devengados durante la vigencia de la sociedad conyugal y a los "pendientes al tiempo de concluirse" la misma. Los dividendos de acciones de sociedades de capital, gananciales, son, obviamente, gananciales.

83. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de gananciales.

Son gananciales los aumentos materiales, las mejoras experimentadas y el mayor valor adquirido por bienes gananciales (interpretación analógica del artículo 1266 y principios relativos a cosas principales y accesorias).

84. 5º) Bienes gananciales por disposición legal.

a) Artículo 1272, párrafo 3º: considera las adquisiciones por hecho fortuito como lotería, juegos, apuestas, cualquiera sea el carácter de los bienes empleados en la adquisición de billetes o apostados. El hallazgo de un tesoro en predio de terceros ejemplifica otra posibilidad de caso fortuito.

a.1.) Artículo 2650: dispone que reviste carácter ganancial el tesoro encontrado por el marido o la mujer en predio de uno u otro, o la parte que correspondiere al propietario del tesoro hallado en predio del marido o de la mujer.

b) Artículo 1272, párrafo 4º: los frutos de los bienes propios devengados durante la vigencia del régimen son gananciales. Lógicamente, comprende los frutos naturales, civiles e industriales, y, entre los frutos, los dividendos distribuidos por acciones propias, ya sea en dinero o en nuevas acciones.

c) De los artículos 344 y 345 del Código de Minería resulta que los productos de las minas propias son gananciales si han sido arrancados y extraídos durante la vigencia del régimen.

85. Gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos.

Se presentan con frecuencia, en materia de inmuebles, pues ambos esposos suelen figurar como adquirentes en la escritura y, en materia de muebles, por la normal compra con dinero de ambos. Con respecto a su caracterización se sustentan dos tesis. En efecto, en las V Jornadas de Derecho Civil, se impuso como conclusión que "los bienes adquiridos por ambos esposos con bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen patrimonial matrimonial sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio" pero, a la consideración de la misma reunión cien-

tífica, se habían elevado ponencias que los remitían precisamente al condominio directamente o por analogía.

Claramente sentado que no se pretende que la naturaleza jurídica de los gananciales pueda explicarse como la de objetos de un condominio mientras subsiste la sociedad conyugal, procede preguntarse si la remisión que el artículo 1262 hace al régimen de la sociedad civil, es suficiente para fijar el aplicable a los gananciales adquiridos conjuntamente o, mejor aún, si el régimen patrimonial matrimonial se opone a la existencia de bienes en condominio entre los esposos cuyas partes alicuotas sean gananciales. Ello no es así conforme a los siguientes argumentos:

- a) El condominio entre cónyuges no está prohibido, la ley lo prevé para el caso del bien en el que los esposos sean propietarios de porciones alicuotas propias como se ha expuesto supra en el N° 78;
- b) Belluscio se apoya en la independencia patrimonial de los esposos, resultado de la gestión separada que les compete;
- c) La analogía y los principios generales del derecho lo confirman, a través de las soluciones del régimen de separación de bienes;
- d) La referencia al condominio, al menos analógicamente, resulta indispensable para resolver el problema de la satisfacción, sobre esos gananciales, de las deudas personales o comunes de los cónyuges;
- e) La división final por mitades no constituye obstáculo alguno en virtud del derecho de cada consorte a compartir la porción del otro.

Mazzinghi se pronuncia decididamente a favor de la tesis del condominio o copropiedad, tesis que ahora aceptamos modificando una opinión anterior a favor de la remisión de estos bienes al condominio por analogía.

86. Gananciales anómalos.

El destino final típico de los gananciales obliga a calificar como anómalos a los bienes que son tales pero que no serán divididos al finalizar el régimen. La anomalía es absoluta en los gananciales que nunca serán compartidos, a saber, los adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho a partir de su fecha (art. 1306, último párrafo, CC) y los adquiridos por los divorciados después de la fecha de la notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta (art. 1306, primer párrafo). Puede también hablarse de una anomalía transitoria con respecto a los gananciales cuya división se posterga hasta el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición legalmente previstos, supuestos del Bien de Familia, las indivisiones hereditarias impuestas por el cónyuge (art. 53 de la ley 14.394) y, generalmente, el inmueble objeto del derecho de habitación viudal.

87. Clasificaciones impuestas por el régimen de gestión de los bienes.

El régimen de gestión de los bienes de los cónyuges organizado en los artículos 1276 y 1277 del Código Civil carece de trascendencia en cuanto a los bienes propios: el marido tiene a su cargo la gestión de los suyos, la esposa de los que le pertenecen y los que poseen en condominio quedan sometidos a las reglas de esta institución.

Por el contrario, el régimen de gestión exige determinar cuáles son los bienes a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1276 los que, dada la incertidumbre que los rodea, no pueden ser sino gananciales.

88. Gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba.

Con respecto a los gananciales cuyo *origen* no se puede determinar o es de *prueba dudosa* se sustentan dos tesis cuyo enunciado y síntesis respectiva de fundamentos se exponen a continuación.

89. Tesis que sostiene la necesidad de mencionar el origen de los bienes empleados en la adquisición.

De acuerdo a esta tesis, el origen de un bien ganancial está determinado siempre que consta en el instrumento de adquisición, cómo le correspondieron al adquirente los bienes empleados en la misma. A *contrario sensu*, el ganancial es de origen dudoso o incierto en el caso opuesto. Los principales argumentos que se invocan a su favor son:

- a) la expresión "origen de los bienes" no puede reemplazarse por "titularidad de los derechos sobre ellos" o por "constancia del nombre del titular de tales derechos";
- b) el artículo 1276 supone que puede coexistir el origen dudoso y la constancia de la titularidad pues no excluye a los bienes de origen dudoso de la exigencia del asentimiento conyugal (art. 1277) que se impone en cuanto a bienes de titularidad evidente, porque son registrables;
- c) la falta de constancia de la titularidad sólo puede darse en bienes de escaso valor económico;
- d) la regla de la administración marital quedaría prácticamente desplazada de no admitirse esta tesis ya que la esposa puede administrar los bienes que posee de acuerdo al artículo 2412.

90. Tesis de la "titularidad".

Según esta tesis, el origen de un bien ganancial está determinado cuando consta quién es el adquirente, el titular de derechos sobre el mismo, sin que sea necesaria la mención de la procedencia de los bienes empleados en la adquisición. A *contrario sensu*, el ganancial es de origen dudoso o incierto si la certeza al respecto es imposible o difícil de lograr. Los principales argumentos invocables para sustentar esta posición, que sustentamos, son las siguientes:

a) *Resultantes de la interpretación gramatical del artículo 1276:*

a.1.) La redacción del texto se presta a divergencias interpretativas, alrededor fundamentalmente de las expresiones *origen de los bienes*, en el segundo párrafo, y de la especificación *trabajo per-*

sonal u otro título legítimo, usada en el inicial. Profundizando la primera, es claro que la ley se refiere al *bien* y no a los fondos empleados en la adquisición. *Título*, por su parte, significa tanto como causa fuente económico-jurídica de la asunción de derechos por el titular, de la cual el trabajo personal es sólo un ejemplo superfluo porque está sobrentendido en la generalidad de los *títulos legítimos* posibles. La mención del origen de los bienes es innecesaria y en nada modifica los resultados de la adquisición, resultados que únicamente serán distintos si no puede probarse con seguridad *cuál* de los esposos adquirió.

a.2.) La mención del origen de los bienes o fondos empleados no es extraña a nuestra legislación pues figura en los artículos 1246 y 1247 del Código Civil con relación a bienes propios y figuró en el artículo 3, 2º, a) de la ley 11.357 para el caso de la esposa que adquiriría empleando fondos de su peculio. Si se arguyera que tales fórmulas señalan una tendencia del derecho argentino, cabe responder que no han sido reproducidas, lo que no puede atribuirse a involuntaria omisión.

b) *Resultantes de la interpretación según la estructura y el dinamismo del régimen conyugal de bienes:*

b.1.) La oración inicial del artículo 1276 carecería de sentido si se hubiera querido confiar la administración de todos los gananciales al marido, pues comportaría entonces una excepción expresa a una regla tácita, cuando es obvio que el primer párrafo del artículo enuncia la regla y el segundo, la excepción.

b.2.) Con la interpretación opuesta, habría dos clases de gananciales adquiridos por la esposa, con mención y sin mención del origen de los bienes invertidos, distinción ajena al artículo 1276. Es verdad que los gananciales de origen dudoso o incierto constituyen también una especie dentro de los gananciales, pero tanto pueden haber sido adquiridos por la esposa como por el marido.

b.3.) El régimen de separación de deudas de los cónyuges impone por sí mismo esta interpretación puesto que, de no ser así, los gananciales a nombre de la esposa en cuya adquisición no se hu-

biese mencionado el origen de los fondos que empleó, entrarían en la garantía de los acreedores de la esposa porque *adquiridos* por ella y en la de los acreedores del marido porque él los *administra* (artículo 5º de la ley 11.257) con numerosas consecuencias incompatibles con las consagradas en materia de gestión y responsabilidad de los esposos.

b.4.) La remisión del párrafo comentado al artículo 1277 no está referida a bienes *registrados* en que pudiera dudarse del nombre del titular de los derechos sobre el mismo, sino a bienes *cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria*, pero que por una circunstancia de hecho *no han sido registrados* (por omisión o negligencia del dueño, por mediar alguna cuestión previa, etcétera).

c) *Interpretación en el conjunto de la legislación:*

c.1.) El artículo 1276 establece una regla igualitaria para ambos cónyuges en el aspecto patrimonial de sus relaciones, conforme con la orientación que en 1968 señaló la última etapa en el reconocimiento de la equiparación civil de varón y mujer, a la cual se opondría la exigencia a la esposa de un requisito que no se exige al marido, el de mencionar el origen de los gananciales con que adquiere. Belluscio estima que con ello se violaría el artículo 19 de la Constitución Nacional.

c.2.) Es innegable la calificación de fraudulenta, en el amplio sentido de la palabra, que corresponde a la conducta en que incurre el marido que efectivamente paga con fondos gananciales de su gestión lo que su esposa adquiere a nombre propio, a los efectos de substraer el bien a la responsabilidad del verdadero comprador. A más de que esta actitud ilícita puede revestir otras formas, *el interés de los acreedores queda suficientemente a salvo con las acciones de falsedad, simulación o fraude.*

91. *Doctrina y jurisprudencia.*

Ambas tesis cuentan a su favor con importante apoyo doctrinario y jurisprudencial. No obstante, puede decirse que la segunda predomina, de acuerdo a los siguientes elementos:

a) La recomendación aprobada por las V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971) que dice así: "La falta de mención por parte de la mujer en el acto de adquisición de un bien ganancial del origen de los fondos con que adquiere no permite que se lo considere incluido en el párrafo segundo del artículo 1276";

b) El plenario de las Cámaras Nacionales Comerciales del 19 de agosto de 1975 en el que se admitió esta tesis, estableciéndose que el hecho de que un bien figure como adquirido por uno de los cónyuges es suficiente para excluirlo de la acción de los acreedores del otro, sin perjuicio de la ejecutabilidad de sus frutos en las hipótesis previstas en el artículo 6º de la ley 11.357 y de la posibilidad de demostrar que el bien ha sido ilegítimamente sustraído al patrimonio del deudor (LL 1975-D-70; ED T. 63, 496 y Revista del Notariado 743, 1696).

92. Terminología.

La opción por la tesis que se acaba de exponer conduce naturalmente al empleo del vocablo *titularidad* para calificarlo con el adjetivo de dudosa, es decir, la duda recae sobre quién es el titular de los derechos sobre el bien. Generalizando el empleo del término, los gananciales pueden diferenciarse según sean de titularidad del marido, de la esposa, de titularidad dudosa, y finalmente, gananciales de titularidad conjunta. Si bien la expresión ha sido criticada en cuanto puede inducir a confusión dado el alcance estrictamente técnico de la palabra *título*, lo encontramos útil desde el enfoque didáctico y lo emplearemos en adelante refiriéndonos indistintamente, por ejemplo, a gananciales adquiridos por la esposa o gananciales de titularidad de la esposa.

D) BIENES MIXTOS

93. Generalidades.

Se denominan bienes mixtos aquellos en que una porción alícuota es propia y otra ganancial, es decir, bienes que son en parte propios y en parte gananciales. La posibilidad jurídica de la calificación dual es discutible, a lo que se unen las dificultades prácticas

que acarrea. De ahí que se prefieran las calificaciones simples con tal de que no vulneren el derecho de los propietarios, en términos generales, siempre que respeten el régimen patrimonial matrimonial.

A los efectos de evitar la calificación dual no puede recurrirse a la presunción de ganancialidad del artículo 1271 puesto que la duda entre la calificación simple y la calificación dual resulta precisamente de la certeza que se tiene sobre el distinto carácter de los bienes empleados en la adquisición del bien a calificar. Pero la ley argentina provee elementos adecuados para sostener la calificación simple sin detrimento alguno del interés de uno u otro esposo. Dentro del régimen patrimonial matrimonial, se puede apelar a la importancia conferida a la época en que se produjo la causa o título de la adquisición (arts. 1267 y correlativos), a la subrogación real y a la accesión (art. 1266) y a la admisión de recompensas entre cónyuges que permiten restablecer el equilibrio patrimonial (artículos 1259, 1260, 1316 bis y correlativos). Dentro de la reglamentación de las cosas es invocable la distinción entre cosas principales y accesorias (arts. 2327 y 2328 y correlativos). El empleo de fondos propios y gananciales en un mismo objeto negocial es lícito e, incluso, no debe ser desalentado.

Los bienes que ofrecen la dificultad pueden haber sido adquiridos: a) por uno de los cónyuges empleando bienes propios y gananciales de su gestión (bienes de la esposa o bienes del marido); b) por ambos cónyuges, ya sea aportando bienes propios y gananciales de uno y otro o bienes propios de uno y bienes gananciales del otro: en estos supuestos, el bien adquirido pertenece en condominio a los esposos. Mazzinghi afirma acertadamente que la calificación de propio o ganancial no recae sobre la cosa objeto de condominio sino sobre las porciones indivisas, de manera que este condominio de naturaleza mixta por estar integrado por partes propias y partes gananciales no implica una calificación dual.

94. Análisis de algunos supuestos.

Sugeridos por Elías P. Guastavino en su trabajo *La calificación dual de bienes en el matrimonio* (LL 123, 1181), planteamos los siguientes problemas de frecuente presentación, relativos a inmuebles, tratando en todos los casos de evitar la calificación dual.

95. a) Bienes adquiridos empleando simultáneamente bienes o fondos propios o gananciales.

Primer caso: uno de los cónyuges compra un inmueble abonando el precio parte con dinero heredado y parte con dinero proveniente de honorarios profesionales suyos, en distinta proporción. Solución: el inmueble es propio o ganancial según que la mayor suma empleada sea propia o ganancial (opinión de Borda, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni y jurisprudencia reciente). Guastavino se funda en que el artículo 1266, al admitir la subrogación real para la calificación de los bienes, no exige igualdad matemática entre el precio de venta de un bien y el de compra del otro y también en la accesión a favor de la especie principal consagrada en el mismo texto, argumento reforzado por lo dispuesto en el artículo 2334.

Segundo caso: uno de los cónyuges compra el inmueble abonando el precio parte con dinero heredado y parte con honorarios profesionales suyos, en iguales proporciones. Solución: el inmueble debe reputarse ganancial admitiéndose la presunción de ganancialidad para este supuesto (arts. 1271, 1272) (en contra, se sostiene que la calificación dual resulta inevitable porque no habría cosa principal ni cosa accesoria).

Tercer caso: uno de los cónyuges adquiere pagando parte del precio con dinero y permutando una cosa por el valor equivalente a la otra parte de aquél. Solución: el negocio es permuta si la cosa permutada es de mayor valor que la suma de dinero y es compraventa en el caso contrario (art. 1356 y nota al art. 1485 C.C.), por lo tanto, el bien resulta propio o ganancial según la calificación de lo entregado de mayor valor (la cosa o el dinero). Es ésta la opinión de Guastavino y de Belluscio.

96. b) Bienes adquiridos empleando sucesivamente bienes propios y gananciales.

Primer caso: el futuro esposo (en vista o no del matrimonio) compra un inmueble, escritura, paga parte del precio y constituye hipoteca por el saldo. Posteriormente a la celebración del matrimonio, abona este saldo empleando honorarios profesionales quedando levantado el gravamen. Solución: el inmueble es propio del marido

por aplicación del artículo 1267 (es propio el bien adquirido en virtud de causa o título anterior al matrimonio).

Segundo caso: el futuro esposo celebra el boleto de compraventa de un inmueble y paga parte del precio con honorarios profesionales; después del matrimonio, escritura y abona el saldo también con honorarios profesionales. Solución: depende de la trascendencia que se atribuya al boleto de compraventa, considerándolo, o no, "causa o título" anterior al matrimonio. Estimamos que debe considerarse tal porque si bien constituye una promesa de vender el inmueble formalizando el negocio en escritura pública, esto va acompañado por efectos sustitutivos de decisiva influencia sobre el derecho a adquirir por el comprador, cuyo origen se remonta a la celebración del boleto. Por esta solución se inclinan Guastavino y Belluscio.

97. c) Adquisiciones de partes indivisas inmobiliarias durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial.

Primer caso: el esposo recibe en herencia la mitad indivisa de un inmueble y adquiere la otra mitad indivisa con honorarios profesionales. Solución: todo el inmueble es propio del marido porque, según Guastavino, "la adquisición de las partes indivisas por uno de los comuneros no debe interpretarse como la transferencia a su favor de nuevos derechos dominiales, sino como el *acrecentamiento funcional* de un derecho preexistente" (recién cit. N° 20), hipótesis análoga a la del acrecentamiento objetivo previsto en el artículo 1266 por responder a la misma *ratio iuris*. También invoca por analogía el artículo 1270 y el penúltimo párrafo del artículo 1272 en cuanto a que el bien propio del que se tenía la nuda propiedad, conserva ese carácter una vez consolidado con el usufructo, y a que siguen siendo propios los bienes afectados por derechos reales una vez extinguidos éstos con cualquier clase de bienes. En el mismo sentido afirma Mazzinghi: "Tanto en estos casos como en los de condominio, se produce una reintegración del dominio pleno" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 222) y Zannoni explica que la cuota parte indivisa no constituye el objeto de la relación jurídica determinada por el condominio ("sería algo así como que el condómino gozara la propiedad individual exclusiva que tiene por objeto su cuota") sino que

dicha cuota limita el contenido de un derecho que por ser indiviso entre condóminos “*se ejerce sobre la totalidad de la cosa con las limitaciones que crea el derecho concurrente de los demás*” (*Derecho de Familia*, T. I, parág. 342). Zannoni concluye sosteniendo que la calificación única resuelve el conflicto entre el *criterio económico* de la subrogación real (según el cual el acrecentamiento operado mediante inversión de gananciales sería ganancial) y el criterio de que *lo accesorio sigue a lo principal*, definiéndose a favor de éste, por lo que el acrecentamiento resulta propio del titular originario de una porción indivisa propia. La calificación propia de todo el inmueble es igualmente sostenida por Borda.

Segundo caso: el esposo y su padre compran un inmueble en condominio, empleando el primero el producido de sus derechos de autor devengados durante la vigencia del régimen patrimonial. Muere el padre y el marido recibe la otra porción indivisa por vía hereditaria. Solución: el bien debe reputarse ganancial. Así opina Mazzinghi en conclusión que compartimos, entendiendo que corresponde respetar la naturaleza de las primeras porciones alicuotas y Zannoni haciéndole extensivos los argumentos en que funda la solución del supuesto anterior porque “siendo la relación de comunidad un valor que responde en su contenido a adquisiciones hechas, habrá de reputarse ganancial (art. 1272, párr. 2º)” (recién cit.). Opinamos, también, que el artículo 1266 puede ser invocado analógicamente para sustentar la cualidad ganancial del bien en cuestión. En sentido opuesto, Guastavino sostiene que no corresponde la calificación única porque el caso no puede subsumirse en el artículo 1273 y no hay, en la ley una norma de unificación ganancial similar a las normas de unificación propia de los artículos 1266 y 1272, penúltimo párrafo, además de que los artículos 1263, 1271 y 1272 *ab initio* obstaculizan calificar como ganancial a la porción alicuota adquirida por herencia, legado o donación. Con este criterio, el bien sería en parte propio y en parte ganancial del marido (recién cit., Nº 22).

Tercer caso: el marido recibe por herencia la mitad indivisa de un inmueble. Su esposa compra la otra mitad empleando el producido de sus derechos de autor devengados durante la vigencia

del régimen patrimonial. Solución: el bien resulta en parte propio del marido y, en parte, ganancial de la esposa, fundamentalmente porque no hay acrecentamiento del derecho originario del marido ni unificación de la propiedad en el patrimonio de éste. Se trata, por lo tanto, de un condominio entre cónyuges con la particularidad de que la porción de uno es propia y, la del otro, ganancial.

Cuarto caso: el marido adquiere el bien en condominio con su suegro, empleando aquél honorarios profesionales devengados durante la vigencia del régimen patrimonial. A la muerte del suegro, la esposa hereda la porción indivisa del causante. Solución: es idéntica a la del caso anterior, por sus fundamentos, es decir, el bien es objeto de un condominio entre marido y mujer con porción ganancial de él y propia de ella.

98. Síntesis.

Reubicando los ejemplos analizados, resulta como único caso en que es más difícil evitar la calificación dual, el del bien en condominio con porción alícuota propia de un cónyuge y porción alícuota ganancial del otro. Participamos de la posición de Mazzinghi recordada al comienzo del tratamiento de este tema: por lo tanto, no admitimos la posibilidad de bienes mixtos, ya que dicho bien queda sujeto al régimen del condominio tanto en su totalidad como en las porciones indivisas, debiendo aplicarse el régimen patrimonial y el sucesorio a las partes alícuotas. Atribuir al objeto del condominio el carácter de bien mixto podría llevar al absurdo de calificar como mixto de un cónyuge el bien que éste tuviera en condominio con un tercero.

Autores argentinos muy prestigiosos se manifiestan más proclives a admitir la calificación dual, por ejemplo, Guaglianone.

E) PRUEBA DEL CARACTER DE LOS BIENES

99. Presunción de ganancialidad.

Atento al principio general *in dubio pro communitate*, el artículo 1271 establece la presunción de ganancialidad: "Pertencen a la sociedad conyugal como gananciales, los bienes existentes a

la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación”.

La presunción es *iuris tantum* por lo que la carga de la prueba recae sobre quien afirme que un determinado bien es propio de uno u otro cónyuge, debiendo interpretarse que el artículo 1271 no circunscribe las hipótesis de bienes propios a los que expresamente menciona sino que es extensivo a todos aquellos que revistan esa cualidad.

La oportunidad de la calificación puede presentarse desde la celebración del matrimonio hasta la partición de los bienes gananciales. Por ejemplo, es necesario determinar el carácter propio o ganancial de los bienes de un cónyuge cuando éste quiere enajenarlo o cuando sus acreedores pretenden ejecutarlo o cuando, concluida la sociedad conyugal, es preciso distribuir los que deben ser compartidos.

100. Prueba del carácter propio de bienes muebles.

Admite cualquier medio de prueba, entre ellos, el inventario a que se refiere el inciso 1º del artículo 1217.

101. Prueba del carácter propio de bienes inmuebles.

Impone distinguir los distintos supuestos de bienes propios.

- a) Aportados al matrimonio o adquiridos durante el régimen patrimonial por herencia, legado o donación: el medio de prueba es el documental pertinente del que se habrá tomado debida cuenta en el registro (hijuela hereditaria, testamento, escritura de donación).
- b) Adquiridos por compra o permuta durante el régimen patrimonial: ante la no derogación expresa de los artículos 1246 y 1247 del Código Civil, se plantea la cuestión de su vigencia actual.

Según el artículo 1246 “Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de propiedad de ella si la compra se

hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer”; según el artículo 1247 “Corresponde también a la mujer lo que con su consentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresándose también el origen de los bienes que ella diere en cambio”.

Es indudable que estos textos tienen su engarce lógico en el régimen de gestión de bienes de la esposa estatuido en el Código Civil, sistema en que dicha actividad era cumplida por el marido en el ejercicio de la representación necesaria de su esposa, incapaz de obrar con incapacidad relativa (artículos 55, 2º y 57, 4º derogados), con las únicas excepciones previstas en el inciso 2º del artículo 1217 (derogado) y 1226 (tácitamente derogado). Con el régimen de la ley 11.357, la esposa pudo asumir la administración y disposición de sus bienes propios revocando el mandato presunto de que disfrutaba su marido (art. 3º, 2º, c, derogado). Finalmente, después de la ley 17.711, dicha actividad económico-jurídica corresponde a cada consorte sobre sus bienes propios y gananciales (arts. 1276 y 1277). La subsistencia de los artículos 1246 y 1247, en un contexto tan distinto a aquel en que se presentaban originariamente, depende de que no sean absolutamente incompatibles con la separación de gestión y de que conserven algún sentido particular. Este sentido es el de preconstituir la prueba del carácter de los bienes empleados en la adquisición en el caso en que es necesaria, es decir, en materia de bienes propios, y no constituyen obstáculos para la separación de administración y disposición de los bienes siempre que los requisitos que establecen se hagan extensivos al marido conforme con la igualdad jurídica de los cónyuges. La mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de su exigibilidad actual e, incluso, se estima aconsejable aplicarlos para los bienes muebles registrables. Las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971) declararon: “El artículo 1246 debe ser interpretado con amplitud, reconociendo por igual a marido y mujer, la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra de bienes inmuebles. Tal manifestación importa una presunción *iuris tantum* sobre el carácter del bien adquirido. Este criterio debe

quedar reflejado con mayor precisión en una eventual reforma del texto vigente que incluirá también las cosas muebles registrables”.

Jurisprudencialmente se ha resuelto, en el plenario de la Cámara Nacional Civil del 14 de agosto de 1972, que “después de la reforma del Código Civil por la ley 11.357, respecto de terceros y para asignar el carácter de propio a un bien inmueble adquirido por la esposa, es de absoluta necesidad, que la escritura contenga la manifestación de que el dinero es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer” (LL 148, 163; ED 43, 516).

Guaglianone sostiene que los artículos en cuestión están tácitamente derogados; Risolía, que sólo conservan una influencia refleja y Belluscio considera que la manifestación del origen de los bienes carece de objeto dada la administración separada que hace innecesario proteger los bienes de la esposa frente a los acreedores del marido.

Requisitos exigidos: en los artículos 1246 y 1247 se exige expresar que se compra con fondos propios o que se permuta con cosa propia del adquirente y mencionar en forma precisa el origen del derecho sobre dichos fondos o cosa, especificando la causa-fuente jurídica de su propiedad por el consorte dueño de los mismos (por ejemplo, herencia o legado, con los datos que individualicen la sucesión y el respectivo juicio sucesorio; donación o enajenación de un bien propio, con la reseña de los respectivos actos jurídicos, protocolo en el que se otorgaron las correspondientes escrituras, etc.). No es indispensable la prueba de estos extremos.

En la práctica se incluye la manifestación de conformidad del cónyuge del adquirente, prudente arbitrio porque no será admitido a contradecirse posteriormente.

Los efectos de la manifestación y, en su caso, de su falta, ponen en evidencia la limitada importancia de las normas de los artículos estudiados.

Efectos de la manifestación: el bien se reputa propio del adquirente. Su cónyuge y, en su momento, los herederos del mismo, pueden demostrar la falsedad de la manifestación, salvo que me-

diare expresión de conformidad de parte del no adquirente. Los terceros que adquieran el bien calificado como propio, a título oneroso y de buena fe (art. 1051) no son afectados por la declaración de inexactitud de la manifestación. Los terceros acreedores del cónyuge no adquirente pueden demostrar que los fondos o cosas empleados eran propios o gananciales de su deudor, impugnando la declaración por vía de acción o de excepción a los efectos de que el bien integre el patrimonio que es garantía de sus acreencias.

Efectos de la falta de manifestación: el bien se reputa ganancial del adquirente. Este puede efectuar la manifestación omitida, en una época posterior, solicitando que sea asentada en el registro. Los terceros que adquieran el bien no serán afectados por esta manifestación tardía puesto que la enajenación debió efectuarse conforme al régimen de los bienes gananciales, que exige asentimiento conyugal (art. 1277).

Los acreedores del adquirente tampoco se verán afectados mientras subsista la sociedad conyugal ni por la falta de manifestación ni por la manifestación tardía, puesto que tanto los propios como los gananciales de su deudor constituyen su garantía, pero, una vez disuelta aquélla, pueden demostrar que el bien es propio si la manifestación no se ha hecho, a los efectos de que sea, en su totalidad, ejecutable por sus acreencias.

Los herederos del cónyuge adquirente, después de su muerte, pueden demostrar que los bienes empleados en la adquisición eran propios de su causante, modificando la calificación del inmueble con importantes consecuencias sucesorias, pero sin afectar los derechos de los terceros que lo hubieran, a su vez, adquirido a título oneroso y de buena fe (art. 1051).

Como muy bien se ha hecho notar, la manifestación depende de la voluntad del cónyuge adquirente, con lo que queda sujeta la calificación del bien a lo que él decida permitiéndosele donar a su cónyuge, por resultar ganancial, la mitad del bien verdaderamente propio suyo, aunque este resultado sólo se consume a la disolución del régimen y quede sujeto a la acción mencionada en el párrafo anterior.

III. DEUDAS DE LOS CONYUGES

102. Los dos aspectos de las deudas.

En casi todos los regímenes patrimoniales matrimoniales, las deudas revisten dos aspectos vinculados pero independientes entre sí: uno es el que atañe a la relación entre el cónyuge deudor y su acreedor (“cuestión de la obligación”), que respondería a esta pregunta “¿sobre qué bienes puede perseguir el acreedor el cobro de su crédito?”, pregunta que se plantea tanto vigente la sociedad conyugal como después de disuelta y hasta la efectiva partición. El segundo aspecto (“cuestión de la contribución”) concierne al derecho de un consorte a exigir al otro que asuma parte de la deuda, responde a la pregunta “¿qué bienes deben resultar definitivamente disminuidos por el pago de la deuda?”, interrogante que se plantea en la etapa de liquidación de la sociedad conyugal con la finalidad de asegurar a cada esposo la exacta participación por mitades en los bienes gananciales.

En el aspecto externo importan fundamentalmente dos elementos orientadores basados en las etapas marcadas por las vicisitudes del régimen de bienes, a saber, la de su vigencia y la que se extiende entre su fin (“disolución de la sociedad conyugal”) y la partición concluida, debiendo agregarse, como una más, aquella en que los cónyuges están separados de bienes. Las dos pautas orientadoras resultan de la etapa en que se originó la deuda y de la etapa en que se exige judicialmente su pago. Con sentido práctico puede sugerirse que, ante una cuestión concreta, el orden de los interrogantes es el siguiente:

1º) en qué época se originó la deuda;

2º) en qué etapa se exige compulsivamente su satisfacción.

Dado que este capítulo está destinado exclusivamente al estudio de la sociedad conyugal vigente, sólo se considerará el aspecto externo abarcando las deudas contraídas durante la misma y exigidas también en esta etapa. Los restantes asuntos sobre el aspecto externo y todo lo relativo al aspecto interno, serán analizados en el siguiente capítulo.

El régimen de deudas de los cónyuges ha evolucionado paralelamente a la gestión de bienes de los consortes y a la capacidad de obrar de la mujer casada.

El Código Civil dispone sobre las deudas de los cónyuges, principalmente, desde el artículo 1280 hasta el 1283 e incluye un amplio texto con varios incisos, el artículo 1275. En 1926 entró en vigencia la ley 11.357, con sus artículos 5 y 6, los que no han sido derogados posteriormente. En conjunto, las disposiciones cuya vigencia efectiva debe dilucidarse son todas las recién citadas, planteándose la dificultad más importante alrededor del artículo 1275. Existe, sin embargo, un elemento claramente definido y que permite arribar a la necesaria solución: los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 enfocan el aspecto externo de las deudas. Por lo tanto, todo aquello en que las normas del Código Civil se refieran al mismo aspecto y resulte incompatible con las disposiciones de dicha ley u otras posteriores, debe considerarse derogado. En nuestra opinión, los artículos 1280 y 1283 se encuentran en esta situación; los artículos 1281 y 1282 están prácticamente cubiertos por el mandato expreso o tácito previsto en el artículo 1276 en su redacción de la ley 17.711 y por la gestión de negocios sobreentendida en esta norma. En cuanto al artículo 1275, a veces por caminos diferentes, la mayoría de la doctrina ha arribado a una opinión favorable a su subsistencia pero sólo en relación con el aspecto interno. Sintéticamente, las diversas tesis sostienen: a) el artículo 1275 abarcaba ambos aspectos, en consecuencia, debe estimarse derogado tácitamente en el primero de ellos (Fassi, Bossert, Belluscio); b) los incisos 1º, 2º, 4º y 5º encaran el aspecto interno, el 3º el externo, lo que llevaría a la necesidad de coordinarlo con los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 (Guastavino); c) personalmente sostenemos que el artículo 1275 se ha referido siempre exclusivamente al aspecto interno de las deudas basándonos, entre otros argumentos, en que el artículo 1275 reproduce otros textos del Código relativos, indudablemente, al aspecto externo, lo que conduce a entender que el legislador quiso plantear idénticas hipótesis relativamente a consecuencias distintas: la con-

tribución conyugal en el artículo 1275 y la responsabilidad frente a terceros en otros textos (1280, 1281, 1282, 1284, etc.).

En conclusión, el derecho aplicable al aspecto externo de las deudas es el establecido en los artículos 5 y 6 de la ley 11.357.

104. Clasificación de las deudas.

Las deudas originadas durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial se clasifican en deudas personales y deudas comunes. La distinción se justifica por la doble razón de la gestión separada de los bienes (con plena capacidad civil de la mujer casada) y de la contribución a las cargas del hogar. Es razonable y justo que las deudas contraídas en el interés de los esposos y de su familia más próxima entren en la esfera de responsabilidad de ambos, cualquiera sea el contratante, y que las deudas ajenas a estos intereses compartidos afecten solamente la responsabilidad de quien las asumió. El que para solventar éstas sean también ejecutables bienes de destino común integrantes del patrimonio del deudor, protege a los terceros contratantes y amplía las posibilidades crediticias de los esposos.

Ripert destacó, a propósito del régimen francés anterior a la ley de 1965, la oscuridad de la noción de deuda común mediante una observación básica extensible al régimen argentino y que conviene anticipar: la sociedad conyugal carece de personalidad ideal, y, por tanto, "no tiene más posibilidad de ser deudora de las que tiene de ser acreedora o propietaria. En consecuencia, no existen deudas comunes propiamente dichas, las deudas son siempre personales del marido o de la mujer. La expresión deuda común está solamente destinada a explicar el régimen especial de ciertas deudas del marido o de la mujer" (Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tra-tado de Derecho Civil*, T. IX, N° 404).

A) DEUDAS PERSONALES.

105. El artículo 5 de la ley 11.357.

El artículo 5 de la ley 11.357 dispone: "Los bienes propios de la mujer y los gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer".

Se ha criticado el error de concepto que se desprende de la redacción puesto que responden las personas y no los bienes. Dado el régimen de gestión organizado por la ley 17.711 sería más exacto reemplazar el tiempo de verbo "adquiera" para la situación de la esposa, por "administre". Quedaría así perfectamente delineado el paralelismo con el artículo 1276 y superada alguna posible dificultad con respecto a los gananciales de titularidad dudosa que, pudiendo haber sido adquiridos por la esposa, son administrados por el marido, y ejecutables por sus deudas personales.

106. Caracterización de las deudas personales.

Las deudas de los cónyuges son personales como regla. El régimen argentino es de separación de deudas: esta conclusión se impone en virtud de la mera interpretación gramatical del artículo 5 de la ley 11.357, que emplea una forma negativa adecuada para enfatizar la regla de la independencia de deudas. Debe insistirse en subrayar que *todas las deudas originadas en cabeza de un cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal son personales*, cualquiera sea su fuente: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley, y cualquiera sea la finalidad del contrato de que nace, tanto consista en satisfacer una necesidad del consorte contratante o "atender a las necesidades del hogar", "la educación de los hijos" o "la conservación de los bienes comunes", fórmulas todas éstas del artículo 6º de la ley 11.357. En otros términos, *las deudas son siempre personales del cónyuge que las contrajo*, sin perjuicio de que, *algunas deudas personales son también comunes con respecto al acreedor*. Lo común es una cualidad de ciertas deudas personales. La distinción resulta pues, entre *deudas personales que sólo son tales y deudas personales que, sin dejar de serlo, son comunes respecto del acreedor*: éste es el sentido de las expresiones *deudas personales y deudas comunes*, respectivamente.

La calificación de deuda personal o común queda fija desde el momento de su origen.

Como consecuencia de la regla de separación, quien invoca el carácter personal de la deuda no necesita probarlo.

107. Supuestos de deudas personales.

Son personales: las deudas de origen contractual que no respondan a una de las finalidades previstas en el artículo 6 de la ley 11.357, las contraídas en el ejercicio de la profesión, industria o comercio del cónyuge, las resultantes de la conservación de los bienes propios del contratante; las emergentes de responsabilidad por acto ilícito doloso o culposo, las penas pecuniarias y multas civiles; las deudas de una sucesión aceptada sin beneficio de inventario o en que éste se ha perdido; la relativa al cargo de una liberalidad recibida; las originadas en el deber de prestar alimentos a parientes; las impositivas ya sea que estén gravados los ingresos, las actividades o los bienes propios o gananciales del contribuyente; las deudas por honorarios siempre que los juicios en que se devengaron no hayan tenido una finalidad susceptible de ser incluida en el artículo 6 de la ley 11.357; los accesorios de las deudas personales (intereses pactados o punitivos, deuda por cláusula penal, etcétera).

B) DEUDAS COMUNES.

108. El artículo 6 de la ley 11.357.

El artículo 6 de la ley 11.357 establece: "Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes".

109. Caracterización de las deudas comunes.

a) *Son excepcionales.* Lo demuestra la relación entre los artículos 5 y 6 y el empleo del adverbio "sólo" en el segundo, que se refiere tanto a las hipótesis en que la norma es susceptible de aplicación como a la limitación de los bienes sobre los cuales puede hacerse efectiva con respecto al cónyuge que no contrajo la deuda. Las consecuencias del carácter de excepción son obvias: la enumeración es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de una razo-

nable flexibilidad en la comprensión de cada categoría) y la cualidad de deuda común debe ser probada por el acreedor que la invoca.

b) *Se tipifican por la finalidad por la cual fueron contraídas.* Estas finalidades son las expresadas en el artículo 6.

c) *Son de fuente contractual.* La expresión “contraídas” solamente permite aplicarse a deudas nacidas de un contrato. No nos parece acertado distinguir entre gasto e inversión, como hace Mazzinghi, quien explica que cuando el objeto del negocio jurídico se agota de inmediato o en el primer uso, se trata de un “gasto”, mientras que cuando el objeto se incorpora al patrimonio del adquirente, se trata de una “inversión”, siendo común la deuda correspondiente a un “gasto” y personal la contraída en una “inversión”. Así sostiene, por ejemplo, que la deuda por el precio de compra de la casa habitación familiar o de un automóvil, no respondería a una necesidad del hogar aun cuando la familia destinataria gozara de un nivel económico desahogado. Opinamos en contra de esta interpretación porque tanto los alimentos o vestidos como el inmueble o el automóvil, constituyen bienes de consumo, si bien los últimos son de consumo prolongado, prácticamente inagotables aunque se desgastan.

d) *El contrato que determina la deuda común debe responder directamente a la satisfacción de las finalidades previstas por el artículo 6.* Por esta razón corresponde distinguir entre la deuda contraída para adquirir bienes de capital (fijo —herramientas, maquinarias— o circulante —mercaderías destinadas a la venta—) y la deuda contraída para adquirir bienes de consumo inmediato o prolongado: sólo estas últimas son comunes, aunque aquellos bienes de capital sean empleados por su dueño en la actividad cuyos ingresos le permiten atender a las necesidades del hogar. La inclusión de las deudas emergentes de la adquisición de bienes de capital indirectamente destinados a la satisfacción de las finalidades previstas en el artículo 6, reduciría totalmente el campo de aplicación del principio de separación de las deudas y no se compadecería con el carácter excepcional de éste.

La finalidad directamente común debe presentarse ínsita en el negocio causante de la obligación, por lo tanto, desde el origen de

la deuda, bastando la existencia de este motivo determinante sin que necesariamente deba concretarse en beneficio cronológicamente consecutivo de los cónyuges y de sus hijos.

e) *El pago de la deuda común por cualquiera de los cónyuges no genera derecho a exigir la contribución del otro durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial.* Ello es así por el fundamento de la cualidad común, que es el contenido patrimonial del deber de asistencia conyugal y paterno-filial, para las dos primeras finalidades, mientras que la tercera acoge el beneficio que ambos cónyuges obtienen del uso y goce común de todos los gananciales y su destino común, no ajeno al mismo deber de mutuo auxilio y cooperación.

f) *Las deudas comunes son deudas concurrentes.* La fundamentación de esta característica de las deudas comunes exige un desarrollo más detallado conforme a planteos teóricos pero de verdadera importancia en la práctica. Involucra fundamentalmente el problema de la naturaleza del deber jurídico del cónyuge no contratante. En efecto, el cónyuge contratante debe porque voluntariamente se obligó y la fuente de su obligación es el contrato celebrado por él. Pero ¿de dónde nace el deber jurídico del cónyuge no contratante?, ¿cuál es la fuente de su obligación?

Se ofrecen distintas vías de solución para este problema, las que agrupamos según la más importante de las consecuencias resultantes de las distintas posiciones doctrinarias, a saber, si es o no es necesario hacer excusión de los bienes del cónyuge que contrajo la deuda para poder reclamar el pago al otro consorte. En otros términos: a) la alternativa se da entre estos extremos: ¿es necesario demandar primero al cónyuge contratante y sólo si es imposible obtener así la satisfacción del crédito, puede el acreedor dirigirse contra el no contratante?; b) ¿puede demandarse inicial e indistintamente a uno u otro?

Habría dos argumentaciones en apoyo del primer criterio: según una de ellas, el deber jurídico del cónyuge no contratante es el de quien está obligado en subsidio del principal obligado (el contratante), de donde aquél aparecería como fiador de éste. Esta po-

sición fue defendida en los primeros tiempos de vigencia de la ley 11.357 cuando la doctrina experimentaba un cierto rechazo ante un cambio que encontraba prematuro y buscaba una interpretación que, de acuerdo con las inquietudes del momento, protegiera mejor a la esposa. La crítica que Mazzinghi le opone se basa en tres argumentos principales: la complicación que de ella resulta para los acreedores, la ambivalencia que presenta para la mujer casada, pues le sería favorable si ella no contrató pero desfavorable si lo había hecho y, finalmente, lo inactual de referencias a medidas protectoras de la esposa en sus condiciones presentes de capacidad civil. En la práctica, con su aceptación se trabaría la actividad económico-jurídica de los esposos, especialmente de la mujer en la esfera tan suya de los gastos cotidianos del hogar, pues el acreedor se encontraría presionado a tomar en cuenta la solvencia personal del que contrata con él, perdiéndose en mucho la ventaja del respaldo patrimonial del otro cónyuge.

La otra vía para fundar esta misma tesis recurre a una concepción fecunda en materia de teoría general de las obligaciones, concepción que la doctrina argentina generalmente no acepta: la distinción entre deuda y responsabilidad, invocada en cuanto a nuestro tema por Guaglianone e incidentalmente, por Spota. Ha de rechazarse porque sus conclusiones son las mismas de la posición anterior, susceptible de idénticas críticas, a las que se agregan las que merece la distinción misma entre deuda y responsabilidad, concebidas como entidades dissociables entre sí al punto de que pueda investirse el carácter de responsable sin ser deudor. No es tampoco argumento desdeñable el de la complejidad teórica y práctica que ofrecería la deuda común conyugal si se la estructurara con un acreedor que enfrentara a un deudor responsable (el contratante) y a un responsable que no es deudor (el no contratante).

Es preciso ahora encontrar fundamento a la tesis que sostiene la posibilidad de que el acreedor elija entre el cónyuge contratante y el no contratante. Procede analizar primero si la deuda conyugal común se adecua a una obligación de sujeto pasivo alternativo. Existen entre ellas muchos puntos de contacto porque en ambas hay pluralidad de vínculos (dos obligaciones), el deudor a demandar

permanece indeterminado hasta que el acreedor opta, la prestación es única y el pago total extingue la deuda del que no fue demandado. Pero hay una diferencia básica, aplicable a todas las tesis que arguyen sobre la figura del doble sujeto pasivo y que es la siguiente: en la obligación alternativa, la causa de las dos o más obligaciones es única. Además, el cumplimiento parcial comporta la extinción del derecho del acreedor por lo que no puede dirigirse contra otro deudor por el saldo impago. No hay una sola causa para la obligación de los dos esposos ni en la deuda común conyugal queda el acreedor imposibilitado de perseguir al cónyuge no demandado inicialmente para obtener total satisfacción.

Resuelto que no nos encontramos ante un supuesto de deuda de sujeto pasivo alternativo ¿es la deuda común una obligación de sujeto pasivo plural? Si la respuesta es afirmativa ¿se trata de obligaciones simplemente mancomunadas o de obligaciones solidarias? No lo primero, porque en las obligaciones simplemente mancomunadas la causa es única y se aplica el principio del fraccionamiento, principio que no juega en las deudas comunes conyugales pues el artículo 6 claramente dispone que el pago total puede ser reclamado al no contratante. Las posibilidades de contratación de los esposos disminuirían notablemente si la deuda común fuera exigible al no contratante sólo por la mitad de su monto. Tampoco se trata de obligaciones solidarias, por la misma razón de la no unidad de causa y porque la solidaridad tiene que nacer de pacto inequívoco (art. 701 CC) o de norma legal expresa. Si alguna duda cupiera sobre la segunda afirmación, por interpretarse que tal norma expresa es el mismo artículo 6, se la superaría comparando su redacción con las de otras normas que verdaderamente crean solidaridad (por ejemplo, arts. 1081, 3870 y, en lo contractual, arts. 1945, 2281, etc.).

Se llega así a un último planteo, desarrollado con gran agudeza y precisión por Mazzinghi, quien explica que las deudas comunes conyugales ejemplifican una hipótesis de "deudas concurrentes". Según Von Thur, la diferencia entre la concurrencia y la solidaridad consiste en que los créditos solidarios "descansan sobre el mismo fundamento jurídico mientras que los créditos concurrentes descansan en fundamentos jurídicos distintos" (*Tratado de las obligacio-*

nes, T. II, p. 274). Pormenorizando el análisis, se subraya la precedente diferenciación: las obligaciones concurrentes no implican una vinculación entre los sujetos pasivos, no se aplica en ellas el principio de contribución ni el efecto subrogatorio del pago, en principio. Consecuencia de la existencia de dos obligaciones de diferente fuente son: la independencia de la prescripción que corre por separado para cada deudor, la incomunicabilidad de la culpa y de la mora, y que el pago parcial no libera al deudor no demandado. Esta especie de obligaciones responde a la caracterización típica de la deuda común conyugal, en la cual, en efecto, el consorte contratante debe porque contrató y el cónyuge no contratante debe por disposición legal, esto es, la fuente de su obligación es directa e inmediatamente la ley. La deuda por el total es exigible a cualquiera de los esposos, que son ambos deudores y responsables pero en virtud de distinta causa - fuente. Es indudable que la redacción de los artículos 5 y 6 prestan sólido apoyo a esta interpretación.

En síntesis, las deudas comunes conyugales son deudas concurrentes que se esquematizan en la convergencia sobre el mismo objeto con respecto al acreedor, de dos obligaciones distintas, cuyos sujetos pasivos son un deudor con responsabilidad ilimitada (el cónyuge que contrajo la deuda) y un deudor con responsabilidad limitada a determinados bienes (el cónyuge que no la contrajo).

110. Supuestos de deudas comunes.

Se analizan a continuación los alcances de las finalidades señaladas en el artículo 6.

a) *Necesidades del hogar*. La jurisprudencia ha tenido ocasión de suministrar ejemplos al respecto: compra de comestibles y vestimenta, honorarios médicos y odontológicos, gastos de farmacia, cuotas de mutuales que cubren gastos de enfermedades, primas de seguros que cubren enfermedades o accidentes personales, salarios del personal de casa de familia y sus complementarios, gastos reclamados por el trato social, vacaciones, adquisición y alquiler de la vivienda, su amoblamiento y provisión de artefactos, expensas comunes a los propietarios de inmuebles según el régimen de la ley 13.512. Los requisitos necesarios para circunscribir la comprensión

de las “necesidades del hogar” se dan respecto a la relación de familia que debe existir entre los obligados y los otros beneficiarios y a la convivencia. El criterio interpretativo es amplio: la convivencia se presenta con ciertos empleados al servicio de la familia y su sustentación es “gasto del hogar”; de la misma manera, la ausencia temporal del hijo legítimo de los esposos que habitualmente convive con ellos, no quita el carácter de “gasto del hogar” a los originados en la asistencia que se le presta.

b) *Educación de los hijos.* La fórmula legal abarca los gastos e inversiones destinados a satisfacer las necesidades de educación de los hijos menores de edad, tanto primaria como secundaria y universitaria (cuotas de colegios, honorarios de profesores, aranceles, viajes de estudio, adquisición de libros, colecciones o bibliotecas, instrumental para práctica profesional en las carreras que lo requieren). El carácter de deuda común se mantiene cuando el hijo legítimo o adoptivo de ambos esposos estudia viviendo fuera del hogar con consentimiento de sus progenitores. En el caso de hijos legítimos o adoptivos de uno de los cónyuges o extramatrimoniales suyos, la cualidad de deuda común depende de que convivan en el hogar familiar.

c) *Conservación de los bienes comunes.* Precisar los alcances de la expresión “bienes comunes” resulta indispensable para circunscribir la hipótesis. La divergencia doctrinaria sobre el tema puede sintetizarse en tres corrientes: amplia, intermedia y restringida. Para la tesis de mayor comprensión, todos los bienes de los esposos caben en la calificación de comunes (Mazzinghi, Borda, Cornejo), invocándose, entre otros, argumentos tomados del sentido de la norma preferido al gramatical dada la imprecisión de la terminología empleada en la materia, la armonía con el régimen patrimonial matrimonial en que ambos esposos tienen el goce y disfrute de todos los bienes siendo gananciales los frutos de los propios, y la mayor justicia de esta interpretación. Según la tesis de mínima comprensión, debida a Guaglianone, sólo los bienes en condominio deben reputarse comunes a los efectos de la cláusula estudiada. Admitiendo que ésta es el sentido estrictamente correcto de la palabra “comunes”,

es preciso, no obstante, inclinarse por la intermedia (Belluscio, Fassi, Bossert, Zannoni).

Hay, en verdad, total incompatibilidad semántica y lógica entre “lo común” y “lo propio”; que “comunes” significaba gananciales en el derogado artículo 1224 y que significa “gananciales” en el artículo 1311 (observación de Belluscio) es innegable, y el argumento exacto de la imprecisión terminológica que campea en toda la materia, puede esgrimirse también para explicar por qué el legislador de 1926 no usó el término preciso de “gananciales”. Por su parte, la tesis de Guaglianone reduce la norma a límites muy estrechos resultando difícil aceptar que se haya tenido en cuenta el supuesto de los bienes propios o gananciales en condominio, subespecie de las dos grandes categorías propias básicas de propios y gananciales.

d) *Accesorios de las deudas comunes.* Son comunes los accesorios de las deudas comunes (intereses legales o pactados, cláusula penal compensatoria), pero no los punitivos ni lo debido por cláusula penal punitiva.

e) *Ampliación interpretativa del artículo 6.* Han sido comprendidos dentro del artículo 6: las costas y los honorarios en juicios en que se han ejercido acciones conservatorias de bienes gananciales, en juicios relativos al cobro de deudas comunes, en procesos por interdicción o inhabilitación de un cónyuge.

Con ello se reconoce una justa primacía a la finalidad del gasto sobre la interpretación estrecha de la palabra “contraída” empleada en la ley.

C) REGIMEN DE COBRO COMPULSIVO DE LAS DEUDAS

111. Deudas personales.

a) Corresponde demandar al cónyuge deudor.

b) Son ejecutables por las deudas personales los bienes del deudor que se incluyen en el artículo 5, según se trate del marido o de la esposa.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 17.711, fue trascendente el plenario de las Cámaras Civiles de la Capital que sentó

la exacta doctrina de la separación de deudas conforme a la ley 11.357, resolviendo que no pueden ser embargados los frutos de los bienes propios de la esposa por una deuda personal del marido, no habiendo probado el ejecutante que el débito encuadra en algunas de las situaciones previstas en el artículo 6, ya sea que la administración de esos bienes estuviera en manos del marido o de la esposa. La respuesta se adecuó a un régimen de gestión que podía ser marital de todos los gananciales si la esposa no trabajaba a cambio de remuneración o no había revocado el mandato presunto de que disfrutaba su marido. Hoy resulta aún más firmemente apoyada, si cabe, en un régimen legal de gestión separada.

Es que la interpretación del artículo 5 remite la determinación de los bienes susceptibles de ejecución forzada al régimen de gestión establecido en el artículo 1276 en su redacción vigente. Sólo se nota una discordancia: refiriéndose a la esposa, el artículo 5 identifica sus bienes porque ella los “adquiere”, refiriéndose al marido, porque él los “administra”. Es innegable la actual aproximación conceptual de las expresiones “adquirir” y “administrar” ya que según el artículo 1276 cada cónyuge administra lo que adquiere. Pese a esto, la correspondencia no es absoluta, porque gananciales cuyo “origen” es indeterminable o de “prueba dudosa” pueden haber sido adquiridos por la esposa y administrados por el marido, con lo cual ella adquiere más de lo que administra y el marido administra más de lo que adquiere. Por eso puede considerarse decisiva la administración sobre la adquisición. Lo ostensible de la administración para quien contrata con un cónyuge no queda neutralizado por la importancia de la adquisición, imposible de demostrar, por hipótesis, para los gananciales de titularidad dudosa, y es suficiente para configurar la buena fe del tercero y conducir a aplicar las disposiciones de los artículos 1929 y 1930 del Código Civil, en su caso. Mazzinghi, por el contrario, sostiene que los términos “administrar” y “adquirir” han venido a ser sinónimos con equivalencia conceptual relativa, distinguiendo causa y efecto, siendo la primera “adquirir”, y el segundo “administrar”, y que se responde por las deudas con lo que se adquiere y porque se lo adquiere, no porque se lo administre.

En síntesis, las deudas personales de los cónyuges exigidas compulsivamente durante la vigencia del régimen patrimonial matrimo-

nial pueden cobrarse sobre los bienes propios y los bienes gananciales que administra el deudor: en caso de que éste sea el marido, responde con sus propios, con los bienes gananciales que adquiere y con los bienes gananciales de titularidad dudosa o de difícil prueba; en caso de que la esposa sea la deudora, responde con sus bienes propios y con los gananciales que adquiere, aunque no haya constancia del origen de los bienes empleados en la adquisición.

Obsérvese que los bienes para cuya disposición el cónyuge titular necesita el asentimiento de su consorte, están sujetos a embargo y venta forzada por los acreedores de aquel.

Debe recordarse que entre los bienes propios y los bienes gananciales están incluidas las porciones alicuotas propias o gananciales en bienes en condominio con el cónyuge o con terceros.

La ejecución de la porción ganancial indivisa del cónyuge deudor, en un bien en el que el otro cónyuge también posee como dueño otra porción indivisa ganancial, ha sido aceptada jurisprudencialmente en importantes sentencias (ver ED 57, 669; ED 63, 370; Revista del Notariado 735, 1044; Zeus, 14) que han definido un problema de difícil solución, conforme a la tesis que considera que los gananciales de titularidad conjunta son bienes en condominio entre los cónyuges con porciones alicuotas gananciales, o, al menos, bienes a los que se aplican por analogía las reglas del condominio, lo que conduce a idéntica conclusión, cuyo fundamento no es otro que el que resulta de los principios generales que vinculan la responsabilidad del deudor con los bienes que componen su patrimonio. La atribución de porciones indivisas iguales a ambos esposos (el 50 %) es correcta cuando no se puede demostrar la efectiva proporción en que cada uno adquirió.

El concurso del cónyuge deudor no modifica el sistema de separación de deudas: entran en concurso los bienes propios y gananciales de su administración, no los propios ni los gananciales de administración del consorte y este no tiene derecho a pretender la mitad de los gananciales de administración del concursado, los que pueden ser íntegramente absorbidos por los acreedores.

112. Deudas comunes.

a) Necesitando exigir judicialmente el pago de la deuda común, el acreedor puede optar entre las siguientes vías:

- 1º Elegir uno de los consortes, demandarlo por el total de la deuda, embargar bienes suyos y, obtenida sentencia favorable, ejecutarla sobre ellos;
- 2º En el mismo caso, embargar también bienes del otro consorte en forma de embargo anterior a la demanda, sujeto al régimen procesal correspondiente que generalmente establece la caducidad del embargo si la demanda no se entabla en un cierto plazo;
- 3º Demandar a ambos cónyuges por el total de la deuda, embargar bienes de uno y otro y, obtenida sentencia favorable, ejecutar por el importe íntegro al que más convenga.

Nunca puede ejecutarse la sentencia contra un cónyuge sobre bienes del no demandado. Si aquél resultó insolvente, el acreedor conserva el derecho de demandar al otro, lo que igualmente puede hacer para obtener la satisfacción total de su acreencia si en el juicio contra uno de los esposos sólo consiguió un pago parcial.

b) La determinación de qué bienes pueden ser embargados y eventualmente objeto de ejecución, depende de que el demandado sea o no el cónyuge contratante o aquel sobre quien recayó la deuda, en los casos en que excepcionalmente se han admitido, por interpretación, deudas comunes de fuente no contractual.

Si la deuda común es exigida compulsivamente al cónyuge contratante, como es una deuda *personal* suya, el acreedor debe proceder como corresponde a una deuda de esa categoría.

Si la deuda común es exigida compulsivamente al cónyuge no contratante, el acreedor podrá embargar y eventualmente ejecutar bienes de su propiedad, pero solamente *los frutos de los bienes propios y de los gananciales que administra*, es decir, ciertos gananciales y no otros.

El concepto y las clases de frutos son los genéricos (nota al artículo 2329 y art. 2330 C.C., considerándose frutos industriales los que la cosa da con intervención preponderante de la actividad humana). El artículo 6 encuadra en el contexto del sistema patrimonial matrimonial con más exactitud que el artículo 5 porque directamente se refiere a frutos de bienes *administrados* por el contratante. Conforme, pues, con el régimen de gestión, el marido no contratante responde por las deudas comunes contraídas por su mujer con los frutos naturales, industriales y civiles de sus bienes propios, de los bienes gananciales que adquiere y de los bienes de titularidad dudosa, la esposa no contratante responde por las deudas comunes contraídas por su marido con los frutos naturales, industriales y civiles de sus bienes propios y de los gananciales que adquiere aunque no haya constancia del origen de los fondos que empleó en la adquisición. Por el principio de la subrogación real, los frutos naturales o industriales en especie son reemplazados por el dinero que sea su precio de venta ya cobrado o por el crédito correspondiente al precio a pagar.

Existe casi total acuerdo doctrinario y jurisprudencial en equiparar a los frutos, a los efectos del artículo 6, los sueldos, salarios y honorarios del cónyuge no contratante, solución que se justifica como ejemplo de interpretación extensiva basada en la equidad y que logra un funcionamiento armónico del sistema y facilita la gestión de los cónyuges.

No se registran diferencias en doctrina en cuanto a que los bienes adquiridos con frutos de propios y gananciales (frutos capitalizados) dejan de ser auténticos frutos y no son ejecubles por las deudas contraídas por el cónyuge del propietario.

El concurso del cónyuge no contratante no modifica los límites de su responsabilidad. Es imaginable que el acreedor optará por el deudor no sometido a concurso, lo que hace que el supuesto sea excepcional en su presentación.

**DEUDAS DE LOS CONYUGES EXIGIDAS DURANTE LA VIGENCIA
DEL REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL**

| | | |
|---|--|--|
| <p>PERSONALES</p> <p style="text-align: center;">Artículo 5 Ley 11.357</p> | <p style="text-align: center;">El cónyuge deudor responde con</p> | <p style="text-align: center;">MARIDO</p> <p style="text-align: right;">} sus propios, incluidas las porciones alicuotas propias en bienes en condominio con el cónyuge o con terceros (1)</p> <p style="text-align: right;">} los gananciales de su titularidad, incluidas las porciones alicuotas gananciales en bienes en condominio con el cónyuge o un tercero (2)</p> <p style="text-align: right;">} los gananciales de titularidad dudosa (3)</p> |
| <hr style="border: 0.5px solid black;"/> <p>COMUNES</p> <p style="text-align: center;">Artículo 6 Ley 11.357</p> | <p style="text-align: center;">El cónyuge contratante responde con</p> | <p style="text-align: center;">ESPOSA</p> <p style="text-align: right;">} sus propios, incluidas las porciones alicuotas propias en bienes en condominio con el cónyuge o un tercero (4)</p> <p style="text-align: right;">} los gananciales de su titularidad, incluidas las porciones alicuotas gananciales en bienes en condominio con el cónyuge o un tercero (5).</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; text-align: center; margin: 10px 0;">por el total de la deuda</div> <hr style="border: 0.5px solid black;"/> <p style="text-align: center;">MARIDO</p> <p style="text-align: right;">} los frutos de (1) (2) (3)</p> <p style="text-align: center;">ESPOSA</p> <p style="text-align: right;">} los frutos de (4) (5)</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; text-align: center; margin: 10px 0;">por el total de la deuda</div> |

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 tesis 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. *Gananciales, 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. Recuérdese 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 recaer 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, N° 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 procurarlo 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 inopu-

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, Nº 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 7°, 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 Nº 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.

Capítulo VII

DISOLUCION, LIQUIDACION Y PARTICION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

| | |
|---|-----|
| I. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL | |
| 1. Fin del régimen patrimonial matrimonial | 407 |
| 2. Causales de disolución. Enumeración y clasificación | 407 |
| II. ANALISIS DE LAS CAUSALES | |
| A) <i>Causales que operan de pleno derecho</i> | |
| 3. Muerte del cónyuge | 409 |
| 4. Causales vinculadas con la muerte presunta del cónyuge | 409 |
| 5. Nulidad del matrimonio putativo | 411 |
| 6. Divorcio | 412 |
| B) <i>Causales que operan a instancia de parte</i> | |
| 7. Mala administración de un cónyuge | 415 |
| 8. Curatela de un cónyuge por un tercero | 420 |
| 9. Muerte presunta (art. 1307) | 422 |
| III. LA SEPARACION DE HECHO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL | |
| 10. Antecedentes | 422 |
| 11. Fundamentos | 423 |
| 12. Alcances y consecuencias | 423 |
| 13. Supuesto de culpabilidad de ambos cónyuges | 424 |
| IV. LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA | |
| 14. Generalidades | 426 |
| A) <i>Sociedad conyugal disuelta en vida de ambos cónyuges</i> | |
| 15. Soluciones basadas en la inexistencia de división postsocietaria | 426 |
| 16. Soluciones basadas en la existencia de indivisión postsocietaria | 427 |
| 17. Consecuencias de la disolución de la sociedad conyugal | 428 |
| 18. Consecuencias de la retroactividad de la disolución entre cónyuges | 431 |
| 19. Los negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución | 452 |
| 20. Esquematación del régimen de gestión de los gananciales entre la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes y la sentencia correspondiente, y después de ésta | 432 |
| B) <i>La sociedad conyugal disuelta por causa de muerte</i> | |
| 21. Generalidades | 434 |
| V. LIQUIDACION | |
| 22. Concepto y contenido | 434 |
| 23. Reglas aplicables | 435 |
| 24. Recompensas entre cónyuges | 438 |
| 25. Imputación definitiva de los alimentos provisorios | 443 |

| | |
|---|-----|
| VI. PARTICION | |
| 26. Concepto | 445 |
| 27. Reglas aplicables | 445 |
| 28. Legitimación para pedir la partición | 445 |
| 29. Proporción en que se parte | 446 |
| 30. Forma de la partición | 446 |
| 31. Liquidación y partición de sociedades conyugales sucesivas | 447 |
| 32. Liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas | 448 |
| 33. Convenios entre cónyuges | 451 |
| VII. CASOS ESPECIALES | |
| 34. Situación del “hogar conyugal” después de la disolución y después de la partición de la sociedad conyugal | 453 |
| 35. Bienes que permanecen indivisos después de la disolución de la sociedad conyugal | 455 |
| VIII. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES | |
| 36. La separación de bienes pendiente la indivisión postsocietaria | 460 |
| 37. El régimen de separación de bienes después de la partición | 460 |
| 38. Cargas comunes que subsisten durante la separación de bienes | 461 |
| 39. Contratos entre cónyuges separados de bienes | 462 |
| 40. Cesación de la separación de bienes | 463 |

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Capítulo VII

**DISOLUCION, LIQUIDACION Y PARTICION
DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

1. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. Fin del régimen patrimonial matrimonial.

Llamamos "disolución de la sociedad conyugal" al fin del régimen patrimonial legal.

Como consecuencia de haber creado para los cónyuges en sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros, un régimen imperativo estructurado sobre la distinción entre bienes propios y gananciales y destinados los últimos a dividirse en los términos del artículo 1315, el Código Civil debió prever las causas que determinarían o hicieran necesaria o posible la división y los efectos que comportaría. Sobre las disposiciones pertinentes incidió la ley 14.394 en materia de muerte presunta (prescindimos de referencias al divorcio vincular, vigente durante breve lapso). Por fin, la ley 17.711 se proyectó de manera fundamental en algunos importantes aspectos.

2. Causales de disolución. Enumeración y clasificación.

Las causales de disolución enumeradas en la legislación pueden agruparse conforme a distintos criterios que facilitan la caracterización de cada una de ellas. Lo han efectuado, entre otros, Gatti, Guaglianone, Belluscio, Zannoni.

Proponemos un ordenamiento comprensivo de distintos criterios:

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Clasificación según:

Causa jurídica eficiente

Efectos

| | | | | |
|---|---|---|---|----------------------|
| <p>Operan de pleno derecho (Por vía de consecuencia)</p> | <p>Muerte (art. 1291, C. C.)</p> <p>Vencimiento del plazo de prenotación (art. 30, ley 14394)</p> <p>Matrimonio del cónyuge del muerto presunto (art. 31, ley 14394)</p> <p>Nulidad del matrimonio putativo (art. 1291 C. C.)</p> <p>Divorcio (art. 1306 C. C.)</p> | <p>Fin de todo régimen</p> | <p>Muerte</p> <p>Matrimonio del cónyuge del muerto presunto</p> <p>Nulidad del matrimonio putativo</p> <p>Vencimiento del plazo de prenotación</p> <p>Muerte presunta (art. 1307)</p> | <p>Irreversibles</p> |
| <p>Operan a instancia de parte (Por vía principal)</p> | <p>Mala administración (art. 1294 C. C.)</p> <p>Curatela de un cónyuge por un tercero (art. 1290 CC)</p> <p>Muerte presunta (art. 1307)</p> | <p>Reemplazo del régimen legal por el de separación de bienes</p> | <p>Divorcio</p> <p>Mala administración</p> <p>Curatela de un cónyuge por un tercero</p> | <p>Reversibles</p> |

II. ANALISIS DE LAS CAUSALES

A) CAUSALES QUE OPERAN DE PLENO DERECHO.

3. Muerte del cónyuge.

La muerte del cónyuge extingue el vínculo conyugal (art. 81, ley 2393) y consecuentemente, el régimen patrimonial matrimonial que es uno de sus efectos (art. 1291 C.C.), *ipso iure*, sin que sea reemplazado por ningún otro régimen e irreversiblemente.

La disolución se produce en el momento del fallecimiento conforme con lo dispuesto en el artículo 3282 del Código que fija la apertura de la sucesión en la muerte del causante, recalcándolo en la nota respectiva: "La muerte, la apertura y la trasmisión de la herencia se causan en el mismo instante", coherentemente con el principio, adoptado, de la sucesión en la persona del difunto. Rébora, Fassi, Bossert, Mazzinghi sustentan esta opinión; en contra, decidiéndose porque la disolución de la sociedad conyugal se produce en el día de la muerte, Guaglianone y Zannoni.

4. Causales vinculadas con la muerte presunta del cónyuge.

La declaración de muerte presunta de uno de los cónyuges no disuelve su matrimonio pero abre tres posibilidades de disolución de la sociedad conyugal. Dos de ellas operan de pleno derecho:

a) *Vencimiento del plazo de prenotación*: El artículo 30 de la ley 14.394 dispone que "transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal".

El texto no es de fácil interpretación. Por haber sido inspirado por el Anteproyecto de 1954, optamos por lo que Llambías enseña al respecto explicando que la parte final del artículo 30 posterga la extinción de la sociedad conyugal hasta el fin del período de prenotación y que, por lo tanto, pendiente ese plazo, los bienes propios del presunto muerto entran en el acervo hereditario y los

bienes gananciales quedan al margen de la trasmisión sucesoria, salvo que acaezca una de las otras causales de disolución relacionadas con la muerte presunta. A su vez, esta continuidad de la sociedad conyugal no se tomará en consideración cuando se proceda a partirla pues los ingresos del presunto viudo posteriores a la fecha de la muerte presunta no serán considerados gananciales. Es decir, para la partición se toma como fecha la fijada por el juez como día (y hora) del presuntivo fallecimiento.

Mazzinghi, criticando la subsistencia simultánea del artículo 1307 del Código Civil y del artículo 30 de la ley 14.394, sostiene que la sociedad conyugal queda disuelta a la fecha de la muerte presunta con opción para el cónyuge superviviente entre liquidar los gananciales o dejar subsistente un condominio con los herederos, análogo a la indivisión hereditaria, entendiendo que el artículo 30, al expresar que "concluye y puede ser liquidada la sociedad conyugal", significa que al vencimiento del plazo de prenotación caduca el derecho del cónyuge sobreviviente para oponerse a la división del condominio y que, consiguientemente, la sociedad conyugal puede, desde entonces, ser liquidada a instancia de cualquier interesado.

Con la interpretación que sostenemos la causal opera de pleno derecho. Para ambos criterios expuestos, comporta la imposibilidad del reemplazo de la sociedad conyugal por otro régimen de bienes y sus efectos pueden revertirse por la reaparición del presunto fallecido si su cónyuge no celebró nuevas nupcias.

b) *Matrimonio del cónyuge del muerto presunto*: Según el artículo 31 de la ley 14.394, la declaración de muerte presunta de un cónyuge autoriza al otro a contraer matrimonio quedando disuelto el primer vínculo matrimonial al celebrarse las segundas nupcias, las que no serán afectadas en su validez por la reaparición del presuntivamente fallecido.

Es obvio que, disuelto el vínculo, la sociedad conyugal correspondiente queda también extinguida, de pleno derecho y con carácter de irreversibilidad. Las consideraciones formuladas en el párrafo anterior son extensibles a la fecha de la disolución por esta causal.

5. Nulidad del matrimonio putativo.

El artículo 1291 también dispone que la sociedad conyugal se disuelve "por declararse nulo el matrimonio". La norma es inaplicable al matrimonio viciado con ambos contrayentes de mala fe pues no crea sociedad conyugal (art. 89, 2º, ley 2393).

En cuanto al matrimonio putativo, diferencias en redacción y contenido de los artículos 87 y 88 de la ley 2393 imponen la conveniencia de tratar por separado los dos supuestos que contemplan.

a) *Matrimonio viciado celebrado de buena fe por ambos contrayentes*: Según el apartado 2º del artículo 87 de la ley matrimonial, la nulidad tiene con respecto a los bienes los mismos efectos que la muerte de uno de los cónyuges. Considerando que los efectos del matrimonio se producen hasta el día en que se declara la nulidad (párrafo inicial del artículo citado), la fecha en que se disuelve la sociedad conyugal es aquella en que queda firme la sentencia que declara la invalidez del vínculo matrimonial.

b) *Matrimonio viciado celebrado con buena fe por parte de uno de los contrayentes*: El artículo 88 de la ley 2393 dispone que, en este caso, el matrimonio producirá los efectos del matrimonio válido hasta el día de la sentencia que declare la nulidad pero sólo con respecto al cónyuge de buena fe y a los hijos y no con respecto al cónyuge de mala fe. Esto ha conducido a la doctrina a una solución no exactamente igual a la expuesta para el caso anterior, sosteniéndose que el cónyuge putativo puede optar entre acogerse a que la sociedad conyugal existió durante la unión (por lo tanto, que cesa con la sentencia de nulidad) y que proceden su liquidación y la partición normal de los gananciales, o desconocer la existencia del régimen patrimonial legal y liquidar los bienes como si se tratara de una sociedad de hecho. Guaglianone, por su parte, basándose en la limitación de los efectos de unión legítima a sólo el cónyuge de buena fe, rehusa reconocer al de mala fe derecho alguno a participar en los gananciales adquiridos por el de buena fe, en solución semejante a la consagrada por la ley 17.711 para los separados de hecho, pero que no está prevista para el caso en examen y que resulta inexacto aceptar por cuanto la so-

ciudad conyugal vincula a los dos esposos no pudiendo funcionar unilateralmente (concepto de Mazzinghi que compartimos).

La fecha en que se extingue la sociedad conyugal es también aquella en que queda firme la sentencia que declara la invalidez matrimonial.

c) Mediando nulidad termina el régimen legal sin ser reemplazado por otro e irreversiblemente.

Si la muerte de uno de los cónyuges sobreviniera antes de la sentencia de nulidad, la disolución de la sociedad conyugal se produciría por esta causa, sin afectar el derecho de opción del cónyuge de buena fe (o sus herederos) en el supuesto de que el otro contrayente hubiera sido de mala fe.

6. Divorcio.

a) *Funcionamiento de la causal*: En el sistema del Código Civil, sólo el cónyuge inocente del divorcio podía requerir judicialmente la separación de bienes, ejercitando una iniciativa que le era atribuida como privilegio emergente de su inocencia y como una sanción más para el culpable. Por lo tanto, la sociedad conyugal podía continuar a pesar del divorcio, tanto cuando el cónyuge no hacía uso de su privilegio como cuando ambos eran culpables, aunque hubo acuerdo doctrinario y jurisprudencial en el sentido de reconocer a los dos, en este caso, la personería para promover la separación de bienes.

La solución establecida en el Código aparecía como no teniendo suficientemente en cuenta las bases en que se apoya todo régimen de comunidad, que encara la existencia de bienes comunes como proyección de la unidad vital creada por el matrimonio aún sobre las manifestaciones de la actividad económica de los esposos. Porque ambos cónyuges han contribuido a obtenerlos es que tienen derecho a participar de su uso durante la convivencia y a dividirse el dominio o compartir los beneficios logrados, cuando cesa la cohabitación. Terminada la vida en común, no puede continuar el goce y disfrute en común de los bienes propios o de los gananciales ni hay esfuerzo común en la adquisición de bienes. La razón de ser del régimen societario cesaría con la cohabitación.

Se dieron injustos resultados a que podía conducir el derecho de iniciativa reconocido por el Código: cónyuges inocentes que continuaron beneficiándose con el trabajo del culpable o cónyuges inocentes que incurrieron en conducta posterior al divorcio determinando la necesidad de admitir la legitimación activa del culpable para accionar por disolución, según el criterio imperante en caso de doble culpabilidad calificada en el juicio.

La ley 17.711 introdujo una modificación fundamental con la nueva redacción del artículo 1306 que dispone en su primer párrafo: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe".

Por lo tanto: la disolución conyugal sólo está condicionada a la declaración de divorcio, no a la calificación de la conducta de los cónyuges; no es necesario promover la acción de separación de bienes aparte, simultánea o sucesivamente a la de divorcio, para que, en el primer supuesto, se le diera curso si el accionante era declarado inocente; ya no puede plantearse el problema causado por la conducta del inocente, posterior al divorcio.

Si bien estas soluciones parecen haber superado la problemática de las establecidas en el Código Civil, no son por cierto, inatacables. No debe olvidarse el carácter sancionador que corresponde y debe corresponder al divorcio. Es también innegable la conveniencia de permitir la prolongación de la sociedad conyugal en beneficio del inocente y de los hijos, cuando la partición de los gananciales puede redundar en la pérdida de la única y principal fuente de trabajo o disminuirla sensiblemente.

b) *Fecha de disolución de la sociedad conyugal*: El Código Civil no determinó desde qué fecha se producían los efectos de la disolución de la sociedad conyugal. Se sostuvieron distintas, en particular para el caso más frecuente de la separación de bienes posterior al divorcio, cuya sistematización ha sido repetida y cuidadosamente expuesta por distintos autores. Entre dichas fechas se proponían: la de la sentencia de separación de bienes, la de la demanda, la de su notificación, la de la traba de la litis, la de la sentencia de divorcio.

La ley 17.711 se inclinó por la fecha de la notificación de la demanda, entendiendo que esta comunicación significa para quien la recibe suficiente advertencia y que no pueden formularse en su contra las objeciones que se oponen a las otras fechas posibles: no es tan tardía como la fecha de la sentencia, no afecta actos del demandado otorgados cuando aún ignoraba que lo había sido (como la fecha de la presentación de la demanda) ni le concede tiempo bastante para perjudicar a su cónyuge (como la de la traba de la litis aunque sea la que mejor responde a principios procesales). En caso de divorcio por presentación conjunta, la fecha no puede ser otra que la de la presentación.

La protección de los terceros de buena fe está prevista en el artículo 1306 sin especificar la fecha desde la cual les es oponible la disolución de la sociedad conyugal. Remitirse a la fecha de la sentencia es insuficiente puesto que la buena fe consiste en el desconocimiento del divorcio y ni el pronunciamiento judicial ni su inscripción en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas (decreto-ley 8204/63, art. 47, inc. 3º) aseguran de hecho su publicidad. La cuestión se vincula con la caracterización del derecho de los cónyuges sobre los gananciales después de la disolución, lo que se estudia infra en los Nº 14 y siguientes, en especial en el Nº 16 y siguientes.

c) *Efectos*: La sentencia de divorcio pone fin al régimen legal de comunidad que es sustituido por el de separación de bienes siendo factible el renacimiento del primero en virtud de la reconciliación de los cónyuges. Según el artículo 71 de la ley 2393, cesan los efectos del divorcio ya decretado con la reconciliación de los esposos, reconciliación presumida en caso de reanudarse la cohabitación. Si la reconciliación es tácita, la también tácita reconstitución de la sociedad conyugal compromete múltiples intereses que ya antes de la ley 17.711 inducían a reclamar medidas de publicidad o a extender al caso la exigencia de escritura pública o resolución judicial que establece el artículo 1304. Esta interpretación puede considerarse predominante en doctrina y jurisprudencia.

El vigente régimen de gestión de gananciales acentúa la necesidad de publicitar la reconciliación, porque el restablecimiento de

la sociedad conyugal, al restituir “todo al estado anterior a la demanda de divorcio” (art. cit.) vuelve a imponer la exigencia del asentimiento del cónyuge no administrador para los actos previstos en el artículo 1277, con la sanción de nulidad relativa y total que recaerá sobre ellos si se han otorgado sin ese asentimiento o el judicial en su defecto. No es necesario insistir en la importancia que la publicidad del restablecimiento de la sociedad conyugal tiene para la seguridad del tráfico económico jurídico de los bienes, por lo que debería exigirse el requisito de la escritura pública o resolución judicial del artículo 1304. Pero no será procedente: la disolución de la comunidad de bienes es resultado directo y necesario de la sentencia de divorcio, un efecto que cesa como los otros por la reconciliación. Se impondría revisión legislativa en este punto para exigir adecuados recaudos que hagan pública la reanudación del régimen legal, tal como lo prevén el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936.

B) CAUSALES QUE OPERAN A INSTANCIA DE PARTE.

7. Mala administración de un cónyuge.

El artículo 1294 del Código Civil reza: “El derecho a pedir la separación de bienes, sólo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores”.

Este artículo protagoniza una historia muy singular en el conjunto del articulado del Código Civil: original del codificador permanece inalterado a través de reformas legislativas que afectaron decididamente otras disposiciones que constituían su engarce lógico en la redacción de Vélez Sársfield. A su alrededor fue modificado dos veces el régimen de gestión de bienes de los cónyuges (leyes 11.357 y 17.711), una vez el sistema de responsabilidad de los mismos por las deudas (ley 11.357) y se sucedieron cuatro distintas reglamentaciones de los concursos posteriores al Código de Comercio de 1862, hasta la ley 19.551.

Tan variable contexto torna comprensible que se ofrezca un panorama vacilante de su interpretación y que las conclusiones a

que se arribe sean diferentes para los dos supuestos que abarca: el concurso y la mala administración.

a) *Supresión del concurso o quiebra como causal de disolución de la sociedad conyugal*: Es fundado compartir la opinión mayoritaria que sostiene que el concurso de un cónyuge debe considerarse suprimido como causal de disolución de la sociedad conyugal a partir de la ley 11.357 y aún más claramente, si cabe, después de la ley 17.711, dados el régimen de gestión de los bienes y el principio de la separación de las deudas.

La disolución de la sociedad conyugal posterior al concurso de un cónyuge: no beneficia al otro consorte porque no le es posible sustraer gananciales de la masa ni obtener las recompensas debidas a su favor con preferencia al pago de los acreedores del concursado; coloca al concursado en el riesgo de que la mitad de los gananciales adquiridos por él (o ella) queden incorporados al concurso porque la disolución de la sociedad produce la simultánea indivisión de los gananciales entre los dos esposos; carece de trascendencia efectiva a pesar de que la separación de bienes permitiría sustraer al desapoderamiento los bienes adquiridos posteriormente por la esposa (no por el marido, en su lugar y caso) a los que hubiera correspondido la calificación de gananciales dudosos o inciertos, porque esta razón se diluye ante la elemental conclusión de que la cónyuge puede obtener idéntico resultado proveyéndose de las pruebas adecuadas para demostrar que es el sujeto de los derechos sobre tales bienes (dueña de la cosa, acreedora del crédito, etc.). La única razón valedera para justificar que se solicite el fin del régimen legal porque uno de los cónyuges ha caído en concurso, es la desaparición de la exigencia del artículo 1277 para el no concursado, en el futuro, o sea, la plena libertad de disposición sobre sus ex-gananciales y el bien propio hogar conyugal. Pero esta ventaja no compensa el riesgo que corre con la indivisión sobreviniente a la disolución de la sociedad conyugal y contraría la imperatividad del régimen legal.

Es verdad que el concurso constituye o puede constituir un índice claro de mala administración. No hay inconveniente en que el cónyuge interesado espere a la rehabilitación del concursado con

lo que desaparece el peligro de tener que compartir los gananciales de su gestión con los acreedores insatisfechos, y solicite entonces el fin de la sociedad invocando la causal de mala administración. Pero en tal situación la causal es ésta y no el concurso.

Fassi y Bossert aceptan la subsistencia del concurso como causal disolutoria, extensiva al marido.

b) *Subsistencia de la mala administración como causal de disolución de la sociedad conyugal*: Por el contrario, sostenemos que subsiste la causal de mala administración porque el artículo 1294 no ha sido derogado expresa ni tácitamente ni por la ley 11.357 ni por la ley 17.711, y ello a pesar de que el actual régimen de gestión de los bienes junto a la separación de deudas evidencian que la gestión de un cónyuge no puede comprometer los bienes del otro.

En efecto, es razonable sustentar que el artículo 1294 posee sentido y finalidad práctica. Véanse las siguientes razones:

La disolución de la sociedad conyugal sigue siendo indispensable para abrir el juego de las recompensas debidas a los cónyuges, a determinarse en oportunidad de la liquidación. Pues bien, entre las que pueden resultar a favor de uno de los consortes, figuran las que compensan bienes propios del mismo empleados en ventaja de lo ganancial. Así sucede, por ejemplo, en caso de una deuda definitivamente común saldada con fondos propios (art. 1275), o del bien propio que resulta ganancial por incumplimiento del artículo 1246, o de bienes adquiridos con fondos de distinto origen a los que corresponde la calificación de gananciales o, en el muy frecuente, de la enajenación de bienes propios cuyo precio no fue invertido y se gastó en beneficio del matrimonio, etc. La mala gestión del consorte puede poner al otro en peligro de perder el valor de esos bienes propios suyos, ya que no se trata de pretender recuperarlos en especie, al arriesgar la integridad del patrimonio del que el cónyuge acreedor obtendrá sus recompensas.

Incluso el texto del artículo 1294 es fielmente receptado: la mala administración de un cónyuge ubica al otro en *peligro de perder el valor de sus bienes propios*.

La mala administración compromete los gananciales y, entre ellos, si el deficiente gestor es el marido, los adquiridos por la esposa cuando es difícil la determinación precisa del nombre del titular de los derechos sobre los bienes cuestionados: están sujetos a la actividad jurídica del marido y son ejecutables por sus deudas personales. Aun el recaudo protector establecido en el artículo 1277 puede resultar insuficiente por la importancia económica de los gananciales no incluidos y por recaer las deudas personales sobre bienes para cuya disposición se exige asentimiento conyugal.

Aunque tales peligros no recaen sobre bienes *propios* es admisible una interpretación que extienda las palabras de la ley a los gananciales porque el artículo 1294 ha de ubicarse en el contexto de 1968. Cafferata sostiene que "aceptada la vigencia actual del dispositivo (el art. 1294)... y dado que cada cónyuge maneja sus bienes propios, es lógico concluir que hoy la situación contemplada en la previsión de la ley debe abarcar los comunes" (*Administración y disposición de bienes en la sociedad conyugal*, p. 99 y 100). Y la posición cuenta con el apoyo de Spota: "Aun la disolución de la sociedad conyugal por mala administración del cónyuge puede fundarse en una conducta que lleve consigo el peligro de lesionar los bienes gananciales y ello como legítima extensión analógica del artículo 1294" (*Sobre las reformas al Código Civil*, p. 59).

Puede objetarse la entidad ética de la interpretación que antecede, por el lugar secundario que ocupa lo patrimonial entre los efectos del matrimonio, subordinado a los que hacen a la esencia de la comunidad de vida. El reparo es irrefutable si el matrimonio se desenvuelve con normalidad, pero justamente en la situación estudiada se suponen alteraciones en la convivencia que, no por ser patrimoniales, afectan menos la armonía necesaria para la consecución de sus fines. Por el contrario, terminar con los motivos de roces y hasta enfrentamientos, puede favorecer las relaciones conyugales e impedir el recurso a la extrema medida del divorcio.

Además, está de por medio el interés de la familia, en particular de los hijos menores o incapaces, comprometido en la mala gestión de bienes destinados a un uso en común. Hasta los gananciales adquiridos por el otro cónyuge se verán disminuidos cuando,

a la muerte del que no supo administrar, recaigan sobre la mitad de ellos las deudas del causante insolvente. Se ha remitido la solución de este planteo a la institución de la inhabilitación por prodigalidad (art. 152 bis), pero la inhabilitación exige el requisito de haberse dilapidado una parte importante del patrimonio, lo que puede no haberse dado a pesar de la mala administración. Por otra parte, no es difícil sospechar que el cónyuge se resentirá más por su inhabilitación que por la separación de bienes que en nada afecta su actividad jurídica futura.

Otros argumentos contribuyen a favorecer la tesis sustentada:

La posibilidad de desinteligencias conyugales por razón de la actividad económico-jurídica de los esposos no ha desaparecido con el actual régimen de gestión que reemplaza unos motivos por otros: la necesidad del asentimiento para los negocios incluidos en el artículo 1277 es uno de ellos. Tampoco se ha estructurado un sistema íntegramente protector de los bienes de destino común, lo que resulta evidente, por ejemplo, en el supuesto del cónyuge titular que con su inacción contribuye a la prescripción adquisitiva de un tercero, produciéndose la eliminación de un bien del patrimonio ganancial sin ninguna intervención del consorte que resultará finalmente perjudicado. Es innegable que se trata aquí de "mala administración" del propietario. Obsérvese también que las dificultades planteadas por la separación de hecho se desplazarían por medio de la separación de bienes, eludiéndose el divorcio y siempre que se demostrara el extremo exigido por el artículo 1294.

El número de medidas protectoras de la actividad económica y el patrimonio de los consortes queda completado al proveérseles de acciones de ejercicio menos complejo y de más fácil satisfacción de los requisitos probatorios. La acción de simulación y la acción pauliana no reúnen estas características y, en cuanto a las especiales previstas en los artículos 1297 y 1298, su atribución depende de la separación de bienes: admitir ésta por mala administración de un cónyuge las hace procedentes.

La inmutabilidad del régimen de bienes es una cualidad del argentino, general en el derecho extranjero. Ultimamente se han registrado modificaciones importantes en la materia, por ejemplo,

las introducidas por la reforma francesa de 1965. Admitir la separación de bienes con causa y resolución judicial contribuye a la flexibilidad del régimen patrimonial matrimonial. Los intereses de terceros no se encuentran mucho mejor defendidos cuando la sociedad conyugal se disuelve por divorcio, sin perjuicio de que sea de desear un sistema adecuado de publicidad.

El tema de la disolución de la sociedad conyugal por mala administración fue objeto de estudio en las reuniones de comisión durante las V Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en el año 1971, sin que llegara a ser considerado en el plenario. Un conjunto prestigioso de especialistas se pronunció en tal oportunidad por la vigencia actual del artículo 1294.

Fassi y Bossert también aceptan la subsistencia de la causal.

La "mala administración", determina el reemplazo del régimen de sociedad conyugal por la separación de bienes, pudiendo reconstituirse aquélla en los términos del artículo 1304.

Rehúsan la subsistencia de la causal, Guaglianone, Borda, Mazzinghi, Vidal Taquini y Belluscio.

8. Curatela de un cónyuge por un tercero.

El Código Civil contempla la situación de la esposa cuyo marido fuera declarado interdicto y tuviera por curador a un tercero. Belluscio destacó desde inmediatamente después a la sanción de la ley 17.711, que la administración de la sociedad conyugal por un tercero no puede ya presentarse porque ha desaparecido la figura del administrador de la sociedad conyugal. Pero no queda excluida la posibilidad de curatela del cónyuge interdicto o simple ausente por alguien distinto del cónyuge capaz y que caigan bajo la administración de un curador extraño los bienes que el marido administra por imposibilidad o dificultad de demostrar su origen.

En el régimen compuesto de administración de la sociedad conyugal que introdujo la ley 11.357 se admitió la subsistencia de la causal que estudiamos, ya que pese a que la esposa administrara sus propios bienes por la revocación del mandato tácito o los gananciales adquiridos con su trabajo, siempre podían restar ganan-

ciales bajo la administración marital, bienes que tenía derecho a sustraer a la gestión del extraño al matrimonio. Mas en el régimen compuesto hubo de reconocerse idéntico derecho al marido cuando la administración de gananciales por la esposa y la curatela de ésta por un extraño, lo colocaba en la misma condición.

En el sistema de gestión incorporado por la ley 17.711 subsisten iguales razones para admitir el derecho de cualquiera de los cónyuges a promover la separación de bienes en este caso. Incluso ha aparecido una exigencia que subraya la conveniencia de ejercer esa facultad: la del asentimiento del cónyuge interdicto que el capaz necesita para los actos previstos en el artículo 1277, exigencia que lo pone en la alternativa de requerirlo del extraño curador, lo que es a todas luces insostenible, o del juez. La separación de bienes simplificaría la gestión del cónyuge capaz.

Admitida la conclusión observamos que:

La causal procede en todo caso de curatela por un tercero, de uno de los cónyuges (demente declarado, sordomudo interdicto, penado) o de sus bienes (simple ausente; en caso de muerte presunta no existe, por supuesto, curatela).

Ha de admitirse también en caso de curatela, por un tercero, del cónyuge inhabilitado, dado que éste necesita la conformidad del curador para disponer por actos entre vivos (art. 152 bis), luego concurren las mismas razones que en caso de incapacidad.

La fecha de disolución de la sociedad entre los cónyuges será la de la notificación de la demanda de separación de bienes.

El levantamiento de la interdicción o inhabilitación o el cumplimiento de la pena satisfacen un mínimo de publicidad para el restablecimiento de la sociedad conyugal. En cuanto a la curatela del ausente, no hay duda de que debe ser levantada con intervención judicial.

Es innecesario aclarar que la causal no procede cuando el cónyuge capaz ejerce la curatela del incapaz.

No existe acuerdo doctrinario en cuanto a la extensión de la norma al caso en que el incapaz fuera la esposa para reconocer la acción de separación de bienes al marido capaz. Borda la acepta

por imposición de la igualdad jurídica de los cónyuges. Belluscio se pronuncia en contra invocando la redacción de los artículos 1289 y 1290 y Guaglianone la admite sólo en el caso de que la curatela de la esposa haya sido judicialmente negada al marido.

9. Muerte presunta (art. 1307).

Interpretada en el contexto del actual régimen de igualdad jurídica de los cónyuges, de gestión de sus bienes, y de muerte presunta según la ley 14.394, el precepto del artículo 1307 del Código Civil y sus complementarios (arts. 1308 a 1311) conservan vigencia, siendo extensivos al marido en el lugar y caso en que los textos se refieren a la esposa. Es decir, cualquiera de los cónyuges después de la declaración de muerte presunta del otro y antes de que la disolución de la sociedad conyugal se produzca por vencimiento de plazo de prenotación o segundo matrimonio del presunto viudo, puede solicitar la separación de bienes. La extensión de la causal al marido es aceptada por Guaglianone y rechazada por Fassi, Bossert, Llambías, Cornejo, Vidal Taquini y Belluscio.

El régimen de sociedad conyugal no es reemplazado por ningún otro y los efectos de la sentencia son reversibles porque la sociedad se reconstituirá por la reaparición del muerto presunto salvo que su cónyuge haya contraído nuevas nupcias.

III. LA SEPARACION DE HECHO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

El último párrafo del artículo 1306 del Código, dispone: "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".

10. Antecedentes.

Con respecto a la separación de hecho, la jurisprudencia sostuvo tres tesis: la de la total ineficacia de la separación de hecho sobre la sociedad conyugal; la de su efecto disolutorio entre los cónyuges; la de su efecto sancionador sobre el culpable de la misma que pier-

de todo derecho a los gananciales adquiridos por el inocente desde la separación, o sobre ambos si existió acuerdo en la interrupción de la convivencia. (Conf. sobre el tema: Morello, Augusto Mario, *Separación de hecho entre cónyuges*, cap. XVIII, XIX y XX, ps. 253 y ss.; particularmente por su claridad y precisión: Guastavino, Elías P., *Separación de hecho y disolución de la sociedad conyugal*, en J. A., 1958-IV, p. 366. También Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, Cap. VI, N° 1). Laboriosa tarea había conducido a ubicarse en esta última orientación, tesis que ahora consagra la ley 17.711 en el último párrafo del artículo 1306.

11. Fundamentos.

La fundamentación del precepto impone contraponer dos conclusiones. Por una parte, la que encuentra la razón de ser de la ganancialidad en el esfuerzo común de los cónyuges de modo que, interrumpida la convivencia y consiguiente colaboración, no se justificaría atribuir el carácter de gananciales a los bienes adquiridos posteriormente al cese de la cohabitación y ello con respecto a ambos esposos prescindiendo de su inocencia o culpabilidad en cuanto al conflicto matrimonial. Sobre esta argumentación se impone la debida valoración del matrimonio, de los deberes que crea y del régimen de bienes que es imperativo. El cónyuge culpable está violando el deber de cohabitación, ambos lo hacen si han llegado a la separación de común acuerdo. Ni de una voluntad ni de las dos puede depender modificar el *status* matrimonial. La norma subraya la trascendencia de los deberes matrimoniales.

12. Alcances y consecuencias.

La separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal ni autoriza a solicitar la separación de bienes. El inocente conserva derecho a participar en los gananciales adquiridos por el culpable durante la separación. Es el suyo, en principio, "un derecho de defensa", una excepción perentoria por la que puede oponerse exitosamente a la pretensión del culpable.

Si la separación de hecho es anterior al divorcio, la sociedad se disuelve con la sentencia y con el efecto retroactivo a la fecha

de la notificación de la demanda, pero el culpable de la separación pierde derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro a partir de ésta.

El cónyuge legítimo culpable de la separación de hecho pierde el derecho a los gananciales adquiridos por el bigamo desde la misma. O sea que la norma que exponemos viene a completar el artículo 1316.

Durante la separación de hecho rige el requisito establecido en el artículo 1277, que podrá satisfacerse reemplazando el asentimiento del cónyuge por el judicial, asentimiento que el juez sólo podrá negar con muy fundados motivos para no impulsar a los cónyuges al divorcio.

Será preciso calificar el elemento subjetivo de la separación y determinar su fecha. Ambas determinaciones serán oportunas al debatirse en juicio la liquidación de la sociedad conyugal (por muerte de un cónyuge, por divorcio).

La inclusión de norma expresa sobre la separación de hecho excluye toda construcción, por valiosa que sea, para admitirla como causa que autoriza a solicitar la separación de bienes.

13. Supuesto de culpabilidad de ambos cónyuges.

El caso se ha planteado ante los tribunales. La culpa concurrente, es decir, de ambos esposos, puede presentarse simultánea o sucesivamente. Hay culpa concurrente simultánea en los consortes que resuelven y consuman la separación de mutuo acuerdo o que protagonizan un abandono recíproco sin previa avenencia. Hay culpa concurrente sucesiva cuando el cónyuge abandonado o forzado a separarse por la inconducta del otro, asume posteriormente la decisión de no reanudar la convivencia, salvo que le resulte inaceptable por razonables motivos, o incurre en adulterio o actos de grave inconducta moral.

Las soluciones propuestas para la hipótesis son dos:

- a) Ambos cónyuges pierden el derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro;

- b) el artículo 1306 no puede tomarse en consideración y el régimen de la sociedad conyugal funciona normalmente; si la culpabilidad de uno de los esposos fuera sobreviviente a la del otro, el artículo 1306 sería aplicable hasta que se configurara la culpabilidad acaecida en último término.

Este segundo criterio es sostenido por Mazzinghi mientras que adhieren al primero, que compartimos, Borda, Zannoni, Fassi, Bossert, Spota, Kemelmajer de Carlucci. Tal comprensión de la norma es, en efecto, armónica con los caracteres del régimen patrimonial matrimonial y se apoya en el abuso del derecho en que incurriría el que pretendiera participar en los gananciales a pesar de su culpabilidad.

La ley consagra en el artículo 1306 una relación de causa - efecto, a saber, la responsabilidad por la violación de un deber jurídico y la extinción del derecho de participación. Es por ser culpable que se pierde el derecho de invocar el artículo 1315 desde el hecho cometido con esa cualidad. Por lo tanto, si ambos esposos merecen el calificativo de culpables, los efectos extintivos del derecho deben recaer sobre ambos.

La objeción más importante a este criterio resulta de ver en el doble efecto extintivo del derecho a compartir los gananciales, una especie de disolución de la sociedad conyugal en virtud del incumplimiento recíproco de los deberes conyugales y aun por mutuo acuerdo de los esposos, prescindiendo totalmente del régimen legal. Sin duda, uno de los elementos característicos de la "ganancialidad" queda extinguido, pero sólo relativamente a que esos gananciales no se dividirán, subsistiendo todos los otros efectos de la misma, entre ellos el de las restricciones a los poderes de disposición del cónyuge titular. Fuera de los cónyuges sólo se verán afectados sus herederos porque dichos gananciales anómalos no podrán ser compartidos por los que ocupen el lugar del cónyuge culpable por vía sucesoria.

Con respecto a la fecha desde la cual se aplica la sanción, caben las variantes que dependen de la simultaneidad o no simultaneidad de las culpas. Si la separación nació del común acuerdo conyugal o del abandono recíproco simultáneo, la fecha en que se

inicia la caducidad de la "ganancialidad" es única: la de la separación de hecho. Si la culpabilidad de uno y otro consorte se ha presentado sucesivamente, Spota y Kemelmajer de Carlucci se inclinan por la misma fecha; Belluscio y Zannoni por aquella en que se configuró su culpabilidad para el que incurrió en ella en segundo lugar, en lo que al mismo se refiere. Participamos de esta tesis porque la norma del artículo 1306 se refiere no sólo al hecho objetivo de la separación sino al subjetivo de la culpabilidad. Es innegable que así se tropieza con graves inconvenientes prácticos: la imprecisión de la fecha en que se concreta la culpabilidad del cónyuge originariamente inocente y las dificultades de la prueba. Habrá que sustituir la fecha, prácticamente imposible de determinar y de probar, por la época en que la conducta se manifestó o comenzó a exteriorizarse.

IV. LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA

14. Generalidades.

La legislación argentina presenta un lamentable vacío sobre el período que se extiende desde la disolución de la sociedad conyugal hasta la partición concluida de los bienes gananciales. De allí tajantes divergencias doctrinarias cuya exposición detallada excede los límites de esta obra por lo que sólo se hace referencia a las mismas, para detenernos en la que consideramos conviene a la estructura, funcionamiento y finalidad última de nuestro régimen patrimonial matrimonial según resulta de sus aspectos expresamente previstos por las leyes.

A) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA EN VIDA DE AMBOS CONYUGES.

Las soluciones doctrinarias en cuanto a la situación jurídica de los gananciales en el período estudiado, se diversifican en dos corrientes principales.

15. Soluciones basadas en la inexistencia de división postsocietaria.

En esta corriente doctrinaria, se niega la configuración de una indivisión de los gananciales como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal para enfocar toda la problemática como la

de una liquidación, con las siguientes consecuencias: los gananciales del marido y de la esposa no se confunden *ipso iure* en una sola masa; la administración y disposición de los mismos continúa como era antes de la disolución; cada una de las dos masas gananciales debe soportar su pasivo; el derecho de cada cónyuge a compartir la mitad de los gananciales del otro se hará efectivo sobre el activo neto, es decir, una vez satisfechas las deudas que pesan sobre ellos. Es la tesis de Fassi y Bossert, que desarrollan exhaustivamente en su obra *Sociedad conyugal*, T. II, p. 225 y ss.

16. Soluciones basadas en la existencia de indivisión post-societaria.

También la doctrina ubicada en esta tendencia se divide en dos corrientes: para una, la indivisión postsocietaria es una universalidad jurídica similar aunque no idéntica a la indivisión hereditaria, es decir, a la que existe entre los herederos desde la muerte del causante hasta la partición de la herencia (tesis de Guaglianone); para otra, al producirse la disolución de la sociedad conyugal nace un condominio de los esposos sobre las cosas gananciales y una copropiedad sobre los bienes no cosas gananciales. Nos inclinamos por esta tesis, expuesta por Mazzinghi (*Derecho de Familia*, T. II, Nros. 325 y ss.). En efecto, sostenemos, como hemos expresado, que el régimen argentino es un régimen de comunidad (ver *supra* Capítulo VI, N° 69) Ahora bien, la oponibilidad del condominio o copropiedad a terceros depende de los principios y normas respectivas a estas instituciones. Como muy bien expresa Mazzinghi, el derecho de cada cónyuge sobre la mitad indivisa de los bienes gananciales del otro, que rige plenamente entre cónyuges, queda larvado "respecto de los terceros hasta que el cónyuge interesado obtenga el modo de conferirle publicidad" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 349). Dado que el título del derecho del consorte originariamente no titular, es la sentencia de divorcio, separación de bienes o nulidad del matrimonio, la publicidad se logra con la inscripción respectiva según proceda: artículo 2505 Código Civil y artículo 20, ley 17.801 (inmuebles), decreto-ley 6582/58 (automotores), artículos 7 y 12, ley 11.867 (fondos de comercio). A las cosas muebles no registrables se aplican los artículos 577, 2412 y concordantes del Código Civil, a

las acciones, el artículo 2390 del Código Civil. En lo que hace a los créditos, la copropiedad es oponible a terceros desde la notificación al deudor (analogía con el régimen de cesión de créditos, artículos 1459 y concordantes, Código Civil). En consecuencia de esta característica, *la fecha de la disolución de la sociedad conyugal con respecto a terceros de buena fe, viene a ser aquella desde la cual les es oponible el común derecho de los cónyuges*, cualquiera sea la situación de dichos terceros con respecto a los esposos, es decir, deudores suyos, acreedores suyos, adquirentes de sus bienes.

17. Consecuencias de la disolución de la sociedad conyugal.

a) BIENES QUE CAEN EN CONDOMINIO O COPROPIEDAD.

Todos los bienes gananciales existentes en el patrimonio de los esposos a la disolución de la sociedad conyugal caen en condominio o copropiedad entre ellos, con excepción de los gananciales anómalos.

Bienes incorporados a dichos patrimonios después de la disolución son reputados gananciales en los siguientes casos: si han sido adquiridos por título oneroso originado durante la vigencia del régimen (art. 1273 y su *ratio legis*); si reemplazan a bienes gananciales (subrogación real); si son frutos de gananciales (principio de accesoriedad); si resultan de la transformación o evolución de gananciales (*idem*). Los productos tienen la condición de los bienes de los cuales se extraen.

Todos los otros bienes incorporados onerosamente al patrimonio de los esposos después de la disolución, son personales suyos. En particular, el artículo 1301 dispone que un cónyuge no tiene parte en lo que gane el otro después de la separación de bienes.

b) DEUDAS DE LOS CÓNYUGES.

Las deudas nacidas durante la vigencia de la sociedad conyugal conservan su cualidad de personales o comunes. Las deudas contraídas o recaídas sobre los esposos después de la disolución, son personales, porque las que serían comunes según el artículo 6 de la ley 11.357, recaen sobre ambos cónyuges en virtud de otros

principios, así, por ejemplo, la obligación de ambos de sustentar y educar a los hijos (ver *infra* N° 23, c, y su remisión). En cuanto a los gastos requeridos por la conservación y administración de los gananciales y los resultantes de las exigencias de la liquidación, son también personales del consorte que los contrajo por aplicación de las normas referentes a las mismas situaciones con respecto a los condóminos (ver *infra*, N° 23, d).

c) GESTIÓN DE LOS BIENES COMUNES.

Administración: La administración de los bienes comunes se efectúa conforme con las reglas y principios del condominio o de las aplicables a la copropiedad, en su caso, salvo que los cónyuges acuerden otro sistema o constituyan una sociedad de hecho entre sí. Cuando directa o supletoriamente (con respecto a lo pactado por los esposos) juegue el régimen del condominio o copropiedad, la divergencia de los condóminos en cuestiones determinadas se resolverán conforme a lo prescripto en el artículo 2706 del Código Civil. El administrador está siempre obligado a rendir cuentas.

Mazzinghi aclara que corresponde al cónyuge originariamente titular, continuar en la administración de los créditos hasta que el deudor haya sido notificado, con derecho del otro cónyuge a interponer medidas precautorias y responsabilidad del administrador con respecto al copropietario (aplicación analógica del artículo 2701); también que corresponde al cónyuge socio la administración de las cuotas sociales en sociedades no por acciones puesto que la calidad de tal no se comparte (art. 35 y 364 in fine, ley 19.550); y, finalmente, que los establecimientos comerciales o industriales deben continuar bajo la administración de quien la ejercía hasta la disolución de la sociedad (aplicación analógica del artículo 53, ley 14.394) con posibilidad de medidas precautorias a favor del consorte no gestor (*Derecho de Familia*, T. II, N° 331).

Las VIII Jornadas de Derecho Civil reunidas en Buenos Aires en 1979, recomendaron lo siguiente en cuanto a la administración

de los bienes durante el período de liquidación de la sociedad conyugal: "1º) La administración de los bienes gananciales debe realizarse de acuerdo entre los cónyuges. En caso de desacuerdo, decidirá la autoridad judicial. 2º) Este criterio no se aplica, en principio, a la administración de establecimientos comerciales, industriales, agrícolas o de cualquier otra especie, cuando ella ha sido ejercida exclusivamente por uno de los cónyuges, en virtud de su titularidad única y de su mayor idoneidad. 3º) En cualquier caso, el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal".

Disposición: Consecuentemente con la posición adoptada sobre los efectos de la disolución de la sociedad conyugal, la disposición de los bienes comunes debe sujetarse a las reglas del condominio. Por lo tanto, el condómino no puede enajenar ni constituir servidumbres o hipotecas en perjuicio de los condóminos (art. 2682 C.C.) ni, en general, otorgar actos jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad del todo de la cosa (art. 1331), bajo sanción de nulidad. Estas normas suponen la inscripción del derecho común; mientras no haya sido efectuada, debe satisfacerse el requisito del artículo 1277, en el interés del consorte no titular originariamente, pues sería absurdo que se encontrara menos protegido durante la indivisión que durante la vigencia del régimen si no ha tenido la previsión de trabar medidas precautorias sobre los bienes del otro consorte. Planteada esta situación, el cónyuge no titular originario expresa su *consentimiento* (ya no su asentimiento) con las respectivas consecuencias: es parte en el negocio, codispone, es preciso que no se halle inhibido, adquiere el derecho a la mitad de la contraprestación, asume las responsabilidades emergentes del acto y su disconformidad, en su caso, no puede ser suplida judicialmente restando sólo que el juez resuelva el conflicto mediante la división del condominio (confr. Mazzinghi, *Derecho de Familia*, T. III, Nº 335).

Los actos no incluidos en el artículo 1277 pueden ser de hecho realizados por el cónyuge originariamente titular de los bienes, com-

prometiendo su responsabilidad y siendo posible que configuren negocios fraudulentos con respecto al otro cónyuge.

Las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron: "Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges".

18. Consecuencias de la retroactividad de la disolución entre cónyuges.

Una situación especial plantea la retroactividad de la sentencia de divorcio o de separación de bienes entre los cónyuges por cuanto el fin del régimen patrimonial recién se produce con la respectiva sentencia. Es muy claro que a la fecha de la presentación de la demanda o de la presentación conjunta se "agota la fuente de la ganancialidad" por lo que los bienes gananciales originariamente adquiridos posteriormente a esa fecha son anómalos y no serán divididos. Los resultados de la retroactividad con respecto a los gananciales destinados al derecho común de los esposos (es decir, a los que no son anómalos) se circunscriben a la obligación de rendir cuentas por la administración efectuada por el cónyuge que ya la tenía a su cargo pendiente el régimen patrimonial y que continuó en ella hasta la sentencia que causa la disolución de la sociedad conyugal. Con respecto a los actos de disposición celebrados en este mismo período, la nulidad que procedería según los principios generales al haberse dispuesto de cosa parcialmente ajena, queda cubierta por el asentimiento conyugal para los negocios de mayor importancia económica, sin perjuicio de que, dados los requisitos de ley, puedan estos y otros actos atacarse por fraudulentos. La validez del negocio celebrado no significa que la contraprestación no deba ser compartida puesto que no constituye un ganancial incorporado originariamente al patrimonio del cónyuge después de la fecha de retroactividad de la disolución sino que reemplaza a un bien ganancial ya existente a la misma. Si la contraprestación ya no está en el patrimonio del disponente al acaecer la disolución, la parte del otro cónyuge deberá ser salvada en la liquidación.

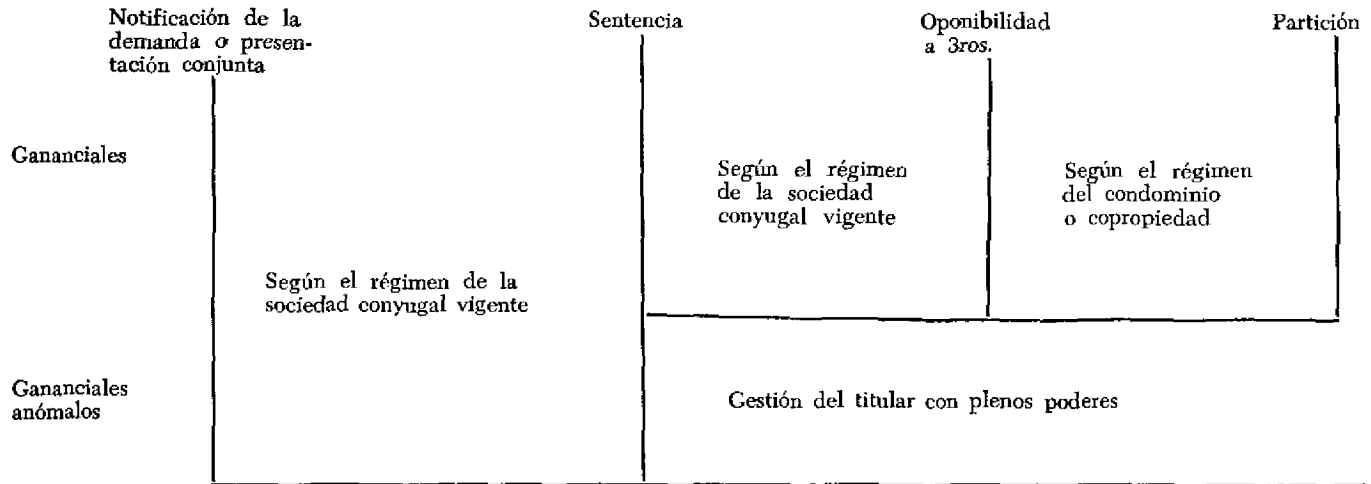
19. Los negocios jurídicos sobre los gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución.

Los negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes de la disolución están sujetos al régimen de los gananciales destinados a dividirse entre los esposos. Una vez producida la disolución de la sociedad conyugal, quedan sujetos a la gestión de plenos poderes del titular. Este es hábil para otorgar los negocios incluidos en el artículo 1277 del Código Civil sin asentimiento del cónyuge o judicial o sin intervención de los herederos de aquél, porque son bienes personales suyos, ajenos a la indivisión postso-cietaria. Si se pretendiera lo contrario, la falta del asentimiento carecería de sanción por ausencia de interés en qué fundar la acción de nulidad del cónyuge no titular, sus herederos o acreedores en el ejercicio de la acción subrogatoria, únicos con derecho a promoverla cuando falta la debida conformidad. Los principios del condominio o copropiedad también son inaplicables porque estos bienes no entran en el derecho común de los cónyuges.

La diferencia en el sistema de gestión de estos bienes antes y después de la disolución se basa en que su "anormalidad" depende de que se dicte la sentencia que determina el fin del régimen patrimonial. Se destaca muy bien su cualidad de "gananciales dinámicos de naturaleza resoluble" como los denomina Molinario (*De algunas distinciones de bienes gananciales*, en LL 135, 1311 y ss.) porque son gananciales mientras la sociedad no ha sido disuelta pero pierden ese carácter al disolverse por la sentencia de divorcio o separación de bienes.

20. Esquematación del régimen de gestión de los gananciales entre la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes y la sentencia correspondiente, y después de ésta.

Sociedad disuelta - Etapa de liquidación



B) LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR CAUSA DE MUERTE.

21. Generalidades.

Cuando la causa de disolución de la sociedad conyugal es la muerte, la sociedad disuelta integra una sola indivisión con la hereditaria, al menos, en la práctica, quedando sobreentendido el condominio o copropiedad de los gananciales entre el viudo o viuda, en su carácter de cónyuge, y los herederos del causante, entre los que figura aquél o aquélla, si es heredero/a sobre estos bienes. Producido el fallecimiento de un consorte, los gananciales de cualquier titularidad quedan ligados, entonces, a la sucesión, por la incorporación de la mitad indivisa de dichos bienes (los que corresponden a la parte del difunto) al acervo hereditario.

- a) Se reputan gananciales los mismos bienes que son tales en caso de disolución de la sociedad en vida de ambos esposos.
- b) Las deudas originadas durante la vigencia del régimen patrimonial conservan su cualidad de personales o comunes. Las deudas contraídas por el supérstite son personales suyas.

Las emergentes de la conservación de los bienes gananciales o de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal, quedan sujetas al régimen sucesorio.

- c) La gestión de los gananciales indivisos también se rige por lo dispuesto en el Código Civil y en los Códigos de Procedimientos Civiles para la sucesión. En principio, se aplica el artículo 3451 del Código Civil.

V. LIQUIDACION

22. Concepto y contenido.

La liquidación de la sociedad conyugal consiste en el conjunto de operaciones que se realizan para posibilitar la partición de los bienes gananciales asegurando a cada cónyuge la satisfacción del derecho que les confiere el artículo 1315 del Código Civil.

Fundamentalmente, las operaciones comprenden la determinación del carácter de los bienes, la fijación de su valor, el pago de

las deudas de los cónyuges hacia terceros, el ajuste de las relaciones patrimoniales entre los esposos y la separación de sus bienes propios.

23. Reglas aplicables.

A) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR CAUSA DISTINTA DE LA MUERTE.

El Código Civil no tiene normas al respecto. Por la remisión del artículo 1262 al 1777 y por la de éste a los preceptos relativos a la liquidación de las sociedades comerciales, resultarían aplicables los artículos 101, siguientes y correlativos de la ley 19.550. Opinamos, no obstante, que esta interpretación sólo es admisible cuando no contradice las especiales características del régimen patrimonial matrimonial, único supuesto en que procede referirse al derecho supletorio. En efecto, es patente la diferencia entre a liquidación de la sociedad conyugal y la liquidación de las sociedades comerciales o de la sociedad civil. Estas sólo subsisten a los efectos de su liquidación; los esposos, por el contrario, no interrumpen sus actividades económico-jurídicas porque la sociedad conyugal se haya disuelto, continúan contratando, contrayendo deudas, ni sus créditos ni sus deudas con terceros se hacen exigibles por la sola circunstancia del fin del régimen patrimonial conyugal.

Las VII Jornadas de Derecho Civil se pronunciaron, sin distinción según las causas de disolución, porque la liquidación de la sociedad conyugal se rige por las normas de la liquidación de la herencia.

DERECHOS DE LOS ACREEDORES DE LOS CÓNYUGES DURANTE LA INDIVISIÓN

a) *Deudas personales y deudas comunes contraídas durante la vigencia del régimen patrimonial:* Los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 conservan su aplicabilidad. En este sentido se pronunciaron las VII Jornadas de Derecho Civil para el supuesto aquí analizado, o sea, el de la sociedad disuelta por causa distinta de la muerte.

Esto no es óbice para que el patrimonio de cada cónyuge se haya visto modificado por la disolución ya que éste se encuentra

formado por sus propios y la mitad indivisa de los gananciales, según lo explicado con respecto a los bienes que caen en condominio o copropiedad. Luego, cada cónyuge responde por sus deudas personales y las comunes que contrajo, con sus bienes propios y la mitad de los gananciales, y por las deudas comunes que no contrajo, con los frutos de sus propios y de la mitad de gananciales. El texto de los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 queda satisfecho porque puede decirse que esa mitad de gananciales es la que cada cónyuge "administra". Debe tenerse particularmente en cuenta *desde cuándo el condominio o la copropiedad* son oponibles a terceros pues, mientras no lo sean, el patrimonio del cónyuge deudor se conserva como estaba a la disolución de la sociedad conyugal, más los bienes que se le hayan incorporado posteriormente. El acreedor puede trabar embargos que impidan al cónyuge de su deudor, inscribir o publicitar los condominios o copropiedades.

A riesgo de incurrir en repeticiones, es prudente sintetizar lo expuesto. El acreedor de un cónyuge por deuda personal suya compulsivamente exigida durante la indivisión postsocietaria, puede:

- a.1.) Ejecutar los propios y los gananciales de la administración de su deudor si el común derecho de los cónyuges sobre los últimos no ha sido publicitado según la ley o, habiéndolo sido, si tomó medidas precautorias con anticipación;
- a.2.) ejecutar los bienes propios de su deudor y su mitad indivisa sobre los gananciales de cualquier titularidad inicial, si el común derecho de los cónyuges sobre cada uno de éstos ha adquirido publicidad;
- a.3.) en todos los casos, puede optar por cobrarse sobre los bienes propios de su deudor o esperar hasta que concluya la partición para cobrarse sobre los ex gananciales adjudicados al mismo, gozando de la facultad de pedir la partición por vía subrogatoria.

Las deudas comunes no se dividen de pleno derecho con la disolución, existiendo mayoría doctrinaria conteste en la inaplicabilidad de las normas de los artículos 3490, 3491, 3494 y siguientes y correlativos del Código Civil, correspondientes al régimen suce-

sorio. Por lo tanto, la deuda común exigida al no contratante puede serle cobrada por el total. Esta es la solución más equitativa porque compensa el perjuicio que puede experimentar el acreedor por el encogimiento del patrimonio de quien contrató con él, no se le requiere doble acción para satisfacerse y la división de las deudas no se proyecta como obstáculo a la actividad de los casados por incorporar otro riesgo que vendría a sumarse a los que normalmente corre. Es, además, la solución más simple y más acorde con el principio de que el patrimonio es la garantía de los acreedores.

b) *Deudas personales originadas durante la indivisión*: La responsabilidad del cónyuge obligado tiene los mismos alcances que la correspondiente a sus deudas personales anteriores a la disolución.

c) *Deudas resultantes de los deberes paternos satisfechos durante la indivisión*: Véanse las consideraciones formuladas *infra* N^o 38.

d) *Deudas emergentes de la conservación de los bienes comunes y de las operaciones de liquidación*: Se aplican las reglas del condominio. El artículo 2687 dispone que las deudas contraídas en pro de la comunidad y durante ella obligan al condómino que las contrajo; el artículo 2688 dispone que si la deuda hubiere sido contraída por los condóminos colectivamente, sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad, están obligados ante el acreedor por partes iguales. Según el artículo 2690, la insolvencia de un condómino recae sobre el otro. Se trata, por lo tanto, siempre de deudas personales o personales conjuntas ejecutables de acuerdo al régimen de cualquier deuda personal.

e) *Costas y honorarios del juicio de divorcio*: Determinar cuál de los cónyuges era deudor de los honorarios devengados en juicios entre ellos (divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio) y con qué bienes había de responder, constituyó un tema polémico que dividió a la doctrina y jurisprudencia. En la ley 17.711 se dispuso al respecto "En ningún caso un cónyuge responderá con sus bienes propios ni con la parte de gananciales que le corresponda, por las costas declaradas a cargo del otro en el juicio de divorcio" (art. 52 de la ley matrimonial). A los efectos de la caracterización de la deuda por costas del juicio de divorcio, extensiva a las de-

vengadas en juicios de nulidad de matrimonio y de separación de bienes, se deduce de la norma transcrita una conclusión definitiva: las costas son deudas personales. El precepto es claro, sin duda, y parece destinado a prever una sola hipótesis, la de la deuda exigida durante la separación de bienes, esto es, una vez concluida la partición de los gananciales, pero al tratarla en la forma que corresponde entonces a las deudas personales contraídas durante la vigencia del régimen de bienes, permite la afirmación de su carácter *no común* y resolver con qué bienes el cónyuge deudor deberá responder cuando se la exija en otro momento, incluso vigente la sociedad conyugal por haberse desistido del proceso de separación legal o reconciliarse los esposos durante el trámite del divorcio.

Del mismo texto se deduce el carácter internamente personal de las mencionadas costas y honorarios.

B) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR CAUSA DE MUERTE.

Conforme a lo explicado sobre la sociedad disuelta por la muerte de uno de los cónyuges (*supra* N^o 21), integrando la indivisión postsocietaria una sola indivisión con la hereditaria, el proceso de liquidación del régimen patrimonial matrimonial queda sometido al régimen sucesorio (art. 1313 del Código Civil). La liquidación de la sociedad conyugal es indispensablemente previa a la hereditaria. Los bienes gananciales que se adjudican a la parte del difunto, forman parte de su herencia y se distribuyen entre los llamados a sucederlo.

24. Recompensas entre cónyuges.

a) *Concepto y alcances*: Las recompensas son indemnizaciones entre los cónyuges con el propósito de asegurar a ambos esposos la exacta participación por mitades en los bienes gananciales, igualdad que puede haber resultado afectada por la gestión durante el régimen tanto en detrimento de los gananciales y en favor de los propios como en detrimento de los propios y en favor de los gananciales. De ellas resulta también la debida determinación de los bienes propios de cada consorte.

Las recompensas se establecen y saldan durante la liquidación de la sociedad conyugal, nunca antes de su disolución.

Su procedencia en nuestro derecho no admite discusión pues el Código Civil se refiere a ellas en varios textos, aun cuando no emplea la palabra "recompensa". En particular han de citarse los artículos 1259, 1260, 1316 bis y 3753. Además, se justifican por los principios del régimen patrimonial matrimonial (su inmutabilidad, la prohibición de las donaciones entre cónyuges) y por un principio general del derecho como lo es el enriquecimiento sin causa. Como muy bien hace notar Guastavino, el fundamento jurídico de cada supuesto depende de sus circunstancias y si concurren simultáneamente diversos fundamentos para justificar una recompensa, todos ellos serán invocables sin perjuicio de preferir los que ofrezcan mayor sencillez y seguridad.

La doctrina no es unánime en cuanto a la amplitud con que deben aceptarse. Guastavino estima que para admitirla en un caso determinado, es suficiente con que resulte aplicable uno de los fundamentos jurídicos en que se apoyan y que se reúnan las condiciones de viabilidad del pago; Zannoni, que son debidas siempre que se presenten los supuestos de hecho que las hacen procedentes; Borda las reconoce sólo cuando se trata de valores incorporados a los bienes o cuando de no hacerlo se convalidaría una donación entre cónyuges; Mazzinghi opina que son recursos indispensables para mantener la integridad patrimonial de los esposos y la equitativa división de los gananciales, pero que ha de evitarse un funcionamiento indiscriminado que haga caótico el proceso de liquidación.

b) *Caracteres.* Las recompensas:

- b.1.) Son de orden público (arts. 1218, 1219 y 1807, inc. 1^o);
- b.2.) son irrenunciables antes de la disolución de la sociedad conyugal pero renunciables después de ésta (versan, entonces, sobre derechos adquiridos susceptibles de renuncia);
- b.3.) el derecho a la recompensa y la obligación de saldarla son transmisibles por causa de muerte a los respectivos herederos;
- b.4.) son prescriptibles en los términos de prescripción correspondientes al fundamento jurídico de cada recompensa en particular, término que comienza a correr desde la disolución de la so-

ciudad conyugal respetándose la suspensión de la prescripción entre cónyuges (art. 3969);

b.5.) en su aspecto activo, son equiparables a las acreencias de terceros sin ninguna garantía ni privilegio legal a favor del cónyuge acreedor (art. 1259);

b.6.) no generan intereses durante la vigencia de la sociedad conyugal, los intereses moratorios corren desde que el derecho a la recompensa ha sido acogido fijándose su valor.

c) *Forma de hacer efectivas las recompensas*: Deben ser probadas por el cónyuge acreedor, por cualquier medio, salvo la confesión del cónyuge deudor cuando concurren otros acreedores (artículo 1260).

Según Guastavino, las recompensas se saldan en un arreglo único y centralizado de cuentas. Esta tesitura requiere la existencia de tres masas de bienes, a saber, propios del marido, propios de la esposa y gananciales de la sociedad conyugal, dotada, por lo tanto, de personalidad ideal. Como entendemos que esta personalidad no es tal (*supra* Cap. VI, N° 68), el pago de las recompensas debe encararse como satisfacción de una relación crédito - deuda entre un cónyuge acreedor y un cónyuge - deudor. No obstante, y sin negar la complejidad del tema con cualquier recurso que se aplique para solucionarlo, pensamos que el pago de las recompensas es más factible de realizarse en la práctica tomando los gananciales en su conjunto de modo que, *con finalidad didáctica*, se personaliza a estos efectos la sociedad conyugal.

d) *Casos de recompensas*: Ejemplificamos con algunos casos de recompensas agrupándolos según la categoría de los bienes que se han incrementado mediante la disminución de la otra categoría.

1º) BIENES GANANCIALES INCREMENTADOS O NO DISMINUIDOS MEDIANTE LA DISMINUCIÓN DE BIENES PROPIOS. RECOMPENSA A FAVOR DEL CÓNYUGE CUYOS BIENES PROPIOS DISMINUYERON (SOCIEDAD CONYUGAL DEUDORA - CÓNYUGE ACREEDOR).

Deuda definitivamente común saldada con fondos propios: Es en esta etapa y momento en que cobra aplicabilidad el artículo 1275 del Código Civil con sus disposiciones sobre las deudas cuyo pago

debe pesar *final y definitivamente* sobre los gananciales, es decir que si fueron saldadas con fondos gananciales de cualquier titularidad (del marido, de la esposa, conjunta) no se tienen en cuenta para la liquidación, pero que si fueron saldadas con fondos propios de cualquiera de los esposos deben considerarse en la misma pagándose con *gananciales* (tomados del conjunto de éstos) al cónyuge que puso sus bienes propios al servicio del interés del otro o familiar. La expresión inicial del artículo 1275 "Son a cargo de la sociedad conyugal" significa tanto como "son deudas comunes en el aspecto interno a cubrirse definitivamente con bienes gananciales". En esta situación se encuentran las deudas enumeradas en los cinco incisos del mencionado texto: "1º) La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes. 2º) Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido o de la mujer. 3º) Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse. 4º) Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio. 5º) Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc."

Con estos supuestos se vincula la enajenación de bienes propios para encarar con ellos las cargas previstas en el artículo 1275.

Bienes adquiridos con fondo de distinto origen cuando corresponde calificarlos como gananciales: recompensa a favor del cónyuge cuyos propios se emplearon en la adquisición.

Mejora en bienes gananciales empleando fondos propios; redención de derechos reales sobre cosa ganancial empleando fondos propios. Estos supuestos se resuelven por evidente analogía con los que se citan más abajo, en sentido inverso.

2º) BIENES PROPIOS INCREMENTADOS O NO DISMINUIDOS MEDIANTE LA DISMINUCIÓN DE BIENES GANANCIALES. RECOMPENSA A FAVOR DE LOS GANANCIALES (SOCIEDAD CONYUGAL ACREEDORA - CÓNYUGE DEUDOR).

Pueden saldarse con propios del beneficiado o tomar éste menos gananciales en la proporción que corresponda.

Deuda definitivamente personal saldada con fondos gananciales: Se trata de deudas no incluidas en el artículo 1275. Por ejemplo, deudas anteriores al matrimonio pagadas durante la vigencia del régimen; deudas originadas en acto ilícito; penas pecuniarias.

Bienes adquiridos con fondos de distinto origen si corresponde calificarlos como propios: Recompensa debida por el cónyuge propietario.

Mejoras en bienes propios empleando fondos gananciales (supuesto de los artículos 1266 y 1272, 7º párrafo).

Rendición de derechos reales sobre bienes propios con fondos gananciales (artículo 1272, penúltimo párrafo).

Donación con cargo efectuada a un cónyuge y satisfacción del cargo con bienes gananciales (art. 1265).

Legado de cosa cierta ganancial: Está especialmente previsto en el artículo 3753. El legado efectuado por el testador de una cosa ganancial cuya gestión le corresponde es eficaz por toda la cosa legada con recompensa a favor de los gananciales. El análisis completo de la figura excede los límites del Derecho de Familia por incidir sobre ella las normas del derecho sucesorio. No obstante, aclaramos que el texto es aplicable siempre que se den los requisitos de que el testamento haya sido otorgado durante la vigencia de la sociedad conyugal y de que la disolución de ésta se haya producido por la muerte del testador. El legado se concreta simultáneamente con la finalización del régimen patrimonial matrimonial: al adquirir el legatario el derecho sobre la cosa legada (a la muerte del testador, art. 3766), ésta ya integra la indivisión postsocietaria - hereditaria. De aquí que aquello que no es una cosa en condominio (no lo era al momento de testar pues pertenecía al dominio del testador) tiene la apariencia de serlo en el momento decisivo. La eficacia del legado establecida por la ley (el legatario recibe toda la cosa legada) se equilibra por medio de la recompensa.

c) *Valoración de las recompensas:* La ley 17.711 ha aceptado los resultados de la doctrina provocada por los problemas resultantes de la desvalorización y depreciación monetarias en los artículos 1198,

1316 bis y 3477, aunque los resultados no estén siempre exentos de toda crítica negativa.

Según el artículo 1316 bis “los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso”.

La terminología de la ley es inexacta si no se acepta la personalidad de la sociedad conyugal. A lo sumo, según lo explicado, como un recurso técnico para simplificar las operaciones de liquidación, puede procederse a la determinación de las recompensas debidas a través de un reajuste centralizado de cuentas. Con estos alcances puede usarse correctamente el giro de lenguaje que habla de recompensas debidas *por o a la sociedad conyugal*.

El artículo propone dos pautas: una precisa, la fecha en que se hizo la inversión, y otra sujeta a apreciación judicial, las circunstancias del caso.

Estimamos que la norma se aplica también al caso opuesto al expresamente previsto o sea cuando la recompensa es debida a favor de los gananciales. Tampoco es acertado reducirlo a la apreciación de *inversiones* excluyendo los gastos realizados cuando sobre su valuación puedan pesar “las circunstancias del caso”.

Entre otros, Belluscio critica la solución concretada en el artículo 1316 bis por dejar librada a la equidad una cuestión económica susceptible de apreciación matemática y propiciaría (de *lege ferenda*) la valuación de la mejora a la disolución de la sociedad conyugal, mencionando la vigente legislación francesa en la cual la recompensa por las mejoras no puede ser inferior al provecho subsistente o al que subsistía al momento de la enajenación si la cosa fue enajenada antes de la disolución de la sociedad conyugal.

25. Imputación definitiva de los alimentos previsorios.

En otra oportunidad sostuvimos que los alimentos pasados por el marido a la esposa durante el juicio de divorcio constituían un anticipo de sus gananciales y de la devolución de sus propios que el marido administrara, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, y sin negar el fundamento del deber alimentario entre cónyuges.

ges que lo es el recíproco deber de asistencia, uno de cuyos aspectos refleja. Sólo ante la carencia de bienes propios o trabajo femenino debe recaer primaria y exclusivamente, sobre el marido la obligación del sustento común (art. 51, ley 2393) de manera que de resultar muy reducida o prácticamente inexistente la hijuela de la esposa, se imputarán exclusivamente a aquél. Tal interpretación se justifica por la citada reciprocidad del deber de asistencia, que hace a la esencia del matrimonio y que la mención expresa del marido en el artículo 51, ley 2393, no permite negar, y por el texto del artículo 1275 que pone la manutención de la familia "a cargo de la sociedad conyugal". Luego ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento económico del hogar y, por lo tanto, suyo personal: con sus bienes propios y con los gananciales que adquieren y administran. Así, vigente la ley 11.357, se negaron alimentos provisorios cuando la mujer administraba suficientes bienes propios o gananciales.

La ley 17.711 dispone en el párrafo 2º del 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 hacerlos pesar sobre el alimentante". Consagra así la solución ya aceptada por los Tribunales y que impone el régimen de gestión de bienes de los esposos creado por la misma ley. Nótese que habla de alimentos pasados por un cónyuge a otro, sin distinguir cuál de ellos, distinción que tampoco se formula en el artículo 68, ley 2393, ni en el artículo 67 bis, mientras que el artículo 51 de la misma, modificado en parte de su contenido, no lo ha sido en cuanto a la obligación del marido de prestar a la esposa todos los recursos necesarios.

Como consecuencia de la ahora regla expresa:

Los alimentos provisorios deberán negarse cuando quien los solicita administra suficientes propios o gananciales como para satisfacer sus necesidades en el nivel (prudentemente apreciado) que era el suyo durante la normal convivencia. Si los reclama la esposa, la prueba de su autosuficiencia corresponderá al marido, en homenaje al criterio fijado por el artículo 51, ley 2393. Si son solicitados

por éste, deberá probar los extremos del artículo 370, en cuanto a la imposibilidad de conseguirlos con su trabajo.

Si se hubieran pasado los alimentos provisorios, en la liquidación de la sociedad conyugal deben imputarse en la hijuela del alimentado. A falta de gananciales y obrando bienes propios suyos en poder del alimentante, deberá descontarse de éstos.

Los motivos de "equidad" mencionados en el artículo, permitirán hacer jugar a los alimentos pasados durante el juicio como verdaderamente tales, o sea, como no susceptibles de repetición.

VI. PARTICION

26. Concepto.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados.

27. Reglas aplicables.

Las reglas aplicables son las de la división de las herencias cualquiera haya sido la causal de disolución de la sociedad conyugal (art. 1313 para el caso de disolución por muerte, arts. 1788 y 2698 C.C. para los restantes supuestos, según se consideren aplicables las normas del contrato de sociedad o del condominio, respectivamente).

Se incluyen en la partición los bienes gananciales excluyendo los gananciales anómalos, esto es, los adquiridos originariamente por los esposos divorciados después de la fecha de la notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta y los adquiridos por el inocente de la separación de hecho después de su fecha (art. 1306).

28. Legitimación para pedir la partición.

Los cónyuges, sus herederos o sus acreedores subrogatoriamente pueden pedir la partición de los bienes gananciales en cualquier momento (art. 3452).

29. Proporción en que se parte.

El artículo 1315 dispone que los gananciales “se dividirán por partes iguales entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos”.

30. Forma de la partición.

1º) *Material*: De acuerdo al artículo 3475 bis del Código Civil, existiendo posibilidad de dividir y adjudicar en especie, no se podrá exigir por los cónyuges la venta de los bienes, salvo cuando la división en especie convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2326.

Si los esposos están de acuerdo, es dado recurrir a la venta de los bienes y posterior reparto del precio, sustituto de la verdadera partición.

2º) *Jurídica*: La partición puede ser privada, judicial o mixta. Adaptando al caso de los esposos lo dispuesto para la partición hereditaria, caben las siguientes consideraciones.

a) *Partición privada*. Se formaliza en escritura pública (art. 1184, 2º).

Pueden partir privadamente los cónyuges capaces (art. 3462), por sí o por mandatario con poder especial si la partición comporta actos para los cuales sea exigido (art. 1881 CC.). Sostenemos que también pueden partir privadamente los emancipados por cuanto la partición recae sobre bienes gananciales respecto a los cuales no existen restricciones en sus poderes de disposición (en virtud de la calidad de emancipados). Igualmente es apto para partir en forma privada el inhabilitado civil (art. 152 bis) cuya curatela ejerza un tercero (no el otro cónyuge por razones obvias).

b) *Partición judicial*. Se formaliza ante el juez del divorcio, de la separación de bienes o de la sucesión.

Es preciso partir judicialmente cuando: no existe acuerdo entre los cónyuges que podrían hacerlo privadamente (art. 3465, 3º);

uno o ambos cónyuges son incapaces (art. 3465, 1º); uno o ambos han sido declarados simples ausentes (art. 3465, 1º); un cónyuge está civilmente inhabilitado y el otro es su curador (por la imposibilidad lógica de que éste asuma el doble rol de parte y asistente de la otra parte); terceros interesados lo exigen (art. 3465, 2º), debiendo ubicarse en este supuesto el caso en el que un cónyuge esté concursado pues en la partición está comprometido el interés de los acreedores.

c) *Partición mixta*. Se formaliza por instrumento privado presentado al juez del divorcio, la separación de bienes o la sucesión (art. 1184, 2º). Mazzinghi opina que es suficiente la incorporación del instrumento privado al expediente sin que el juez se pronuncie sobre el fondo de la partición convenida por lo cual esta forma de partir no podría ser calificada como "mixta". En materia sucesoria se sostiene que no basta la presentación ante el juez del instrumento privado en que se formaliza la partición sino que se requiere la aprobación judicial que es imprescindible "pues la decisión judicial constituirá el título de propiedad del adjudicatario" (Pérez Lasala, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, T. I, Nº 552). No encontramos razones para afirmar una solución distinta cuando se parte la sociedad conyugal.

Pueden partir en forma mixta todos aquellos que son aptos para partir privadamente.

31. Liquidación y partición de sociedades conyugales sucesivas.

La hipótesis de liquidación y posterior partición de sociedades conyugales sucesivas supone la celebración de un segundo matrimonio y la disolución de su consiguiente sociedad conyugal antes de haberse liquidado y partido la sociedad conyugal del primer connubio. Es caso no infrecuente, el del viudo que contrae segundas nupcias antes de haberse liquidado la sociedad conyugal de las primeras, y muere, produciéndose la disolución de su segunda sociedad conyugal; es necesario proceder a la liquidación y partición de ambas sociedades conyugales del bínubo.

Es lógico que han de liquidarse en el orden de su aparición, calificándose como propios del cónyuge bínubo en la segunda so-

ciudad conyugal, los gananciales que le fueron adjudicados en la división de la primera. El artículo 1314 dispone que toda clase de prueba es válida, a falta de inventario, para determinar los bienes de cada sociedad conyugal y finalmente prescribe que "en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración, y a los bienes propios de cada uno de los socios".

La proporcionalidad al aporte de cada cónyuge constituye una excepción innecesaria al principio de la partición por mitades y ofrece serias dificultades prácticas. La proporcionalidad debió establecerse sólo con respecto a la duración de cada sociedad.

32. Liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas.

La liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas aparece en la hipótesis de bigamia. El artículo 1316 dispone al respecto: "Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente, la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo, los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo". Es obvio que la norma es igualmente aplicable al caso de la esposa bigama.

Las distintas situaciones que pueden plantearse con respecto a los tres protagonistas de la figura (los dos cónyuges del matrimonio legítimo y el otro cónyuge del matrimonio viciado), imponen distinguir los diferentes supuestos, lo que hacemos centrándolos en la figura del último.

1º) CASO DE SEGUNDO CÓNYUGE DE BUENA FE.

a) *Conservando el cónyuge legítimo sus derechos societarios y siendo el bigamo de mala fe.*

a.1.) *Optando el cónyuge putativo por dividir como sociedad conyugal.* Es el supuesto expresamente previsto por la ley. El cón-

yuge legítimo retira la mitad de los gananciales correspondientes a toda la duración de su matrimonio. El cónyuge putativo retira la mitad de los gananciales de su sociedad conyugal, que deberá tomar de los gananciales adjudicados al bigamo en la liquidación y partición de la sociedad conyugal del matrimonio legítimo e incluso de sus bienes propios. De esta manera disminuye el acervo hereditario del bigamo en perjuicio de sus herederos entre los cuales puede encontrarse también el cónyuge legítimo pues el consorte siempre hereda sobre los bienes propios del causante y sólo existiendo descendientes legítimos es excluido de heredar sobre los gananciales del mismo.

a.2.) *Optando el cónyuge putativo por dividir como sociedad de hecho.* El cónyuge legítimo goza de sus derechos recién señalados. El cónyuge putativo, que eligirá esta forma cuando su aporte haya sido mayor que el del bigamo, deberá tomar su parte de socio en situación análoga a la de un acreedor de aquél.

b) *Habiendo perdido el cónyuge legítimo parte de sus derechos societarios y siendo el bigamo de mala fe.*

b.1.) *Supuesto de separación de hecho.* Producida la separación de hecho por culpa del cónyuge legítimo, la pérdida de su derecho a participar en los gananciales adquiridos por el inocente a partir de la separación redundará en un aumento de los gananciales de éste. Pero debe recordarse que la culpabilidad sobreviniente del bigamo (notoria, por lo menos, a partir de la celebración del matrimonio viciado) acarrea para él la pérdida del derecho sobre los gananciales adquiridos por el culpable a partir de la época en que incurrió en inconducta. El cónyuge putativo tiene siempre derecho a la mitad de los gananciales de su sociedad conyugal.

b.2.) *Supuesto de separación de bienes.* Si la primera sociedad conyugal se disolvió por separación de bienes, a partir de la notificación de la demanda se extinguieron los derechos del cónyuge legítimo sobre los bienes adquiridos por el otro que serían gananciales de no mediar el fin del régimen patrimonial matrimonial. Los derechos del cónyuge putativo son siempre los mismos.

c) *Siendo el bigamo de buena fe.*

La hipótesis no es imposible de hecho. Se ofrecen varias soluciones para el conflicto, por no haber sido legislado. Para Borda, como el derecho a los gananciales del matrimonio viciado está reconocido por el artículo 87 de la ley 2393 tanto para el bigamo de buena fe como para su cónyuge putativo, y también por razones de equidad, deben cesar los derechos del cónyuge legítimo sobre esos mismos bienes, de manera que la liquidación y partición proceden conforme al artículo 1314 que, entendemos, jugaría considerando disuelta la primera sociedad conyugal a la celebración del segundo matrimonio. Para Belluscio, la ausencia del cónyuge legítimo puede no haber sido culposa resultando injusto privarlo entonces de sus derechos: se inclina por recurrir a las pautas del artículo 1316.

La influencia de la separación de hecho de los cónyuges legítimos o de su separación de bienes se producirá en términos similares a los expuestos, facilitando que los cónyuges de buena fe reciban tanto o casi tanto como hubieran recibido de ser su unión legítima.

2º) CASO DE SEGUNDO CÓNYPGE DE MALA FE.

a) *Siendo el bigamo de mala fe.*

Conforme con el artículo 89 de la ley. 2393, el segundo cónyuge sólo sería a lo sumo admitido a probar que existió sociedad de hecho y hacer efectivos sus derechos sobre los propios del bigamo y la porción de gananciales que le corresponda en la partición de la sociedad conyugal. La prueba de la sociedad de hecho debe ser severamente exigida y apreciada pues no es éticamente valioso anteponer los intereses patrimoniales del que obró de mala fe, a los intereses del cónyuge legítimo y de los herederos.

b) *Siendo el bigamo de buena fe.*

Ante el derecho del cónyuge legítimo y del bigamo, el cónyuge de mala fe nada podría reclamar ya que la opción entre partir como sociedad conyugal o como sociedad de hecho es atribución que no le compete.

3º) SUPUESTO DE CONCURRENCIA DE DOS CÓNYUGES LEGÍTIMOS.

El artículo 86 de la ley 2393 permite el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio aun después de la muerte de uno de los cónyuges en la hipótesis, entre otras, de segunda unión celebrada a pesar del impedimento de ligamen, si entablada por el cónyuge legítimo, ascendientes o descendientes.

De la interpretación estrictamente textual de la norma, resultaría que el segundo matrimonio quedaría firme si no existieran titulares de la acción de nulidad o se abstuvieran de entablarla y caería de importancia la efectiva mala fe del consorte sobreviviente del matrimonio viciado faltando la ocasión procesal para demostrarla.

Guaglianone propone dos soluciones para esta concurrencia de dos cónyuges legítimos: "o dar a cada esposa, a la manera prevista en el artículo 1316 (pero sin preferencia para ninguna), la mitad de los gananciales que le correspondan en su respectiva sociedad conyugal; o considerar el derecho de esposa legítima como uno solo, y distribuirlo entre los dos cónyuges en proporción al monto ideal que habría correspondido a cada una en la liquidación de su respectiva sociedad conyugal" (*Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, N° 410).

Entendemos aplicable el artículo 1314, por estrecha analogía.

33. Convenios entre cónyuges.

Es frecuente que los esposos quieran acordar convencionalmente algunos aspectos relativos a la disolución y partición de la sociedad conyugal por encontrarse separados de hecho o enfrentar un juicio de divorcio. Vinculados con un régimen patrimonial imperativo e inmutable y con la prohibición de la mayoría de los contratos entre cónyuges, tales convenios son nulos. A pesar de esto, doctrinaria y jurisprudencialmente se les reconocen eficacia en líneas muy estrechas. Para la comprensión de los problemas y sus soluciones, es útil clasificarlos con respecto a la época en que se celebraron, el objeto-fin perseguido y la época en que se pretende hacerlos valer.

19) CONVENIOS CELEBRADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL.

- a) Con el fin de disolverlo, son nulos de nulidad absoluta cualquiera sea el momento en que se pretenda su validez puesto que las causales de disolución están taxativamente enumeradas en la ley.
- b) Con el fin de renunciar a bienes, son nulos de nulidad absoluta en cualquier momento en que se pretenda su validez, de acuerdo al artículo 1218 del Código Civil.
- c) Con el objeto de determinar el carácter de los bienes: son nulos si quieren, hacerse valer *antes de que la sociedad conyugal se encuentre disuelta* en virtud del artículo 1218 citado y del carácter legal de la calificación de los bienes; si quieren hacerse valer *después de la disolución de la sociedad conyugal* (asimismo como la aceptación de derechos a recompensas), son considerados eficaces como reconocimiento de hechos (artículo 718 C.C.), siempre que sean auténticos (no simulados), que no se encuentren afectados por vicios del consentimiento y que no causen perjuicio a terceros. El que la prueba del carácter de los bienes entre los cónyuges puede producirse por cualquier medio, la procedencia de la partición privada y la admisión del acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal entre los esposos que se divorcian por el procedimiento del artículo 67 bis, ley 2393, apoyan la conclusión expuesta.

29) CONVENIOS CELEBRADOS POSTERIORMENTE A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Los convenios sobre reconocimiento del carácter de los bienes, su tasación y adjudicación, son válidos. La partición privada consiste, prácticamente, en ellos.

En excelente resumen de las posiciones mayoritarias de la doctrina sobre los convenios entre cónyuges, fue aprobada la siguiente recomendación en las VII Jornadas de Derecho Civil:

“1º: Los convenios entre cónyuges disolutorios de la sociedad conyugal están prohibidos y son, en consecuencia, nulos.

2º: Son también nulos los convenios sobre liquidación de la sociedad conyugal y partición de los bienes, efectuados antes de la disolución de aquélla, aunque fueren posteriores a la notificación de la demanda de divorcio.

3º: Es admisible que los jueces tengan en cuenta las entregas hechas antes de la sentencia de divorcio como anticipo de la parte de un esposo, en virtud del hecho mismo ya producido de la entrega, y no como acto que convalida un convenio.

4º: Son válidos los reconocimientos que las partes hacen, antes de la disolución, del carácter propio o ganancial de determinados bienes o deudas, o de la existencia de determinadas recompensas entre las masas. Tales reconocimientos implican una prueba anticipada que puede hacerse valer en la liquidación, pero caerán si se prueba que el consentimiento de una parte estuvo viciado, o que no responden a la realidad, o fueron efectuados en perjuicio de terceros.

5º: En los divorcios tramitados según el artículo 67 bis, ley 2393, el convenio sobre liquidación y partición incluido en la demanda, o presentado en la demanda, o presentado antes de la sentencia, no tendrá validez mientras no sea ratificado expresa o tácitamente por las partes con posterioridad a la referida sentencia, sin perjuicio de los efectos previstos 3) y 4), ni de su posible impugnación por la existencia de algún vicio que afecte al acto jurídico, o por no respetarse el principio de partición por mitades de los bienes gananciales”.

VII. CASOS ESPECIALES

34. Situación del “hogar conyugal” después de la disolución y después de la partición de la sociedad conyugal.

El artículo 1277 exige asentimiento del cónyuge no titular y no administrador para disponer del inmueble propio del otro cónyuge o ganancial adquirido por éste, en que esté radicado el “hogar

conyugal”, si hubiera hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la comunidad de bienes.

La norma, como ha hecho notar Belluscio, debe entenderse referida a la disolución de la sociedad conyugal por causa diferente de la muerte, pues no puede hablarse de asentimiento del difunto. Los intereses que la ley intenta proteger podrían serlo en este caso recurriendo al expediente proporcionado por el artículo 53, ley 14.394, que se refiere a “casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal... si fuese la residencia habitual de los esposos”, sobre la cual puede recaer indivisión temporaria por voluntad del cónyuge sobreviviente. Si se tratase de bien propio del difunto, éste hubiera podido establecer la indivisión por testamento (art. 51 de la misma ley). Por fin, efecto similar resulta de la aplicación del artículo 3573 bis.

En los otros supuestos de disolución es necesario distinguir entre un bien propio y un bien ganancial. Si se trata de lo primero, la norma introduce una innovación muy importante que traba su disponibilidad. El mismo resultado se produce si se trata de un bien originalmente ganancial después de la partición si hubiera sido adjudicado a uno de los cónyuges, pero no se altera prácticamente la situación de éstos mientras dura la indivisión post-societaria.

En todo caso el obstáculo puesto a la libre disponibilidad de estos bienes es transitorio, pues desaparecerá cuando cesen las circunstancias previstas (ser sede del “hogar conyugal” y existencia de hijos menores o incapaces), con la consiguiente necesidad de probarlo para que el titular pueda disponer sin la intervención del otro cónyuge y resulten contemplados los intereses de terceros.

Recuérdese, por fin, que el bien puede ser afectado por deudas contraídas por los cónyuges, pues no está protegido como, por ejemplo, el bien de familia, por una al menos relativa inembargabilidad.

Del “hogar familiar” podrá disponerse con el acuerdo de los cónyuges, dejándose a los esposos discernir sobre el interés de los hijos menores o incapaces. Faltando el acuerdo podrá recurrirse a la autorización judicial que se concederá si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si es preciso adjudicar

el "hogar conyugal" en la partición, ha de preferirse al consorte con quien habiten los hijos menores o incapaces, por razones obvias. Resta preguntarse si el cónyuge titular del dominio que no habita el inmueble tiene derecho a alguna indemnización por la privación de su uso, o si el cónyuge en idéntica situación tiene derecho a ser compensado cuando se trata de un bien ganancial. Estimamos que pueden aplicarse por analogía las soluciones propuestas en estos casos para el bien de familia, a saber: derecho a recompensa a favor del excluido si se trata de bien ganancial; ningún derecho a su favor, si se trata de bien propio, porque es inaplicable al caso la teoría de las recompensas. La solución puede resultar inequitativa, aunque justificable en el interés de los hijos. A falta de previsión legal, el juez podría establecer esa compensación por razones de equidad, sin dejar de atender a esos intereses superiores, imputándola a los alimentos que el excluido soporta.

35. Bienes que permanecen indivisos después de la disolución de la sociedad conyugal.

Ciertos bienes gananciales permanecen indivisos a pesar de la disolución de la sociedad conyugal e incluso después de la división de otros gananciales. Continúan perteneciendo en condominio a ambos cónyuges o al supérstite y a los herederos de su consorte.

a) *El Bien de Familia*, mientras no sea desafectado conforme con el régimen de la ley 14.394, si resulta imposible adjudicarlo a uno de los cónyuges por tratarse del único bien ganancial al no existir otros bienes para formar la hijuela del no adjudicatario o sus herederos. La administración corresponde al supérstite o al que lo habite, según decisión judicial, procediendo compensación a favor del cónyuge excluido del goce o de los herederos no beneficiarios del Bien de Familia. (Ver Guastavino, Elías P., *Bien de Familia*, N° 587 y *Legítima y Bien de Familia* en JA 1967-VI, 489 y ss.).

b) *Los bienes que permanezcan indivisos según las disposiciones de los artículos 52 a 56 de la ley 14.394.* Intimamente vinculados con cuestiones sucesorias, analizamos sólo y brevemente las divisiones que puede imponer el cónyuge supérstite, no sin aclarar que rehusamos al testador la facultad de imponer la indivisión so-

bre los bienes gananciales (artículo 51) y que en la indivisión acordada por los herederos el sobreviviente puede intervenir como heredero pero también como propietario de la porción de gananciales que le pertenece como miembro de la disuelta sociedad conyugal (*Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Nros. 193 y ss.).

Las indivisiones que puede imponer el cónyuge supérstite están especificadas en el artículo 53: "Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Durante la indivisión, la administración del establecimiento competará al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos".

Son condominios de indivisión forzosa temporal *mortis causa* (Molinario, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*). Con respecto al cónyuge supérstite, constituyen un derecho singular que adquiere originariamente al fallecimiento del consorte y por su causa, siempre que pueda invocar el carácter de socio o el de heredero o ambos a la vez.

b.1 - INDIVISIÓN DE UNIDAD ECONÓMICA

La fórmula legal "unidad económica" adquirida o formada "en todo o en parte" por el supérstite, no satisface la precisión técnica exigible en los textos normativos. Si bien la unidad económica formada íntegramente por el sobreviviente con bienes o fondos propios está fuera de la cuestión, no lo está la formada por ambos cónyuges empleando bienes o fondos propios de uno y otro, con lo que los bienes pertenecen a los dos en condominio y quedan incor-

porados al acervo hereditario por la porción del difunto. Igualmente la unidad económica puede estar formada por bienes propios y bienes gananciales.

La doctrina mayoritaria estima que el artículo 53 incluye solamente bienes gananciales, que deben ser de titularidad del superviviente o en caso contrario, que el aporte de éste debe haber sido efectivo. "Los vocablos *adquisición* y *formación* aluden principalmente al esfuerzo personal, al trabajo, pero no excluyen al que contribuyó a la adquisición o formación del bien con el aporte de sus dineros propios o gananciales o de gananciales incorporados al acervo común por su esfuerzo o causa" (Guastavino, E. P., *Indivisión impuesta por el cónyuge superviviente*, JA 1957-III, Sec. Doct. 30 y ss., VI).

Quedan así excluidos los gananciales de titularidad del difunto si no existe tal aporte o colaboración concretos del sobreviviente, por ejemplo, si el que pretende la indivisión ha sido ajeno a la compra o formación o a su desenvolvimiento o progreso. "Es natural, dice Borda, que este privilegio sólo se reconozca al creador de la riqueza y no al cónyuge que en nada contribuyó a ella; tanto más cuanto que la ley atribuye al cónyuge superviviente el derecho a administrar el negocio, lo que no se explicaría si se reconociese a quien ha sido siempre ajeno a su administración". (*Sucesiones*, II, p. 405).

¿Están incluidos o excluidos los gananciales que ya estuvieran indivisos a la muerte del causante por encontrarse la sociedad conyugal disuelta y no liquidada? La opción por la afirmativa se encontraría fundada de admitirse que la indivisión es susceptible de ser impuesta en vida de ambos esposos una vez disuelta la sociedad conyugal, por ejemplo, por divorcio. Guastavino lo considera procedente porque el artículo 53 es norma que integra las reglas particionarias de la herencia aplicables en virtud de la remisión del artículo 1313, corroboradas por las de los artículos 1788 y 2698 (ante la problemática de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada) y en armonía con el artículo 2715 que admite mantener la indivisión para evitar perjuicios.

Pero el cónyuge superviviente no puede pretender la indivisión de los ex gananciales adjudicados a su cónyuge en la partición ya

concluida a su muerte, ya que eran personales del causante, ni la de los gananciales anómalos de aquél, que por definición, no contribuyó a formar. No necesita imponerla sobre sus ex gananciales, bienes personales suyos, ni sobre los gananciales anómalos de su titularidad, extraños a la indivisión post societaria-hereditaria.

El artículo 53 abarca indudablemente a los gananciales de titularidad conjunta.

b.2 - INDIVISIÓN DE LA VIVIENDA COMÚN

La ley 14.394 emplea una fórmula distinta para caracterizar al inmueble sobre el cual el supérstite puede imponer la indivisión: además de haber constituido la residencia habitual de los esposos debe tratarse de una casa habitación *construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal*.

La descripción legal abarca el inmueble: a) ganancial de titularidad del causante; b) ganancial de titularidad del supérstite; c) ganancial de titularidad conjunta; d) bien propio del causante por haberse edificado con fondos gananciales sobre inmueble propio suyo (art. 1266).

La exigencia de que haya sido residencia común desplaza, en principio, toda discusión sobre el inmueble ganancial anómalo pues mediará divorcio o separación de hecho. No obstante, mediando separación de bienes sin divorcio y convivencia conyugal hasta la muerte del causante, es razonable admitir la indivisión de la vivienda común ganancial anómalo o ex ganancial del causante sobre la cual el sobreviviente hereda como si fueran bienes propios del difunto. También puede exigirla el cónyuge putativo con respecto a la vivienda ganancial de titularidad del consorte de buena o de mala fe o de su titularidad, siempre que la convivencia se haya extendido hasta la muerte y la nulidad del matrimonio se decrete posteriormente.

Es difícil reconocer el derecho del cónyuge putativo a imponer la indivisión del inmueble en que cohabitó con el causante hasta su deceso, ante el cónyuge legítimo que reclama su cuota de gananciales como partícipe del régimen patrimonial matrimonial. Por

su naturaleza de derecho *sui generis* aparece como debido aunque se le niegue vocación hereditaria y como justo si ha contribuido a adquirirlo, aunque ello posponga la satisfacción del derecho societario del cónyuge legítimo si no es posible incluir el bien en la hijuela del putativo de acuerdo al artículo 1316. Pero entendemos que el cónyuge putativo carece de derecho a imponer la indivisión porque ésta constituye una excepción a la obligatoriedad de la partición (art. 3452), inextensible a un caso no previsto por el legislador.

b.3 - GESTIÓN DE LOS BIENES INDIVISOS

La administración de los bienes indivisos corresponde al cónyuge supérstite con las facultades de condómino administrador y subsidiaria aplicación de las normas aplicables a los gananciales indivisos en coincidencia de la indivisión postsocietaria y la indivisión hereditaria.

b.4 - DEUDAS Y BIENES INDIVISOS

Los bienes indivisos son ejecutables por las deudas del causante y de la sucesión, pero no por las del cónyuge sobreviviente o de los otros copartícipes, siéndolo sí la parte que les corresponde en los beneficios que produzca (art. 55).

c) *El inmueble objeto del derecho de habitación viudal*: No existe acuerdo doctrinario sobre si la existencia del derecho de habitación viudal comporta la indivisión forzosa del inmueble afectado. Según Barbero no es indispensable "la indivisión del bien para que el cónyuge supérstite pueda ejercitar el derecho que le otorga la ley. El viudo o la viuda tendrá siempre el derecho de habitación, sea quien fuere el que ha resultado adjudicatario de la nuda propiedad del inmueble" (*El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, parágr. 116). Personalmente opinamos que la indivisión es inevitable cuando es el único inmueble ganancial existente y no hay otros bienes de suficiente valor para formar la porción de los herederos del causante, según supuestos que analizamos en otros lugar (*Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, N^o 232).

VIII. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

36. La separación de bienes pendiente la indivisión postsocietaria.

La reglamentación legal del régimen de separación de bienes es mínima. Los distintos aspectos vinculados a la situación de los esposos, sus bienes y sus deudas, durante la separación de bienes mientras la sociedad conyugal se mantiene disuelta pero en etapa de liquidación, es decir, antes de la partición de los gananciales, ya han sido analizados supra en el apartado IV.

37. El régimen de separación de bienes después de la partición.

a) *Bienes de los cónyuges*

El patrimonio de cada cónyuge queda constituido con los bienes que era sus propios (ex propios), con los gananciales que le fueron adjudicados en la partición (ex gananciales) y con los bienes originariamente incorporados y que sigan incorporándose a su patrimonio después de la disolución de la sociedad conyugal.

b) *Deudas de los cónyuges*

Todas las deudas contraídas después de la partición son personales de quien las contrajo o quedó sujeto a ellas en virtud de acto ilícito o de la ley, y por las mismas son ejecutables todos sus bienes sin distinción alguna de acuerdo a los principios generales.

Las deudas personales contraídas durante el régimen patrimonial o durante la indivisión, que no hubieran sido saldadas en la liquidación de la sociedad conyugal, se cobran sobre los mismos bienes.

Las deudas comunes, en idéntica hipótesis, son exigibles al cónyuge contratante por su importe total. Al cónyuge no contratante sólo puede serle exigida la mitad del monto porque ahora resulta ineludible la regla de la separación de las deudas (art. 3490 del C.C.) y es lo equitativo ya que no queda oportunidad alguna de compensación futura. Por estas deudas y en la medida indicada, son ejecutables todos sus bienes.

Las deudas resultantes de la conservación de los bienes comunes durante la indivisión y de las operaciones de liquidación, no saldadas antes de la partición, continúan sometidas al régimen del condominio como deudas personales o personales conjuntas de ambos cónyuges.

38. Cargas comunes que subsisten durante la separación de bienes.

Continúa aplicándose el artículo 1300 del Código Civil plenamente oponible a terceros. Según el mismo, durante la separación, el marido y la mujer deben contribuir a su propio mantenimiento y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus bienes respectivos.

El análisis del artículo requiere varias distinciones.

a) *Separación de bienes por divorcio*

El artículo 1300 carece de aplicación en la hipótesis de esposos divorciados con posibilidad de bastarse a sí mismos, en lo que atañe a contribuir uno a la sustentación del otro. En caso contrario, la necesidad se habrá traducido en la fijación de cuota alimentaria según las disposiciones de los artículos 79, 80 y 67 bis de la ley 2393. Las deudas contraídas por el alimentado son personales suyas.

Los hijos menores legítimos de ambos cónyuges deben ser sostenidos por sus dos progenitores. La contribución del que no tenga la tenencia se traduce normalmente en una cuota alimentaria. Quien contrae la deuda destinada a alimentación y educación y, por lo tanto, deudor, es el progenitor a cargo del menor, que debe responder con todos sus bienes y con lo percibido en concepto de cuota alimentaria que él administra y en cuya fijación se habrán tomado en cuenta las posibilidades económicas del padre y de la madre.

b) *Separación de bienes sin divorcio*

Aunque es de muy rara presentación, puede darse el caso de convivencia matrimonial y paterno-filial normal con separación de bienes. En la hipótesis el cónyuge económicamente capaz debe

proveer al sostenimiento suyo y al de su consorte. El marido solamente podrá prevalerse de las posibilidades patrimoniales de su mujer si, además de carecer de bienes, le es imposible obtenerlos con su trabajo; si los dos se encuentran en condiciones, deben contribuir al recíproco mantenimiento en la proporción establecida por el artículo 1300.

En cuanto a los hijos, las deudas contraídas para su asistencia integral y educación son personales del progenitor que las contrajo, pero se supone el asentimiento tácito del otro, dada la apariencia de vida normal que el acreedor pudo tomar en consideración. La deuda resulta así una deuda de sujeto plural simplemente mancomunada (el contratante obró en nombre propio y en representación de su consorte). Esta caracterización determina que uno y otro progenitor puedan ser demandados por la mitad del monto de la deuda y que respondan con la totalidad de sus bienes. Por el contrario, Rébora opina que el cónyuge no contratante puede, en principio, substraerse a la responsabilidad respecto del acreedor, sin perjuicio de estar sujeto al deber de contribución hacia su cónyuge, y Belluscio, que el no contratante responde sólo con los frutos de sus bienes por aplicación analógica del artículo 6º de la ley 11.357.

39. Contratos entre cónyuges separados de bienes.

De la redacción de los artículos 1807, inc. 1º y 1358, del Código Civil y 27 de la ley 19.550, se desprende que la donación, la compraventa y las sociedades que no sean por acciones y de responsabilidad limitada, están prohibidas entre los cónyuges separados de bienes, divorciados o no. La prohibición abarca a los contratos a los cuales se aplica el régimen de alguno de los citados.

Considerando el caso de la compraventa, Llerena, Lafaille, Borda y Belluscio participan de la opinión expuesta. Machado, Mazzinghi y Lagomarsino admiten la procedencia del contrato entre divorciados basándose principalmente en la interpretación restrictiva de las incapacidades.

Las referencias a este tema deben completarse con lo explicado sobre convenios entre cónyuges supra Nº 33. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha aceptado que un cónyuge comprara al otro en

la subasta pública realizada en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, lo que simplemente comportaba la inclusión del bien objeto del negocio en la hijuela particionaria del comprador.

Estimamos que los contratos entre divorciados reclaman revisión legal.

40. Cesación de la separación de bienes.

El artículo 1304 del Código Civil dispone que la separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedimento de ambos y que cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación como si la misma no hubiese existido.

La doctrina ha discrepado siempre sobre los alcances de la norma, en el sentido de si abarca todos los supuestos de separación de bienes cualquiera haya sido la causa de la disolución de la sociedad conyugal o si no comprende la sobrevenida por el divorcio, tesis esta última que pareciera confirmada por el actual efecto disolutorio que la sentencia de divorcio tiene sobre el régimen patrimonial, coordinado con los efectos de la reconciliación "que restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio" (art. 71, ley 2393). En efecto, el principal argumento de quienes entienden que también la reconstitución de la sociedad conyugal disuelta por divorcio debe formalizarse conforme al artículo 1304, se basa en la independencia de los efectos personales y patrimoniales de la sentencia respectiva, lo que era muy claro en el sistema anterior a la ley 17.711 (ver *supra* N° 6).

Excluido el supuesto de divorcio, la comprensión del artículo 1304 queda reducida a la separación de bienes decretada por la causal de mala administración ya que la asunción de la curatela por el cónyuge capaz o la recuperación de la capacidad por el consorte incapaz, con la correlativa finalización de su curatela por un tercero, reconstituyen la sociedad conyugal con relativa publicidad (ver *supra* N° 8, para los casos del cónyuge penado, simple ausente, inhabilitado civil).

Capítulo VII
(continuación)

BIEN DE FAMILIA

por SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

| | |
|---|-----|
| A. CONCEPTO. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DERECHO COMPARADO, LEY 14.394 Y REGLAMENTACIONES LOCALES | 467 |
| B. NATURALEZA JURIDICA | 469 |
| I. Del bien | 469 |
| II. Del derecho de los beneficiarios | 469 |
| III. Del derecho del constituyente | 470 |
| C. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS | 471 |
| I. Naturaleza y valores de los bienes que pueden afectarse | 471 |
| II. Constituyentes | 472 |
| III. Formas de constitución | 475 |
| D. CARACTERES DE LA AFECTACION | 478 |
| E. EFECTOS | 479 |
| I. Eficacia temporal | 479 |
| II. Inembargabilidad | 480 |
| III. Indisponibilidad | 482 |
| IV. Eximiciones impositivas y otros beneficios | 485 |
| V. Administración | 486 |
| VI. Régimen sucesorio | 486 |
| F. DESAFECTACION | 487 |

SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

Capítulo VII
(CONTINUACION)

BIEN DE FAMILIA

A. CONCEPTO. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DERECHO COMPARADO. LEY 14.394 Y REGLAMENTACIONES LOCALES

El bien de familia es una institución del derecho de familia patrimonial, que se orienta a la protección del núcleo familiar beneficiario, para asegurar su vivienda y/o su sustento.

Se ha presentado con distintos aspectos y alcances en las diversas legislaciones, reconociendo en la figura del *homestead* norteamericano (lote o sede del hogar, regido por las características de inembargabilidad e inejecutabilidad en la ley del Estado de Texas de 1839), y en las legislaciones sudamericanas que instituyen la protección del “patrimonio familiar” (Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Honduras, Nicaragua) o de la “propiedad familiar” (Cuba), o del “hogar seguro” de Puerto Rico, los antecedentes extranjeros más cercanos de nuestra legislación patria. En todos ellos se asegura la defensa del lugar asiento de la vivienda familiar —o a veces del lugar explotado por la familia para proveer a su subsistencia— frente a las pretensiones de terceros.

En nuestro país, el antecedente legislativo nacional que reconoció los caracteres de inembargabilidad e indisponibilidad del bien protegido fue la ley 10.284 de 1917, llamada también del “lote de hogar”. Organizaba la constitución del bien de familia —lote de hogar—, mediante un proceso judicial en el cual se controlaba la debida afectación, pero adolecía de un defecto fundamental: fijó el valor máximo de los inmuebles afectables en la suma de \$ 10.000, y al no darse la reglamentación que permitiera ir adecuando esa cifra tope, hizo que pronto resultara inaplicable la protección.

Hubo luego otras leyes que aparentemente reconocían el derecho a la inembargabilidad de la vivienda propia, tales como la del "Hogar Ferroviario" de 1921 o la de la Caja Nacional de Ahorro Postal de 1946, por las cuales se organizó el otorgamiento de préstamos para la construcción y/o adquisición de viviendas destinadas al uso o explotación de la familia del prestatario, y sujetas a inembargabilidad *por el tiempo que transcurriere hasta la cancelación del préstamo*. Así, en el primer caso se trabajó con los jubilados y pensionados ferroviarios, y en segundo con los ahorristas de la entidad, pero en ambas oportunidades la protección estuvo dirigida a la seguridad del prestamista, quien a través de la constitución de una hipoteca y la inembargabilidad del bien por cualquier otro acreedor hasta la cancelación del préstamo, cubrió su propio interés. Cancelada la hipoteca respectiva, el bien perdía su condición de inejecutabilidad.

Sistemas similares, por lo demás, se dan actualmente en los casos de otorgamiento de créditos hipotecarios por entidades financieras, donde es norma común de los contratos de garantía establecer la inembargabilidad del inmueble adquirido con los fondos entregados, por el tiempo que corra hasta la cancelación del préstamo.

En ninguno de estos casos podemos hablar de la constitución de un bien de familia. No sólo por el modo de establecimiento y requisitos exigidos, sino fundamentalmente por sus efectos, lejanos a la protección de la familia.

A nivel constitucional, la institución que nos ocupa fue expresamente receptada en la Constitución de 1949, la que en su artículo 37, apartado II, inciso 3, disponía: "El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine". En 1954, es dictada en el orden nacional la ley 14.394, que en los artículos 34 a 50 regula expresamente esta institución. Reformada la Constitución en 1957, en el agregado al artículo 14 dispone que "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: ...la defensa del bien de familia".

La provincia de Santa Fe, precursora una vez más en legislación de índole familiar —recordar la ley de matrimonio civil obligatorio de 1867, durante el mandato del gobernador Nicasio Oroño—, ya se había ocupado del tema en 1932 con la sanción de la ley 2290, que declaraba inembargable el “bien del hogar”. Preveía su constitución a través de juicio sumario, con posterior inscripción en el Registro General, y una duración de cinco años —salvo que hubiera hijos varones menores de 18 años o mujeres solteras, en cuyo caso se extendía la calidad de bien del hogar hasta que desaparecieran esas circunstancias— previendo además otras causales de caducidad que podían operar en cualquier tiempo.

Pero es recién a partir de la sanción de la ley 14.394 que se institucionaliza el bien de familia en todo el país, ya que apoyada en una norma constitucional regula la figura a nivel nacional y da las bases para su reglamentación en cada una de las provincias argentinas.

B. NATURALEZA JURIDICA

I. Del bien.

El inmueble afectado al régimen de bien de familia queda fuera de comercio. De la correlación entre los artículos 2336 a 2338 del Código Civil y el artículo 37 y concordantes de la ley 14.394 —que imponen la inenajenabilidad del bien—, surge indubitable este carácter.

Y en consecuencia, “no podrá ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias” (art. 37), ni podrá ser gravado sino en las condiciones previstas en la misma norma: con “la conformidad del cónyuge” o con autorización judicial cuando “éste se opusiera, faltare o fuere incapaz” y “mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia”.

II. Del derecho de los beneficiarios.

El derecho de los beneficiarios del sistema, configura un verdadero derecho subjetivo ubicado dentro de los derechos de familia patrimoniales, que se traduce en la facultad de exigir la

inalienabilidad e inejecutabilidad del bien frente a quien intente desconocerlo —incluso contra el mismo propietario—; a oponerse a una indebida desafectación pretendida por quien no sea el dueño, y a reclamar, en fin, en cualquier tiempo, el cumplimiento de las prerrogativas que derivan de su constitución.

En cuanto a las disposiciones del Código Civil en materia de derecho de familia patrimoniales, no resulta aplicable al bien de familia el carácter de prescriptible que marca para ellos el artículo 262. El derecho que nace de la afectación del bien es en este caso, y por expresa excepción de la ley 14.394, imprescriptible, ya que ella no establece ningún plazo de caducidad de la inscripción ni de prescripción del derecho, los que subsisten todo el tiempo que dure la afectación, dependiendo esta última sólo de la inexistencia de las circunstancias previstas en el artículo 49.

III. Del derecho del constituyente.

El dueño del inmueble, que lo afecta al régimen del bien de familia, continúa en su calidad de tal, sólo que queda sujeto a las limitaciones necesarias para que sea posible la protección del núcleo familiar.

Por eso podemos afirmar que se trata de un derecho de dominio restringido, dado que a partir de su constitución y hasta la desafectación del inmueble del régimen de bien de familia, el único acto de disposición posible está severamente limitado por el artículo 37, y porque si bien subsisten los poderes de administración, ellos están acotados por el respeto al *destino* que el inmueble debe cumplir.

Y más tarde, cuando el propietario quiera desafectarlo, deberá reunir el requisito de la conformidad del cónyuge o la supletoria autorización judicial, lo que podrá obtener “siempre que el interés familiar no resulte comprometido” (art. 49, inc. a).

C. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

I. Naturaleza y valores de los bienes que pueden afectarse.

Sólo las cosas inmuebles, de ubicación indistinta urbana o rural, que sirvan de techo para la familia, o que sean la fuente de producción de los recursos necesarios para el sustento familiar, son susceptibles de ser afectados a este régimen especial de protección.

La idea rectora de tutela a las necesidades básicas de todo núcleo familiar, ha llevado lógicamente a la fijación de una pauta legal que contemple en cada caso que el valor del bien protegido “no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia (la del propietario) según normas que se establecerán reglamentariamente” (art. 34).

Acertadamente, la ley 14.394 define:

- a) la reglamentación por parte de las provincias respectivas (arts. 34, 42 y ctes.) y,
- b) la indeterminación rígida del valor máximo a que debe ajustarse el bien de familia (error principal de la ley 10.284), permitiendo de este modo la adecuación del mismo según la ubicación geográfica del inmueble en cada caso particular, según el núcleo familiar concreto, y atendiendo asimismo a las variaciones permanentes de los valores venales de las cosas, mediante la adopción de fórmulas apropiadas que permitan un correspondiente reajuste del tope máximo que la ley nacional exige.

Y las provincias han hecho uso de esta facultad reglamentando, en base a los requisitos de fondo marcados por la ley 14.394, el modo de definir el valor máximo de los inmuebles que pueden ser afectados a este régimen especial. En general han fijado ese tope en una cifra determinada y según lo indicado en las valuaciones para el pago del impuesto inmobiliario, las que pueden ser modificadas por razones particulares de cada caso concreto atendiendo al número de miembros de la familia, o al destino del inmueble cuya afectación se pretende.

Así, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, la ley 9747/81 establece una distinción entre los inmuebles según que estén afectados total o parcialmente a la vivienda del constituyente y su familia, o que sólo se destinen a una explotación personal. Por el objeto de los primeros, admite la afectación como bien de familia de todo inmueble, cualquiera sea su valuación fiscal, pero para el segundo grupo impone un valor máximo que será fijado en cada caso “por la autoridad de aplicación”.

En nuestra provincia de Santa Fe, la ley n° 7224 de 1974 admitió la posibilidad de reajustar automáticamente el monto máximo que ella misma fija (§ 60.000 de valuación fiscal al tiempo de su sanción) “en la misma proporción en que se modifique en el futuro el avalúo para el pago del referido impuesto” —inmobiliario— “tomando como base el avalúo vigente en el año 1974” (art. 13) disposición inteligente que evita la necesidad de reformar la ley reglamentaria cada vez que el tope máximo pierde actualidad. Es de lamentar, sin embargo, que el Registro santafesino haya eliminado en la práctica de los últimos años la exigencia de un valor máximo para aceptar los pedidos de afectación. Este criterio se viene aplicando so pretexto de que no se han dictado decretos reglamentarios en los últimos períodos que fijen la cifra tope, pero creemos que la ley provincial da base suficiente como para practicar en cualquier tiempo la operación aritmética que permita fijarlo con prescindencia de otra reglamentación. Con lo cual se salvaría el texto de la ley nacional en vez de violarla, no exponiendo así a los beneficiarios a un pedido de desafectación por quien justifique interés.

II. Constituyentes.

Puede constituir el bien de familia, toda persona propietaria de un inmueble que reúna las características previstas por la ley, que goce de la facultad de disponer a título oneroso, y que además tenga el núcleo familiar que la ley quiere proteger. Salvo el caso de constitución en favor de un tercero, supuesto en el cual el constituyente debe tener capacidad para disponer a título gratuito y el tercero es quien debe acreditar tener el núcleo familiar a tutelar.

Pasando al detalle de lo expuesto, podemos decir:

1) El constituyente debe ser propietario actual del inmueble que pretende afectar.

En el caso de condominio, deben reunirse los requisitos del artículo 43 de la ley 14.394 en su última parte: la decisión unánime de todos los copropietarios, y además existir "entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36". Estimamos que este último es un requisito excesivo que impone la ley, ya que bien podría ocurrir que un inmueble esté en condominio entre dos o más personas físicas que no tienen entre sí ningún vínculo de parentesco pero que sí tienen cada una de ellas un grupo familiar del tipo previsto en el artículo 36. Si el inmueble en cuestión no excediera del valor máximo que marque la reglamentación, y sirviera de vivienda o sustento para las familias de los respectivos condóminos, no se ve objeción válida para su constitución mediando unanimidad en la decisión para afectarlo. Nótese, por otra parte, que la exigencia del texto: "Si hubiere condominio la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios", concuerda con el artículo 2682 y concordantes del Código Civil, calificando a la afectación, sin lugar a dudas, como acto de enajenación.

Surge de las normas de las donaciones (art. 2613 y cctes. del C. Civil) la posibilidad de que el constituyente se desprenda previamente del dominio por donación, testamento o partición-donación, y condicione dicha transferencia al hecho de que el inmueble donado o legado para después de la muerte se constituya en bien de familia.

Es una posibilidad no prevista expresamente por la ley 14.394, pero admitida por las disposiciones aplicables del Código Civil—condiciones de las donaciones— y configura la constitución del bien de familia por un tercero en favor de otra persona, adjudicataria del bien, y su núcleo familiar.

2) El constituyente debe tener capacidad para disponer.

Ello surge claro a partir del efecto inmediato de la afectación: poner al bien fuera de comercio. Semejante consecuencia configura un verdadero acto de disposición, que sin embargo aún resta en-

cuadrarlo dentro de una de las dos grandes categorías jurídicas de este tipo de actos: a título gratuito u oneroso, por las implicancias múltiples que tiene su caracterización.

El doctor Elías P. Guastavino, en su enjundiosa obra *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia* (editorial Omeba, 1962, pág. 326 y sig.) considera que si bien es difícil en este caso lograr el encasillamiento firme de la figura en una u otra clase de acto, los efectos que produce hacia el mismo propietario después de la afectación —restricción a su libre disposición— son una verdadera contrapartida por los beneficios que de tal afectación obtiene (fundamentalmente la inembargabilidad para un importante grupo de acreedores) y ello puede llevar a afirmar que es un acto de disposición a título oneroso.

Pero si en cambio, se trata de la constitución con previo desprendimiento del dominio —supuesto considerado al final del punto 1—, por la naturaleza del acto que lo precedió —donación o testamento—, se tratará de un acto de disposición a título gratuito.

Correlativamente, en el primer caso se necesita capacidad para disponer a título oneroso, y en el segundo capacidad para donar o para testar.

Tratándose de una persona casada que quiera afectar un inmueble de su propiedad al régimen del bien de familia, la ley 14.394 la faculta para hacerlo sin requerir el consentimiento del otro cónyuge, requisito al que alude sólo para el caso de desafectación por voluntad del dueño (arts. 34 y 49, inc. a). Mas a la luz de la reforma introducida por la ley 17.711 al artículo 1277 del Código Civil, resulta actualmente indispensable el asentimiento conyugal para disponer la afectación de un inmueble ganancial, y aun cuando se trate de un inmueble propio, si es el asiento del hogar conyugal y existen hijos menores o incapaces, todo lo cual se aplica incluso disuelta la sociedad conyugal. Esta observación es una de las consecuencias necesarias a partir de haber calificado a la afectación como un acto de disposición del constituyente.

3) El constituyente debe acreditar sus vinculaciones familiares con alguna o todas las personas que especifica el artículo 36

de la ley 14.394: cónyuge, ascendientes, descendientes, hijos adoptivos y colaterales consanguíneos hasta el tercer grado.

Basta que exista una sola de las personas allí nombradas, para que sea viable la afectación del inmueble, quienes además, con excepción de los colaterales, pueden convivir o no con el constituyente.

Se ha dado en torno al cónyuge del constituyente como único beneficiario del sistema, una evolución favorable en la jurisprudencia de nuestro país. Después de numerosos fallos que desconocían la conformación de un grupo familiar constituido únicamente por los esposos, y más aún por el cónyuge sobreviviente luego de la muerte del constituyente, la postura de nuestros jueces se volcó al reconocimiento del derecho del cónyuge cuando es el único beneficiario, para pretender los beneficios de tal afectación.

Con respecto a los colaterales, hasta el tercer grado, deben reunirse dos requisitos para que puedan ser beneficiarios: la ausencia de los demás sujetos tutelados por la norma, y la convivencia del colateral con el constituyente.

4) El constituyente no debe tener otro inmueble suyo afectado a este régimen especial. "No podrá constituirse más de un bien de familia. Cuando alguien resultase ser propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fija la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término" (art. 45 ley 14.394). Ello por el carácter único que reviste la afectación.

III. Formas de constitución.

1 — Observando el derecho comparado, se distinguen diversas formas posibles de constitución:

- a) *Sistema de pleno derecho*: por el cual se constituye el régimen de bien de familia por imposición de la ley, ante la reunión de todos los elementos básicos en cada caso concreto. Adoptado, por ejemplo, en algunos estados de Norteamérica.

- b) *Sistema judicial*: que se caracteriza por ser imprescindible el cumplimiento de un debido proceso en el cual deben acreditarse sumariamente todos los requisitos básicos que exige la ley, a fin de obtener una orden judicial de afectación. Es el sistema seguido por algunos países como Portugal, México y Venezuela, y el que traía nuestra ley 10.284. Es además el propiciado por el Proyecto de Reforma de 1936 y el Anteproyecto de Código Civil de 1954, y cuenta con decididos partidarios dentro de calificada doctrina nacional, por el control que significa la intervención de un juez que aprecie en cada caso la legalidad del acto, y atento a la repercusión que el mismo tiene en el tráfico económico y jurídico del bien.
- c) *Sistema notarial*: la voluntad de afectación debe formalizarse en escritura pública, en la que el notario interviniente controlará y hará constar el cumplimiento de los extremos exigidos por la ley, y procederá luego a la inscripción registral del documento. Adoptado en Italia y Brasil, es uno de los sistemas autorizados por la ley 7244 de la provincia de Santa Fe.
- d) *Sistema mixto*, que combina los dos anteriores: notarial y judicial, lo que aparentemente es una formalidad excesiva, que impone un doble control para su constitución. Seguido en Colombia, Uruguay y Perú.
- e) *Sistema administrativo*, con apelación ante órganos judiciales. Es el adoptado por la ley 14.394, y uno de los dos por los que puede optarse en la provincia de Santa Fe.

El artículo 42 de la ley nacional dispone que "La inscripción del bien de familia se gestionará en jurisdicción nacional, ante la autoridad administrativa que establezca el Poder Ejecutivo Nacional", y de sus decisiones hay recurso en relación ante el "juez de lo civil en turno" (art. 50). Y el poder nacional ha dispuesto, en el decreto 2513 de 1960 reglamentario de la ley 14.394, que el órgano administrativo competente es el Registro de la Propiedad Inmueble.

La voluntad de afectación debe manifestarse ante este órgano, con la justificación de los extremos que exige la ley nacional: propiedad del inmueble en cuestión, existencia y composición de la familia del constituyente, compromiso de destinar el inmueble a la habitación o explotación por la familia, valor del inmueble dentro de lo establecido como máximo legal, declaración jurada de no tener otro inmueble ya inscripto o en vías de inscripción bajo este régimen, declaración jurada de convivencia de colaterales, situación del dominio (si existen hipotecas u otros gravámenes), decisión unánime en caso de condominio, etc.

El trámite es completamente gratuito, tanto en lo que refiere al pago de tasas y sellados —de lo que está exento por disposición del artículo 46 de la ley 14.394— como al asesoramiento que deben prestar los representantes de la autoridad administrativa (art. 47).

En la provincia de Santa Fe, la forma de afectación puede ser, a elección del constituyente, por escritura pública o por la vía administrativa, debiendo sustanciarse “toda cuestión litigiosa o contenciosa respecto de la afectación o desafectación del bien de familia”, mediante “procedimiento sumario” ante los “jueces de primera instancia en lo civil y comercial” (art. 7, ley 7224).

2 — En algunos supuestos especiales, la forma de constitución no puede ser otra que la prevista por el Código Civil para actos semejantes:

- En caso de constitución por donación, la única forma es la escritura pública (art. 1810 y ctes. del C.C.);
- En caso de constitución por partición por donación, también es excluyente la escritura pública (art. 3523 C.C.);
- Si la constitución es por testamento, puede hacerse por cualquier tipo de testamento válido (art. 3622, 3624 y ctes. C. Civil) y posterior inscripción registral por orden del juez del sucesorio y “a pedido del cónyuge, o en su defecto, de la mayoría de los interesados”. “Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez” (art. 44 ley 14.394).

D. CARACTERES DE LA AFECTACION

El acto jurídico por el cual se constituye a un inmueble propio con el carácter de bien de familia —la afectación—, goza de varios caracteres, entre los cuales podemos destacar:

1. Es *optativa*. El propietario puede afectar el inmueble, según sea su voluntad, sin que ninguna disposición legal lo obligue a hacerlo. Aunque estén dadas las condiciones físicas y jurídicas en el inmueble y en el núcleo familiar, es de la decisión del dueño cumplir o no con el trámite destinado a la afectación.

Además, el acto jurídico de la afectación corresponde al ejercicio de un derecho personalísimo, irrenunciable, imprescriptible, y no susceptible de ser ejercido subrogatoriamente por otro en lugar del constituyente.

2. Es *única* o excepcional. Así lo dispone el artículo 45 de la ley 14.394 cuando prohíbe a un propietario único constituir en bien de familia a dos o más inmuebles de su dominio. Cada persona puede afectar a este régimen un solo inmueble de su propiedad, y si se hubiera excedido deberá optar por la subsistencia de uno solo, “bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término” si no realizare la opción dentro del plazo que le otorgue la autoridad de aplicación.

Esta limitación no se aplica, sin embargo, si una misma persona es propietaria exclusiva de un bien de familia y co-propietaria o condómina de otro sujeto al mismo régimen (no sería en ese caso el propietario único a que refiere el art. 45).

3. Es *imprescriptible*. El carácter que la afectación otorga al inmueble —bien de familia— es imprescriptible. Es una consecuencia de haberse colocado al bien fuera de comercio, lo que lleva también a la imposibilidad de adquisición del dominio por un tercero con base en la prescripción (arts. 2337, 3952 y ctes. del C. Civil; art. 37 ley 14.394).

Para que el inmueble pueda ser objeto de algún tipo de prescripción es necesaria una previa desafectación para devolverle su carácter de cosa en el comercio.

4. Es *irrenunciable*. Realizada la afectación, no pueden el constituyente ni los beneficiarios renunciar a los efectos y beneficios que de ella derivan. Así, por ejemplo, no podrían consentir un embargo o una ejecución indebidos, renunciando a la inembargabilidad o a la inejecutabilidad propias del régimen, sin caer en la nulidad de tales actos.

Este carácter es una excepción a la regla de renunciabilidad que caracteriza a los derechos familiares patrimoniales ya adquiridos (arts. 262 y cetes. del C. Civil). Es el interés de la colectividad familiar el que lleva a la aplicación del artículo 872 del Código Civil, que veda la renuncia cuando los derechos son “concedidos menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público”, dada la mayor similitud del concepto de interés familiar con el orden público que con el del interés de un particular.

E. EFECTOS

I. Eficacia temporal.

“La constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el Registro inmobiliario correspondiente” (art. 35, ley 14.394). Con la inscripción nace el régimen especial de protección, y ella no caduca por el cumplimiento de ningún plazo. Perdura su vigencia y sus efectos mientras no surja y se haga valer, por los medios que la ley establece, alguna de las causales de desafectación (art. 49 ley cit.).

Tampoco termina por la muerte del propietario, pues el dominio se trasmite bajo el mismo régimen a los herederos legales.

Hay sin embargo un supuesto en el que podríamos hablar de un plazo de vigencia de sus efectos, y es en el caso de donación del inmueble con la condición de someterlo al régimen del bien de familia. Para quienes consideran aplicable el artículo 2613 del Código Civil, ese bien de familia tendría una duración máxima de 10 años a contar desde su inscripción.

II. Inembargabilidad.

I. REGLAS GENERALES.

La fecha de inscripción del bien de familia marca una diferencia fundamental en cuanto a los créditos ejecutables sobre el inmueble afectado.

La necesaria protección de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la fecha de afectación, hace que todos los créditos nacidos con fecha anterior a la inscripción puedan cobrarse sobre el bien de familia, pues para ellos es inoponible el carácter de inembargabilidad del régimen.

En cambio, todos los créditos nacidos con posterioridad a la afectación —y vaya lo dicho como una regla general—, son inejecutables sobre el inmueble inscrito como bien de familia, aun en caso de concurso o quiebra del propietario.

La publicidad, que se considera debidamente cumplida mediante la inscripción registral, es el elemento decisivo para esta clasificación, y es lo sustentado en la primera parte del artículo 38 de la ley.

Merece especial consideración el planteo de algunos supuestos en los que pueda cuestionarse la fecha del nacimiento de un crédito, en orden a la determinación de su ejecutabilidad o inejecutabilidad sobre un bien de familia:

Un caso que ha dado lugar a la promoción de cuestiones judiciales, es el del automovilista que luego de provocar un accidente de tránsito pero antes de ser demandado, o antes de dictarse sentencia condenatoria, afecta su vivienda con el carácter de bien de familia. Obtenida la decisión judicial a favor del damnificado, el autor de los daños no podría oponerse a la pretensión ejecutiva de la víctima alegando la inembargabilidad de dicho bien, pues el derecho a la indemnización nació en el momento de producirse el hecho generador de responsabilidad —en el ejemplo el día del accidente—, que fue anterior al de la inscripción del inmueble como bien de familia.

Otra cuestión similar se ha suscitado respecto a los créditos por expensas comunes —devengados en el régimen de la propiedad horizontal— cuyas fechas sean posteriores a la de la afectación de la respectiva unidad funcional como bien de familia. A primera vista, y aplicando sólo la relación entre ambas fechas, pareciera que tales créditos no fueran ejecutables sobre ese inmueble. Pero una interpretación más detenida, que repare en la naturaleza de estos créditos, nacidos todos a partir de la creación del sistema de propiedad horizontal ya que son inescindibles de él, nos lleva a concluir que cualquiera sea la fecha de la afectación como bien de familia, siempre le ha precedido la inscripción bajo el régimen de propiedad horizontal. Y de esta primera inscripción se generan —por su previsión en el mismo Reglamento de Copropiedad y Administración que se registra— las expensas comunes de cada integrante del edificio, cualquiera sea la fecha concreta de las devengadas en cada oportunidad. Son de la naturaleza misma del régimen de horizontalidad, y no es dable admitir que luego se pretenda eludir su cumplimiento a través de la constitución —que siempre será posterior al nacimiento del sistema— de las distintas unidades como bien de familia. Así lo ha resuelto el buen criterio de nuestros tribunales, con el apoyo de la doctrina nacional (Cám. Civ. Cap. Sala B: 30-5-72; Guastavino; Racciati, Hernán).

2. EXCEPCIONES.

La regla general de inembargabilidad por los créditos nacidos con posterioridad a la inscripción del inmueble en el Registro como bien de familia, reconoce tres excepciones, previstas en el mismo artículo 38:

- 1) Créditos provenientes de “impuestos o tasas que gravan directamente el inmueble”;
- 2) Créditos derivados de “gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37”; y
- 3) Créditos nacidos con motivo de “construcción o mejoras introducidas en la finca”.

En todos estos casos, la fecha del nacimiento de los créditos es irrelevante, siendo *siempre* ejecutables sobre el bien de familia.

3. FRUTOS Y PRODUCTOS.

El artículo 39 de la ley 14.394 establece que “serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos”.

De modo que por regla general, el 50 % de los frutos es inembargable, pero excepcionalmente este porcentaje puede aumentar hasta el 100 % si se demuestra que es necesario en dicha medida para satisfacer las necesidades de la familia.

Los productos, por definición, resultan ser inembargables.

4. FALTA DE SUBROGACIÓN REAL.

El inmueble sujeto al régimen en estudio, podría sufrir una destrucción o incendio que dé lugar al pago de un seguro; o someterse a una expropiación por causa de utilidad pública, o ser necesaria su venta para reemplazarlo por otro que satisfaga mejor las necesidades de la familia.

En ninguno de estos supuestos la suma de dinero que reemplaza al inmueble mismo —premio del seguro, indemnización de la expropiación, o precio de la venta— goza de inembargabilidad. Es lamentable que no se haya previsto en la ley la subrogación real que hubiera permitido la continuidad de la protección de la familia durante el tiempo corrido entre la realización del inmueble afectado y su sustitución por otro.

III. Indisponibilidad.

1. Dado que el bien de familia está fuera de comercio, el mismo es inalienable. No puede ser transferido por voluntad de su titular, sea por actos entre vivos o mortis causa, sea a título gratuito u oneroso.

Así, no puede ser objeto de venta, donación, permuta, dación en pago, renuncia, legado ni mejora testamentaria. Es presupuesto

necesario para la realización de cualquier acto de disposición, la previa desafectación del inmueble de su carácter de bien de familia.

2. El único caso en el que se produce un cambio de titular en el derecho de dominio sobre el bien de familia ya constituido, sin que medie previa desafectación y en el que, por el contrario, el inmueble continúa bajo la protección del régimen, es en la transmisión por causa de muerte cumplida según las normas de las sucesiones intestadas, sin disposición alguna por parte del causante que configure un legado ni una mejora para el heredero. Este es el modo, además, de asegurar la protección al núcleo familiar más allá de la vida del constituyente, siempre que se mantengan las condiciones básicas que justifican la figura (vivienda propia y/o sustento familiar, etc.).

3. Dentro de la categoría de actos de disposición, corresponde el tratamiento de la constitución de gravámenes sobre el inmueble a los que refiere el artículo 37 de la ley 14.394. Ocurre que la afectación, cuyo efecto inmediato es el de la inembargabilidad de la cosa por las deudas contraídas con posterioridad, suele ocasionar a su constituyente la imposibilidad de obtener nuevos créditos —especialmente de las entidades bancarias o financieras— dado que ha disminuido notoriamente su patrimonio a los efectos de la garantía que éste representa para los acreedores en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Ello justifica la norma del artículo 37, que permite —a pesar del principio general de indisponibilidad—, *gravar* el bien de familia con el único requisito de contar con la “conformidad del cónyuge” y “si éste se opusiere, faltare o fuere incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia”.

Es de destacar el cuidado del legislador en este tema, al exigir la intervención del cónyuge del constituyente, o en su defecto la del juez para autorizar este acto de enajenación —generalmente una hipoteca para obtener un crédito en dinero—, en momentos en los que aún regían los artículos 1276 y 1277 originarios del Código Civil, sin la fundamental reforma que se introdujo recién en 1968.

4. EFECTOS DE UNA DISPOSICIÓN PROHIBIDA.

El texto del artículo 37, en su primera parte, define la incapacidad del constituyente para la realización de actos de disposición sobre el bien de familia, prohibiéndoselos expresamente. Por lo que los actos realizados en violación a este precepto, encuadran en la nulidad prevista en los artículos 1043 y 1044 del Código Civil. El objeto prohibido, y el orden público interesado dada la protección legal a la familia, avalan el carácter de nulidad absoluta de este supuesto, lo que permite que sea declarada de oficio, y la acción sea irrenunciable e imprescriptible.

Sin embargo, el mismo autor del acto prohibido no podría luego pedir la declaración de nulidad, por aplicación del artículo 1047, "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", quedando reservado el ejercicio de la acción de nulidad a los beneficiarios del bien de familia, al Ministerio Público, y al juez, quien deberá proceder aun de oficio ante la manifiesta nulidad.

5. ENAJENACIÓN COMPULSIVA.

Hay, sin embargo, tres supuestos que permiten la transmisión forzosa del inmueble inscripto como bien de familia, provocando en todos ellos: primero la desafectación y luego la transferencia (artículo 49, inc. e, de la ley en estudio).

- a) Expropiación por causa de utilidad pública. El interés general justifica su preferencia al derecho del núcleo particular protegido;
- b) Reivindicación del inmueble por un tercero. Triunfante la acción de reivindicación, y demostrado así el mejor derecho del tercero, se destruye el presupuesto básico de la titularidad del dominio en cabeza del constituyente, que dio lugar a la afectación, y el bien debe ser devuelto a su legítimo dueño;
- c) Venta judicial "decretada en ejecución autorizada por esta ley". Son los casos de venta ordenada judicialmente por incumplimiento de: 1) las obligaciones contraídas antes de la inscripción registral como bien de familia; y 2) las contraídas con posterioridad y que correspondan a las previstas en el artículo 38 de esta ley.

IV. Eximiciones impositivas y otros beneficios.

El artículo 40 de la ley 14.394 dispone que "El bien de familia estará exento del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el artículo 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión".

Según este texto, los requisitos a reunir deben ser:

1) Que el bien de familia sea recibido por el cónyuge y/o los parientes nombrados en el artículo 36; y 2) Que no sea desafectado sino hasta después de transcurridos cinco años desde la muerte del causante.

Esta exención del pago del impuesto a la transmisión gratuita obliga a idéntica regulación por parte de las provincias.

Pero actualmente no tiene el carácter de excepción que le dio el legislador, dado que por aplicación de la ley nacional 21.282/76 se halla suspendido en todo el país el impuesto a todas las transmisiones gratuitas de bienes, con efecto retroactivo al 1º de enero de 1974 (arts. 18, 19 y 20 de la citada ley).

Asimismo, el trámite de afectación está exento del "impuesto de sellos, de derechos de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales" (artículo 46, ley 14.394). Puede ser realizado personalmente por el constituyente, sin intervención de profesional alguno, y "la autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados, gratuitamente, el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción del bien de familia". Pero, "si ello no obstante, los interesados desearan la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del 1 % de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial" (art. 47).

No hay, en cambio, exención para el pago de los impuestos, tasas y otros gravámenes que pesen directamente sobre el inmueble, los que además son ejecutables sobre el bien de familia, cualquiera sea su fecha de origen (art. 38).

V. Administración.

En general, son aplicables al bien de familia las normas de administración comunes a quienes son titulares de dominios no restringidos, ya que la ley 14.394 no trae normas especiales al respecto.

Pero hay ciertos actos que, siendo normales en una administración común, resultan altamente cuestionables en este caso por los fines perseguidos por la institución. Así, por ejemplo, la locación del bien de familia. Dado el precepto del artículo 41 de la ley especial, evidentemente el inmueble alquilado no sirve para la vivienda de la familia, y difícilmente pueda aceptarse que el arrendamiento sea una forma de explotación por cuenta propia.

Norberto José Novellino, en su obra *Nuevas leyes de familia* (1955), se ha pronunciado por la aceptación de la locación del bien de familia, urbano o rural, como modo de "explotación por cuenta propia". Sin embargo, creemos más acertado el mesurado criterio del doctor Elías P. Guastavino, quien no vacila en considerar que una vez constituido el bien de familia pueden presentarse situaciones en que sea admisible la "autorización de su arrendamiento en forma temporaria y excepcional" (*obra citada*, pág. 304). Y ejemplifica con el caso de inmuebles que, sin exceder las previsiones de la ley 14.394 pueden ser explotados como hoteles, pensiones u hospedajes, directamente por el propietario y su familia. Y aun admite la autorización de un arrendamiento parcial o transitorio si hay causas justificadas que permitan al propietario no residir en el inmueble. Pero nunca como una posibilidad genérica, que dejaría muertos la letra y el espíritu de los artículos 34 y 41 de la ley.

VI. Régimen sucesorio.

Varias son las disposiciones de interés sucesorio de la ley 14.394, en su capítulo V:

1. El bien de familia no puede ser objeto de mejoras ni legados testamentarios (visto *ut-supra* III - 1 y 2).
2. El bien de familia está exento del impuesto a la transmisión gratuita de bienes (art. 40), con tal que se reúnan los requisitos allí exigidos.

3. "En los juicios referentes a la transmisión hereditaria del bien de familia, los honorarios de los profesionales intervinientes no podrán superar al 3 % de la valuación fiscal, rigiéndose por los principios generales la regulación referente a los demás bienes" (art. 48).
4. El bien de familia puede ser constituido por testamento (artículos 44 y 49, inc. b), pero la voluntad del testador debe ser complementada con la del cónyuge supérstite o en su defecto la de la mayoría de los herederos, ya que el juez de la sucesión ordenará la inscripción en el Registro luego del "pedido" de uno de ellos, y cuando estuvieren reunidos los requisitos previstos por la ley (art. 44).
5. El bien de familia puede desafectarse "a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando . . . se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar" (art. 49, inc. b).

Por último, la transmisión *mortis causa* configura —como hemos dicho antes— la única excepción a la traslación de dominio del bien de familia sin que le preceda ni ella provoque su desafectación.

F. DESAFECTACION

Consiste en la cancelación registral del carácter de bien de familia, que puede ocurrir ante cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 49. Antes de entrar al análisis de cada uno, conviene recordar que no hay ninguno que opere automáticamente.

Aunque no sea la terminología de la ley, las causales de desafectación pueden clasificarse en voluntarias o forzosas.

I. Los primeros incisos del artículo 49 prevén las del primer tipo, a saber:

- 1º) Cancelación "a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge". Esta conformidad, no requerida por la ley

14.394 para obtener la afectación (sin perjuicio de la modificación introducida por la ley 17.711), es exigida para la desafectación, ya que implica el retiro de la cobertura protectora a que estaba acogido el inmueble.

La ausencia o incapacidad del cónyuge, puede ser suplida por la autorización judicial, "siempre que el interés familiar no resulte comprometido". No parece permitido, en cambio, el reemplazo de la oposición del cónyuge por la orden judicial, de modo que en tal supuesto no sería viable la desafectación conforme al texto de la ley 14.394. Sin embargo, atento a la actual redacción del artículo 1277 del Código Civil, también la oposición del cónyuge puede salvarse a través de la autorización judicial.

- 2º) Cancelación "a solicitud de la mayoría de los herederos... El juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar". Si existen incapaces, será parte necesaria en el trámite respectivo, el Ministerio Público de Menores (art. 59 del C. Civil).
- 3º) "A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes". Mientras el artículo 43 en su última parte, exige unanimidad de los condóminos para afectar el inmueble, este inciso c) del artículo 49 sólo pide la mayoría de capital para obtener la desafectación.

Dado que la trascendencia del acto de desafectación lo caracteriza también como de disposición —a semejanza del acto de afectación—, es válido lo que antes hemos dicho en torno a la capacidad requerida para su autor. Pero en este caso especial de condominio, la norma comentada configura una verdadera excepción al artículo 2680 del Código Civil, en cuanto no requiere la decisión unánime de los copartícipes sino sólo la de la mayoría computada por valor o capital.

II. Los dos incisos restantes del artículo 49 de la ley 14.394 prevén causales forzosas de desafectación:

- 1º) “De oficio o a instancia de cualquier interesado” cuando no subsistan los requisitos básicos que dieron lugar a la constitución del régimen. Indudablemente, todos los que tengan interés en que el bien vuelva al comercio, y con ello recobre sus caracteres de embargabilidad y libre disponibilidad, están legitimados para pedir su desafectación cuando el inmueble ya no cumple la función de vivienda o sustento familiar, o no es explotado por el propietario o su familia, o excede los valores máximos permitidos por la reglamentación, o no hay grupo familiar para proteger.
- 2º) Este último inciso del artículo 49 contempla los casos de desafectación por transmisión forzosa —ya vistas— y además la posibilidad de la sustracción al régimen protector cuando exista “causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente”. Puede ejemplificarse este supuesto cuando se realice una explotación irracional o antieconómica del bien; cuando no se cumpla con la obligación alimentaria a los parientes que marca la ley; o cuando los frutos obtenidos no sean utilizados para el sustento familiar.

En éste, como en todos los casos en que no se cumplan los fines previstos por el legislador, orientado permanentemente a la protección de la familia, pierde sentido el reconocimiento de un sistema de excepción que sólo ella justifica frente a la limitación de otros derechos, y a las consecuencias jurídicas de la talla a que hemos ido haciendo referencia en el curso de este tema.

Capítulo VIII

NULIDADES MATRIMONIALES

por MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

| | |
|--|-----|
| I. REGIMEN JURIDICO DE NULIDADES MATRIMONIALES | |
| 1. Tesis sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales o aplicación subsidiaria del régimen común de nulidad de los actos jurídicos | 493 |
| A) Tesis de la especialidad | 493 |
| B) Tesis de la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos | 496 |
| II. NULIDAD E INEXISTENCIA | |
| 2. Teoría de los matrimonios inexistentes | 503 |
| A) Concepto, origen. Doctrina nacional | 503 |
| B) Interés práctico de la distinción entre nulidad e inexistencia del matrimonio | 505 |
| C) Casos de inexistencia | 506 |
| III. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA | |
| 3. Régimen del Código | 509 |
| 4. Nulidad absoluta | 512 |
| 5. Nulidad relativa | 515 |
| IV. ACCION DE NULIDAD | |
| 6. Cuestiones procesales | 522 |
| 7. Extinción de la acción | 523 |
| V. EFECTOS DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO | |
| 8. A) Efectos generales | 527 |
| B) Matrimonio de mala fe | 528 |
| C) Matrimonio putativo | 529 |

MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

Capítulo VIII

NULIDADES MATRIMONIALES

I. REGIMEN JURIDICO DE NULIDADES MATRIMONIALES

1. Tesis sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales o aplicación subsidiaria del régimen común de nulidad de los actos jurídicos.

La doctrina nacional se pronuncia en dos grandes corrientes de opinión sobre el tema de las nulidades matrimoniales. Algunos autores se sitúan dentro de una postura rígida que no admite otro régimen que el establecido en la ley de matrimonio civil, que defienden como sistema autónomo y que resulta por tanto autosuficiente respecto a las causas de nulidad de matrimonio, a sus efectos, y a las personas legitimadas para el ejercicio de la acción tendiente a obtener su declaración. Esta postura, *cerrada*, se ha dado en llamar “tesis de la especialidad”.

La otra posición que puede denominarse *amplia*, niega que el régimen establecido en la ley 2393 sea autosuficiente, y proclama que, en materia de nulidad de matrimonio vemos —como una infraestructura de las disposiciones específicas (Mazzinghi)—, al sistema de las nulidades de los actos jurídicos enriqueciendo y completando el reducido grupo de reglas contenidas en la ley matrimonial. Esta tesis defiende la aplicación subsidiaria de las nulidades de los actos jurídicos en general.

A) Tesis de la especialidad.

Enunciada por Prayones, es sostenida por Fassi, López del Carril, Lagomarsino, Molinario, Belluscio entre otros y apoyada en fallos de jueces como R. Salvat, Barraquero, Acuña Anzorena, N. Portas, Acdeel Salas y otros distinguidos juristas.

Díaz de Guijarro por su parte, sistematiza el régimen legal de nulidades aplicando un principio general, el del artículo 18 del Código civil; y luego lo completa con regímenes especiales: para los actos jurídicos patrimoniales aplica las normas de los artículos 1037 y siguientes del Código civil, mientras que, para el matrimonio como acto jurídico familiar, sólo cabe aplicar, dice, aquel principio general y la ley 2393.

Los argumentos sobre los que se apoya la tesis de la especialidad son:

1º) Las ideas dominantes a la época de sanción de la ley argentina de matrimonio civil, que se orientaban en el sentido de que las causales de nulidad de matrimonio constituían un régimen expreso y especial.

a) *Doctrina francesa*: El Código de 1804 no tiene una teoría general de los actos jurídicos y de sus nulidades, por lo que aparentemente el problema doctrinario no debía plantearse. Pero el título quinto del Libro primero de ese Código referente a las demandas de nulidad de matrimonio, no enunciaba las causales de nulidad, sino sólo quiénes pueden ejercitar la acción, efectos de la nulidad, algunas reglas sobre caducidad, y prueba de matrimonio.

La falta de una expresa enunciación de las causales planteó en doctrina el interrogante de que, si no se contiene la causal en un precepto expreso, puede ella resultar implícitamente de la violación de la prohibición legal (nulidades virtuales), admitiéndose casi uniformemente por los autores que en materia de matrimonio —a diferencia del derecho común—, no hay nulidad sin un precepto legal expreso que la pronuncie (*pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressement*), resultando por consiguiente un régimen especial.

Fue también el criterio de la Corte de Casación francesa que, acogiendo la doctrina, no admitió más nulidades que las expresamente previstas en los textos legales.

Se observa que sin duda, nuestros legisladores de 1888 recibieron estas ideas, ya que, además, consagraron en el artículo 14 de la ley de matrimonio civil la teoría de la inexistencia de matrimonio, que iba unida a la negación de las nulidades implícitas.

b) *Derecho canónico*: Las causales de nulidad están expresamente dichas en los cánones y constituyen un régimen especial, ya que el Derecho canónico no tiene una teoría general de los actos jurídicos y sus nulidades, ni interesa para el caso desde que legisla al matrimonio por ser un sacramento.

Fue derecho vigente hasta la sanción de la ley 2393, y la especificidad del régimen era, se dice, convicción de la época.

c) *Proyecto de Freitas y Código de Vélez Sársfield*: Freitas remitió a las disposiciones contenidas en su teoría general de los actos jurídicos, la nulidad de los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia católica —art. 1430—; pero en cuanto a las causales, sólo admitió que podían ser aplicadas las que establecieren las leyes sobre el matrimonio —art. 1433—; siendo necesario la remisión expresa a la parte general para que ese régimen fuera aplicable.

Inspirándose en Freitas, Vélez estableció normas similares en sus artículos 228 y 229 del Código argentino, aunque remitió al derecho canónico —y no a la ley civil—, la enunciación de las causales de nulidad matrimonial.

2º) *Trámite legislativo*: El Proyecto de la ley 2393 contenía el artículo 93 que decía: “Las disposiciones de este Código sobre nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a la nulidad de los matrimonios”.

Al fundamentar las reformas propuestas, el senador Manuel Derqui abogó por la supresión de ese precepto, explicitando que sería inconveniente y no tendría objeto, ya que en el Proyecto estaban previstas y claramente expresadas todas aquellas causas que, dada la naturaleza y fines del matrimonio, eran bastantes para servir de fundamento a una acción de nulidad.

El artículo 93 fue suprimido.

3º) *Razones axiológicas*: En favor de la tesis de la especialidad Belluscio agrega que “el matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza trascendental para el orden social que requiere normas especiales que regulen su invalidez, ya que ésta puede acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en la condición de concubinos y la filiación ilegítima de los hijos nacidos

de la unión. Es muy distinto anular un acto que sólo produce consecuencias patrimoniales que uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar” (T. II, nº 348, págs. 19/20).

Consecuencias: La tesis de la especialidad sostiene que la ley 2393 (Capítulos XII y XIII). constituye un régimen especial y auto-suficiente en materia de nulidad del matrimonio. En consecuencia:

- no hay nulidad sin una causal expresamente prevista en la ley;
- están legitimados para el ejercicio de la acción las personas citadas en los artículos 84 y 85 de la LMC;
- la invalidez de matrimonio requiere el ejercicio de la acción de nulidad. El artículo 224 del Código civil exigía plantear la acción. Por tanto no procede la declaración de oficio de la nulidad;
- los efectos de la nulidad de matrimonio son los previstos en la ley 2393, exclusivamente (arts. 87 a 89 LMC.).

B) Tesis de la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos.

La nulidad del matrimonio, dice Llambías, se inscribe dentro del régimen más amplio de la nulidad de los actos jurídicos en general, sin perjuicio del sello particular y de las características peculiares que son impuestas al sistema por la importancia y naturaleza del acto y la trascendencia de la acción (*C.C. anotado*, T. I, Comentario al art. 84 LMC. págs. 697 y ss.). Para los partidarios de esta tesis, las normas estatuidas por la ley de matrimonio civil se conjugan y armonizan con las que son propias de los actos jurídicos en general, aun cuando aquéllas se aplican prioritariamente, y oponen, en algunos casos, un obstáculo a la aplicación de ciertos principios generales o los modifican atendiendo a la especial naturaleza del acto matrimonial.

Comparten esta posición entre otros: Lafaille, Pedro León, Frías, Arias, Pavón, Busso, Spota, Mazzinghi, Llambías, etc.

Los jueces se han pronunciado reiteradamente sobre la aplicación subsidiaria de la nulidad de los actos jurídicos en general admitiendo que el régimen de nulidad de matrimonio establecido en

la ley 2393 no es distinto y autónomo en grado tal que rechace en absoluto el establecido en el Código Civil, cuyos principios generales son aplicables en esta materia mientras no haya disposiciones especiales que los modifiquen o no lo impida la naturaleza misma del acto (SCBA, DJBA, 64-134; LL 106-271; JA, 1962-I-406; C. Civil Sala D, LL 86-103; C. Civil, Sala E, LL 99-85; JA, 1961-IV-414; C. Civil Sala C, LL 9-295; Cra. 1ª Bahía Blanca, LL 97-52 y otros).

Fundamentos:

1º) La ley 2393 forma parte del Código Civil (arts. 1º y 118 LMC). El artículo 118 ordena: ...“se incorporará esta ley en lugar del Título I, Sección II, Libro I, arreglando la numeración que corresponda a los artículos”. Se deduce por tanto que las disposiciones de la ley de matrimonio civil se incorporaron al Código y deben funcionar en armonía con el sistema general que éste organiza, cuya aplicación no ha sido expresamente excluida.

2º) La invocación de los artículo 224 y 228 que hacen en apoyo de su teoría los partidarios de la especialidad, es extemporánea y sólo conserva valor histórico (Mazzinghi). Precisamente el artículo 228, que hacía aplicables a los matrimonios celebrados sin autorización de la iglesia católica las disposiciones sobre la nulidad de los actos jurídicos en general, es revelador del concepto de Vélez en cuanto a que fue su voluntad elaborar una teoría del acto jurídico comprensible de los actos patrimoniales y de los actos de familia, y resulta de manera inequívoca de la nota al Libro II, Sección II, que después de la transcripción de Freitas, agrega: “Estas disposiciones, susceptibles de una aplicación común, que en todos los códigos han sido particularizadas a los contratos y testamentos, son las que ahora, en su carácter propio, se han reunido en esta Sección”. La nota es ilustrativa del pensamiento de Vélez respecto a la comprensión del matrimonio en la teoría general del acto jurídico, y hace restar importancia a la opinión del senador Derqui sobre la inconveniencia de una disposición tan general como la contenida en el artículo 93.

3º) El régimen de nulidades previsto por la ley 2393 es imperfecto y ofrece lagunas que no pueden ser subsanadas sino por

aplicación del sistema general de nulidades, aplicable subsidiariamente. Así, la ley de matrimonio no resuelve la validez o invalidez del acto celebrado por quien padece una falta ocasional o accidental del discernimiento, ni el supuesto de simulación del acto.

Se agrega que en las leyes posteriores a la ley 2393 que crean impedimentos matrimoniales y no establecen expresamente la nulidad, aunque el matrimonio se celebre en violación a la prohibición legal, no cabría sanción alguna sobre el acto. Pese al mandato legal, su violación sería inícuca.

4º) Se señala la imperfecta nomenclatura que estatuye la Ley de Matrimonio Civil (matrimonios absolutamente nulos y anulables: arts. 84 y 85 LMC), que refuerza la necesidad de recurrir al sistema congruente y armónico que brinda el Código Civil.

5º) La tesis de la especialidad constituye una hermenéutica equivocada (Mazzinghi) que conduce a resultados escasamente positivos debiéndose recurrir con frecuencia a la aplicación de un sistema paralelo de ineficacia (inexistencia matrimonial).

6º) La única *forma* exigida como elemento esencial del acto matrimonial, es la expresión del consentimiento ante el oficial público encargado del Registro Civil, de manera que el peligro de que proliferen las nulidades matrimoniales por fallas de anomalías, es “un espejismo”.

7º) La aplicación al acto matrimonial del régimen común de nulidad de los actos jurídicos, presenta, según sus sostenedores, las siguientes ventajas:

- a) Las llamadas nulidades virtuales tienen cabida en materia matrimonial. Por consiguiente son de aplicación los artículos 18 y 1037 del Código Civil, si bien de manera moderada y congruente;
- b) Es posible la declaración de oficio de la nulidad absoluta y manifiesta de matrimonio (art. 1047 CC). El hecho de que el Ministerio Público esté investido de legitimación activa para solicitar la declaración de las nulidades absolutas (art. 84 LMC), refuerza esa interpretación;

- c) No es indispensable la interposición de la acción de nulidad para declarar ineficaz al matrimonio, no sólo por la posibilidad de su declaración de oficio, sino porque las autoridades pueden constatar su invalidez y hacerlos inoponibles (ejemplos: caso "Cogenuri"; y disposiciones de ciertos Registros Civiles para negar la inscripción de partidas de matrimonios extranjeros afectados de nulidad absoluta y manifiesta, en casos anteriores al decreto-ley 8204/63; o, facultades del Instituto Nacional de Previsión Social de declararse incompetente para juzgar sobre la nulidad del matrimonio, otorgando el beneficio de pensión al cónyuge de matrimonio nulo);
- d) Por la aplicación de los principios generales sobre nulidad se facilita la interpretación de ciertos efectos del matrimonio putativo, no contemplados en la ley de matrimonio civil.

Ambas tesis sobre régimen jurídico de nulidades matrimoniales reflejan la sabiduría y autoridad científica de sus prestigiosos exponentes. Adhiero en principio a la tesis *amplia*, y por sus fundamentos entiendo que corresponde aplicar prioritariamente el régimen de nulidades previsto en la ley 2393 y en forma subsidiaria el sistema común de nulidad de los actos jurídicos, con la prudencia que aconsejan la naturaleza especial del matrimonio y las consecuencias que la sanción de nulidad acarrea sobre el acto.

Pero rechazo la aplicación de las nulidades virtuales en materia matrimonial: la nulidad debe ser el remedio extremo para cuando no sea posible la sanación en la raíz del acto o para cuando sus efectos sean excluidos como contrarios al orden público o a la moral social.

El artículo 18 del Código Civil debe ser examinado al margen de un puro rigorismo formal, para desentrañar su sentido y finalidad, descubrir la esencia de su destino jurídico y hacerlo congruente con el régimen que mejor se adecue a la defensa de la integridad y permanencia de la familia constituida sobre la base de un acto sano por su naturaleza y contenido.

Respecto de los negocios jurídicos prohibidos, la opinión de que toda violación de una prohibición legal conduce en forma automática a la nulidad del acto, es errónea.

El artículo 18 debe interpretarse así: “Un acto prohibido por la ley es nulo”, *si así lo exige el sentido y finalidad de la prohibición*, porque si bien el texto legal es claro y sencillo, resulta poco expresivo si se toma en cuenta su segundo parte: ...“si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” (Conf.: Larenz, comentario al art. 134 del C. Civil alemán, N^o 22, II, págs. 585 y ss.).

Si invertimos ambos párrafos del artículo 18 resulta que: “Si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención, un acto prohibido por la ley es nulo” (y agregó), *si así lo exige el sentido y finalidad de la prohibición*.

Ergo, si la ley no designa efecto alguno para el caso de contravención y el sentido y finalidad de la prohibición no exige su invalidez, el acto prohibido por la ley *no es nulo*, sino *válido*.

Todo precepto prohibitivo debe examinarse con relación a los efectos que produzca en caso de transgresión. Si el efecto previsto expresamente es la nulidad del acto, se aplicará dicha sanción. Si no está previsto expresamente, habrá que indagar el contenido del precepto y el fin perseguido: si de esa investigación surge que se trata de una “*prohibición legal propiamente dicha*”, habrá nulidad. Caso contrario, el acto será válido.

Se tratará de una prohibición jurídica en su sentido propio, cuando el negocio jurídico no es posible según su naturaleza, y, en general, se prohíbe respecto a su *contenido*.

El fundamento de la prohibición del contenido radica en que se lo considera contrario al orden público o a la moral social predominante. El legislador impide entonces la realización del acto, excluyéndolo de los tipos de negocios regulados, o prohibiendo su celebración. Las expresiones que usa en estos casos son las de que “*no permite*” o “*no debe*”, y generalmente conecta a esa verdadera norma prohibitiva una sanción grave —como es la nulidad—, e incidentalmente otras sanciones como el resarcimiento del daño causado, y aun efectos en otros ámbitos, como en el penal y administrativo.

En el orden matrimonial, son verdaderas prohibiciones legales, los impedimentos *dirimentes*, con sanción de nulidad absoluta o relativa, deber de resarcimiento de daños al cónyuge putativo, san-

ciones penales para los llamados matrimonios ilegales, penas de orden administrativo como las que pesan sobre el oficial público que celebró el matrimonio conociendo la existencia del impedimento, etcétera.

Contrariamente, no pertenecen a las prohibiciones legales propiamente dichas, las reglas legales que restringen el ámbito de la autonomía de la voluntad limitando a las partes el ejercicio de ciertos derechos o de negocios específicamente regulados, o someten a ciertas restricciones las relaciones jurídicas de los particulares. Las expresiones usadas por el legislador en estos casos son las de que alguien “no puede” o “no podrá” celebrar un acto, o “no puede por sí solo”. Esas expresiones tienen el significado de que el acto jurídico celebrado en contra de la prohibición legal, no es nulo, sino válido.

En estos casos no es el propósito de la ley impedir que se lleven a cabo tales actos —posibles por su naturaleza y contenido—, sino limitar adecuadamente la esfera de actuación en los negocios jurídicos, rodeándolo de circunstancias externas —que no hacen a su esencia— y cuya inobservancia constituye simplemente una irregularidad de su celebración.

Frente a la violación de estas prohibiciones, el legislador no prevé la sanción de nulidad. Algunas veces, sin embargo, ella puede inferirse por la calidad del interés particular protegido, y entonces el acto, si bien válido, será de ineficacia pendiente por ser lógicamente posible su impugnación. Otras veces no será posible aplicar sanción al acto, sino al autor de la irregularidad. Y, finalmente, será aconsejable que no resulte ninguna sanción.

En el ámbito patrimonial son numerosos los casos de limitaciones al ejercicio de ciertos derechos, o al poder de disposición negocial; es decir, casos en que la ley priva a una persona del ejercicio pleno de su derecho, o de la libre disposición sobre su patrimonio o sobre un determinado patrimonio especial: así los artículos 135, 152 bis y 1277 del Código Civil; restricciones de las facultades de los representantes legales en orden a la gestión de los bienes de sus pupilos; dominio imperfecto o menos pleno del titular del bien de familia; efectos del desapoderamiento que opera la quiebra sobre

el deudor concursado; de la declaración de muerte presunta para los herederos del difunto; restricciones para el heredero beneficiario que administra la herencia, etcétera.

Prohibiciones del mismo tipo se dan en la esfera familiar con los impedimentos *impedientes*, con la particularidad de que la sanción más grave aplicable es de índole patrimonial y recae sobre el autor, o los autores, de la transgresión. Por ejemplo, las previstas en los artículos 12 y 94 de la ley 2393 y en el artículo 131 del Código Civil.

Finalmente me pregunto si, dentro del ámbito matrimonial, ante una prohibición legal no propiamente dicha para cuya violación el legislador no ha creado sanción alguna, puede implícitamente extraerse sanción de nulidad del acto: creo que el artículo 18 del Código Civil es inaplicable a estos casos.

Ante la laguna dejada por el legislador por la falta de sanción expresa cuando se infringe o viola una prohibición legal de las que comento, debe estarse por la no aplicabilidad de sanción alguna. El orden familiar aconseja no extraer de la violación una sanción mayor, como es la nulidad, cuando sólo se trata de prohibiciones de menor entidad que las propiamente dichas; cuando nada se opone gravemente a la esencia moral del matrimonio y de los vínculos familiares; cuando el mandato legal sólo se dirige a los particulares como llamado de atención o advertencia sobre los posibles efectos del acto que pretenden realizar.

Obsérvese por ejemplo en el impedimento de sordomudez que la ley dice que el sordomudo "*no puede*" contraer matrimonio sin autorización de su curador. Aquí no hay un desapoderamiento del derecho a contraer nupcias, un acto desaprobado por su naturaleza o su especial contenido; sino sólo una limitación al ejercicio de ese derecho.

Lo mismo ocurre en caso de impedimento eugenésico de enfermedad venérea en período de contagio: la ley dice: "*no podrán*".

En ambos casos no hay sanción expresa de nulidad, y ni el sentido ni la finalidad de la prohibición permiten extraerla implícitamente: en ambos casos el acto es válido y sus efectos se producen plenamente.

Aun cabría interrogarse si en el caso de sordomudez, el acto, realizado en violación de la prohibición legal, pero válido, es de una ineficacia pendiente de la ulterior autorización del curador.

En los negocios jurídicos patrimoniales es común que los actos realizados en violación de la prohibición legal, sean de una ineficacia pendiente, en tanto la autorización pueda ser todavía concedida; si ésta se deniega pasan a ser definitivamente ineficaces, porque aun cuando el negocio no autorizado no carece de eficacia porque esté prohibido, no puede celebrarse válidamente sin autorización. Claro que están en juego intereses meramente pecuniarios.

Pero en el ámbito familiar aplicar igual criterio sería contrario al derecho natural y a la tésis del ordenamiento jurídico argentino asentado sobre la base ideal de matrimonio y tuitivamente conducente a la indisolubilidad del vínculo y a la estabilidad del grupo generado sobre él.

II. NULIDAD E INEXISTENCIA

2. Teoría de los matrimonios inexistentes.

A) Concepto, origen. Doctrina nacional.

La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos como categoría de ineficacia independiente de la nulidad, nació en Francia, y en su origen Zachariæ la aplicó al acto matrimonial, extendiéndose luego a los actos jurídicos en general.

Conceptualmente el acto inexistente es el privado totalmente de efectos jurídicos. En su *Derecho civil francés* el autor alemán expresa que: "un matrimonio privado de todos los efectos civiles por una legislación que considera al matrimonio como un contrato civil, es necesariamente un matrimonio que no existe a los ojos de esa legislación" (párr. 451).

Los primeros en establecer una distinción general entre acto nulo y acto inexistente fueron Aubry y Rau para quienes acto inexistente era el que no reunía los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia (T. I, § 37, texto y notas 2 y 3).

Dichos autores enumeran como condiciones esenciales para la existencia de matrimonio: 1) que las partes gocen de vida civil y sean de sexo diferente; 2) que estén en condiciones de dar un consentimiento moralmente válido y que consientan efectivamente en tomarse por marido y mujer, y 3) que la unión sea celebrada solemnemente. “Si cualquiera de estas condiciones faltara, el matrimonio debe considerarse como no ocurrido (*non avenu*) independientemente de todo juicio que lo declare tal” (T. I, § 450, págs. 5 y 6).

No todos los autores franceses adhirieron a la teoría de la inexistencia: Saleilles, Merlin, Duranton, los Mazeaud, consideraron esos mismos casos como supuestos de nulidad matrimonial.

En doctrina nacional, la teoría fue explicada por Llambías. “La inexistencia de los actos jurídicos —dice el insigne maestro—, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica (Moyano) que se aplica a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, ya el sujeto, el objeto o la forma, entendida ésta como la manifestación de voluntad del sujeto respecto del objeto. Se trata de una categoría racional y no jurídica, de un concepto que detecta nuestro pensamiento, que aflora de la naturaleza misma de las cosas. Si bien el llamado acto inexistente mantiene una semejanza externa, una apariencia con el acto jurídico, en rigor no es tal. Es apenas un remedo, que repugna a nuestra mente reconocer en tal carácter. Siendo así, la teoría de la inexistencia es una exigencia del sinceramiento de nuestra inteligencia con la realidad: es un reconocimiento de los fueros de la verdad en el orden del pensamiento jurídico”. Y agrega: “La denominación ‘acto jurídico inexistente’ no encierra contradicción, pues no niega la existencia de lo acontecido como realidad humana o material, sino niega la relevancia de ese acontecer, como acto jurídico, independientemente de toda sanción legal” (*Tratado de Der. Civil. Parte General*, N° 1909, y obras especiales citadas).

La teoría de la inexistencia ha sido aceptada por Llerena, Machado, Moyano, Molinario, Borda, Mosset Iturraspe, Fassi, Belluscio y otros.

B) Interés práctico de la distinción entre nulidad e inexistencia del matrimonio.

La distinción entre inexistencia y nulidad como dos categorías conceptuales diferentes (no es lo mismo que no haya acto jurídico o que exista un acto jurídico viciado), acarrea en materia matrimonial las siguientes consecuencias:

1. *Facultades del juez*: “La inexistencia no es *decretada* por el juez, sino simplemente *comprobada* por él” (Borda, *Familia*, I, N° 169, pág. 138). La sentencia judicial, en el caso de inexistencia (y de nulidad absoluta) es declarativa, mientras que tratándose del acto anulable es constitutiva de la invalidez (Mazzinghi).

2. *Legitimación activa*: Cualquier persona, incluso aquella que realizó el acto conociendo la irregularidad, puede alegar la inexistencia. En cambio cuando se trata de nulidad absoluta puede invocarla cualquier interesado, menos el que lo hizo sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el acto (art. 1047 CC). Para Fassi sólo pueden alegar la inexistencia los interesados que la ley enumera taxativamente (art. 84 LMC). La nulidad relativa puede invocarse por sólo aquel en cuyo beneficio se establece.

3. *Oportunidad procesal de la articulación*: La inexistencia puede constatarse en cualquier estado del proceso. La nulidad relativa debe articularse en la demanda o en la contestación. La nulidad absoluta en cualquier estado del proceso anterior a la citación de autos para sentencia.

La inexistencia puede ser opuesta como excepción a toda acción que tenga por fundamento la existencia del matrimonio (nulidad, divorcio, alimentos, etc.).

4. *Intervención del Ministerio Fiscal*: Carece de acción para pedir la inexistencia por la inexistencia misma, pero puede aducirla en los casos sometidos a su defensa. El Ministerio Fiscal puede pedir en cambio la nulidad absoluta en el interés de la moral o de la ley (art. 1047, 3ª parte CC. y art. 84 LMC); y también la nulidad relativa (art. 85 incs. 1 y 2 LMC).

5. *Prescripción y caducidad*: La acción para reclamar la inexistencia es perpetua, no sujeta a prescripción ni caducidad. La acción para reclamar la nulidad absoluta de matrimonio también es im-

prescriptible, y está sujeta a la regla de caducidad del artículo 86 de la ley 2393, y sus excepciones. La acción de nulidad relativa está sujeta a plazos de prescripción y de caducidad.

6. *Confirmación*: El acto inexistente es inconfirmable (como el acto afectado de nulidad absoluta). El viciado de nulidad relativa admite confirmación.

7. *La buena fe* de uno o de ambos cónyuges no produce efecto alguno cuando se trata de matrimonio inexistente (art. 14 in fine LMC).

C) Casos de inexistencia.

La teoría del acto inexistente parece recepcionada en el artículo 14 de la ley de matrimonio civil que dice: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe".

La doctrina que admite la inexistencia deriva de este texto legal tres casos *clásicos*: igualdad de sexo; falta de consentimiento, falta de intervención del oficial público.

Mazzinghi reduce a dos los casos de inexistencia matrimonial: la diversidad de sexos y el consentimiento de los contrayentes. Advirtiendo que se ha abusado de la teoría de la inexistencia buscando resolver a través de ella, los problemas que no encuentran solución mediante el juego de las normas sobre nulidad del matrimonio, la reduce a sus verdaderas proporciones, dice, distinguiendo en todo acto jurídico, elementos que responden a exigencias de la naturaleza, de otros que obedecen a exigencias de la ley positiva (*Familia*, T. I, n^o 121 y ss.). Los elementos que condicionan la existencia del matrimonio, reclamados por el orden natural son : el consentimiento de los contrayentes y la diversidad de sexos. En todos los demás casos en que la deficiencia del acto obedezca a que no se han reunido los requisitos exigidos por el derecho positivo, pero que no son indispensables desde el punto de vista del derecho natural, no cabe hablar de inexistencia, sino de nulidad.

Creo que el criterio de Mazzinghi limita adecuadamente la teoría de la inexistencia al ámbito propio del acto matrimonial.

1. *Identidad de sexos* (matrimonio homosexual): la unión de personas de igual sexo resulta aberrante desde el punto de vista natural e imposibilita los fines propios del matrimonio como son la plenitud del amor conyugal, la procreación y educación de la prole. Según Fassi la diversidad de sexos es un elemento material, de fondo, sobreentendido por la ley al referirse a "contrayentes".

Las posibilidades que surgen de inexistencia por identidad de sexos son: a) que el oficial público haya consentido la celebración de matrimonio entre personas de igual sexo; b) que uno de los contrayentes haya aparentado falsamente un sexo diferente; c) que se trate de una persona de órganos sexuales poco diferenciados y cuyo sexo se determina después. Este último supuesto debe distinguirse del caso de impotencia (art. 85 inc. 4 LMC) cuando ésta reconozca su origen en una castración o mutilación, porque ello no significa que no perdure la diversidad de sexos.

2. *Falta de consentimiento de los contrayentes*: El consentimiento es otro de los elementos de orden natural exigido además expresamente por el artículo 14 como requisito de existencia matrimonial.

Son supuestos de inexistencia por falta de consentimiento: a) el caso de sustitución de la persona que aparece contrayendo matrimonio ante el oficial público; b) cuando se levanta el acta matrimonial con complicidad del oficial público, sin haber comparecido el o los contrayentes; c) cuando el compareciente se ha negado a prestar el consentimiento, aun cuando figure en el acta que lo ha dado, sea por error o dolo del oficial público; o ha guardado silencio, o la afirmación ha sido pronunciada por otra persona presente en el lugar; d) cuando en el supuesto de matrimonio por poder se acredita el mismo con un instrumento falso, o el apoderado celebra el acto mediando revocación del mandato; e) cuando el matrimonio se celebra habiendo revocación del consentimiento en la celebración "a distancia"; f) cuando se tratare de matrimonio por broma (*jocandi causa*); g) para Llambrías es supuesto de inexistencia por falta de consentimiento serio e incondicionado, por

saber los contrayentes que no se confieren recíprocamente la calidad de esposos, el matrimonio contraído en el extranjero en fraude de las leyes argentinas (*Vigencia de la teoría del acto inexistente*, nº 9).

3. *Falta de celebración ante oficial público competente*: Para Prayones, Fassi, Borda, Belluscio, Lagomarsino y otros, el artículo 14 de la ley 2393 exige esta solemnidad para la existencia del acto.

Mazzinghi por su parte entiende que la *forma* del matrimonio no responde a la naturaleza misma de la institución, sino más bien a la necesidad social de que el matrimonio tenga certeza y publicidad, lo cual se obtiene mediante su celebración pública y su inscripción en determinados registros (T. I, nº 21, e); por consiguiente no procede calificar el supuesto de matrimonio *inexistente*, sino de matrimonio *nulo* de nulidad absoluta por no revestir la forma tasada por la ley (art. 1044 CC.).

El matrimonio celebrado ante oficial público incompetente en razón de la materia o del territorio, o ante oficial público usurpador, rodeado de la apariencia de la forma y sin conocimiento de las partes, es válido, por ser las causas totalmente ajenas a los contrayentes y por aplicación de la teoría del "error común", no debiendo recaer sobre el acto en este caso, la negligencia de la Administración.

4. *¿Es inexistente el matrimonio celebrado cuando falta accidentalmente el discernimiento?* (por intoxicación, sonambulismo, hipnotismo, uso de estupefacientes, etc.). Para Molinario el acto otorgado por quien carece accidental o momentáneamente de discernimiento encuadra en el caso de inexistencia por falta de consentimiento (LL. T. 108, pág. 1059).

No cabe hablar en el supuesto de inexistencia sino de nulidad, debiendo el juez apreciar la gravedad del vicio para determinar si ha existido o no el consentimiento.

5. *Segundo matrimonio celebrado en el país*: El acto no es inexistente. Hay nulidad del segundo matrimonio, y absoluta, por encuadrar dentro de los casos previstos expresamente en el artículo 84 de la ley 2393.

6. *Otros supuestos*: Molinario, por aplicación del artículo 18 del Código civil, también considera inexistentes (cuasiinexistentes —o de inexistencia relativa— son sus términos), los siguientes casos: el matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a la ley argentina, por violación de las reglas internas de Derecho internacional privado a que están sometidos los domiciliados en el país; el matrimonio contraído sin estar disuelto uno anterior, en tanto no se pronuncie sentencia de nulidad del primero; y el matrimonio homosexual celebrado en un país que lo admitiese.

III. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

3. Régimen de Código.

La ley 2393 se refiere en sus artículos 84 y 85 a matrimonios *absolutamente nulos* y a los *anulables*, respectivamente. Estas expresiones no se ajustan a las empleadas por el codificador argentino en el Libro II, Sección II, y se atribuyen a una defectuosa técnica legislativa de la ley de matrimonio civil, dando lugar a distintas interpretaciones doctrinarias.

Aunque resulta innegable que existen diferencias entre ambos sistemas, emplazamos los supuestos del artículo 84 como casos de *nulidad absoluta* y a los del artículo 85 como supuestos de *nulidad relativa*.

Por otra parte, y siguiendo la clasificación de Vélez y las enseñanzas de Llambías, habrá *acto nulo* (vicio rígido, insusceptible de más o de menos, existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie) en las causales de nulidad contempladas en los artículos 84 y 85 inciso 1º. En los otros casos del artículo 85 habrá *anulabilidad* del acto (causa fluida de invalidez; indefinida, susceptible de más o menos, ligadas a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto).

De la armonización de las disposiciones sobre actos jurídicos en general y del sistema previsto en la ley 2393, resultan sin embargo algunas diferencias:

1. *Legitimación activa*: en la nulidad absoluta la ley de matrimonio civil la otorga al cónyuge de buena fe y a los que hubieran

podido oponerse a la celebración del matrimonio (art. 21). El artículo 1047 del Código civil a "cualquier interesado" salvo al que ejecutó el acto conociendo o debiendo conocer el vicio.

En la nulidad relativa de matrimonio, la legitimación activa depende de cada caso en particular; el artículo 85 de la ley la concede a:

Inciso 1º: el cónyuge incapaz y a los que en su representación hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio; *Inciso 2º*: al cónyuge sano, cuando desconocía la enfermedad al momento de la celebración del acto; al insano, cuando recupera la salud mental; y a los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio conforme al artículo 21; en los *incisos tercero y cuarto*, sólo al otro cónyuge.

El Ministerio Fiscal está facultado expresamente para pedir la nulidad relativa en el inciso 2º del mismo artículo 85; y en el inciso 1º actúa como representante promiscuo de los incapaces.

En el Código civil la nulidad sólo puede ser alegada por las partes. El Ministerio Fiscal no está facultado para pedir la nulidad relativa por la nulidad misma.

2. *Efectos de la nulidad*: el sistema de la ley de matrimonio civil de amparo a la buena fe de los contrayentes, no encuentra su correlativo en el Código civil. El matrimonio putativo se incorpora como régimen específico de las nulidades matrimoniales.

3. *Disposiciones generales aplicables*: prioritariamente se aplican las normas de la ley 2393 y en forma subsidiaria las normas relativas a nulidad de los actos jurídicos en general, con la reserva que tengo apuntada con relación al artículo 18 del Código civil.

4. *Caducidad*: la acción de nulidad matrimonial caduca por confirmación del acto, o por muerte (art. 86 LMC).

5. *Prescripción*: Algunos autores sostienen que las acciones de nulidad de matrimonio, en cualquier caso (nulidad absoluta o relativa), son imprescriptibles. Para otros, la acción de nulidad relativa prescribe en distintos plazos según el caso de que se trate.

6. *Confirmación*: en materia de nulidad de matrimonio sólo es posible la confirmación por cohabitación posterior a la cesación del vicio o de la causa de nulidad.

7. *Renuncia*: se la admite sólo en favor de la validez del vínculo (art. 843 CC.), pero la renuncia de uno de los legitimados no impide el ejercicio de la acción a los otros titulares.

8. En los actos jurídicos en general, la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez si aparece manifiesta en el acto (art. 1047 CC.). La nulidad absoluta de matrimonio no puede ser declarada de oficio por el juez: precisa requerimiento de parte interesada y comprobación por prueba extrínseca al acto viciado.

En realidad no existe norma legal expresa en la ley de matrimonio civil que derogue las facultades conferidas al juez justificando el apartamiento del principio general. ¿Pero cómo puede saber el juez que el acto está afectado de nulidad absoluta si alguien no la pone en su conocimiento y prueba fehacientemente que el acto está viciado aportando los elementos que manifiestan el impedimento matrimonial? Aun cuando fuere por denuncia ante el Ministerio Fiscal, es preciso poner en movimiento el órgano jurisdiccional y acreditar los extremos que permitan desconocerle validez: las partidas que justifiquen el parentesco entre los contrayentes, la partida del matrimonio anterior en el caso de ligamen, o la prueba del crimen. El artículo 1047 del Código civil resulta inaplicable en materia matrimonial no sólo porque debe primar el régimen de nulidades de la ley 2393 —que no faculta al juez para la declaración de oficio—, sino porque en ningún caso la causa de invalidez *aparece manifiesta en el acto*, sino precisa de la presentación de una prueba extrínseca al mismo.

Esta posición —que no comparten en general los partidarios de la aplicación subsidiaria de las normas sobre nulidades de los actos jurídicos en general—, no contradice la doctrina de la Corte Suprema de la Nación cuando al examinar el matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a las leyes argentinas, sostiene que carece de efectos extraterritoriales con relación a nuestro país (concepto que para algunos equivale a declarar la nulidad); la violación de las reglas legales de competencia para la celebración del matrimonio (arts. 17 y 104 LMC) desconoce las normas argentinas de orden público internacional (arts. 7 y 14 incs. 1 y 2 del CC.), lo que sin duda obsta a la eficacia del acto irregular, o de la sen-

tencia extranjera en su caso, debidamente comprobados (CSN: "Rosas de Egea", LL 135-624; "Vergara de Anderson", LL 139-678).

También la Corte ha dicho que las autoridades nacionales tienen facultad, sin necesidad de obtener la nulidad del matrimonio celebrado en el extranjero, hallándose subsistente uno anterior contraído en el país, para desconocerle validez dentro del territorio de la República (CSN: "Passadore de Rosell", J.A. 12-1971-529).

Aun para negar la inscripción de partida de matrimonio extranjero celebrado cuando uno de los contrayentes es casado en el país y divorciado en el extranjero subsistiendo su domicilio en la República, debió ponerse en conocimiento de la autoridad las fallas de que adolecía el acto así celebrado (Caso "Cogenuri", ED 2-475).

Sin embargo, la necesidad de prueba intrínseca al acto, no debe llevar al error —como en los fallos citados—, de ignorar el régimen de matrimonio putativo y la exclusiva competencia judicial para la declaración de nulidad del matrimonio. La buena fe del contrayente del segundo matrimonio sería irrelevante si esas cuestiones no fueran controladas debidamente en proceso judicial promovido por parte legitimada.

4. Nulidad absoluta.

A) *Caracteres*: La acción para alegarla es imprescriptible e irrenunciable.

No está sujeta a la regla general de caducidad, dadas las excepciones previstas en el artículo 86 de la ley 2393, aunque el matrimonio se consolidaría si hubieren fallecido todos los legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad *post mortem*.

El acto afectado de nulidad absoluta es inconfirmable.

B) *Causas de nulidad absoluta*. (art. 84 LMC): son los impedimentos de parentesco en grado prohibido (art. 9 incs. 1, 2 y 3, LMC y art. 27 de la ley 19.134), matrimonio anterior subsistente (art. 9 inc. 4 LMC) y crimen (art. 9 inc. 6 LMC).

1. *Caso del segundo matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a la ley argentina*: podrían enumerarse los siguientes actos *contra legem* atentarios de nuestra ley imperativa: a) contraer

enlace, en nuestro país, divorciarse en virtud de sentencia extranjera y contraer nuevo matrimonio en el extranjero (violación al art. 7 de la LMC); b) contraer matrimonio en el extranjero, establecer el domicilio conyugal en nuestro país, y obtener divorcio vincular en el extranjero, contrayendo allí nuevo matrimonio (violación al art. 104 LMC); c) otorgar acto de apoderamiento para interponer demanda de divorcio en el extranjero, donde decretado el divorcio vincular, se contraen nuevas nupcias mediante nuevo apoderamiento (violación al art. 2 LMC). Spota cita también como actos *in fraudem legis* los siguientes: a) mutación del domicilio conyugal sito en nuestro país, relativo a un matrimonio celebrado en el extranjero, constituyendo ese domicilio fuera de la República, para obtener sentencia de divorcio vincular y contraer nuevas nupcias (violación al art. 104 LMC. mediante actos lícitos si se los considera aisladamente, pero que revelan un fraude a la ley); b) contraer enlace en un país que admite el divorcio vincular, teniendo domicilio en nuestro país, para evadir la aplicación del artículo 7 de la ley 2393, en el caso de futura acción de divorcio, matrimonio que se rige por la ley argentina en cuanto a su indisolubilidad (*Trat. de Derecho de Familia*, T. II, Vol. 11, n° 117).

Se sustentan tres posiciones respecto de estos matrimonios: la nulidad, la inexistencia, y la ausencia de efectos extraterritoriales con relación a nuestro país.

Por la nulidad absoluta se pronuncian Spota y Mazzinghi, éste por entender que no falta un elemento esencial del matrimonio, sino simplemente la habilidad nupcial en razón del vínculo anterior subsistente (T. I, n° 123, b; pág. 339).

Sostienen la inexistencia Molinario ("cuasiinexistencia matrimonial"); Borda, fundado en la incompetencia territorial del oficial público; Bidart Campos, entre otros. Llambías entiende que en el matrimonio contraído en el extranjero en fraude a las leyes argentinas, falta el consentimiento serio e incondicionado prestado por los contrayentes, consentimiento que en nada se diferencia del que se han conferido recíprocamente los concubinos que viven maritalmente, ya que el envío meramente formal de partidas extranjeras

carentes de todo valor no agrega nada a la esencia del hecho realizado en uno y otro caso.

Belluscio adhiere a la tesis que sustenta la ausencia de efectos extraterritoriales con relación a nuestro país, que considera más acertada, ya que “por más que las consecuencias puedan ser las mismas dentro de nuestro territorio, la sentencia de inexistencia podría pretender eficacia universal, lo que no ocurre con la que sólo niega efecto extraterritorial al matrimonio” (T. II, N° 382, I, pág. 95).

Los tribunales ordinarios han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la ineficacia del matrimonio contraído en el extranjero en violación a las leyes argentinas. Entre otros, la Sala A de la Cámara Civil de la Capital ha dicho: que “técnicamente corresponde desconocerle validez en el país y no declarar su nulidad, siendo innecesario entrar a averiguar si dicho matrimonio es inexistente o simplemente nulo. En consecuencia tal unión no produce efecto civil alguno en el país, siendo indiferente al respecto la buena o la mala fe de las partes” (JA, 14-972-219).

La Corte Suprema ha retomado el criterio de la ineficacia extraterritorial resuelta en el caso “Rosas de Egea” (LL 135-624), y sigue esa doctrina en sus fallos. Así se ha sostenido que las autoridades nacionales tienen facultad, sin necesidad de obtener la nulidad del matrimonio celebrado en el extranjero hallándose subsistente uno anterior en el país, para desconocerle validez dentro del territorio de la República (“Passadore de Rosell”, JA 12-1971).

2) *Caso de falta de celebración ante oficial público competente:* lo configuraría la celebración de matrimonio ante sacerdote, ante notario, ante testigos, ante cónsul extranjero, o ante cualquier otra persona que no sea la prevista en la ley.

Entiendo que es un supuesto de nulidad absoluta por aplicación del artículo 1044 del Código Civil. Mazzinghi agrega que la forma no es un requisito que fluya del derecho natural, sino una exigencia de la ley positiva ordenada a la publicidad, la certeza y la prueba del matrimonio, que nada añade a la naturaleza del vínculo, por lo que no cabe encuadrar el caso como de inexistencia matrimonial (T. I, N° 123, pág. 338).

Calificada doctrina se pronuncia por la inexistencia: Fassi (*De la inexistencia y de la nulidad de matrimonio*, N^o 24, párr. *dd*); Borda, para quien el oficial público *integra* con su actuación el acto, de tal modo que éste no puede tener existencia si aquél no ha intervenido (*Familia*, T. I, N^o 168, pág. 136); Lagomarsino, Belluscio y otros.

Si el matrimonio se celebrare con apariencia de regularidad, en el local de Registro Civil, ante oficial incompetente en razón del territorio o de la materia, o ante funcionario subalterno, usurpador o de facto, sin conocimiento de los contrayentes, el acto sería válido, ya que no se lo puede privar de efectos por ser las causas totalmente ajenas a las partes.

5. Nulidad relativa.

A) *Caracteres*: Mientras que la nulidad absoluta está instituida en resguardo del orden público familiar y se declara en interés de la moral y de la ley, la nulidad relativa de matrimonio tiende fundamentalmente a la protección del interés de las partes aun cuando la acción pueda ser ejercida también por personas vinculadas estrechamente con ellas.

La acción para reclamar la nulidad relativa prescribe en distintos plazos según sean las causales; además es renunciable.

La transacción y el desistimiento es posible en el proceso.

El acto puede ser confirmado.

B) *Causas de nulidad relativa*:

1. *Falta de edad*: artículo 85, inciso 1^o, ley 2393: se trata del matrimonio contraído por personas que no han alcanzado la edad mínima establecida por el artículo 14 de la ley 14.394. Es un matrimonio *nulo* (ya que la causa de la invalidez es un acto cierto, rígido) y afectado de nulidad *relativa*.

Titulares de la acción: a) el cónyuge incapaz, es decir, aquel menor que no ha llegado a la edad legal para contraer matrimonio (16 ó 14 años según se trate de varón o mujer); b) los que en su *representación* habrían podido oponerse a la celebración del matrimonio, es decir, que no son todas las personas enumeradas en

el artículo 21 de la ley de matrimonio civil, sino solamente: el padre en ejercicio de la patria potestad; el tutor, y el Ministerio pupilar.

Confirmación del acto: a) confirmación *ipso iure*: cuando la mujer hubiere concebido cualquiera fuere la edad (art. 14, ley 14.394); b) confirmación tácita: cuando habiendo llegado a la edad núbil, los esposos siguieron cohabitando.

Prescripción de la acción: el plazo es de 10 años (art. 4023 CC) y se cuenta desde que se ha alcanzado la edad legal (16 y 14 años) siempre, claro está, que no se haya extinguido la acción por confirmación del acto.

2. *Locura* (art. 85, inc. 2, LMC): El matrimonio contraído con este impedimento es *anulable*, por ser la causa de invalidez fluida y susceptible por consiguiente de apreciación judicial.

Titulares de la acción: a) el cónyuge insano cuando recobrase la salud mental. Si se trata de un demente declarado en juicio deberá previamente obtener el levantamiento de la interdicción; pero hasta tanto, podría demandar la nulidad su curador; b) el cónyuge sano, si hubiere ignorado la falta de salud mental al momento de la celebración del matrimonio. En todo caso compete al cónyuge sano demostrar la ignorancia de la enfermedad.

Para Mazzinghi la causa de la invalidez es el *error* del sano respecto de la salud mental del otro contrayente; c) la nulidad puede ser alegada también por todos los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio (art. 21 LMC).

Confirmación del acto: a) por el cónyuge insano, cuando recuperada la salud mental, sigue cohabitando; b) por el cónyuge sano, cuando conocida la enfermedad, sigue cohabitando.

Caducidad de la acción: Tanto para el cónyuge sano como para el insano, la acción caduca cuando uno y otro han confirmado el acto. Si ambos cónyuges lo han confirmado, el derecho a pedir la nulidad caduca para todos los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio ya que la vida marital, como desarrollo pleno y en común de la vida conyugal pone obstáculo irremediable al ejercicio de la acción por los demás legitimados.

Si en cambio, sólo hubiere sido confirmado el acto por el cónyuge sano, o sólo por el insano, conservan la acción sus parientes, el curador en su caso, y el Ministerio público.

Prescripción de la acción: es de 10 años (art. 4023 CC). Para Mazzinghi es de aplicación el artículo 4031 que es de dos años para el caso de la acción del alienado mental que luego recupera la razón, y también para el otro cónyuge ya que incurrió en error.

El punto de partida de la prescripción varía: a) para el cónyuge sano desde que conoció la falta de salud mental del otro; b) para el insano, desde que recuperó la razón, salvo que se tratare de un demente interdicto, en cuyo caso el término inicial de prescripción será la fecha de la sentencia de levantamiento de la interdicción; c) para los demás legitimados, la acción prescribe a los 10 años de la celebración del acto.

3. *Vicios del consentimiento. Simulación:* Según el artículo 85, inciso 3º, primer párrafo de la Ley de Matrimonio Civil, puede reclamarse la anulación del matrimonio “cuando el consentimiento adoleciera de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 16”.

En esta materia son de aplicación los principios generales que sobre vicios de la voluntad legisla nuestro Código Civil, aunque adecuados a las peculiares características del acto matrimonial.

Los defectos a que se refiere el artículo 16 de la ley 2393 son el error, el dolo y la violencia: a) *error:* para poder ser invocado debe tratarse de error de hecho esencial y excusable, es decir, debe ser la causa determinante del acto y recaer sobre un elemento esencial de la relación jurídica que, en el supuesto de matrimonio, queda restringido a error sobre la persona con la cual se celebra el acto. Como se ha visto en el Capítulo IV, puede tratarse de error sobre la identidad física, de hipotética posibilidad, aunque puede darse en los casos de matrimonios por poder (Spota) o “a distancia” (Belluscio). También se contempla el error sobre la identidad de la persona civil, que puede recaer sobre el complejo de nociones que constituyen la identidad civil de la persona, es decir, sobre los atri-

butos que conforman la personalidad civil (Salvat, Frías, Fassi); o sólo sobre ciertos atributos (el estado, el nombre, el lugar de nacimiento, la edad) (Machado, Llerena, Lafaille, Busso). Para Belluscio, de los elementos del estado civil de la persona, no puede considerarse relevante la edad, pero en cambio pueden tener importancia ciertos errores sobre el estado de familia (T. I, N° 270, pág. 520). Por su parte, Mazzinghi sostiene que el artículo 16 —que es una norma imperfecta que debe ser sustituida por un texto análogo al art. 443 del Anteproyecto de 1954—, no agota el estudio del vicio de error, contemplando los siguientes supuestos: 1) el error espontáneo que recae sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, conforme al artículo 16 de la ley de matrimonio civil; 2) la ignorancia de la demencia padecida por el otro cónyuge al tiempo de la celebración de matrimonio (art. 85, inc. 2 LMC) y 3) el error sobre la naturaleza del acto que excluye el consentimiento (art. 924 del CC y art. 14 LMC); b) *Dolo*: debe reunir en principio los requisitos de los artículos 932 y siguientes del Código Civil, es decir, debe ser grave, ser la causa determinante del acto; no debe haber dolo recíproco; pero en cuanto al requisito del derecho común, de que el dolo cause un daño importante, no se lo exige para la nulidad matrimonial, dado que es elemento configurante del vicio sólo en los actos patrimoniales; c) *Violencia*: son aplicables los artículos 936 y siguientes del Código Civil. El consentimiento es una declaración libre que la violencia, sea física o moral, coarta. Sobre la *vis absoluta* se señala que sólo es concebible a través de ejemplos académicos, como el caso de la firma arrancada a una persona por otra que le lleva la mano, lo que frente a la presencia del oficial público se torna en una posibilidad quimérica, salvo que recayese también sobre aquél o contare con su complicidad (Llambías, C.C. anotado, coment., art. 16, LMC). Pero en cuanto a la violencia moral o intimidación, los supuestos son posibles e invalidan el acto siempre que reúnan los requisitos generales de la *vis compulsiva*.

El artículo 85, inciso 3° de la ley 2393 remite solamente al artículo 16 de la ley como causales de nulidad relativa, y nada dice sobre la *simulación* como vicio propio del acto jurídico matrimonial. Es negada por importante doctrina como defecto del matrimonio

que permita su declaración de nulidad, principalmente porque adjudican a la declaración del oficial encargado del Registro Civil, el rol de ser constitutiva del acto, no siendo fácil que este funcionario participe de la falsedad de los contrayentes. Para otra doctrina, que comparto, el papel que cabe al oficial público es el de un agente indispensable para recepcionar el consentimiento, dar fe de que se ha prestado ante él y cumplimentar la forma exigida por la ley. Pero el vínculo matrimonial surge del *querer sincero* de las partes: en el supuesto de conflicto entre la voluntad real y la declarada, debe prevalecer la primera, lo que conduce a admitir la hipótesis del matrimonio simulado (Conf.: Mazzinghi, T. 1, Nros. 60 a 64). Enrolado en esta posición, nos dice Francisco A. M. Ferrer: "Carece de sentido que el derecho otorgue eficacia decisiva a la voluntad declarada y como consecuencia de ello considere subsistente la unión matrimonial, cuando detrás de la apariencia no hay nada, cuando del matrimonio sólo queda un vínculo legal abstracto, vacío de contenido humano, que ni a los pseudo cónyuges ni a la sociedad interesa mantener. Ningún valor se defiende manteniendo en pie una simple ficción jurídica hueca de contenido vital. Todo lo contrario, se denigran las instituciones" (*El consentimiento matrimonial, los principios del Derecho canónico y los vicios de simulación y dolo*, JA n° 5196, pág. 11).

Una firme tendencia jurisprudencial admite la simulación como vicio matrimonial.

Legitimación activa: Para los vicios de error, dolo o violencia, el artículo 85 de la ley 2393 concordante con el 1048 del Código Civil, otorgan el ejercicio de la acción únicamente al cónyuge que sufrió el error, fue víctima del dolo o padeció la violencia.

Confirmación del acto: a) por el marido, si hubo cohabitación durante tres días después de conocido el error, el dolo, o suprimida la violencia; b) por la mujer, cuando habiendo cesado el vicio cohabita durante treinta días después.

Caducidad: La acción caduca cuando la víctima ha confirmado el acto. Aunque haya cesado el vicio la acción queda en potencia mientras no se cumplan íntegramente los plazos de cohabitación.

La diferencia de plazos para el varón y la mujer obedece a un fundamento de cortesía hacia la "debilidad femenina" (Mazzinghi,

Borda) o si se quiere a la mayor dificultad que puede presentar para ella la interrupción de la cohabitación (Belluscio).

Prescripción: es de dos años, contados desde que haya cesado el vicio que generaba la anulabilidad (art. 4030 CC).

4. *Impotencia* (art. 85, inc. 4º LMC): Se trata de una causal propia del acto matrimonial, que refiere a la impotencia *coeundi* o sea a la falta de aptitud de uno de los cónyuges para la realización del acto sexual. No comprende por tanto la imposibilidad de concebir o esterilidad (impotencia *generandi*).

Su fundamento radica en la consideración de la ineptitud para el cumplimiento de uno de los fines sustanciales del matrimonio.

Puede tratarse de impotencia física (malformaciones, destrucción traumática o quirúrgica, etc.) o psíquica (fobia del acto sexual; la simple frigidez no es causa de nulidad de matrimonio ya que no impide el acceso carnal).

En los casos de impotencia recíproca traducida en repugnancia invencible que impide la consumación del matrimonio, o de otras situaciones irreversibles que imposibilitan razonablemente una unión normal —aun cuando la impotencia no esté debidamente acreditada—, los tribunales se han inclinado a admitir la anulabilidad del matrimonio (1ª Inst. Civil, 16-6-52, LL 67, 253; Cám. Nac. Civ. Sala D, 20-5-57, LL 88, 115; Cám. Nac. Civ., Sala E, 19-3-68, LL 130-462; SC Bs. As., 17-964, JA 26-1975-377; Juzg. C. y C. 3ª Nom. Sta. Fe, 15-6-78, Juris. Sta. Fe, El Imparcial, T. I, Nº 56).

Caracteres: Para que la impotencia sea causal de nulidad de matrimonio debe ser: *absoluta, manifiesta y anterior al matrimonio:* a) *absoluta:* es la imposibilidad total, categórica, cierta e inequívoca de unión sexual con el otro cónyuge. Prayones la entendía como imposibilidad de mantener relaciones sexuales con cualquier persona del otro sexo (*erga omnes*) pero esta comprensión es inaceptable desde que la prueba de la potencia respecto de otras personas es inadmisibles por cuanto las relaciones extramatrimoniales están prohibidas e incluso a veces calificadas como delito penal; b) *manifiesta:* es decir, que debe resultar de una prueba seria, científica y objetiva, fehacientemente comprobada, aunque no haya anomalías perceptibles a simple vista; c) *anterior al matrimonio:* como causa

de nulidad debe existir al momento de celebración del matrimonio, descartándose la impotencia sobreviniente. Generalmente se pone de manifiesto con motivo o en ocasión del matrimonio. Su falta de consumación la presume como impotencia anterior a las nupcias, aunque de hecho cada caso queda librado a las circunstancias y a su apreciación judicial.

Legitimación activa: el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al cónyuge no impotente. En caso de impotencia recíproca ambos cónyuges pueden ejercer la acción (Conf.: Borda, Díaz de Guijarro, Spota, Llambías).

Algunas hipótesis plantean interrogantes sobre la procedencia de la acción: tales los casos de anulación del matrimonio por impotencia del marido si la esposa ha concebido después de la celebración del matrimonio.

Una posibilidad podría darse por adulterio de la mujer: en este caso sólo la esposa podría pedir la nulidad (art. 85, inc. 4 LMC), pero si no lo hace, se daría la absurda situación de que sus hijos serán tenidos como de su marido, quien no puede desconocer, por imperio del artículo 252 del Código Civil, la paternidad legítima basada en la impotencia anterior al matrimonio (Conf.: Belluscio, T. II, Nº 407, pág. 155).

Otros problemas plantearían los casos de concepción por inseminación artificial: creo que si es homóloga o heteróloga, con consentimiento del marido impotente, la mujer carecería de la acción de nulidad de su matrimonio, porque la estabilidad de los vínculos familiares voluntariamente creados pone freno moral a su pretensión de invalidar el vínculo. Igual fundamento rechaza la acción del marido contra la esposa impotente en las mismas hipótesis.

Si la inseminación artificial fuere *no consentida* por el marido impotente, la acción debe persistir en favor de la mujer, porque aunque su ejercicio pondría de manifiesto su delito, resulta más grave todavía que se le imponga al marido la pena de soportar de por vida la afrenta de su esposa y una ficticia paternidad.

Caducidad de la acción: se produce si el impotente adquiere o recupera potencia sexual y consume su matrimonio. Potencia y cohabitación extinguen la acción de nulidad.

Confirmación: el acto se confirma cuando desaparecida la causal de anulabilidad, por adquisición o recuperación de potencia sexual, el matrimonio se consuma con la consiguiente continuación de la vida marital.

Prescripción de la acción: es de aplicación el artículo 4023 del Código Civil. El plazo decenal es el más razonable dada la posibilidad de que la potencia se adquiriera por cualquier medio terapéutico.

La prescripción corre desde la celebración del matrimonio.

IV. ACCION DE NULIDAD

6. Cuestiones procesales.

A) **Competencia:** Conforme lo dispone el artículo 104 de la ley 2393 la acción de nulidad de matrimonio debe intentarse en el domicilio de los cónyuges, o ante el juez del último domicilio si el marido no lo tuviere ya en la República. Los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 someten igualmente la acción a la jurisdicción de los jueces del domicilio conyugal.

Nuestra legislación no define el "*domicilio conyugal*" pero su concepto puede inferirse del artículo 90, inciso 9º del Código Civil: "es el lugar en que los cónyuges viven de consuno con intención de permanecer en él, haciéndolo el principal centro de sus relaciones y la morada habitual de la familia" (Llambías, C.C. anot., coment. art. 104 LMC). Los esposos separados de hecho conservan jurídicamente el domicilio común. En ciertos casos especiales, por ejemplo, desconociéndose el domicilio conyugal actual, se considerará como tal al último domicilio.

En cuanto al *procedimiento* a seguir, es el ordinario, con las garantías que este tipo de proceso implica (plazos largos, amplitud de la prueba, debate amplio, etc.).

El Ministerio Fiscal es parte en el proceso de nulidad de matrimonio, ya que están comprometidos intereses de orden público familiar; puede además recurrir la sentencia de primera instancia, velando en todos los supuestos tanto de evitar la colusión de las partes como de comprobar la plena prueba de la causa legal invocada.

Las acciones de nulidad de matrimonio y de divorcio, pueden interponerse simultáneamente y nada obsta para que se ordene la acumulación de ambas. Si se plantean conjuntamente, o se alega la nulidad en el juicio de divorcio, previamente deberá resolverse sobre la nulidad del matrimonio y sólo si es rechazada pasar a resolver sobre el divorcio.

B) *Medios de prueba*: Todos los medios de prueba son admisibles menos la confesión, dada la prohibición de disolver el vínculo por mutuo acuerdo.

C) *Legitimación*: La legitimación activa ha sido tratada a propósito de cada una de las causales de nulidad analizadas.

En cuanto a la legitimación pasiva debe tenerse en cuenta que entablada contra uno de los cónyuges, la acción debe promoverse contra el otro. Si quien la intentare fuere alguno de los terceros legitimados para hacerlo, debe ser promovida contra ambos contrayentes a fin de que la sentencia resulte oponible a ambos.

En los casos de ejercicio de la acción de nulidad *post mortem* debe darse intervención a los herederos del cónyuge fallecido.

7. Extinción de la acción.

A) *Confirmación del acto*:

La extinción de la acción por confirmación del acto sólo puede darse en los casos de nulidad relativa (art. 1058 CC). Los distintos casos han sido expresados con motivo del análisis de las causales de nulidad.

Para Díaz de Guijarro y Belluscio no existe obstáculo para aceptar la confirmación *expresa* a través de una declaración formal de voluntad, una vez cesado el vicio que afecta al matrimonio, con los requisitos del artículo 1061 del Código Civil, sin necesidad de celebrar nuevas nupcias. Otro caso de confirmación expresa se daría en la transacción en favor de la validez del matrimonio "cuando la acción de nulidad relativa la entabla un tercero" (Belluscio, T. II, Nº 444, pág. 227; para este autor no es posible la transacción si uno de los cónyuges demanda la anulación).

En cambio para Borda sólo sería posible confirmar expresamente el matrimonio mediante una nueva celebración, siendo así

desdoroso poner de manifiesto el vicio; “no habiendo razón alguna para autorizar tal procedimiento cuando los cónyuges tienen otra vía legal, suficiente y discreta, para confirmar el acto” (*Familia*, I, Nº 177, pág. 12).

B) *Caducidad: Regla general y excepciones (art. 86 LMC): evolución legal.*

REGLA GENERAL: La acción de nulidad de matrimonio caduca por la muerte de uno de los cónyuges.

El artículo 224 del texto originario del Código Civil decía: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los *dos* esposos”, disposición que reprodujo el artículo 86 de la ley 2393 en 1888. La ley 17.711 ha suprimido la palabra “*dos*” (literalmente confusa al intérprete) ya que “en vida de los esposos” —como lo indica el texto vigente—, puede significar “en vida de ambos esposos” como “en vida de uno u otro de los esposos”. Mas de los antecedentes de la elaboración de la nueva redacción del artículo 86, resulta que no ha habido propósito de innovar y que el sentido de la disposición no ha variado. Por tanto, la regla general sigue siendo la misma: la muerte de uno de los esposos produce la caducidad de la acción de nulidad del matrimonio.

Primera excepción (art. 86, 1ª parte): La ley contiene, ya desde su originaria redacción, una excepción a la regla general de caducidad. Admite que el cónyuge del primer matrimonio del bigamo entable la demanda de nulidad del segundo matrimonio, ya habiendo muerto el bigamo, el segundo cónyuge, o ambos.

Si se opusiere la nulidad del primer matrimonio, se juzgará previamente esta oposición: es decir que en caso de bigamia, a la acción de nulidad del segundo matrimonio puede oponerse la nulidad del primero, debiendo lógicamente resolverse en primer término sobre la validez o invalidez del primer matrimonio, de la cual depende la eficacia del segundo.

La interpretación de esta excepción a la regla general motivó discrepancias en la doctrina, habiéndose formulado un criterio de aplicación estricta, y otro que sostuvo que debía condicionarse su

aplicación, a la existencia de intereses legítimos que merecieran prevalecer sobre la norma general. Estas cuestiones se debatieron en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961) resultando aprobadas entre sus Recomendaciones, como una segunda excepción a la regla general de caducidad, la siguiente: ...“La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, si la nulidad se funda en los impedimentos de bigamia, incesto o crimen y la acción es intentada por ascendientes o descendientes”. Esta propuesta orientó la agregación al texto del artículo 86, de la excepción incorporada por la ley 17.711.

Segunda excepción: Redactada a inspiración de la Recomendación del Congreso Nacional de Córdoba, la segunda parte del artículo 86 habilita el ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio, a pesar de la muerte de uno de los esposos o de ambos, cuando se dan los siguientes *requisitos*:

a) que no se trate de nulidad entablada por la nulidad misma, es decir, descarta la posibilidad de la acción *pura* que sólo persigue la invalidación del matrimonio sin hacer depender de ella el goce o la titularidad de otros derechos. Este requisito surge en el nuevo párrafo del artículo 86, que condiciona el ejercicio de la acción a que “para determinar el derecho del accionante” sea necesario examinar la validez de la unión. Es preciso entonces que la declaración de nulidad se relacione con el reconocimiento de otro derecho, patrimonial o no (acceso a la herencia, legitimidad de los hijos, etc.);

b) que la invalidez se funde en la existencia de matrimonio afectado de nulidad absoluta por haberse contraído en violación de los impedimentos de ligamen, parentesco en grado prohibido (impropiamente la ley lo llama “incesto”), o crimen;

c) que la acción sea ejercida por ascendientes o descendientes del causante, no distinguiéndose entre parentesco legítimo o extramatrimonial. Hubiera sido plausible ampliar la legitimación activa a los hermanos, facultados por los artículos 21 y 84 de la ley 2393 para deducir la acción de nulidad.

C) *Prescripción.*

Aun cuando la ley 2393 no prevé expresamente plazos de prescripción de las acciones tendientes a obtener la nulidad relativa del matrimonio, la mayoría de la doctrina acepta que son aplicables las normas del Código civil al respecto.

El instituto de la prescripción, que procura dar certeza y seguridad a los derechos evitando que su titular dilate indefinidamente el ejercicio de las acciones que le correspondan, si deseable en el campo patrimonial, "lo es con mayor razón en el derecho de familia, ya que seguridad y certeza son condiciones de las cuales el estado de familia debe estar investido" (Mazzinghi, T. I, n° 146, pág. 403).

Hay autores que se pronuncian en cambio, por la imprescriptibilidad de la acción. Belluscio por los fundamentos que expone al sostener que las acciones de estado de familia son imprescriptibles (T. I, Cap. IV, n° 49). Por su parte Fassi se basa en el régimen de especialidad de nulidades matrimoniales, del cual resulta que la prescripción no podría producirse por no estar expresamente prevista en ninguna disposición legal; además por no tratarse de acciones patrimoniales (*El matrimonio y las normas...*, pág. 816 y siguientes).

Creo que el orden familiar y la estabilidad de los vínculos familiares constituidos sobre la base de matrimonio viciado pero subsanable en su raíz, aconsejan admitir la prescripción de las acciones de nulidad matrimonial. Al estudiar las distintas causales de nulidad relativa se han señalado los plazos respectivos.

D) *Transacción. Renuncia. Desistimiento de la acción. Caducidad de la instancia judicial.*

La transacción en los procesos de nulidad de matrimonio, está expresamente admitida por el artículo 843 del Código civil, siempre que sea en favor del matrimonio.

La renuncia está también admitida en los mismos casos que la transacción; pero ni una ni la otra son extintivas de la acción de nulidad si hay otras personas habilitadas para ejercerla.

El dejar transcurrir los plazos de caducidad o de prescripción sin interponer la acción, implica renuncia tácita. Lo mismo el desistimiento y la caducidad de la instancia judicial.

Obviamente estas situaciones se refieren a matrimonios afectados de nulidad relativa, y pueden darse únicamente en caso de acto *viciado*, pero no en los supuestos de matrimonios *inexistentes*, insusceptibles de ser consolidados.

V. EFECTOS DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO

8. A) Efectos generales.

1. Cualquiera fuere la causal invocada, los efectos de la nulidad de matrimonio son idénticos, esté afectado de nulidad absoluta o de nulidad relativa: priva al acto de sus efectos propios o normales con retroactividad al momento de su celebración (art. 1050 CC.), pero con las trascendentales limitaciones impuestas por la excepcional institución del matrimonio putativo.

En general la declaración de nulidad extingue el vínculo conyugal y el parentesco por afinidad que tuvo su fuente en el acto anulado, restando calidad legítima a los vínculos paterno-filiales emergentes de la unión.

El matrimonio será provisionalmente válido hasta la sentencia de anulación (art. 1046 CC.) y por consiguiente el título de estado matrimonial tendrá efectos *erga omnes* hasta la declaración que anule el matrimonio con efecto retroactivo a su celebración.

Importa señalar que si bien el matrimonio deja de ser eficaz como acto jurídico, no pierde eficacia como *hecho* jurídico invocable a otros efectos, por ejemplo, como elemento probatorio en juicio de filiación extramatrimonial.

2. Deben anotarse algunas excepciones al principio general de ineficacia del acto: a) *Derecho de terceros*: en virtud del artículo 92 de la ley de matrimonio civil, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros contrayentes de buena fe. La disposición hace viable la persecución del cobro de los respectivos créditos contra cualquiera de los pseudos cónyuges por deudas

comprendidas en el artículo 6 de la ley 11357; b) *emancipación*: conforme lo establece el artículo 132 del Código civil, la emancipación operada como consecuencia del matrimonio, subsiste hasta la sentencia de nulidad, convalidándose indirectamente los actos jurídicos otorgados hasta ese momento por el menor; c) *plazo de espera*: rige para la mujer el impedimento matrimonial establecido en el artículo 93 de la ley de matrimonio civil.

B) Matrimonio de mala fe (art. 89 ley 2393).

En este caso, el matrimonio “no producirá efecto civil alguno”, dice la norma legal, pero refiriéndose a que el acto matrimonial deja de producir sus efectos normales no desde la sentencia que declara su nulidad, sino desde su celebración (*ab-initio*).

Los efectos serán los siguientes: a) *la unión* será reputada como concubinato, dice el artículo 89 en sentido peyorativo de esta unión de los sexos; b) *ausencia de régimen de bienes*: no habiendo matrimonio no cabe referencia alguna a régimen patrimonial matrimonial. Habrá sociedad de hecho sólo cuando se pruebe su existencia, siendo entonces de aplicación los artículos 1663, 1664, 1779, 1785 del Código civil. Si no se prueba la sociedad de hecho, el aspecto económico del concubinato podría resolverse por el principio del enriquecimiento sin causa. Las convenciones prematrimoniales (art. 1217 CC.) y las donaciones para después de la muerte (arts. 1238 y ss. CC.) quedan sin efecto, ya que se trata de capitulaciones o convenciones condicionadas a la validez del vínculo. Las donaciones hechas con posterioridad a la celebración del matrimonio inválido deben regirse por las reglas relativas a donaciones entre concubinos; c) *carácter de la filiación*: la ley 2393 considera a los hijos como ilegítimos “y en la clase en que los pusiese el impedimento que causare la nulidad”, párrafo que a la luz de la ley 14.367 debe leerse como: hijos ilegítimos o extramatrimoniales, sin distinción alguna. Borda se interroga sobre si la aplicación estricta del principio general de anulabilidad de los actos al matrimonio, es equitativo respecto a los hijos habidos de la unión, a quienes con independencia de la mala fe de los contrayentes, sería más justo con-

siderarlos como legítimos (*Familia*, T. I, nº 221), solución adoptada por los Códigos español, suizo, mexicano y venezolano.

C) Matrimonio putativo.

Es aquel matrimonio nulo que fue celebrado de buena fe por uno o por ambos contrayentes. El principal efecto de este matrimonio es que, aun anulado, la sentencia no opera retroactivamente, sino que el acto produce los efectos de matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad.

El régimen es propio de la materia matrimonial y consagra una doble excepción: 1) al principio general de las nulidades de los actos jurídicos, que establece la retroactividad de la sentencia a la fecha de realización del acto, y 2) a la regla procesal que retrotrae el efecto de la sentencia a la fecha de la traba de la litis.

La teoría del matrimonio putativo se desarrolló en el Derecho canónico (canon 1015); fue recepcionada en el antiguo derecho francés y llevada al Código Napoleón de donde se expandió por efecto de la codificación a las legislaciones civiles modernas. Vélez Sársfield la tomó del Proyecto de Freitas (arts. 1447 a 1453) y finalmente pasó a los artículos 87 a 92 de la ley 2393.

1. *Presupuestos del matrimonio putativo:*

a) que exista matrimonio inválido (nulo o anulable). Si el matrimonio fuese *inexistente*, no podría hablarse de matrimonio putativo, desde que aquél no produce efectos civiles conforme lo preceptuado por el artículo 14 de la ley 2393.

b) que haya mediado celebración en forma legal. Si se hubiere celebrado sólo en forma religiosa no sería suficiente para gozar de los beneficios del régimen excepcional.

c) que haya habido buena fe al menos de una de las partes, y que esa buena fe exista al momento de la celebración del matrimonio, careciendo de relevancia el conocimiento ulterior de la causa de nulidad del acto.

2. *Noción de buena fe:*

El artículo 90 de la ley de matrimonio civil da la noción de buena fe y sus elementos configurativos: consiste en la ignorancia

o error de hecho —o en la circunstancia insuperable (violencia)—, existente al momento de la celebración del acto, de una causa que afecte la validez del matrimonio.

El fundamento del tratamiento especial que el legislador otorga al matrimonio así celebrado radica en el amparo de la honestidad, lealtad y recto proceder de la conducta de los contrayentes.

La buena fe es fácilmente apreciable cuando la nulidad deriva de un impedimento. Tratándose de otras causas de nulidad, ha de entenderse que, si son vicios de la voluntad, será de buena fe el contrayente que lo ha sufrido, aun cuando padeciéndolo, hubiere tenido “conocimiento” de él, como en el caso de violencia. Para el supuesto de impotencia, ha de considerarse de buena fe aún al cónyuge que la padece cuando se pruebe que no conocía su deficiencia, ya que puede ocurrir que el defecto se ponga de manifiesto con motivo del matrimonio.

El error a que se refiere el artículo 90 es error esencial y excusable (arts. 923 a 929 CC.). La excusabilidad del error de hecho que exigen los principios generales se acentúan en la redacción del artículo 90 al configurar la mala fe en el conocimiento que los cónyuges hubiesen tenido, o *debido tener* de la causa de nulidad. La simple duda debe interpretarse en el sentido de que existió mala fe.

Se excluye expresamente a la ignorancia o error de derecho como configurante de la buena fe (art. 90 1er. párrf.).

3. Prueba de la buena fe:

Debe desecharse la posición doctrinaria según la cual la buena fe se presume y por tanto no precisa probarse (Borda, Fassi, Belluscio y otros). Esta doctrina se fundamenta en que la buena fe se presume en el derecho privado (los arts. 2362 y 4008 del CC. no serían más que aplicaciones del principio general), y en que el instituto del matrimonio putativo responde a valoraciones de orden superior que le hacen merecer el favor legal. Se ha señalado que sin embargo, las circunstancias del caso permiten a veces inducir la mala fe: tal ocurre cuando median los impedimentos de ligamen (respecto de quien está casado), incesto y crimen. “En estos casos, dice Borda, el cónyuge que alegue su buena fe debe demostrar

que tenía razones legales serias para creer que su anterior esposa había fallecido; o que ignoraba el parentesco; o que no sabía que el asesinado estaba casado con quien luego fue su esposa (*Familia*, I, n^o 231).

Comparto la posición contraria, sostenida por Guastavino y por Molinario. Guastavino estima inaplicable analógicamente el artículo 4008 del Código civil pues extenderlo a cualquier hipótesis donde se discutiese la buena o la mala fe sería arriesgarse a generalizaciones inexactas, a más de que entrar en la posesión de una cosa no tiene la trascendencia vital y social de la celebración del matrimonio; señala que Vélez Sársfield no estableció la presunción de buena fe en el matrimonio nulo a pesar de haberlo propuesto el artículo 93 del proyecto español de 1851; que el propio artículo 90 de la ley 2393 presupone en ciertos casos la mala fe, así al referirse al conocimiento que las partes hubieren debido tener del impedimento; que ese texto legal requiere la excusabilidad del error o la circunstancia de haber sido provocado por dolo, lo que debe ser probado.

Molinario considera que quien se halla en una situación ilícita debe asumir todas las consecuencias que derivan de esa ilicitud, salvo que la ley disponga expresamente que ese principio no rija, y además que el régimen de matrimonio putativo sería una excepción al principio de que el matrimonio anulado no produce efecto alguno, y —como toda excepción—, debe ser probada por quien la invoca.

Creo que el beneficio del matrimonio putativo debe ser acordado a quien alega y prueba verosíblemente su buena fe.

Matrimonio putativo mediando buena fe de ambos contrayentes.

La sentencia de nulidad en este caso no opera retroactivamente, produciendo el matrimonio putativo todos los efectos de matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad, y con relación a los hijos concebidos antes de la sentencia, definitivamente (art. 87 LMC).

1. Efectos en cuanto a los cónyuges:

a) Cesan los deberes de *fidelidad* y de *cohabitación*.

b) El deber de *asistencia* perdura sólo en su aspecto material, limitado a la prestación de alimentos en caso necesario (inc. 1º). La locución "en caso necesario" se refiere a que la falta de medios de subsistencia tiene que ser grave y apremiante, es decir que fuesen de toda necesidad (arg. art. 80 LMC). El derecho a alimentos se extingue si su beneficiario contrae matrimonio, vive en concubinato o lleva una vida inmoral (Belluscio).

El derecho de los parientes afines a percibir alimentos se extingue, como consecuencia de la extinción del parentesco.

c) El domicilio legal de la mujer casada cesa, y los contrayentes tendrán el domicilio (real) que cada uno establezca.

d) La mujer perderá el apellido marital, salvo si así lo pidiere al juez, si fuere cónyuge de buena fe y tuviere hijos (art. 11 Ley 18.248).

2. Efectos patrimoniales:

a) *Disolución de la sociedad conyugal* (arts. 1291 y 1312 CC.), corresponde liquidarla dividiendo por mitades los bienes gananciales (art. 1315 CC.). El inciso 2 del artículo 87 dice que "*En cuanto a los bienes (la nulidad tendrá), los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges*", expresión incorrecta, que debió decir "la anulación produce los mismos efectos que la disolución por muerte", y no los mismos efectos que la muerte (art. 1448 inc. 2 del proyecto de Freitas, fuente del art. 230 del Código de Vélez Sársfield). El único efecto de la nulidad es la disolución del régimen de bienes.

b) *Vocación sucesoria*: Se extingue con la sentencia de nulidad, pero hasta tanto la vocación sucesoria se mantiene; si fallece uno de los cónyuges, el otro lo hereda.

Si a la misma sucesión concurre el cónyuge de un anterior matrimonio válido, el cónyuge putativo carece de derechos hereditarios en la sucesión del bigamo (arg. art. 1316 y su nota CC.).

Si en cambio concurrieran dos cónyuges de buena fe de distintos matrimonios, heredarían ambos.

c) *Donaciones hechas en el contrato prematrimonial*: la segunda parte del inciso 2 del artículo 87 ha perdido vigencia, al haber sido derogado el inciso 4º del artículo 1217 del Código civil.

3. Efectos en cuanto a los hijos:

a) Los hijos nacidos durante el matrimonio putativo, son legítimos, cualquiera fuere el impedimento que provoca la nulidad del matrimonio. Los hijos *nacidos* antes del matrimonio putativo, y los hijos *concebidos* antes del matrimonio putativo y nacidos después, quedarán *legitimados* por el subsiguiente matrimonio.

b) *Tenencia de hijos*: Es de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 76 de la ley de matrimonio civil, con la salvedad de que para el caso adquiere relevancia absoluta, el interés de los menores, al no existir atribución de *culpa*.

c) *Patria potestad*: La titularidad corresponderá a ambos padres putativos, y el ejercicio se regulará conforme a las normas referentes a los padres legítimos.

4. Otros efectos:

a) *Emancipación*: subsiste respecto de ambos cónyuges (art. 132 CC.).

b) *Derecho a pensión*: atendiendo a su finalidad asistencial, debe reconocerse derecho a pensión al viudo aun cuando la invalidez del vínculo haya sido declarada con anterioridad a la muerte de su cónyuge, si ha gozado del derecho alimentario del artículo 87 inciso 1º (Conf.: Bidart Campos, pág. 749).

Matrimonio putativo con buena fe de uno solo de los contrayentes.

En este caso los efectos de matrimonio válido se dan sólo en favor del cónyuge de buena fe, pero respecto de los hijos los efectos se producen en igual forma que en el caso de buena fe de ambos.

1. Efectos en cuanto a los cónyuges

a) *Cesación de derechos y deberes derivados del matrimonio*: Cesan los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia espiritual. El derecho alimentario se mantiene para el cónyuge de buena fe (arts. 88 y 87 LMC), pero el cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos (art. 88 inc. 1º).

b) *Apellido marital*: la mujer contrayente de mala fe perderá el derecho de llevar el apellido de su esposo (arg. art. 11 Ley 18.248).

c) *Domicilio*: cesa el domicilio legal de la mujer casada.

2. Efectos en cuanto a los bienes:

a) El cónyuge de buena fe puede invocar la existencia de sociedad conyugal para reclamar la mitad de los gananciales, o liquidar la masa de bienes como si se tratara de una sociedad de hecho si le conviene por sus aportes. En caso de bigamia, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución de su matrimonio (art. 1316 CC.); los derechos del segundo cónyuge putativo sólo pueden ejercerse hasta el límite donde comiencen a afectar los del primer cónyuge del bigamo.

b) *Contrato de matrimonio*: Sus ventajas sólo cesan respecto del cónyuge de mala fe, aprovechando al de buena fe, quien conserva las donaciones del artículo 1217 inciso 3º del Código civil.

3. Efectos respecto de los hijos:

a) Los hijos son legítimos o quedan legitimados en igual forma que en el caso de buena fe de ambos contrayentes. La calidad de legítimos existe con relación a los dos padres, en virtud de la indivisibilidad del estado de familia.

b) *Patria potestad*: los derechos emergentes de la patria potestad cesan respecto al cónyuge de mala fe, pero se mantienen las obligaciones (art. 88 inc. 3º LMC). El ejercicio de la patria potestad, y la tenencia de los hijos menores corresponde exclusivamente al cónyuge de buena fe.

4. Otros efectos:

a) *Vocación sucesoria*: el cónyuge de mala fe hereda a su hijo como padre extramatrimonial en las condiciones del artículo 3584 del Código civil (si fuere padre *natural* y lo hubiere reconocido).

b) *Acción resarcitoria de los daños y perjuicios*: "El contrayente de buena fe tiene acción resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos, contra el de mala fe y contra los terceros que hubieran provocado su creencia de que no mediaban impedimentos dirimientes, que hubieran ejercido sobre él violencia, realizando maniobras dolosas o colaborando en las realizadas por el contrayente de mala fe, provocando su error o el desconocimiento de la impotencia del otro contrayente" (Belluscio, T. II, 467, 4), acción que resulta de la combinación de los artículos 91 y 109 de la ley de matrimonio civil. Si los autores del hecho que generó la causa fueron varios, su responsabilidad es solidaria, de acuerdo con la regla general propia de todo hecho ilícito. Es indemnizable el daño material y el daño moral (art. 109 LMC. y art. 1078 CC.).

El plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de dos años (art. 4037 CC.), es decir el correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual, y su punto de partida es la fecha en que la sentencia que anula el matrimonio pasa en autoridad de cosa juzgada.

Capítulo IX
DIVORCIO. DISOLUCION DEL MATRIMONIO
 por DANIEL HUGO D'ANTONIO

| | |
|---|-----|
| I. DIVORCIO | |
| 1. Concepto | 539 |
| Especies de divorcio | 539 |
| Antecedentes históricos y derecho comparado | 540 |
| Valoración social, jurídica y religiosa | 543 |
| 2. El divorcio en derecho argentino | 544 |
| 3. Causales de divorcio en la ley de matrimonio civil. Análisis y jurisprudencia | 546 |
| 4. Juicio de divorcio. Competencia. Tramitación | 550 |
| Medidas previas y precautorias | 552 |
| Medios de prueba | 554 |
| Sentencia | 555 |
| 5. Procedimiento judicial establecido en el artículo 67 bis de la ley 2393. Requisitos, convenios complementarios, trámite, sentencia, efectos, apelación | 556 |
| 6. Consecuencias del divorcio en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y respecto de los hijos | 560 |
| 7. Equiparación del cónyuge inocente al culpable (art. 71 bis, ley 2393) | 563 |
| 8. Reconciliación | 564 |
| II. SEPARACION DE HECHO | |
| 9. Noción: elementos constitutivos. Efectos | 566 |
| III. DISOLUCION DEL MATRIMONIO | |
| 10. Concepto. Causas. Análisis de la disolución en caso de muerte presunta; reaparición del muerto presunto; efectos; derecho comparado | 569 |
| 11. Divorcio vincular. Evolución legal argentina. Efectos del divorcio vincular antes y después de su suspensión por el decreto-ley 4070/56. Artículo 6º de la ley 17.711 | 570 |
| 12. Disolución por divorcio en el extranjero. Diversos casos. Tratados de Montevideo | 573 |
| 13. Consecuencias de la disolución | 575 |
| a) Derechos y deberes personales | 575 |
| b) Sociedad conyugal | 576 |
| c) Vocación hereditaria | 576 |
| d) Nombres | 576 |
| e) Alimentos | 576 |
| f) Nuevas nupcias | 576 |

DANIEL HUGO D'ANTONIO

Capítulo IX

DIVORCIO. DISOLUCION DEL MATRIMONIO

I. D I V O R C I O

1. CONCEPTO

La palabra divorcio implica el distanciamiento o la ruptura respecto de algo o de alguien. Jurídicamente se refiere el quebrantamiento de la comunidad de vida conyugal, a la interrupción de la convivencia y a la alteración del estado de familia matrimonial, el cual se transforma en otro que reconoce particularidades específicas.

Bajo esta perspectiva, que remite al estado de familia que se modifica, podemos decir que el divorcio es la transformación del estado de familia matrimonial en otro estado, derivado de una sentencia, la cual emplaza a los cónyuges en la condición de divorciados, con efectos sobre su persona y sus bienes.

El estado de familia que se origina determina la ubicación de los cónyuges en las calidades de cónyuge divorciado inocente, cónyuge divorciado culpable o cónyuge divorciado equiparado a culpable (esta última conforme a lo previsto en el art. 67 bis, ley 2393).

Igualmente, por aplicación de lo establecido en el artículo 71 bis de la ley 2393, puede darse el estado de familia de cónyuge inocente equiparado a culpable.

Especies de divorcio.

a) Una primera distinción permite apreciar la existencia de un divorcio vincular, que autoriza a la celebración de nuevo matrimonio por los cónyuges divorciados, y otro que no produce este efecto, si bien da lugar a importantísimas modificaciones en las relaciones personales y patrimoniales de los esposos.

El divorcio vincular (divorcio *ad vinculum*) restablece la aptitud nupcial, agotada con la celebración del matrimonio, permitiendo un nuevo casamiento y engendrar hijos que serán legítimos.

Para el divorcio no vincular (separación de cuerpos o divorcio de tálamo y mesa) la aptitud nupcial se agota definitivamente con la celebración del matrimonio y sólo se restablece con la muerte de uno de los cónyuges (en nuestro derecho también con la declaración de muerte presunta, art. 31, ley 14.394).

b) Otra diferenciación que suele formularse es entre divorcio sanción y divorcio remedio.

Vincúlase con la existencia de causales que autorizan a un cónyuge para reclamar el divorcio y derivadas del incumplimiento por el otro de sus deberes matrimoniales (divorcio sanción) o de situaciones que, sin obedecer a inconductas conyugales, determinan la procedencia del divorcio por aparecer inconveniente mantener la convivencia (divorcio remedio).

Claro ejemplo de esto último sería la autorización del divorcio por el padecimiento de alguna enfermedad, incluso por locura. Nuestro derecho rechaza la idea del divorcio remedio y en todos los casos sólo da lugar a la pertinente acción con basamento en el incumplimiento de las conductas que la ley impone a los esposos en resguardo de la plena comunidad vital que han constituido.

Alguna doctrina ha encontrado en el divorcio por mutuo consentimiento reglado por el artículo 67 bis de la ley de Matrimonio Civil un supuesto de divorcio remedio. Pero debe advertirse que el órgano jurisdiccional sólo dará curso al divorcio si los cónyuges han demostrado la presencia de causas suficientemente graves como para que se torne imposible la convivencia, las cuales en rigor traducirán alguna de las conductas previstas por el artículo 67 de la ley 2393.

Antecedentes históricos y de derecho comparado.

a) El divorcio reconoce como forma histórica registrable la institución del repudio, consistente en el rechazo de uno de los cónyuges (casi unánimemente sólo la mujer) por parte del otro,

efectuado con amplias facultades e, incluso, sin fundamentación alguna.

El repudio respondía a la situación jurídico-social en que se encontraba la mujer, considerada como una mera cosa, susceptible de apoderamiento, uso y rechazo.

Se ejerció con gran amplitud y casi sin restricciones en la mayoría de los pueblos de la antigüedad (India, China, Persia, Atenas, como así también entre los hebreos). En Egipto y en Esparta, en cambio, la indisolubilidad del matrimonio era consecuencia de una valoración de la mujer y reflejaba una particular evolución de la cultura de esos pueblos.

En Roma el repudio se encontraba directamente vinculado con el sustento afectivo del matrimonio. Desapareciendo éste no se concebía el mantenimiento de la unión matrimonial.

Pero debe apreciarse que durante siglos, la gran familia romana rechazó el repudio y reprobó a quienes —muy pocos—, lo practicaron. Es a fines de la República cuando el divorcio se torna muy frecuente y los emperadores cristianos se ven forzados a legislar para limitar las separaciones (Constantino, Teodosio, Valentiniano y Justiniano).

Particular importancia reviste el antecedente histórico referido al pueblo hebreo. El mismo practicó con asiduidad y amplitud el repudio, pero en el Deuteronomio encontramos una triple restricción, ya que el marido sólo podía repudiar a la mujer encontrando en ella una causa torpe, debía entregarle “carta de repudio” y ya no podría volver a tomarla como esposa si ella fuera repudiada nuevamente o muriera el posterior marido.

Estas limitaciones aparecen muy importantes en una época donde la mujer se encontraba sujeta a una fuerte autoridad marital, con base en las mismas Sagradas Escrituras (*Génesis*, III, 16).

La presencia de una causal (“causa torpe”) atemperó las prerrogativas maritales. Pero dicha expresión derivó en una controversia acerca de los verdaderos alcances que correspondía dar a la exigencia.

Las escuelas rabínicas disputaron entre una rigurosa, que exigía la existencia de severas circunstancias, y otra que mostraba gran amplitud.

Esta cuestión es sometida a Jesús durante su tránsito terreno. Y es en tal oportunidad cuando el Hijo de Dios responde que por la dureza del corazón del hombre fue que Moisés permitió repudiar, pero que en un principio no fue así pues hombre y mujer los hizo Dios y los que eran dos serán una carne, culminando con la afirmación "lo que Dios juntó, no lo aparte el hombre" y calificando de adúltero a quien repudia a su cónyuge y casa con otro (*San Marcos*, Cap. X, 2/12).

Pero en el Evangelista San Mateo se desliza una expresión que lleva a suponer que Jesús admitió el repudio por causa de adulterio, lo que ha originado controversias y disímiles interpretaciones, en muchos casos no ajenas a diversos intereses.

Es lo cierto que la Iglesia Católica, aplicando los preceptos emanados de las palabras de Jesús, define su doctrina en el Concilio de Trento. En las sesiones de 1563 rechazó toda posibilidad de disolubilidad matrimonial y esta posición fue reflejada en el Código Canónico de 1917, cuyo canon 1018 establece que el matrimonio válido rato y consumado es indisoluble.

b) En lo que atañe al derecho comparado actual él nos muestra una enorme mayoría de legislaciones que han adoptado el sistema de divorcio vincular, en muchos casos por el mutuo consentimiento de los cónyuges.

La influencia de la Revolución Francesa en lo que atañe a esta materia ha sido evidente, constituyendo otra manifestación de la posición individualista que muchas veces contempla el interés particular sin considerar el de la comunidad toda.

El Código Civil alemán, la legislación socialista soviética y las regulaciones de Europa Occidental y Estados Unidos se han convertido, por distintos fundamentos, en los pilares del divorcio vincular. Pero la experiencia sufrida por Rusia, donde de una legislación absolutamente permisiva se debió pasar a otra sumamente estricta, pone en claro que la disolución del matrimonio por el

divorcio altera la estructura social, siendo preciso que medie una actividad estatal para prevenir y paliar sus efectos.

En Latinoamérica los únicos países que no admiten el divorcio vincular son la Argentina, Paraguay y Chile, mientras que en Europa, al sancionarse en España la ley del 24 de julio de 1981 por la que se regula el divorcio vincular, sólo han quedado repeliendo dicha especie Irlanda, Andorra, Malta y San Marino. En Colombia la separación de cuerpos rige para quienes celebraron matrimonio canónico.

En lo que respecta a los países divorcistas, sus legislaciones comprenden la adopción del divorcio vincular como única forma admisible (Alemania, Austria, Unión Soviética y demás países socialistas y Grecia) y la regulación conjunta del divorcio vincular y no vincular (Francia, Suiza, Turquía, Inglaterra, Escocia, Portugal e Italia).

Igualmente, algunas legislaciones han seguido el sistema del divorcio remedio, permitiendo la solicitud de divorcio por el propio cónyuge que dio lugar, con su inconducta, a la situación de conflicto (Nueva York, 1966; Inglaterra, 1969; Italia, 1970; Francia, 1975 y Alemania, 1975).

Valoración social, jurídica y religiosa.

Resulta extremadamente difícil tomar posición en materia de divorcio sin que sobre ella influyan diversos preconceptos e incidan experiencias individuales o familiares.

Dos premisas deben establecerse inicialmente. Ningún país puede sostener que la regulación justa de su ordenamiento puede sustentarse en uniones conyugales inestables o fácilmente disolubles.

Por otro lado, ni el más acérrimo antidivorcista dejará de reconocer que existen situaciones en las que es necesaria y hasta imprescindible la separación matrimonial.

Estos dos presupuestos nos indican que la legislación sobre divorcio debe contener los elementos indispensables para que el matrimonio sea efectivamente estable, respondiendo a la comunidad de vida que lo caracteriza y a su condición de único ámbito propicio para la formación personal de sus descendientes.

Igualmente, la ley debe admitir la separación personal de los esposos cuando causas graves la tornen imperiosa, poniendo los medios para posibilitar la reconciliación.

Ello nos señala que no se da eficaz respuesta a los fines del matrimonio cuando la legislación admite la posibilidad de disolución y el establecimiento de nuevas uniones que presentarán, a su vez, el mismo germen de inestabilidad. El divorcio vincular incide desde el origen mismo del matrimonio, privándolo del sustento esencial para el establecimiento de una comunidad de vida total al tenerse presente, en forma consciente o inconsciente, la posibilidad de extinguir el vínculo que une a los esposos.

Pero esta posición legislativa debe acompañarse de una política familiar, que muestre con claridad los deberes que se asumen con el matrimonio, que prepare para la vida matrimonial y que arbitre medios de superación de los conflictos conyugales, poniendo al alcance de la población organismos idóneos a tales fines.

En lo que respecta a la adopción de posiciones en materia religiosa, para la Iglesia Católica la condición sacramental del matrimonio conlleva otorgarle el carácter de indisoluble, doctrina reafirmada a partir del Concilio de Trento.

Para los protestantes no existe una prohibición legal al divorcio sino imperativos de orden moral, mientras que la Iglesia Anglicana prohíbe el divorcio vincular, aun cuando una interpretación lo admite en casos de adulterio o abandono.

La Iglesia Ortodoxa Griega permite el divorcio en diversos supuestos, partiendo de la idea de que constituye un mal necesario. La Iglesia Ortodoxa Rusa admitió la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio en supuestos de gravedad.

2. EL DIVORCIO EN DERECHO ARGENTINO

El Código Civil Argentino no innovó respecto de la legislación española, que sometía a la regulación canónica los matrimonios celebrados entre católicos y los mixtos, dando competencia a los jueces eclesiásticos para entender en las causas de divorcio (art. 201 C. Civil).

Para los no católicos, el divorcio no vincular era materia de los tribunales civiles y procedía ante las causales de adulterio, tentativa contra la vida y ofensas físicas o malos tratamientos (art. 204 C. Civil).

Con la sanción de la ley 2393 se atribuye competencia exclusiva a los jueces civiles, ante la presencia de causales determinadas y con efecto no vincular. La reforma del año 1968, al regular el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, no avanza respecto del tipo de divorcio ni sobre la procedencia del mismo.

En nuestro derecho el divorcio es no vincular, encontrándose supeditado a la acreditación de la presencia de una causal legalmente prevista.

Pero han sido numerosos los proyectos presentados a fin de establecer en nuestro país el divorcio vincular.

Aún antes de la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil ya se había presentado un proyecto en tal sentido (diputado Balestra, año 1888), siguiéndole proyectos originados en las distintas bancadas políticas, con diferentes regulaciones. En el período parlamentario iniciado en 1973 se presentaron cinco proyectos, tres de los cuales propiciaron restablecer el régimen del artículo 31 de la ley 14.394.

Cabe advertir que la cuestión del divorcio no es sometida por los partidos a la ciudadanía en sus respectivas plataformas, respondiendo ello a finalidades políticas. Esa circunstancia determina que se cuestione si una vez arribados al poder dicho tema puede ser planteado, pues arguméntase que los mandatarios electos no señalaron a sus mandantes la posición que asumirían en tan importante aspecto.

Suele sostenerse que las bancas parlamentarias no pertenecen a los partidos sino a los miembros electos, con lo que pretende justificarse la inconsulta actitud de los congresales.

Otro aspecto que corresponde considerar es el del requisito constitucional para el Presidente de la República de pertenecer a la Religión Católica Apostólica Romana. Una interpretación de la legislación canónica podría llevar a concluir que dejaría de reunir

tal presupuesto el Presidente que promulgara una ley sobre divorcio vincular.

En este tema parece trascendente recordar las palabras del Presidente Hipólito Yrigoyen. Ante un proyecto de ley sobre divorcio que llevaba la firma de todos los sectores que entonces integraban el Parlamento, señaló que el matrimonio es la piedra angular en que se ha fundado la grandeza del país y que toda innovación puede determinar hondas transiciones, debiéndose meditar si está en las atribuciones de los poderes constituidos introducir reformas de vital significación o si las mismas pertenecen a los poderes constituyentes.

Prosigue Yrigoyen sosteniendo con singular precisión que no basta que el matrimonio esté regido por el Código Civil para llegar a la conclusión de que es susceptible de modificarse en su esencia por simple acto legislativo, pues siendo base de la sociedad argentina, es ante todo una organización de carácter institucional que ningún representante del pueblo puede sentirse habilitado a modificar, sin haber recibido un mandato expreso para ese objeto.

3. CAUSALES DE DIVORCIO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. ANÁLISIS Y JURISPRUDENCIA

Las causales de divorcio, que en forma taxativa enumera la Ley de Matrimonio Civil en su artículo 67 y abarca el 67 bis para la regulación del divorcio por mutuo consentimiento, son hechos que importan la violación de alguno o algunos de los deberes que el matrimonio impone a los cónyuges.

Se caracterizan por su gravedad, imputabilidad y por ser posteriores al matrimonio, aun cuando puedan ser tenidas como antecedentes conductas previas al mismo.

Sólo pueden ser invocadas por el cónyuge que sufrió el incumplimiento del deber.

La imputabilidad lleva a excluir toda conducta que obedezca a motivos ajenos a la voluntad del cónyuge y, en caso de concurrir causales en relación a ambos esposos, las culpas no se compensan.

a) Respondiendo a la consideración del deber de fidelidad como el más trascendente, el artículo 67 ubica al adulterio como la primera causal de divorcio (inc. 1º).

Cabe entender por adulterio la violación del deber de fidelidad en su aspecto sexual, es decir, en cuanto impone a los cónyuges la exclusividad en el trato sexual. Dicha exclusividad hace a la esencia de la vida matrimonial y el respeto de tan básico elemento para la convivencia conyugal y social ha sido reconocida por diversas culturas, desde los pueblos primitivos hasta el presente.

El adulterio se tipifica con una sola conducta violatoria del respectivo deber, siendo en el ámbito civil igual la situación del hombre y de la mujer, a diferencia de lo que ocurre en materia penal donde, conforme al bien jurídico protegido, para el marido se requiere la presencia de una relación dotada de cierta permanencia.

Siendo el adulterio el comercio carnal tenido por uno de los cónyuges con un tercero, y conforme al ámbito de privacidad donde tales conductas se concretan, la prueba de esta causal se torna generalmente difícil. La de presunciones adquiere, en consecuencia, particular relevancia, debiendo mostrar los caracteres que la tornan admisible.

La jurisprudencia ha tenido por probado el adulterio con el acompañamiento de partida de un matrimonio posterior celebrado en el extranjero o de partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial reconocido por el cónyuge.

b) Como segunda causal de divorcio al artículo 67 de la ley 2393 enumera la tentativa contra la vida del otro cónyuge, sea como autor principal o cómplice.

La ley civil emplea en este supuesto conceptos de índole penal, debiendo estarse a la comprensión de los mismos en dicho ámbito. Debe existir dolo directo de matar, debiendo contarse con una sentencia firme para tener por tipificada la causal, lo cual eximirá de mayor aporte probatorio.

Deben considerarse comprendidas en la figura la instigación al suicidio y el abandono con peligro de muerte.

c) La tercera causal de divorcio es la provocación al adulterio o a otros delitos (art. 67, inc. 3º, Ley de Matrimonio Civil), abar-

cando conductas de naturaleza degradante que violan el deber conyugal de asistencia y encuadran en ilícitos penales.

Aquí la ley civil no utiliza con precisión términos del derecho penal. Puede encuadrarse un accionar en la causal sin que se haya incurrido estrictamente en instigación al delito.

d) La sevicia es consagrada en la ley 2393 como cuarta causal de divorcio. Cabe entender que media sevicia cuando se infligen malos tratos o se actúa con crueldad excesiva adicionando un particular elemento subjetivo constituido por la gratuidad en el mal que se infiere o por el placer o satisfacción que produce el mismo en quien lo ocasiona.

Se trata indudablemente de reflejo o manifestación de una desviación en la personalidad del cónyuge ofensor.

La conducta aceptante de la víctima no priva al accionar de tipificar la causal, como tampoco se compensan los padecimientos respectivos.

La sevicia es de rara alegación como causal y en futuras reformas seguramente será comprendida en la más general de malos tratamientos.

e) Las injurias graves constituyen la quinta de las causales previstas por la Ley de Matrimonio Civil (art. 67, inc. 5º) y se tipifica con plurales conductas que van dirigidas a menoscabar la persona del otro cónyuge en la consideración que merece como tal.

Todo detrimento originado en ofensas al cónyuge, si reviste gravedad y es concretado en forma dolosa no meramente circunstancial, da lugar a la procedencia de una acción de divorcio con sustento en esta causal que, por la amplitud con que ha sido admitida por los tribunales, se ha convertido en el instrumento adecuado para fundar una demanda cuando los hechos no autorizaban a sustentarla en otras causales.

Igualmente, y en atención a que muchas veces las partes presentaban a los tribunales hechos no reales en su afán de llegar a un divorcio, prevaliéndose de testigos falsos, esta causal se tradujo en fundamento para legislar el divorcio por mutuo consentimiento. Se pretendió así remediar una situación irregular dando en la ley

soluciones más rápidas y sencillas, lo que constituye una muy crítica posición.

La jurisprudencia muestra una amplia variedad en cuanto a conductas que encuadran en las injurias graves, debiéndose siempre recordar que la ley fija pautas mensuradoras de apreciación de la gravedad, las que atienden al modo en que se ha establecido la comunidad de vida conyugal.

Se han considerado como injurias graves los insultos, las amenazas de muerte, la ausencia del hogar, promover infundadamente juicio de insania, la falta de aseo, la ocultación de enfermedades, la embriaguez, la toxicomanía, los celos, el mal carácter, la negativa a cumplimentar el débito conyugal, las prácticas anticonceptivas y muchos otros supuestos donde se ha considerado median actitudes degradantes u ofensivas para el cónyuge.

Una especie de las injurias graves la constituyen las injurias en juicio, concretadas cuando el cónyuge actor, demandado o reconviniente del divorcio excede sus prerrogativas procesales e injustificadamente ofende al otro cónyuge.

f) La sexta causal de divorcio la constituyen los malos tratamientos (art. 67, inc. 6º ley de matrimonio civil), expresando la norma respectiva que no es necesario que los mismos sean graves cuando, por su frecuencia, hagan intolerable la vida conyugal.

Se trata de vías de hecho o agresiones físicas, pero la jurisprudencia ha extendido el concepto a las agresiones morales. Deben ser conductas plurales, pues así surge de la referencia legal al tratamiento de un cónyuge.

La jurisprudencia admite esta causal cuando han mediado agresiones físicas, castigos corporales realizados con asiduidad, rencillas constantes, privación de alimentos, etcétera.

En rigor algunas de estas conductas importan injurias graves, generalmente derivadas del incumplimiento del deber de asistencia en sus aspectos material y espiritual.

g) El abandono voluntario y malicioso constituye la séptima causal de divorcio (art. 67, inc. 7º, ley 2393) y se traduce en la abdicación dolosa del deber de cohabitación, en su aspecto de convivencia en el hogar común.

La imputabilidad emerge de la exigencia legal de voluntariedad y malicia, con lo cual no se tipificará la causal si el alejamiento obedece a la propia conducta injuriosa del otro cónyuge.

Esta causal muestra una característica particular en su aspecto de carga probatoria, ya que la jurisprudencia sienta que el alejamiento se presume efectuado con voluntariedad y malicia, correspondiéndole al demandado demostrar que mediaron circunstancias que lo justifiquen. Ello concuerda con los alcances de los deberes conyugales y con el concepto de plenitud de vida conyugal, que implica la convivencia entre los esposos.

4. JUICIO DE DIVORCIO. COMPETENCIA. TRAMITACION

El divorcio por causal manifiesta —así llamamos al que se fundamenta expresamente en una o varias de las causales contempladas en el artículo 67 de la ley 2393— requiere de un proceso de conocimiento amplio, donde se encuentren aseguradas las garantías de defensa, producción de prueba y recurribilidad.

Legitimado activo para promover la acción es solamente el cónyuge, no admitiéndose la subrogación por persona alguna. Como consecuencia de ser personal, la acción se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, situación que determina la disolución del vínculo matrimonial y torna irrelevante el divorcio.

El cónyuge menor puede accionar atento a su situación de capacidad sólo restringida en los casos expresamente contemplados por la ley. El demente, según lo admite la jurisprudencia, podrá accionar a través de su curador, previa autorización judicial.

Puede actuarse por mandatario, aun general, ya que la situación no está contemplada en el artículo 1881 del Código Civil.

Las partes en el proceso son los cónyuges, interviniendo el Ministerio Fiscal por encontrarse comprometido el orden público. Habiendo hijos menores tendrá participación el Ministerio de Menores (art. 59, C. Civil).

Es juez competente por la materia el juez de familia. Donde no existe estructurado el tribunal especializado la competencia se atribuye a los jueces en lo civil, siendo de destacar que en la Pro-

vincia de Santa Fe le corresponde al Tribunal Colegiado (artículos 541 y 542 Cód. de Proc. C. y C.; ley 8501).

La competencia territorial es otorgada al juez del domicilio de los cónyuges (art. 104, ley 2393), debiendo entenderse por tal el último domicilio donde los cónyuges hicieron vida en común.

La competencia territorial es prorrogable, ya que puede resultar inconveniente para ambos cónyuges tramitar el juicio en lugar donde ya no viven.

Ante los jueces de familia el procedimiento responde a las características del Tribunal especializado, en particular en lo referente a la faz conciliatoria y carencia de formalidades estrictas.

En el ámbito civil el proceso de divorcio tramita por la vía ordinaria común, mientras que el tribunal colegiado regula su trámite conforme a la oralidad que lo caracteriza.

La conciliación, que debiera ser en todos los casos previa y a cargo de un organismo especializado, es intentada en nuestro país una vez promovida la acción y por los propios jueces, lo cual importa un sistema altamente deficiente, ya que se conoce del conflicto una vez que éste se ha desarrollado extremadamente y se pone en manos de quienes, pese a su formación jurídica, carecen de los conocimientos para el manejo de tales situaciones.

La demanda debe ser notificada personalmente al cónyuge accionado cuando se mantenga la cohabitación. Si media separación la notificación debe efectuarse en el lugar de residencia del demandado, aun cuando subsista su domicilio conyugal.

El cónyuge accionado puede adoptar las siguientes posiciones procesales: no contestar la demanda, contestarla simplemente, contestar y reconvenir por divorcio o contestar y reconvenir por nulidad de matrimonio.

Si no se contesta la demanda, las consecuencias que de ello derivan deben ser apreciadas judicialmente teniendo en consideración el interés público comprometido. En todos los casos el actor deberá probar igualmente los extremos alegados.

Si no se ha contestado la demanda la sentencia no podrá avanzar sobre eventuales conductas culpables del actor, aun cuando hayan resultado de la prueba rendida, mientras que si se ha reconvenido

por divorcio ambos cónyuges quedan sujetos al material probatorio que se produzca a los fines de evaluar sus respectivas culpas.

Si se ha introducido la acción de nulidad del matrimonio, al pronunciarse sentencia deberá tratarse en primer lugar la validez del vínculo y sólo en caso de ser desestimada la pretensión de nulidad se considerará lo concerniente al divorcio.

Medidas previas y precautorias.

El juez competente en el divorcio entiende también respecto de diversas medidas que hacen al interés de los cónyuges, de los hijos y de los bienes matrimoniales.

Todas ellas revisten carácter provisional, por cuanto pueden ser modificadas en el transcurso del proceso y se agotan en la sentencia de divorcio.

a) Las medidas previas hacen al interés personal de los cónyuges y de los hijos. Es así que el artículo 68 de la ley de matrimonio civil establece: "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le correspondiere recibirlos y a los hijos, como también las expensas necesarias para el juicio de divorcio" (texto conforme ley 17.711).

La primera cuestión refiérese a la atribución de la vivienda conyugal, la que muestra como solución general en la jurisprudencia la de concederla al cónyuge que permanece en la guarda de los hijos menores. Debe considerarse igualmente la titularidad del bien, pues puede tratarse de inmueble propio de uno de los cónyuges, aun cuando para el marido subsiste su obligación alimentaria, comprensiva del otorgamiento de vivienda.

La tenencia de los hijos menores es resuelta por aplicación subsidiaria de las reglas previstas en el artículo 76 de la ley 2393, pudiendo los cónyuges acordar al respecto pero siempre sometidos a la decisión judicial que ha de contemplar el interés de los menores.

Correlativamente al otorgamiento de la tenencia, debe fijarse un régimen de visitas para que sea cumplido por el progenitor que se vio privado de aquélla.

Los alimentos a pasar por los cónyuges, respecto de los cuales el marido igualmente posee derecho en los casos excepcionales en que procede, se rigen también por las normas fijadas en relación a los alimentos definitivos (arts. 79 y 80 ley 2393).

La imputación de las respectivas sumas en la separación de bienes es contemplada por el artículo 1306 del Código Civil y el derecho se encuentra supeditado a la calificación que se efectúe en la sentencia, pues en caso de culpa regirá lo dispuesto en el artículo 80 de la ley 2393.

En cuanto a las litis expensas, comprenden los gastos del juicio pero no los honorarios profesionales. La falta de pago paraliza la tramitación del juicio.

b) Refiriéndonos ahora a las medidas precautorias, vinculadas con el aspecto patrimonial, diremos que se encuentran destinadas a resguardar el capital de la sociedad conyugal y hacen al interés económico de los cónyuges.

A ellas hace referencia el artículo 74 de la ley 2393, mal ubicado por encontrarse entre los destinados a regular los efectos del divorcio. Expresa dicho artículo: "Si durante el juicio de divorcio, la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas, o disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podrá pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan a cargo de otro administrador, o que el marido dé fianza del importe de los bienes..."

Según se advierte, la norma hace referencia a la administración marital regulada en el Código Civil en consonancia con la situación jurídica de la mujer casada. Debe ser comprendida ahora conforme al régimen de administración separada instituido con la reforma de 1968 e interpretado como autorizando a cualquiera de los cónyuges a solicitar las medidas cautelares que las leyes procesales contemplan, desde el inventario de los bienes, pasando por embargos, inhibiciones de bienes, designaciones de administrador o veedor, prohibición de innovar, etcétera.

Concordando con el artículo 74 de la ley 2393, el artículo 1295, primera parte, del Código Civil, dispone que se podrá requerir embargo o la no enajenación de bienes propios del otro cónyuge o gananciales.

Medios de prueba.

El objeto de la prueba se encuentra referido a los hechos invocados como causales de divorcio, sea por el actor o por el reconviniente.

Los medios probatorios que pueden arbitrar los cónyuges son, en principio, todos los autorizados por las leyes procesales, incluida la prueba de presunciones.

El artículo 70 de la Ley de Matrimonio Civil dispone: "Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión o juramento de los cónyuges". Luego de la reforma introducida por la ley 17.711 alguna doctrina sostiene que la prueba de confesión sería posible por cuanto se permite ahora el divorcio por mutuo acuerdo.

Pero debe advertirse que este artículo pertenece a la regulación del divorcio por causa manifestada expresamente; que el divorcio por mutuo consentimiento posee una regulación específica y que el dispositivo que prohíbe la confesión fue mantenido por la reforma, pese a las numerosas modificaciones que se introdujeron en el Capítulo sobre divorcio.

Cabe dejar sentado que algunos medios probatorios revisten peculiaridades en el proceso de divorcio. Así, no rige respecto de las cartas misivas la prohibición contenida en el artículo 1036 del Código Civil, por lo que pueden presentarse como prueba las dirigidas por el cónyuge accionado a un tercero, siempre que no hayan sido obtenidas por medios ilícitos.

Las misivas de un tercero al cónyuge demandado pueden ser presentadas, ya que no media prohibición legal alguna.

La prueba presuncional adquiere marcada relevancia en algunos supuestos, tal el caso del adulterio. Siempre las presunciones

deberán ser plurales y concordantes, llevando por su gravedad al juzgador hacia un juicio dotado de certeza.

La prueba de testigos muestra como característica que la proximidad por amistad, dependencia y aun por parentesco, que en otros juicios lleva a excluir los dichos de los testigos, en materia de divorcio no muestra tales consecuencias por cuanto los hechos tipificantes de las causales son por lo general apreciados únicamente por tales personas, dado el ámbito donde se producen.

El problema derivado de la prohibición que las leyes procesales suelen contener para llamar como testigos a los parientes consanguíneos o afines en línea recta encuentra solución en el artículo 70 de la ley 2393, que admite toda clase de medios probatorios.

En algunas provincias (Santa Fe, Mendoza, Jujuy, La Rioja) las leyes procesales contemplan la posibilidad de que dichas personas presten declaración testifical.

Sentencia.

La sentencia que acoge la pretensión de divorcio, una vez firme, emplaza a los cónyuges en los estados de familia de cónyuge divorciado culpable, cónyuge divorciado inocente o ubica a ambos cónyuges en la condición de culpables.

La sentencia debe ser congruente con las peticiones de las partes, no pudiendo decretarse el divorcio por otras causales o por distintos hechos que los alegados por las partes, sea en sus demandas o reconvencciones o como hechos nuevos.

El principio *iura novit curia* no debe exceder el marco de las cuestiones planteadas al juez, debiendo éste en todos los casos tener presente que se encuentra comprometido el orden público.

Tampoco puede ampliarse la invocación de hechos o causales ante el tribunal de apelación, pues éste tiene limitada su competencia por los agravios vertidos por las partes contra los puntos tratados por la sentencia de primera instancia.

5. PROCEDIMIENTO JUDICIAL ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 67 BIS DE LA LEY 2393. REQUISITOS, CONVENIOS COMPLEMENTARIOS, TRAMITE, SENTENCIA, EFECTOS, APELACION

a) La reforma operada en nuestra legislación civil en el año 1968 introdujo, entre otras importantes modificaciones en materia de divorcio, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, también denominado en doctrina divorcio por presentación conjunta o causa reservada.

Si bien finalmente la redacción otorgada al nuevo artículo 67 bis de la ley 2393 no tuvo la amplitud de alcances originariamente proyectada, es lo cierto que con esta nueva vía se abrió un amplio cauce a la posibilidad de arribar a una sentencia de divorcio por trámites simples y breves. En lugar de actuarse sobre los factores que inciden en los conflictos conyugales o respecto de las desvirtuaciones procesales que se adujeron como fundamento del nuevo sistema, se facilitó el acceso al divorcio, lo cual importa una posición estatal desvinculada de los fines que deben regir una verdadera política familiar.

b) Expresa el aludido artículo 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil: "Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieren personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

"Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultara estéril, porque no se logra el avenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos

efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos.

“Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta se tramitará por vía sumaria.

“La decisión judicial determinará, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.

Se advierte en consecuencia la implementación de un régimen legal que se sustenta en el acuerdo de los cónyuges para arribar a una sentencia de divorcio, el cual debe estar presente desde el inicio (presentación conjunta) hasta arribar al fallo.

La tramitación es regulada conforme a un sistema de audiencias que revisten carácter informativo y conciliatorio. El primero por cuanto en las mismas “las partes”, como las denomina el artículo, ponen de manifiesto ante el órgano jurisdiccional cuáles son los motivos que los determinan a solicitar la separación personal; y el carácter conciliatorio deriva de la actitud que debe asumir el juez en las dos audiencias que la norma contempla.

Ello implica que el juez se vea constreñido a lo que los cónyuges le ponen de manifiesto a modo de testimonio-confesión, ya que este singular proceso carece de etapa probatoria y no contempla expresamente la posibilidad de que se produzca prueba alguna, a no ser la esencial para poder promover la acción (título de estado matrimonial), lo cual lo coloca en una situación meramente pasiva.

Igualmente, se pone en manos de quien carece de los conocimientos propios para la atención de tales problemas la conciliación matrimonial, materia propia de profesionales idóneos y ajena a la del órgano jurisdiccional.

El transcurso de dos años de vida matrimonial es exigido por la ley para evitar se utilice esta vía divorcista cuando aún la co-

munidad de vida matrimonial no se ha consolidado, procurando no se incurra en actitudes precipitadas.

La fundamentación argumental de los cónyuges que requieren el divorcio debe versar en el incumplimiento por parte de alguno de ellos, o de ambos, de uno o más de los deberes matrimoniales. Vale decir que las causas graves que hacen moralmente imposible la vida conyugal y los motivos que el juzgador podrá considerar como suficientemente graves para decretar el divorcio importarán, en suma, alguna de las causales que para el divorcio por causa manifiesta contempla el artículo 67 de la ley 2393.

Las audiencias, que constituyen el núcleo de la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, se celebran sin que consten en acta los motivos que los cónyuges aducen. La concurrencia de los cónyuges a las dos audiencias previstas por la ley debe ser efectuada en forma personal y la incomparecencia injustificada dará lugar al archivo de las actuaciones por implicar la no subsistencia del acuerdo, que es preciso se mantenga durante todo el proceso.

Se admite en general la presencia de los letrados patrocinantes en estas audiencias.

c) El divorcio por mutuo consentimiento, en caso de ser decretado, ubica a ambos cónyuges en el estado de familia de divorciados equiparados a la condición de culpables.

Este efecto del divorcio por mutuo consentimiento tiene finalidad disuasiva. Existiendo culpa unilateral el inocente debe hacer valer su condición en el proceso por causa manifiesta, con lo cual preservará sus respectivos derechos.

No obstante lo que emerge del texto de la ley, importante doctrina y abundante jurisprudencia admitió que en la presentación conjunta los cónyuges dejaran a salvo la inocencia de uno de ellos, con lo cual el efecto de la culpabilidad recaería sobre el otro.

Un Plenario de las Cámaras Nacionales en lo Civil, del 18 de mayo de 1977, concluyó que en el régimen establecido por el artículo 67 bis de la ley 2393 no es admisible la atribución unilateral de la culpa, solución a la que nos adherimos por cuanto ello

responde a la finalidad disuasiva que mencionáramos y atento a la interpretación que corresponde efectuar del texto de la ley, de la que resulta de rigor dicha consecuencia.

d) Según emerge del texto del artículo 67 bis de la ley 2393, los cónyuges pueden acordar, además de lo referido a la solicitud de divorcio, respecto de la forma en que deberá liquidarse la sociedad conyugal, sobre alimentos y acerca de la tenencia de los hijos.

El primer aspecto es tema propio del régimen conyugal patrimonial y muestra como relevante el problema de los alcances que tendrán tales acuerdos.

e) Lo concerniente a alimentos tiene importancia en razón de los efectos que se derivan en orden a la equiparación a la condición de culpables que la norma efectúa. Lo que acuerden los cónyuges al respecto tendrá plena validez y no requiere aprobación judicial.

f) La tenencia de los hijos podrá ser convenida por los cónyuges, pero el acuerdo no vincula al juez quien, con la opinión del Ministerio de Menores y en ejercicio del Patronato del Estado (art. 4º, ley 10.903) estará siempre a lo que resulte más conveniente al interés de los menores.

g) La sentencia que decreta el divorcio muestra, como todo este proceso, particularidades distintivas. Carece de lo fundamental ya que no existe motivación ni fundamentación del juicio al que se arriba, circunstancia que impide el contralor de la justicia o injusticia del fallo por los tribunales de grado ulterior y lleva a sostener que no hace cosa juzgada, por lo cual nada impide reproducir la petición de divorcio ante otro magistrado.

Por Plenario de las Cámaras Nacionales de Apelación del año 1972 se sentó que no es admisible el recurso de apelación respecto de la sentencia que deniega el divorcio. Esta posición es compartida por la mayoría de la doctrina, existiendo no obstante importantes opiniones en el sentido de que procede la apelación, en cuyo caso el tribunal de alzada debe recibir una nueva audiencia a los fines previstos en el artículo 67 bis de la ley 2393.

6. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO EN LAS RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES DE LOS CONYUGES Y RESPECTO DE LOS HIJOS

El divorcio produce importantes efectos sobre la persona y los bienes conyugales, como así repercute en la familia al incidir respecto de la tenencia de los hijos menores.

a) La capacidad que los cónyuges menores hubieren alcanzado a través de la emancipación matrimonial permanece inalterable con el divorcio, ya que dicha emancipación es irrevocable (art. 133 C. Civil).

b) El domicilio queda alterado pues, conforme al artículo 72 de la ley 2393, separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero. Para este último supuesto será necesaria la autorización judicial existiendo hijos a cargo.

Cesa en consecuencia para la mujer divorciada el domicilio legal fijado por el inciso 9º del artículo 90 del Código Civil.

c) Respecto del nombre, la mujer divorciada ya no tiene el deber de llevar el apellido marital, pudiendo hacerlo si así lo prefiere. Pero el marido podrá requerir judicialmente que se prohíba a la mujer el uso de su apellido cuando existieren motivos graves (art. 9º, ley 18.248).

El fundamento de la solicitud marital puede derivar de la misma sentencia de divorcio, conforme a la causal de culpabilidad que se haya establecido respecto de la mujer, o de su conducta posterior al divorcio.

d) Deteniéndonos ahora en los derechos-deberes matrimoniales observamos que el deber de fidelidad subsiste, autorizándose al cónyuge culpable a accionar contra el inocente si éste, con posterioridad al divorcio, hubiere incurrido en adulterio, infidelidad o en grave conducta moral (ver parágrafo 7 de este Capítulo).

El derecho-deber de cohabitación cesa, pues la ruptura de la mutua convivencia es la consecuencia rigurosa del emplazamiento en el estado de divorciado. Igualmente, se extinguen completamente los derechos y deberes referidos al débito conyugal, con lo que

aquellas conductas que —dentro de un marco de normalidad— eran exigibles y constituían prerrogativas conyugales, pasan a ser en su faz compulsiva e involuntaria un accionar tipificante de ilícitos penales, especialmente el de violación.

El derecho-deber de asistencia cesa por completo en su aspecto de apoyo moral, pero puede subsistir en su aspecto material por la prestación alimentaria que le corresponde efectuar al marido culpable, respecto de la mujer inocente (art. 79 ley 2393) y que resulta consecuencia del deber que se le impone legalmente de sostenimiento de la esposa (art. 51, ley de matrimonio civil).

Expresa en tal sentido al aludido artículo 79 de la ley 2393: “el marido que hubiera dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer, si ella no tuviere medios propios suficientes. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias del caso”.

Fundada en la solidaridad familiar, la ley establece que cualquiera de los cónyuges que hubiera dado causa al divorcio, tendrá derecho a que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad (art. 80, ley 2393).

El marido inocente también tendrá derecho a alimentos si se encuentra en la situación prevista en este último artículo, pues no podría estar en situación más desventajosa que el culpable.

e) En lo que atañe a otros efectos que repercuten sobre derechos personales de los cónyuges digamos que la ley de matrimonio civil aclara que el divorcio no altera los deberes emergentes de la patria potestad, quedando el padre y la madre sujetos a todos los cargos y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera que sea el que hubiere dado causa al divorcio (art. 78), mientras que por lo dispuesto en el artículo 250 del Código Civil (cf. ley 17.711), la presunción de paternidad legítima no regirá habiendo juicio de divorcio y si el hijo naciere después de los trescientos días de la separación, a no ser que mediara reconciliación al tiempo de la concepción.

Existiendo divorcio, el cónyuge inocente no necesitará del asentimiento del culpable para la adopción (art. 8º, ap. a, ley 19.134),

requisito que tampoco será exigible si el divorcio es por mutuo consentimiento o cuando ambos cónyuges son culpables.

Por otro lado, el plazo de espera establecido para la mujer viuda por el artículo 93 de la Ley de Matrimonio Civil, no encuentra aplicación si medió divorcio y transcurrió el lapso previsto por el artículo 250 del Código Civil.

f) Deteniéndonos ahora en los efectos patrimoniales, observamos que con el divorcio se produce la disolución de la sociedad conyugal con retroactividad, para los cónyuges, al día de la notificación de la demanda y sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe (art. 1306 C. Civil) y que el cónyuge culpable pierde los derechos hereditarios (art. 3574, párr. 1º), sanción que alcanza al inocente que, con posterioridad al divorcio, incurriera en adulterio u otros actos de grave inconducta moral (art. 3574, párr. 2º C. Civil).

El marido inocente del divorcio puede revocar las donaciones o ventajas hechas a la esposa culpable (art. 75, ley 2393), derecho que no podrá ejercitar si los bienes hubiesen sido adquiridos por terceros.

El cónyuge culpable del divorcio pierde el derecho a pensión (art. 1º, inc. a, ley 17.562), mientras que la ley de contrato de trabajo concede indemnización por muerte del trabajador a la concubina de éste si se encontraba divorciado por culpa de la cónyuge o ambos fueron culpables (art. 269, ley 20.744).

La doctrina, en tanto, acepta la procedencia de los daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio, ya que todas las causales previstas en la ley revisten el carácter de hechos ilícitos y quien ocasiona un daño debe repararlo (arts. 1077 y 1079 C. Civil).

Consignemos por último que el beneficio de competencia le corresponde al cónyuge inocente del divorcio (art. 800, inc. 2º C. Civil) y que la prescripción, suspendida con motivo del matrimonio, permanece en tal situación pese al divorcio de los cónyuges (art. 3969 C. Civil).

g) Ocupándonos ahora de lo concerniente a los efectos del divorcio sobre la tenencia de los hijos destacamos que la reforma del

año 1968 introdujo una modificación al texto originario de la ley 2393, cuyo artículo 76 reproducía el 213 del Código Civil y otorgaba la tenencia al progenitor más idóneo.

La redacción actual mantiene la preferencia para la madre en relación con la tenencia de los hijos menores de cinco años. Para los de edad superior a la indicada rige la preferencia para el cónyuge inocente.

Este principio general encuentra sus límites en el interés de los menores, y es por tal razón que el mencionado artículo 76 de la ley 2393 dispone que procederá acordar la tenencia en la forma antes mencionada "a menos que esta solución fuera inconveniente para el menor".

La solución de la ley parece criteriosa, pues quien ha sido culpable del divorcio y de las negativas consecuencias que del mismo derivan para los hijos, no puede encontrarse en un pie de igualdad con el cónyuge ajeno a tal situación.

Pero de todas maneras la norma establece que los jueces, que intervienen con la previa opinión del Ministerio de Menores, dispondrán en definitiva como resulte más beneficioso para los hijos.

La jurisprudencia, con acierto ha sostenido que la idoneidad del progenitor debe ser valorada judicialmente y que el culpable, por su desventaja en cuanto al régimen de tenencia, debe probar el perjuicio que acarrearía a los hijos la aplicación del principio general contenido en el artículo 76 de la ley 2393.

7. EQUIPARACION DEL CONYUGE INOCENTE AL CULPABLE (ARTICULO 71 BIS DE LA LEY 2393)

La reforma a la legislación civil del año 1968 (ley 17.711) introdujo como nuevo artículo en la ley de matrimonio civil, el 71 bis, por el cual se autoriza la equiparación del cónyuge inocente a la condición de culpable en cuanto a los efectos del divorcio al acreditarse que aquél ha incurrido en alguna de las inconductas que contempla la norma.

Dispone el artículo 71 bis de la ley 2393: "Decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, puede éste pedir la de-

claración de culpabilidad del otro en juicio ulterior, cuando hubiere incurrido en adulterio, infidelidad o en grave inconducta moral posterior a la sentencia”.

Con la reforma introducida quedó definitivamente despejada la cuestión que se había suscitado en doctrina acerca de la permanencia del deber de fidelidad una vez decretado el divorcio. La respuesta, luego de la admisión de la equiparación del inocente a la condición de culpable por incurrir en infidelidad es, obviamente, afirmativa.

Adviértese que el artículo señala que el inocente podrá ser declarado culpable, cuando, en rigor, su condición de inocente del divorcio está cristalizada y no puede ser alterada. De lo que se trata es de la equiparación del inocente a la situación de cónyuge culpable con motivo de su inconducta posterior al divorcio.

La norma remite a una causal de divorcio (adulterio) y a la violación del deber de fidelidad tanto en su aspecto referido al trato sexual con terceros como al de las relaciones equívocas, aun cuando debe tenerse presente que luego de decretado el divorcio no se aprecia con igual rigor la vinculación del cónyuge con terceras personas.

En lo que respecta a la inconducta moral trátase de actividades que pueden lesionar el honor o reputación del otro cónyuge, atento al carácter no vincular del divorcio que hace necesario resguardar tales valores.

8. RECONCILIACION

La reconciliación es el restablecimiento de la vida matrimonial, operado a través de los modos legalmente previstos, cuando aquélla se había alterado por la presencia de causales de divorcio o porque éste había sido decretado.

Dispone el artículo 71 de la ley 2393: “Se extingue la acción de divorcio y cesan los efectos del divorcio ya declarado, cuando los cónyuges se han reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción o motivaron el divorcio. La ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber

dejado la habitación común. La reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio”.

Para que proceda la reconciliación es necesaria la separación de los cónyuges, no tipificándose cuando no hay distanciamiento y sólo existe tolerancia en los agravios.

La naturaleza jurídica de la reconciliación es debatida, considerándose un contrato del derecho de familia (Lagomarsino), un acto jurídico familiar (Díaz de Guijarro, Zannoni) o acto jurídico en sentido estricto (Brebba), pero en rigor la reconciliación carece de los elementos propios de los actos jurídicos, siendo un simple acto lícito (art. 899, C. Civil), determinándolo Belluscio como acto lícito real.

La reconciliación puede ser expresa o tácita. En el primer caso podrá concretarse verbalmente o por escrito (generalmente presentado ante el juez que entiende en el proceso de divorcio), mientras que la reconciliación es tácitamente aceptada por la ley cuando ha mediado cohabitación entre los cónyuges.

Respecto de este tema es de advertir que el texto de la ley es claro, estableciéndose que la reconciliación se presume “cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común”.

Interpretando el texto conforme a la premisa favorable al matrimonio cabe entender que la norma alude a la cohabitación en el sentido de prestarse al débito conyugal, por lo que aun cuando el esposo haya obrado sin la intención de restablecer la vida en común la reconciliación debe considerarse perfeccionada si medió trato sexual entre los cónyuges.

Quienes otorgan a la reconciliación carácter bilateral entienden que en tales supuestos la reconciliación no operaría, pues exigen la voluntad de una restitución total de los derechos y deberes matrimoniales. Esta posición se nos muestra como contraria a lo que resulta del texto legal e incompatible con el principio interpretativo que debe regir todo lo concerniente a la institución matrimonial.

La cohabitación no es el único modo en que la reconciliación puede concretarse, pues debe tenérsela por operada cuando han mediado conductas que importan el perdón de las ofensas inferidas y la intención de restablecer la comunidad de vida conyugal.

La reconciliación extingue la acción de divorcio aun antes de haber sido ésta promovida judicialmente, criterio compartido ampliamente por la doctrina y que sólo registra aislada jurisprudencia contraria.

Habiendo sido ya decretado el divorcio, se restablecen totalmente los derechos - deberes matrimoniales, no pudiendo invocarse los hechos que lo determinaron en un proceso ulterior.

Cesan los efectos que había originado el divorcio decretado, siendo el supuesto de la separación de bienes de interpretación conflictiva, atento a lo dispuesto por el artículo 1304 del Código Civil, aun cuando en nuestra opinión tiene primacía la norma específica del artículo 71 de la Ley de Matrimonio Civil, de la cual deriva una total extinción de los efectos del divorcio.

II. SEPARACION DE HECHO

9. NOCION: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. EFECTOS

La plena comunidad de vida que el matrimonio muestra como esencial, conlleva la necesidad de la cohabitación de los cónyuges, traducida en la mutua convivencia que les permite asumir totalmente los deberes inherentes a su estado.

Mas la cohabitación puede resultar interrumpida por razones ajenas a la voluntad de los esposos, supuesto que no altera la relación jurídica matrimonial, u obedecer a conductas de uno o ambos cónyuges que implican abdicar en forma temporal o permanente de dicho deber y, como consecuencia, de los restantes deberes matrimoniales.

En este último caso nos encontramos ante la separación de hecho, concebida entonces como el distanciamiento fáctico de los cónyuges, realizado por voluntad unilateral o de ambos, y mediante el cual se incumplimenta el deber de cohabitación.

Dada su naturaleza meramente fáctica la ley se resiste a regular las consecuencias de la separación de hecho, si bien como luego veremos se ha visto precisada a reconocerle ciertos efectos jurídicos.

La separación de hecho destaca la ausencia de decisión judicial referida al alejamiento de los cónyuges, aun cuando sus efectos son aplicables al supuesto de medidas judiciales adoptadas con motivo de la ruptura del deber de cohabitación por parte de la mujer, conforme a lo establecido por el artículo 53 de la ley 2393.

Igualmente, la separación de hecho debe mostrar permanencia —lo cual resultará de la apreciación efectuada en el caso concreto—, sin que pueda catalogarse como tal un distanciamiento breve que obedezca a motivos circunstanciales.

La voluntariedad del alejamiento implica que la separación es querida por sí misma, traduciéndose en la no aceptación de hacer vida en común.

a) Deteniéndonos ahora en los efectos que produce la separación de hecho y considerando en primer lugar lo referido a los derechos - deberes conyugales observamos que el deber de fidelidad permanece inalterado, aun cuando proceda efectuar una aplicación analógica de la situación del cónyuge divorciado para una apreciación menos rigurosa de las relaciones del cónyuge con personas del otro sexo.

b) El deber de cohabitación resulta violado por el cónyuge que voluntariamente se separa o por ambos si la voluntad es conjunta. La situación le es impuesta en el primer caso al cónyuge inocente, quien por dicha razón deberá ser resguardado legalmente en sus derechos.

c) La mujer separada de hecho conserva el domicilio legal establecido por el inciso 9º del artículo 90 del Código Civil. Aun cuando cierta doctrina afirma que puede constituir nuevo domicilio (Zannoni, Kemelmajer de Carlucci), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido la tesis contraria (*Fallos*, 200 - 228).

d) En lo que atañe al deber de asistencia, la obligación alimentaria subsiste para el cónyuge que determinó la separación, ya que lo contrario implicaría otorgarle efectos beneficiosos por su accionar antijurídico.

Si el cónyuge culpable se encuentra en estado de necesidad, sin perjuicio de que se requiera el reintegro en el caso de la mujer por aplicación de lo establecido en el artículo 53 de la ley 2393,

serían de aplicación analógica las normas sobre alimentos entre cónyuges divorciados, por lo que podrían serle suministrados.

e) La mujer casada no ve alterado, por la separación de hecho, su deber de llevar el apellido marital. El marido no podrá requerir que deje de utilizarlo por mediar causas graves, tal como lo autoriza la ley para el supuesto de divorcio (art. 9º, ley 18.248), en tanto en dicha situación deberá recurrir a la acción de divorcio de la que resultará, en su caso, tal efecto.

f) En lo que concierne a la filiación, la separación de hecho no enerva —en principio— la presunción de paternidad legítima. En interpretación doctrinaria no pacífica, una posición a la cual nos adherimos sostiene que una vez ejercitada la acción de divorcio o de nulidad de matrimonio, basta al marido de la madre probar la separación anterior a los trescientos días mencionados en el artículo 250 del Código Civil.

g) En lo que hace a los efectos patrimoniales, la separación de hecho determina, para el cónyuge culpable, la pérdida de su derecho a participar en los gananciales adquiridos por el inocente después de producida la separación (art. 1306, C. Civil).

Siendo este tema propio de la regulación conyugal patrimonial, nos limitaremos a señalar que existiendo culpabilidad mutua ambos cónyuges pierden el referido derecho, y que si el inocente incurre luego en actos de inconducta, para la doctrina mayoritaria éste conservará sus derechos hasta el momento en que incurrió en tales actos.

h) La separación de hecho influye asimismo en el derecho sucesorio de los cónyuges, disponiendo el artículo 3575 del Código Civil que “cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente. Si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior”.

Las causales a que alude el artículo citado refiérense al divorcio y comprenden el adulterio o actos de grave inconducta moral.

Este tema es materia propia del derecho de sucesiones, mas señalemos que uno de los problemas interpretativos más graves se

suscita con la carga de la prueba y los extremos a acreditarse, aspectos que no tienen solución expresa en la ley.

III. DISOLUCION DEL MATRIMONIO

10. CONCEPTO. CAUSAS. ANALISIS DE LA DISOLUCION EN CASO DE MUERTE PRESUNTA; REPARACION DEL MUERTO PRESUNTO; EFECTOS; DERECHO COMPARADO

La aptitud nupcial es un presupuesto jurídico de la persona natural, el cual responde a la proclividad humana de unirse en pareja, a la que el derecho debe regular para resguardarla y asegurar el cumplimiento de sus fines.

La aptitud nupcial sólo puede ser enervada o temporalmente demorada por normas legales específicas, teniéndose desde el instante mismo del comienzo de la existencia de la persona natural. Se agota con el matrimonio, por alcanzar con la unión conyugal la culminación de su finalidad, pero puede verse restablecida si el vínculo conyugal se disuelve, lo cual puede acontecer si se produce la muerte de uno de los cónyuges, la ausencia con presunción de fallecimiento y, en los ordenamiento legales que lo admiten, el divorcio vincular.

La muerte de uno de los cónyuges disuelve de pleno derecho el matrimonio, restableciendo *ipso jure* la aptitud nupcial para el esposo viudo. Para la mujer viuda, en cambio, la ley establece un plazo de espera en resguardo de la filiación (art. 93, Ley de Matrimonio Civil).

El Código Civil impone a la mujer viuda deberes para el supuesto del hijo póstumo (denuncia de embarazo, art. 247 C. Civil) y le otorga derecho alimentario en relación con tal situación (artículo 248 C. Civil).

Igualmente, regula la confección de inventario judicial de los bienes, existiendo hijos menores (art. 296, C. Civil).

La emancipación del cónyuge menor viudo subsiste, por ser dicha emancipación irrevocable (art. 133, C. Civil), permanece el parentesco por afinidad y nacen la vocación hereditaria y el derecho a pensión.

Otra de las causales de disolución del matrimonio y, junto con la muerte la que nuestra legislación recepta, es la ausencia con presunción de fallecimiento.

El Código Civil la rechazaba como causal (art. 83), de lo cual resultaba una situación injusta y discordante con los efectos que dicha declaración producía.

La ley 14.394 dispuso en su artículo 31: "La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias. La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio".

Adviértase en consecuencia que en nuestra ley la declaración de fallecimiento presunto no disuelve por sí misma el vínculo. Es con la celebración del nuevo matrimonio que el primero se disuelve (sistema alemán), aun cuando parezca incongruente que la aptitud nupcial no se restablezca con anterioridad a la celebración de las segundas nupcias.

La reaparición del ausente no altera la validez del segundo matrimonio, solución que merece aprobación pues responde a la necesidad de dotar de estabilidad a la nueva unión e impide la existencia de una nueva causal de disolución matrimonial.

Para Belluscio la mala fe del cónyuge del ausente no autoriza a éste a demandar la nulidad, mientras que la solución contraria es propiciada por Zannoni y Aráuz Castex.

En algunos países la ausencia con presunción de fallecimiento no es causal de disolución del matrimonio pero sí autoriza el divorcio vincular (Códigos Suizo y Federal Mexicano).

**11. DIVORCIO VINCULAR. EVOLUCION LEGAL ARGENTINA.
EFECTOS DEL DIVORCIO VINCULAR ANTES Y DESPUES
DE SU SUSPENSION POR EL DECRETO-LEY 4070/56.
ARTICULO 6º DE LA LEY 17.711**

a) Nuestra legislación, respondiendo a la naturaleza inmanente de la unión matrimonial, rechaza la posibilidad de su disolución por la vía del divorcio. Dicha posición es controvertida con distintos fundamentos, mas resulta evidente que muchas de las voces que se

oyen en tal sentido pertenecen a quienes se encuentran en situación conyugal de conflicto, mientras la generalidad adopta una actitud pasiva, consecuencia de la normal convivencia.

Han sido numerosos en nuestro país los proyectos de divorcio vincular presentados en el Congreso (ver punto 2 de este Capítulo) y cabe destacar que el Anteproyecto Bibiloni admitía dicho tipo de divorcio, mientras que el Anteproyecto de 1954 lo rechazó.

En el año 1954, obedeciendo a circunstancias de índole política y en forma sorpresiva, se introdujo en nuestra legislación por única vez el divorcio vincular. Al tratarse en la Cámara de Diputados de la Nación el artículo 31 de la que sería ley 14.394, referido al régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento y sus efectos sobre el matrimonio, se introdujo un párrafo que determinó la aludida innovación.

El texto del agregado efectuado era el siguiente: "También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubiesen manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite, ajustándose a las constancias de autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias. Cuando el divorcio se hubiera decretado con anterioridad a esta ley, el derecho a que se refiere el apartado precedente podrá hacerse valer a partir de los noventa días de la vigencia de la misma y siempre que hubiese transcurrido un año desde la sentencia".

La ley 14.394 fue promulgada el 22 de diciembre de 1954 y el artículo 31, en cuanto permitía la disolución del vínculo y autorizaba a celebrar nuevo matrimonio, fue "suspendido" por el decreto - ley 4.070, del 1º de marzo de 1956 (convalidado por ley 14.467/58). Dicho decreto - ley estableció que se declara en suspenso el mencionado dispositivo de la ley 14.394 "hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio", sumando a una desajustada técnica una declaración de propósitos extraña a toda norma legal.

A la efímera vigencia que tuvo el divorcio vincular determinada por las respectivas fechas de sanción y derogación —así corresponde considerarla aunque se habla de suspensión— debe agregarse que el régimen adoptado exigió el transcurso de noventa días para su aplicación a los divorcios ya decretados.

La reforma legal en rigor constituyó una forma tibia de aceptación del divorcio vincular, pues para arribar al mismo debía preceder un proceso de divorcio conforme a las normas de la ley de matrimonio civil.

Igualmente, contemplaba un plazo de espera para poder solicitar la disolución del vínculo y resultó patente el apresuramiento legislativo ante la falta de regulación del tema tan trascendente de los efectos que el divorcio vincular produciría.

b) Esta carencia normativa llevó a la doctrina a interpretar las consecuencias que derivaban del nuevo emplazamiento conyugal, apareciendo como fundamentales la recuperación de la aptitud nupcial, la extinción del deber de fidelidad y del deber para la esposa de llevar el apellido marital y la disolución de la sociedad conyugal si el inocente no había ejercitado la prerrogativa que le concedía la redacción entonces vigente del artículo 1306 del Código Civil.

c) El derecho hereditario de los cónyuges divorciados determinó una controversia doctrinaria, pues se pensó que el inocente conservaba tal derecho. Un plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del año 1962 así lo consagró, pero dejando a salvo la posibilidad de serle privado si luego de la sentencia hubiere incurrido en algún acto que dé lugar a la caducidad de la vocación sucesoria.

Sobre este tema el artículo 6º de la ley 17.711/68 dispuso “en los matrimonios que fueron disueltos durante la vigencia del artículo 31 de la ley 14.394, el cónyuge inocente conserva vocación hereditaria, salvo que hubiere pedido la disolución del vínculo, contraído nuevas nupcias o incurrido en actos de grave inconducta moral”.

Las soluciones que trae la norma se hacen posible por cuanto, por el sistema seguido en la ley 14.394; al tiempo de pedirse la disolución existía emplazamiento en las respectivas calidades de cónyuge divorciado, con exención o atribución de culpas.

d) Otro aspecto controvertido resultó el de la posibilidad de que el cónyuge divorciado por el régimen previsto en el artículo 31 de la ley 14.394, que no celebró nuevas nupcias pese a que el vínculo fuera disuelto durante la vigencia de aquella norma, pudiera con posterioridad a su derogación contraer nuevo matrimonio.

Algunos autores pensaron que la respuesta debía ser negativa, ante la conclusión de que no existen derechos adquiridos contra leyes de orden público. Pero la posición contraria aparece como la correcta, en tanto es evidente que con la disolución del vínculo se ha restablecido la aptitud nupcial y ya no media el impedimento de ligamen previsto por el inciso 5º del artículo 9º de la ley 2393, que requiere la subsistencia de un matrimonio anterior.

Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, concluyendo que el cónyuge divorciado, cuyo vínculo fuera disuelto conforme a lo dispuesto por el artículo 31, párrafo 3º de la ley 14.394 durante la vigencia de dicha norma, puede celebrar nuevo matrimonio.

12. DISOLUCION POR DIVORCIO EN EL EXTRANJERO. DIVERSOS CASOS. TRATADOS DE MONTEVIDEO

Tanto para el orden positivo interno como en la esfera internacional la ley argentina sigue el sistema de la competencia judicial determinada por el último domicilio conyugal (art. 104 ley 2393).

Dicha norma es considerada de orden público internacional, por lo que no resulta tal competencia prorrogable en favor de tribunales extranjeros. Sí en cambio se admite la prórroga de los tribunales extranjeros en favor de los argentinos (cf. art. 104, segundo párrafo, ley de matrimonio civil).

Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 siguen idéntico sistema.

Esto sentado cabe considerar el problema de los segundos matrimonios contraídos en el extranjero luego del divorcio decretado por tribunal incompetente.

a) Para un importante sector de la doctrina, al cual nos adherimos, dichos matrimonios son inexistentes (Legón, Lazcano, Moli-

nario, Borda, Bidart Campos, Goldschmidt), siendo la posición de la jurisprudencia penal, que niega todo efecto —incluso el negativo al no considerar tipificado el delito de bigamia— a tales matrimonios.

b) Para otros autores el matrimonio será nulo (Fassi, Díaz de Guijarro, Spota, Mazzinghi), habiendo esta tesis tenido acogida en diversos fallos.

c) Una tercera posición estima que el matrimonio no es inexistente ni nulo, sino que carece de eficacia extraterritorial, por lo que cabe privarlo de efectos en nuestro país pero no pueden serle desconocidos en el país de celebración, al cual no puede imponérsele el régimen jurídico argentino (fallos de los Dres. Barraquero y Alfonsín; Belluscio; doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Rosas de Egea", *Fallos*, 273-363).

En el mencionado fallo de la Corte se estableció que planteada la validez en nuestro país de un matrimonio celebrado en el extranjero a pesar del vínculo subsistente del celebrado en la Argentina, las autoridades nacionales pueden desconocerle valor dentro del territorio del país sin necesidad de obtener su nulidad. Dicha tesis fue seguida por la Cámara Nacional en lo Civil por Plenario del año 1973, mas a partir del año 1974 se produce un cambio en la jurisprudencia de la Corte, reconociéndosele derecho de pensión a la mujer del segundo matrimonio celebrado en el extranjero por considerar que cabe reconocerle efectos si no ha sido anulado (casos "Sanmartino de Weskamps", "De la Rúa" y "Pizzorno").

Con posterioridad, y a partir del año 1976, la Corte Suprema ha retornado a su jurisprudencia originaria, que niega efectos al matrimonio contraído en fraude a la ley argentina.

a') Conforme a las distintas situaciones que pueden darse en esta materia distinguimos en, primer lugar el matrimonio celebrado en nuestro país y divorcio en el extranjero.

La sentencia, si ha sido dictada por juez competente (art. 104 ley 2393) producirá todos los efectos de nuestro divorcio no vincular (arts. 7, 81 y 82 ley 2393).

Si se ha violado la ley argentina por ser el juez incompetente (matrimonios por correspondencia), dicha unión para nuestro derecho será inexistente.

b') Si el matrimonio y el divorcio han tenido lugar en países divorcistas, el divorcio posee alcances vinculares, pudiendo incluso contraerse nuevo matrimonio en nuestro país. Igual solución se acepta para el caso de que el matrimonio hubiera sido celebrado en país no divorcista, pues se trata de un régimen legal ajeno al que debe ser judicialmente resguardado por nuestro país, salvo el caso de ser signatario del Tratado de Montevideo.

c') Si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero y el domicilio de los cónyuges se encuentra en nuestro país, el único divorcio admitido es el de nuestra legislación.

d') En cuanto a los países signatarios del Tratado de Montevideo, conforme al Tratado de 1889 no podrá decretarse el divorcio en país divorcista si el domicilio conyugal se encuentra en país no divorcista. Igualmente, el artículo 11, inciso e) del referido Tratado dispone que los Estados podrán no reconocer la validez del matrimonio celebrado en otro, cuando el anterior no estuviese disuelto legalmente.

Para los países signatarios de los Tratados de Montevideo, si el matrimonio fue celebrado en país que no admite el divorcio vincular el divorcio decretado en otro que lo acepta no disolverá el vínculo.

La tesis uruguaya es contraria a esta solución, admitiendo el divorcio vincular si la causal está contemplada en la legislación divorcista, haciendo referencia a que el divorcio es una institución de orden público.

13. CONSECUENCIAS DE LA DISOLUCION: a) DERECHOS Y DEBERES PERSONALES; b) SOCIEDAD CONYUGAL; c) VOCACION HEREDITARIA; d) NOMBRES; e) ALIMENTOS; f) NUEVAS NUPCIAS; EVOLUCION LEGAL ACERCA DE SUS EFECTOS

Disuelto el vínculo la consecuencia de rigor sería la desaparición de todo efecto vinculado con las anteriores nupcias. Pero la naturaleza jurídica del matrimonio y el orden natural de las cosas impide que desaparezcan por completo las consecuencias de la unión que la ley reputa disuelta.

a) Es así como aunque los derechos y deberes conyugales se extingan el de asistencia puede permanecer por la presencia del

deber alimentario, teniendo al respecto relevancia la situación de cónyuge inocente, pero sin que aun el culpable pierda el derecho cuando se encontrare en situación de extrema necesidad.

b) El régimen patrimonial conyugal cesa, pues resulta incompatible su permanencia con el vínculo matrimonial disuelto. La sociedad conyugal queda disuelta.

c) La vocación hereditaria emerge para el cónyuge supérstite. En caso de divorcio vincular estará vinculada a la conducta asumida (art. 6º ley 17.711), mientras que el nuevo matrimonio del cónyuge del ausente hace cesar tal derecho.

d) La mujer viuda podrá seguir utilizando el apellido de quien fuera su esposo, pero lo pierde si contrae nuevas nupcias (art. 10 ley 18.248).

e) Tienen origen los derechos previsionales en caso de disolución por muerte, como así también nacen derechos tales como el referido a la disposición del cadáver del cónyuge muerto, el cual no es reconocido si medió divorcio vincular.

f) Para la mujer viuda queda establecido el impedimento del plazo de viudez y el cónyuge supérstite, si no medió divorcio vincular, puede accionar en defensa del honor del prefallecido.

g) Sobre otros efectos vinculados al divorcio vincular ver en este Capítulo, nº 11).