

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE: IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 14

SOCIEDAD CONYUGAL



BUENOS AIRES
2009

Santos Cifuentes

Sociedad conyugal. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley,
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
de Buenos Aires, 2009.

160 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1589-6

I. Derecho de Familia. I. Título.

CDD 346.015

Primera edición:

© Facultad de Derecho UBA, 2010
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© Cifuentes, Santos, 2010

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2010
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher.

Tirada: 350 ejemplares.

I.S.B.N.: 978-987-03-1589-6

PUBLICACIONES
DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, Nº 1 (1915) - Segunda época, Nº 1 a 46

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.

- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

Vicepresidente

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Secretarios

*Académico Dr. Santos Cifuentes
Académico Dr. Héctor Alegria*

Tesorero

Académico Dr. Jorge H. Alterini

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegría	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 setiembre 2008
Dr. Emilio Pedro Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María moreno	8 octubre 2009

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain

10 setiembre 2009

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		Fecha
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	27 abril 2006
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	10 agosto 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	26 abril 2007
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 junio 2008
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	11 diciembre 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	23 julio 2009
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Juan Álvarez	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Alberto Hueyo
Dra. Margarita Argúas	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Hilario Largaía
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Ricardo Levene
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Mario Justo López
Dr. Adolfo Bioy	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Francisco Canale	Dr. José N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Díez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Adolfo Orma
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Lino E. Palacio
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Jesús H. Paz
Dr. Guillermo Garbarini Islas	Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Juan Agustín García	Dr. Federico Pinedo
Dr. Juan M. Garro	Dr. Norberto Piñero
Dr. Juan A. González Calderón	Dr. Ángel S. Pizarro

Dr. Luis Podestá Costa
 Dr. Ernesto Quesada
 Dr. Juan P. Ramos
 Dr. Enrique Ramos Mejía
 Dr. Francisco Ramos Mejía
 Dr. Juan Carlos Rébora
 Dr. Roberto Repetto
 Dr. Manuel Río
 Dr. Marco Aurelio Risolía
 Dr. Horacio C. Rivarola
 Dr. Rodolfo Rivarola
 Dr. Ambrosio Romero Carranza
 Dr. José M. Rosa
 Dr. José María Ruda
 Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
 Dr. Alejandro Ruzo
 Dr. Diego L. Saavedra
 Dr. Carlos Saavedra Lamas
 Dr. Antonio Sagarna

Dr. Raymundo M. Salvat
 Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
 Dr. José Manuel Saravia
 Dr. Juan Silva Riestra
 Dr. Sebastián Soler
 Dr. Juan B. Terán
 Dr. José A. Terry
 Dr. David de Tezanos Pinto
 Dr. Gastón Federico Tobal
 Dr. Ernesto J. Ure
 Dr. Enrique Uriburu
 Dr. Antonio Vázquez Vialard
 Dr. Benjamín Victorica
 Dr. Federico N. Videla Escalada
 Dr. Ernesto Weigel Muñoz
 Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
 Dr. Mauricio Yadarola
 Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
 Dr. Clodomiro Zavaglia
 Dr. Estanislao S. Zeballos

ÍNDICE GENERAL

<i>Bienes Mixtos</i>	
Por Omar J. Cancela.....	1
<i>La Comunidad de bienes entre cónyuges en general en el Código Civil Argentino</i>	
Por Santos Cifuentes.....	13
<i>Los boletos de compraventa anteriores al matrimonio y la posterior sociedad conyugal</i>	
Por Manuel O. Cobas.....	17
<i>Donaciones Matrimoniales (Propter nuptias)</i>	
Por Rubén H. Compagnucci de Caso.....	29
<i>La disolución de la Sociedad Conyugal y la protección de la vivienda familiar</i>	
Por Juan Carlos Hariri	37
<i>La necesidad del consentimiento conyugal del Art. 1277 del Código Civil</i>	
Por José Luis Pérez Ríos.....	49
<i>Efectos de la separación de hecho, Pérdida del derecho hereditario. Vigencia de un plenario. Necesidad de una reforma legislativa</i>	
Por Andrés Rivas Molina.....	83
<i>El Derecho a Recompensa</i>	
Por Eduardo A. Sambrizzi.....	103
<i>Responsabilidad solidaria de los padres, por hechos ilícitos de sus hijos menores</i>	
Por Félix A. Trigo Represas	131

BIENES MIXTOS

POR OMAR J. CANCELA

I.- INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 1261 y siguientes del Código Civil, el haber o capital de la sociedad conyugal, que comienza desde el momento mismo de la celebración del matrimonio, se compone de los bienes propios que aporta cada uno de los esposos y de los que en adelante adquiera por donación, herencia o legado, aún en aquéllos casos en que la donación o legado se hacen conjuntamente a los cónyuges, pero con asignación de partes a cada uno de ellos (arts. 1263 a 1265, Cód. Civil).

Con el mismo carácter de bienes propios, se incorporan a la sociedad conyugal los bienes adquiridos por el marido o la mujer por vía del contrato de permuta con un bien propio o con dinero del mismo carácter y, finalmente, "...los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie (de bienes propios) de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación, u otra cualquier causa, pertenecen...a quien correspondía la especie principal (art. 1266, Cód. Civil); el instituto suele denominarse como "subrogación real", dada la sustitución de un bien por otro y en el párrafo transcrito, que, como se verá, tiene mucha importancia en la argumentación de la mayoría en el fallo plenario a analizar más adelante, se aplica el atinado criterio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En sentido concordante, aún cuando la efectiva incorporación de un bien se produzca durante la vigencia de la sociedad conyugal, reviste el carácter de propio, siempre y cuando concurren dos recaudos que, a mi juicio, deben juzgarse como esenciales: 1) la causa o título de la adquisición debe ser anterior a la celebración del matrimonio, vale decir, a la vigencia de la sociedad y 2) que el precio se haya pagado con bienes de uno de los cónyuges. Algunos autores sostienen que este agregado a la fuente de la disposición, el Código de Chile, no constituye un requisito esencial para la aplicación de la norma ni condice con todo el sistema creado por el código para regular la sociedad conyugal. No creo que deba ser así, en tanto se advierta que la disposición forma parte de un conjunto de normas de orden público, (arts. 1217 y sptes.), que no puede ser desconocidos por una convención particular. Por otro lado, al desechar ese recaudo, se excluye de la calificación de ganancialidad a los bienes, generalmente el futuro domicilio del matrimonio, adquiridos por boleto de venta privado antes de las nupcias, pero

escriturado a nombre de uno de los cónyuges luego de ellas y cuyo precio fue pagado por ambos esposos, antes o después del matrimonio y con vista a esas nupcias. De todas maneras, al no ser la cuestión el objeto de este breve estudio, consideramos innecesario extendernos sobre la cuestión.

Por último, el artículo 1272 del mismo código, enumera las distintas situaciones en que uno o ambos cónyuges adquieren bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal, por cualquier título que no fuere donación, herencia o legado, con el carácter de bienes gananciales. El artículo 1271 sienta la presunción de que los bienes existentes en el momento de la disolución le pertenecen como gananciales, salvo que se pruebe que pertenecían a uno de los cónyuges a la fecha de su celebración o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

Como puede advertirse, la complejidad de las relaciones jurídicas que vinculan a los cónyuges a través del régimen de la sociedad conyugal, puede producir situaciones de muy variada naturaleza y alcance y, por consiguiente, de dificultoso análisis y solución para el orden jurídico.

Uno de los casos más frecuentes es el del condominio entre cónyuges, que han adquirido un bien con fondos propios de ambos, situación que guarda analogía con la disposición del artículo 1264, respecto de la donación o legado a los dos esposos, con o sin asignación de partes. En tal caso, podrían crearse situaciones de duda o discrepancia respecto de la posibilidad de dividir dicho condominio, en cualquier momento y fuera de las oportunidades previstas por la ley para la disolución de la sociedad conyugal, como lo propician Fassi-Bossert (Conf. art. 1291, Cód. Civil; "Sociedad Conyugal", t. I, pág. 280, coment. Art. 1266, n° 25; ver fallo en contra, cit. en nota 35, ed. 1977). Dicha facultad, en mi opinión, debería juzgarse de manera muy estricta, dado el carácter de orden público del régimen legal, las formas de composición de su capital, que comprende los bienes propios de los cónyuges, entre los que cabe contar con la titularidad de partes indivisas de bienes inmuebles o muebles y la posibilidad de que la sede matrimonial se encuentre en dicho bien. También muy frecuente es el supuesto de adquisición de bienes con fondos de origen ganancial (frutos del trabajo o profesión), bajo la titularidad de los dos esposos, supuesto en el que, en principio, tampoco cabría discutir la posibilidad de dividir el "condominio", ya que la posible venta debería ser decidida por ambos esposos. En dicha situación de cotitularidad de ambos cónyuges, no parece aplicable la disposición del artículo 1277, in fine, del Código Civil, atinente a la enajenación de bienes gananciales con un único titular registral o de un bien propio, cuando en él se encuentra radicado el hogar conyugal y existen hijos menores o incapaces.

II.- BREVE RESEÑA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Luego de esta más que somera síntesis de la composición del activo de la sociedad conyugal, llegamos al verdadero nudo de la cuestión, vale decir, al supuesto de adquisición de bienes, de manera simultánea o sucesiva, mediante aportes de carácter propio o ganancial. En general, la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado contrarios a la posibilidad de reconocer la existencia de un verdadero condominio entre uno de los esposos y la sociedad conyugal,

propiciando distintas formas de atribución de la propiedad como propia o ganancial (conf. Borda, "Familia", t. I, pág. 225, n° 308 y sus citas; Zannoni, "Derecho de Familia", t. I, pág. 487, n° 335 a 343 y sus citas; Belluscio, nota en L.L., t. 125, pág. 864, con referencia a la reforma del Cód. Civil francés, arts. 1407 y 1408; Belluscio-Zannoni, Código Civil y leyes complementarias..., t. 6, pág. 124, comentario art. 1266, nos. 3 y sgtes., doctrina y fallos allí citados; Guastavino, "La calificación dual de bienes en el matrimonio", en L.L. 123, pág. 1186, n° II, quien deja a salvo ciertas situaciones especiales, sobre las que hemos de volver más adelante, nos. 21 y 22, págs. 1195 y 1196; Posse Saguier, coment. Art. 1266, "Cód. Civil, Anotado", dirigido por los Dres. Llambías y Alterini, t. III-A, n° 3, Solari, nota a fallo en L.L., 2007-B, pág. 785; C.N. Civ., Sala A, en L.L. 124-1134; Sala E, L.L. 122-905, Sala D, en L.L. 74-504, entre otros).

En esta posición, por lo general, la calificación del bien como propio o ganancial se hace depender del origen propio o ganancial de la mayor parte del dinero con que se efectúa la adquisición o, cuando la compra no es simultánea, la primera adquisición, por cualquier título que fuere, compra, donación o sucesión hereditaria, fijará el carácter propio o ganancial de la parte indivisa que correspondiere en el bien, en tanto las posteriores deberán seguir la suerte de la primera, aplicando por vía analógica la disposición del artículo 1266, sobre los aumentos materiales que acrecen el inmueble y sin perjuicio del derecho de recompensa a favor del cónyuge no titular cuando la calificación que corresponda sea la de bien propio.

Frente a ese criterio, la que podríamos denominar como "doctrina notarial" o, al menos, predominantemente notarial, sostiene que no existe ningún impedimento de orden legal o jurídico, para reconocer la posibilidad de admitir la existencia de un verdadero condominio entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal, toda vez que dos de las fuentes que indiscutiblemente tuvo a su alcance el codificador, llegan a soluciones divergentes, sin que aquél haya elegido una u otra solución (conf Cacciari, Caturegli, Pelosi y otros, "Problemática de los llamados bienes mixtos...", en Rev. Del Notariado, nro. 834, pág. 557; Allende, "Concurrencia de aportes propios y gananciales...", en Rev. Del Notariado, nro. 834, pág. 529, id. en Rev. Del Notariado, nro. 708, pág. 1475; Comito, "Los bienes duales..." en Revista de Derecho privado y Comunitario, año 2008-2, pág. 41, "Sociedad conyugal II"; Gattari, "Unicuique suum: bienes propios-gananciales", Rev. Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nro. 753, pág. 265, año 1964; Sambrizzi, "Régimen de bienes en el matrimonio," pág. 137, especialmente apart. b, pág. 138, ed. L.L., año 2007, Herrera, "... Sobre la titularidad conjunta de bienes gananciales", aun cuando se pronuncia de manera incidental pues trata otro tema, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2008-1, Soc. Conyugal I, pág. 71; Guaglianone, "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal", pág. 272, nro. 275).

El artículo 1407 del Código Civil Francés, en materia de subrogación real, llega a una solución aparentemente clara y concreta, de pleno derecho y sin condición ni formalidad alguna, por lo menos en apariencia. Sin embargo, cuando se trata de una permuta entre bienes cuya diferencia de valor es importante o sensible, aparecen las dificultades y la necesidad de efectuar compensaciones

o recompensas, sea a favor del cónyuge que realizó la operación (cuando el bien adquirido es de mucho menor valor que el vendido y el dinero que ingresa es embolsado por la comunidad) o a favor del otro esposo o esposa, cuando se produce la situación contraria.

Según una interpretación que podríamos denominar mayoritaria, formada desde fines del siglo XIX, se propicia que, si la parte del precio pagado con dinero ganancial es mayor que el valor del inmueble propio permutado, el bien adquirido será calificado como ganancial y viceversa, con una recompensa por la diferencia de valores en uno u otro caso. Antes de ello, algunos autores habían previsto la calificación dual o mixta, en tanto otros, cualquiera sea la diferencia de valores, en caso de permuta entre un bien propio y otro bien que ingresa al patrimonio, mantenían la calificación del adquirido como propio (Ripert-Boulanger, *Derecho Civil*, t. IX, "Regímenes matrimoniales", pág. 226, n° 343 a 346 y sus citas). Parecida solución la que el "Code" ha previsto para la adquisición de partes indivisas de un inmueble en que uno de los cónyuges ya fuera copropietario, que no reviste carácter de ganancial, sin perjuicio de la compensación debida a la comunidad, por el aporte efectuado para dicha compra (art. 1408, inc. 1°; Ripert-Boulanger, "Derecho Civil", t. IX, "Regímenes matrimoniales", pág. 232, n° 351 a 353).

El artículo 1729 del Código civil chileno, perfectamente conocido por Vélez (ver notas a los arts. 1264 y 1270, entre otras), establecía justamente la regla inversa, vale decir, la copropiedad entre el cónyuge titular de una parte de una cosa, con carácter propio, y la sociedad conyugal, cuando adquiere otras partes indivisas sobre el mismo bien, con fondos comunes. Para citar otro antecedente en el derecho comparado, vale recordar la disposición del art. 1354 del Código Civil español de 1981, que establece que la adquisición de bienes cuyo precio sea integrado en parte con dinero ganancial y en parte con dinero propio de uno de los cónyuges (en parte "privativo" reza textualmente la disposición), corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción a los aportes efectuados (confr. Lasarte Alvarez, "Principios de Derecho Civil", t. VI, Derecho de Familia, pág. 206, n° 5.7, ed. 3ª., año 2002, donde se esbozan algunas críticas a la solución legal).

Esta doctrina, cuyo calificativo de notarial parece pertenecer a Zannoni (op. cit., pág. 492/3, n° 337), me atrevo a presumir que se ha desarrollado alrededor de algunos precedentes jurisprudenciales y del fallo plenario a examinar más adelante, claramente concernientes a la labor del escribano y a su deber de obtener la inscripción registral de las escrituras públicas traslativas del dominio, cuestiones que motivaron la inquietud de investigar y profundizar el análisis de las distintas situaciones y dudas, esencialmente las referidas a la necesidad de requerir el asentimiento del cónyuge no titular, cuando alguna de las partes indivisas habla sido adquirida con aporte de fondos gananciales. En otros términos, se trataba de aventar toda posibilidad de que los actos jurídicos pudieran ser tachados de nulidad.

La mayor parte de sus adherentes sostienen dos principios que considero esenciales; por un lado, que la formación del activo de la sociedad conyugal, con los bienes propios de cada uno de los esposos (arts. 1243, 1263, 1264, entre algunos otros, Cód. Civil) y los bienes gananciales, enumerados o indicados en los arts. 1271 y 1272, del mismo código, no excluye la posibilidad de que algu-

nos de esos bienes sean recibidos en copropiedad, por los esposos (art. 1264), adquiridos por ellos con dinero propio o, en fin, con dinero propio de alguno de ellos y con bienes o dinero de naturaleza ganancial, como los frutos civiles de de la profesión o el trabajo de uno o ambos. Esa posibilidad no contraviene ninguna norma legal ni puede juzgarse contraria a la moral o buenas costumbres. Antes bien, es muy frecuente que se produzca una verdadera confusión o más bien, unificación entre el "patrimonio propio" de cada uno de los cónyuges (bienes recibidos por donación, herencia o adquiridos antes de las nupcias) con el "patrimonio ganancial" -valga el neologismo-, producto generalmente del trabajo personal de los esposos, para ir adquiriendo bienes duraderos en los años de convivencia, sin aclarar con precisión el origen de los fondos con que se ha efectuado cada compra, de tal manera que en el momento de liquidarse la sociedad conyugal, sea por muerte de alguno de ellos o divorcio, difícilmente alguien pueda siquiera recordar, mucho menos probar, el origen preciso del dinero utilizado para esas adquisiciones.

Por otra parte, coincido con lo expresado por Fassi y Bossert, quienes adhieren a esta doctrina, que el Código Civil no auspicia el condominio, facilita su división, pero no puede decirse que lo repulsa. Ciertamente es que, a veces, cuando los condóminos son muchos -demasiados para el caso-, se producen dificultades que hacen necesaria o conveniente la división porque suelen presentarse muchos conflictos en torno a la administración o explotación de la cosa. Pero cuando se trata de solo dos personas, que hacen vida en común y que, además, ya están regidos por un sistema legal de comunidad de bienes, tan complejo como el de la sociedad conyugal, no me parece que la existencia de algunos bienes en condominio, sea entre ellos o entre uno de ellos y la sociedad conyugal, vaya a producir demasiados inconvenientes, sea en lo concerniente a la administración del bien o a su disposición. Como observan los autores citados, mucho más complicada y frustrante sería la situación si uno de los cónyuges, que aportó el 60% del valor del bien, calificado como propio, lo donara o vendiera sin conocimiento del otro, haciendo ilusoria la compensación por el 40% restante, ya que el remedio del art. 1316 bis del código solo podrá aplicarse cuando existan bienes suficientes (Conf. Fassi-Bossert, "Sociedad Conyugal", t. I, pág. 282, n° 28 y sgtes., ed. 1977).

Guastavino, a quien citan también Fassi y Bossert, pone un ejemplo de inevitable condominio entre un cónyuge y la sociedad conyugal, que demuestra a mi juicio cabalmente, que el instituto del condominio no es inconciliable con el régimen legal vigente para la sociedad conyugal. Padre e hijo compran un inmueble en condominio; el segundo, casado, lo hace con fondos provenientes del ejercicio profesional, es decir, gananciales; al morir su padre lo hereda y, por consiguiente, pasa a ser titular registral de todo el inmueble, sin perjuicio del carácter ganancial de la mitad anteriormente adquirida (conf. Guastavino, nota ya citada, L.L., t. 123, pág. 1196, n° 22; Fassi-Bossert, op. cit., pág. 286, n° 31).

III.- LA DOCTRINA PLENARIA

En julio de 1992 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil fue convocada a decidir, en tribunal plenario, un recurso interpuesto contra la resolución del

Registro de la Propiedad Inmueble, que había exigido el asentimiento del cónyuge del vendedor para la transmisión del dominio de un inmueble en el cual aquél tenía originariamente una parte indivisa propia, y posteriormente adquiere a título oneroso, con fondos gananciales, el resto de las porciones indivisas, razón por la cual dicho registro le exige el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1277 del Código Civil, vale decir, el ya mencionado asentimiento o la venia judicial supletoria que exige la norma legal citada.

La mayoría, de manera impersonal, dio respuesta afirmativa al interrogante, es decir, reconoció el carácter propio de la totalidad del bien, luego de recordar la discordancia existente entre las dos posibles fuentes que tuvo a la vista el codificador, sin pronunciarse por ninguna de ellas.

En tanto el art. 1408 del Código Civil francés descartaba la posible existencia de un condominio entre uno de los esposos y la sociedad conyugal, atribuyendo al inmueble, específicamente en este caso, carácter propio, sin perjuicio del derecho de recompensa a favor de la comunidad, el Código de Chile, en el artículo 1729, estableció la solución contraria, reconociendo la posibilidad de existencia de un verdadero condominio entre el primitivo titular proindiviso y la sociedad conyugal que "pagó" con fondos gananciales las restantes partes indivisas. También recordó que el art. 1956 del Código Civil uruguayo seguía este último criterio.

Para arribar a la solución indicada la mayoría acudió a dos argumentaciones diferentes; por un lado recordó el carácter declarativo de la partición, que establece el art. 3503 del Código Civil en materia sucesoria y que Vélez Sársfield hizo extensivo al condominio en el art. 2695 del mismo código, precisando en el artículo siguiente que tendrá ese mismo efecto cuando por división del condominio o por cualquier acto oneroso la cosa hubiera pasado al dominio exclusivo de uno de los comuneros (art. 2696). Como no podía ser de otra manera, el voto de la mayoría dejó perfectamente a salvo el derecho de recompensa a favor de la sociedad conyugal. En el mismo sentido, agregan los firmantes unos párrafos más adelante que en la cuota de condominio está la potencialidad sobre el todo, reafirmada con la adquisición por el comunero de las restantes partes indivisas, de tal manera que ese carácter declarativo de la partición, cuando se aplica al condominio, viene a tener una suerte de efecto retroactivo, que demuestra que la cuota del comunero constituye la medida de un derecho que se ejerce sobre la totalidad de la cosa. De todo ello se desprende que la adquisición de las restantes partes indivisas no significó un nuevo derecho dominial, sino el acrecentamiento funcional, en su extensión, de un derecho preexistente. Así, con el mismo sentido de potencialidad del derecho de propiedad, recuerdan la posibilidad de uso y goce de toda la cosa por todos o algunos de los condóminos (art. 2684); la posibilidad de defender la coposesión (art. 2489), la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria (art. 2679), entre otros.

Como fundamento, si se quiere subsidiario, recordaron otras normas, formadas en torno a principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, aunque referidos a situaciones fácticas distintas, como el acrecentamiento material previsto en el art. 1266, la consolidación del dominio por extinción del derecho real de usufructo o la redención de servidumbres sobre bienes propios, dejando a salvo el crédito de la sociedad por lo abonado (art. 1272).

El voto de la minoría comienza por recordar la ya analizada diversidad de las fuentes del código y, en esa disyuntiva, ante el silencio de la ley positiva, se inclinan por la solución que sea un "...cabal reflejo de la verdad y que garantice a los cónyuges una real protección de sus respectivos aportes...", lo mismo que a los terceros sobre los bienes que garanticen la posible percepción de sus créditos. Con citas de Guastavino y Guaglianone, las mismas que he recordado con anterioridad, dicen que les parece indiscutible la posibilidad de que, en un mismo bien, se reúnan una determinada parte alícuota como perteneciente a uno de los esposos con calidad de propia y otra con el carácter de bien ganancial, que ello no ofende ni vulnera ningún principio fundamental de nuestra legislación positiva, sea que condensen la totalidad del dominio sobre la cosa o que los esposos concurren con otros condóminos extraños al matrimonio. También argumentan que es la ley la que atribuye la calidad de gananciales o propios de los bienes de los cónyuges y que el régimen patrimonial del matrimonio es de orden público, lo que hace que no pueda ser alterado por una interpretación extensiva de otras instituciones.

Estos principios, a su juicio, hacen preferible admitir la viabilidad de la atribución dual de la propiedad, porque la solución contraria, además de violentar la verdadera naturaleza de las cosas, vulneraría el carácter imperativo del citado régimen patrimonial del matrimonio, dejando de lado una norma fundamental como la del artículo 1272 del Código Civil, que atribuye carácter ganancial a los bienes que los cónyuges adquieran durante el matrimonio.

Impugnan el principal argumento de la mayoría, que recae sobre el efecto declarativo de la partición, cuestión que atañe exclusivamente a los comuneros, cuando han decidido poner fin a la propiedad común, sea en forma privada o judicialmente. Entienden inaplicables al caso tales principios, por hallarse en juego los intereses legítimos de un tercero ajeno al condominio, como es el cónyuge no condómino, sin siquiera darle la mínima oportunidad de ser oído y enterarse de la situación; de esa forma se cambia la naturaleza ganancial del dinero empleado para la compra de las partes indivisas, sin participación alguna de ese tercero, cuyo interés en el problema no puede discutirse.

En el mismo orden de ideas, agregan que el arbitrio del crédito a favor de la sociedad conyugal, por los fondos invertidos, no constituye garantía suficiente de los derechos del no adquirente, frente a la posible insolvencia del titular que tiene la libre disponibilidad del bien, sin contar con el asentimiento de aquél. A ello agregaría, de mi propia cosecha, que toda vez que el crédito o recompensa a favor de la sociedad conyugal recién se hará efectivo al momento de liquidarse la sociedad conyugal, sea por divorcio o fallecimiento, hecho que puede ocurrir varios años después de la segunda adquisición de partes indivisas, o de la venta a un tercero de la totalidad del bien, con la calidad de propio, podría ocurrir que el posible beneficiario de la recompensa no tuviera conocimiento de su derecho, porque nunca lo tuvo de la anterior adquisición de nuevas partes indivisas y, como tampoco se le dio participación en el momento de la venta de la totalidad del inmueble, de la desaparición del bien del patrimonio de su cónyuge; podría creer hallarse en la situación originaria, que su cónyuge vendió solamente partes indivisas que eran de su exclusiva propiedad.

Continúan señalando la injusticia de la solución, que se adopta con independencia de la cuantía de las respectivas inversiones de fondos propios o gananciales (ponen el ejemplo de quien adquiere 10% de un bien con fondos propios y luego el 90% restante con fondos gananciales). Cuestionan, asimismo, la aplicación de ciertas normas legales por analogía, cuando en ninguna de ellas está en juego la titularidad del dominio, sino un aumento material o de valor, que hace aplicable el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; con cita de Guaglianone, recuerdan que no se trata de agregar algo a un bien, como las mejoras, sino de adquirirlo, aun cuando se trate de partes indivisas.

También recuerdan el hecho de que el tema sometido a plenario, compra de partes indivisas de un bien con fondos gananciales, por quien ya era titular de otra porción indivisa de carácter propio, constituye una hipótesis muy particular dentro del problema más general, el de los bienes "duales" o "mixtos". Entienden que otras situaciones análogas, como el empleo simultáneo de fondos propios y gananciales para la adquisición del bien, el empleo sucesivo de fondos, en orden inverso, es decir, cuando se compra primero con fondos gananciales y luego con fondos propios, adquiere las restantes partes indivisas hasta completar al 100% del dominio o algunas de ellas, sin llegar a ese porcentaje, merecen un tratamiento congruente. En este sentido, recuerdan algunos precedentes jurisprudenciales, en que, por distintas razones, ciertas partes indivisas recibieron el tratamiento correspondiente a los bienes gananciales, generalmente cuando la compra no alcanzaba a la totalidad del dominio; en tal caso, cuando se formaliza una primera adquisición con fondos propios, una segunda y también parcial con fondos gananciales, el interrogante que surge se refiere al carácter propio o ganancial de una tercera operación inmobiliaria, con la que se completa la totalidad del dominio en cabeza de uno de los cónyuges. En el penúltimo párrafo de este voto citan dos ejemplos en los que no puede eludirse la calificación dual; cuando la segunda compra se hace con fondos gananciales de administración del cónyuge no propietario (ver cita de Borda) y cuando se aportan fondos propios de un cónyuge para adquirir partes indivisas de un bien originariamente ganancial del otro (cita de Gowland).

El Dr. Gárgano, por su voto, sostiene que no existe prohibición legal respecto de la reunión del carácter propio y ganancial en un mismo bien y que los efectos retroactivos de la partición, respecto de los derechos y obligaciones entre coherederos y condóminos, fundamento principal de la mayoría, no se extienden a la sociedad conyugal, pues la determinación de ese carácter responde a normas legales atinentes a dicha sociedad remitiéndose a la nota del art. 1264 del código, donde se precisan las diferencias entre un bien en condominio y ese mismo bien como perteneciente a la sociedad conyugal. Descarta la aplicación analógica de los acrecentamientos materiales previstos en el art. 1266, de la consolidación del usufructo, pues no es lo mismo adquirir el dominio que recuperar el uso y goce de la cosa y, tampoco, la redención de una servidumbre de un bien propio, pues no puede compararse la compra en propiedad con la valoración que dicho acto produce.

IV.- NUESTRA OPINIÓN

Como atinadamente se observa en el inicio del voto minoritario del fallo, la cuestión que nos ocupa es una de las más polémicas, a pesar de su aparente sencillez, por la circunstancia de que el legislador omitió tratarlo, a pesar de contar con dos antecedentes, de los que estaba en conocimiento y que llegaban a soluciones diversas.

Así las cosas, pareciera que la única forma de dirimir el conflicto es elegir entre una u otra de las soluciones, claro que la decisión no debería ser arbitraria, sino debidamente motivada y fundamentada. Para ello, entiendo que debe partirse de un análisis cuidadoso de las distintas situaciones que se presentan al tratar de los bienes mixtos o "duales". No cabe duda que el fundamento mayoritario de la doctrina plenaria tiene, en mi opinión, un sólido basamento, en las disposiciones de los arts. 3503, 2695 y 2696, del Código Civil, en el efecto declarativo de la partición y su consiguiente aplicación retroactiva. Al mismo tiempo, no puedo desconocer que dicha solidez para el caso en debate, exclusivamente ceñido al del cónyuge que detenta el dominio de una porción indivisa de un inmueble y compra las restantes con fondos gananciales de su administración, se diluye bastante cuando nos enfrentamos a otras situaciones parecidas, como el empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, para la compra del 100% de una propiedad o la compra del 90% de un inmueble con fondos comunes, cuando uno de los cónyuges tenía con carácter de propio el 10% restante. El caso inverso parece provocar menos escozor, ya que la situación encuadra perfectamente en la doctrina plenaria del empleo sucesivo de fondos propios y gananciales. Lo mismo parece suceder con el empleo sucesivo de dinero ganancial y propio, para adquirir distintas partes indivisas que alcancen al dominio de todo el inmueble.

En otro sentido, es decir, si tratamos de bucear en la posibilidad de obtener una respuesta congruente con la multiplicidad de situaciones que la realidad puede presentarnos, solo podremos hipotéticamente lograr nuestro objetivo acudiendo a un elemento esencial en la interpretación del derecho, cuando los otros elementos o materiales a que echemos mano no nos proporcionen un resultado satisfactorio. Se trata del resultado de la interpretación. Ante la perplejidad que provoca una norma susceptible de ser interpretada de distintas maneras y con diversos alcances, deberíamos optar por darle el significado que mejor convenga al fin buscado, que no puede ser otro que la solución equitativa y justa del conflicto (Conf. Llambías, "Tratado...", "Parte General", t. I, pág. 118; n° 128, ed. 3ª, año 1967; para un análisis más exhaustivo de las escuelas y elementos en la interpretación, Recasens Siches, "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", ed. 1956, Méjico). Por esa vía, en mi opinión, lo que llamaríamos doctrina monista, al prescindir de los elementos que en la realidad coadyuvaban en la adquisición de las distintas partes de la propiedad, fondos propios y gananciales, no conduce a esa solución equitativa y justa y, lo que todavía es peor, según creo, es que tampoco conduce a simplificar y facilitar la administración del activo de la sociedad conyugal, como suele sostenerse como fundamento de esta solución.

Para arribar a tal conclusión, parto del reconocimiento casi unánime de que no existen mayores inconvenientes ni se vulnera ningún principio o norma jurí-

dica fundamental, al reconocer la posibilidad de la existencia de un condominio entre uno de los esposos y la sociedad conyugal, como tampoco lo existe en el condominio de los dos esposos. Tampoco se vulnera ningún principio o norma con la doctrina "monista".

El segundo "pilar" o basamento de mi opinión, recae sobre la índole o naturaleza jurídica de esta institución, la sociedad conyugal, de acuerdo con lo que pudo haber querido Vélez Sársfield (véase la nota que preside el L. II, Sec. III, título II, "de la sociedad conyugal", especialmente cuanto habla de la "sociedad de intereses", la "gerencia del esposo", y que la mujer, según dice, "está asociada en las ganancias"), o, mejor aún, en el actual sistema de "cogestionamiento" o, con más precisión, de gerencia separada de los esposos respecto de los bienes que están bajo su administración. Obsérvese que prácticamente toda la evolución del régimen de la sociedad conyugal, se dirigió, precisamente, a dicha equiparación del hombre y la mujer, a que la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal, inicialmente a cargo del esposo, se encuentre actualmente a cargo de ambos, con carácter igualitario.

Para Fassi y Bossert, Guastavino y otros, la sociedad conyugal, pertenece al género sociedad, sin ser, obviamente, una sociedad civil o comercial, pues tanto en lo que hace a su gestión como a la disposición de sus bienes, tiene características particulares (op. cit. N° 83, pág. 84). Para Zannoni, tras la reforma de la ley 17.711, constituye un régimen de "comunidad" de administración separada o "bicéfala" (op. cit., t. I, pág. 407 y sgtes., n° 279, Lasarte Alvarez en el derecho español califica el régimen de comunidad como "sociedad de ganancias", régimen matrimonial primario, dentro de la libertad relativa que tienen los cónyuges para efectuar capitulaciones matrimoniales, op. cit., págs. 154 y sgtes.). Borda, por su parte, luego de un repaso bastante detallado acerca de la doctrina nacional y extranjera sobre la cuestión, afirma que el régimen patrimonial del matrimonio constituye una copropiedad particular, "sui generis", de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar y cuya administración ha sido atribuido por la ley a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes ("Tratado...", Familia, t. I, pág. 215, n° 298 y sus citas, ed. 3ª, año 1962). Para concluir con esta breve reseña, ya que el tema excede el propósito de estas líneas, también cabe recordar otras doctrinas, como las del patrimonio de afectación o del estatuto legal forzoso (Conf. Posse Saguier, en Llambías-Alterini, "Cód. Civil Anotado...", t. III-A, pág. 255, coment. art. 1262; asimismo, fallos que cita en el comentario al art. 1261, que califican a la sociedad conyugal como un sujeto de derechos).

Como puede advertirse, la personalidad jurídica de la sociedad conyugal está rondando prácticamente todas las explicaciones antes referidas acerca de la naturaleza jurídica de esta peculiar forma de comunidad patrimonial originada por la sola circunstancia de contraer matrimonio. En otros términos, es o parece ser una entidad distinta de sus componentes que, conforme a la ley, tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, denominadas éstas últimas como "cargas de la sociedad" (art. 1275, C.Civ.; sobre esta cuestión, conf. Llambías-Alterini, op. cit., coment. art. 1275 y su vigencia luego de la sanción de las leyes 11357, arts. 5° y 6° y 17.711). A ello se agrega, y no es poca cosa, la remisión del

código a las normas del contrato de sociedad civil, en cuanto ellas no se opongan a lo expresamente determinado en el título referido a la sociedad conyugal (art. 1262). Debe recordarse que el mismo código, entre las personas jurídicas o de "existencia ideal" (art. 32), califica como una de las personas privadas a las sociedades civiles o comerciales que conforme a la ley tengan aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, aun cuando no requieran autorización del Estado para funcionar (art. 33, 2ª. Parte, inc. 2º).

No me parece que pueda discutirse el carácter limitado de esta personalidad jurídica de la sociedad conyugal, dirigido al cumplimiento de los fines de la institución matrimonial, es decir, al mantenimiento del hogar y del núcleo familiar, aun de aquéllos parientes no convivientes pero que puedan invocar derecho alimentario respecto de alguno o ambos cónyuges (arts. 367 y sgtes., Cód. Civil). En sentido concordante con tan aventurada afirmación, cabe señalar que esa misma "personalidad limitada" ha sido reconocida respecto de otras entidades, como el consorcio de propietarios, a pesar de que no se lo incluye en la enumeración de las personas jurídicas que menciona el ya citado art. 33 ni en la ley de propiedad horizontal se reconoce expresamente esa aptitud. Sin embargo, la necesidad de percibir las expensas destinadas al mantenimiento de las partes de interés común, la sanción de un reglamento de copropiedad y administración y consiguiente existencia de un mandatario de los copropietarios, la realización de asambleas y la toma de decisiones para resolver los asuntos de interés común (ver arts. 7 y sgtes., ley 13.512), hicieron inevitable, en mi opinión, el reconocimiento de la personalidad jurídica, bien que limitada "a los fines de su institución", por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado del tema.

Si definimos a la sociedad conyugal como un sujeto de derechos distinto de los dos miembros que lo componen, entiendo que no existe ningún inconveniente en atribuirle la facultad de adquirir bienes en condominio con uno de sus componentes o con terceros. En este último caso, el condominio podría formarse con uno o ambos esposos, aún cuando la adquisición de sus partes indivisas fuera solventada con fondos gananciales exclusivamente.

Si esta conclusión u opinión la evaluamos considerando la posibilidad de que nos lleve a una solución más valiosa o preferible que la obtenida con la que denominamos como teoría o doctrina "monista", que atribuye la propiedad de esta clase de bienes, íntegramente a la sociedad conyugal o a uno de los esposos, sin perjuicio del derecho a recompensas al liquidarse la sociedad (art. 1316 bis., Cód. Civil), entendemos que la respuesta no puede ser sino afirmativa. Además, siempre parece conveniente que las soluciones jurídicas sean congruentes con la realidad de las cosas; si un inmueble es en parte un bien propio de uno de los esposos y, en otra parte ganancial, sea que llegue o no al 100% del mismo, es bueno que el orden jurídico reconozca esa realidad.

Cuando algunos autores hacen breves referencias a la conveniencia de "unificar" el dominio de estos bienes mixtos, para facilitar su gestión o administración, no advierten que, durante la convivencia del matrimonio, que es cuando se adquieren estos bienes, generalmente no existen problemas sobre la administración o disposición del bien; cuando dicha convivencia es más o menos armónica, también lo es la gestión de los bienes comunes.

El problema se plantea cuando se rompe la convivencia, cuando debido a sus diferencias dejan de relacionarse armónicamente y se separan. En ese caso, no tengo duda alguna que es mucho más práctico dividir un condominio, sobre todo cuando los condóminos son pocos, generalmente por medio del sencillo procedimiento de la venta particular y sin necesidad de intervención judicial ni, menos aún, de hacer complejas compensaciones. El sistema que he denominado "monista", prevé la fijación de recompensas, sea a favor de los cónyuges, de uno de ellos o de la sociedad conyugal, cuestiones que deben ventilarse cuando los esposos ya no viven juntos o uno de ellos ha fallecido y el otro debe litigar con los restantes herederos. La determinación de esas recompensas, que deben ser precedidas por la estimación o peritación acerca de los valores de los inmuebles, siempre variables, para establecer por último su cuantía en moneda, mediante un "reajuste equitativo", casi siempre deberá definirse con intervención de la justicia y, en definitiva, no dejará satisfecha a ninguna de las partes en el proceso (art. 1316 bis, Cód. Civil). En pocas palabras, se simplifican las cosas cuando no hace falta y se las complica innecesariamente cuando el enfrentamiento entre los interesados exige lo contrario.

Por otra parte, siempre es posible que cuando llegue el momento de establecer dicha recompensa, por los aportes efectuados dinero o bienes de carácter ganancial, el titular del dominio del inmueble calificado como propio lo haya vendido, sin que la otra parte haya tomado conocimiento de ello y, lo que es peor, que no existan otros bienes o dinero para hacer efectivos los derechos reconocidos en la ley, pero frustrados en la realidad. Por estas razones, consideramos que salvo situaciones excepcionales, es preferible reconocer dicha realidad y admitir jurídicamente la validez de la existencia de un condominio entre uno de los esposos y la sociedad conyugal.

LA COMUNIDAD DE BIENES ENTRE CÓNYUGES EN GENERAL EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR SANTOS CIFUENTES

DIVERSIDAD DE SISTEMAS SOBRE LAS RELACIONES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

De los diversos regímenes patrimoniales del matrimonio, o conjunto de reglas jurídicas de naturaleza patrimonial que se produce una vez celebrado el matrimonio, nuestro Código Civil, en el Lib. 2º, Sec. 3ª, Tit. 2º a partir de los arts. 1271 y sus concordantes organizó un régimen de *comunidad*, que con las modificaciones introducidas por las leyes 11.357 y 17.711 determinó la existencia de dos masas patrimoniales de gestión. En estas masas patrimoniales deben distinguirse a la vez la existencia de bienes propios y gananciales.

Hay distintos sistemas, y en tal sentido se pueden señalar: el de *absorción por el marido de la personalidad económica de la mujer*, en el cual se produce esa absorción pues el marido adquiere la propiedad de todo el patrimonio, y ella nada obtiene sino no es por herencia a la muerte de aquél; el de *unidad de bienes* en que también pasan los bienes al marido pero la situación es relativa pues a la disolución del matrimonio debe restituir a la mujer o a sus herederos su valor, luego si bien la mujer pierde el dominio accede a un derecho de crédito que se hace efectivo a la disolución matrimonial, aunque sin que pueda pretenderse nada sobre los frutos o en las ganancias; también el de *unión de bienes* en donde se transfiere al marido la administración y el usufructo, pero la mujer conserva la nuda propiedad, por lo que a la disolución la mujer y sus herederos reciben los bienes aportados, los que no responden por las deudas del marido, pero los frutos devengados durante el matrimonio benefician exclusivamente a éste.

Por otro lado los sistemas *de comunidad* en los que se forma una masa común que en la disolución se divide entre los cónyuges y herederos en la que no se proyecta un condominio. Ahora bien este sistema puede ser de *comunidad universal* que abarca todos los bienes presentes y futuros de cada cónyuge, aunque en algunos países (Brasil, Holanda, Portugal) se excluyen de esa masa los donados o legados en casos en que el donador o testador así lo hubiera dispuesto; o *restringida* que comprende solo una parte de los bienes, como de *comunidad de muebles cualquiera fuere su origen, y de ganancias producidos después del matrimonio*; los de *administración marital*, los de *administración separada* o los de *administración conjunta*.

Los regímenes "de separación", en los que no tienen los cónyuges ninguna expectativa sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno, dado que los intereses económicos siguen siendo independientes a pesar del matrimonio. Cada uno administra, goza y dispone libremente de su patrimonio, aunque siempre subsisten las cargas del hogar y las de subsistencia mutua y de los hijos. Los llamados "de participación", porque si bien durante el matrimonio hay separación de los bienes adquiridos o ganados, al tiempo de la disolución se otorga una participación entre los cónyuges y aparece un crédito de uno contra el otro para igualar sus patrimonios y aumentos que se operaron durante el régimen. Dentro de estos regímenes algunos países establecen la "dote" que permite al marido administrar ciertos bienes que aporta la mujer en propiedad o en usufructo para contribuir con las cargas del hogar, sin perjuicio de los "parafernales" que administra y dispone ella o también de "bienes reservados" que traspasa en general al marido la propiedad o administración cuya gestión le corresponde, pero se aparten determinados objetos de uso personal, de ganancias por su trabajo o una porción de patrimonio sobre los cuales se reserva ilimitadas facultades de goce y administración y algunas pocas de disposición.

ANTECEDENTE ROMANO DE LA INSTITUCIÓN

Por regla general se producía una absorción por parte del marido de los bienes de la esposa, pero si aquél estaba sometido a la patria potestad de otro la absorción era de este último de modo tal que no existiera más que un solo patrimonio. Se distinguía si la *uxor in manu* había sido *filia* y por lo tanto *alieni iuris* su situación de incapacidad patrimonial se mantenía, pero variaba hacia el marido, ahora bien para el caso de que el marido fuere *alieni iuris* quedaba en el *pater* del que dependiere. Si la *uxor in manu* había sido *sui iuris*, perdía su capacidad patrimonial y su patrimonio en manos del marido y si este fuera *alieni iuris* era para el *pater* de que dependiera.

En el caso de que los cónyuges no estuvieran bajo la *uxor in manu* cada uno de ellos continuaba manteniendo la situación patrimonial que le correspondía con anterioridad al matrimonio. Sin embargo era usual que el marido mantuviera a su mujer en lo que necesitare y que ella confiara al marido la administración, que eran los bienes *parafernales*.

En cuanto a la dote generalmente pasaba en propiedad al marido, aunque en un tiempo posterior se prohibió al marido enajenar los inmuebles sin consentimiento de la mujer. Ya para el tiempo de Justiniano, el marido solamente detentaba el usufructo, pero no la propiedad y muerta ella los bienes pasaban a los hijos.

ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN ARGENTINO

Una vez producidas las reformas de las leyes 11.357 y 17.711, la comunidad que estatuye nuestro orden jurídico se restringe a las "ganancias y adquisiciones", aunque tratándose de muebles y cosas fungibles el art. 1271 establece la presunción favorable a la existencia de la comunidad, lo que sólo queda sin efecto si se prueba el carácter propio de algún bien y únicamente respecto de tal bien. Pero

la posibilidad en cuanto a los medios probatorios tiene carácter amplio. Ello sin perjuicio de las excepciones que surgen por el divorcio ya decretado, el juicio de mala administración del marido o su concurso civil o bien la ausencia del mismo con presunción de fallecimiento del art. 26 de la ley 14.394. El divorcio opera esa disolución de la comunidad sin atender a las culpas de los cónyuges, y con efecto retroactivo al tiempo de la notificación de la demanda, y la mala administración y concurso siempre que esa situación produzca peligro de pérdida de los gananciales y cuando mediara abandono de hecho de uno de los cónyuges.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Al respecto ha sido variada la respuesta de los juristas. Es de toda evidencia que el Codificador asimiló la sociedad conyugal con una especie de las sociedades pero como régimen único e inmutable. Tanto es así que el art. 1262 se remite a las reglas del contrato de sociedad mientras ellas no se opongan a las específicas del título de la sociedad conyugal. Pero por supuesto no hay uniformidad de opiniones sobre esta materia. En la obra señera de Fassi-Bossert ("Sociedad Conyugal", t. I), se considera que la sociedad conyugal es una más dentro de las sociedades en general, pero que tiene aspectos *sui generis*, por cuanto a diferencia de tal figura no constituye propiamente un ente subjetivo o persona jurídica enmarcada en los derechos que consagra el art. 30 del Código Civil y la conyugal no podría ser como las otras una entidad distinta de los socios que la componen. Esta postura se acerca a la de Belluscio que apoya la idea de que se trata de una sociedad civil particular no dotada de personería jurídica. Otros juristas la han tratado como un condominio y así también como un patrimonio de afectación, o bien como una comunidad que queda diferida al momento de la disolución y liquidación de los bienes que la componen.

Sin embargo, existe un discutible fallo del tribunal de San Luis que sostuvo que la sociedad conyugal era un sujeto de derecho (La Ley t. 136-p. 153), con las siguientes palabras: "Es sabido, porque así lo ha consagrado definitivamente la doctrina y la jurisprudencia actual sobre la materia, que la sociedad conyugal es un sujeto de derecho independiente de las personas que la componen, con capacidad y con una masa patrimonial equivalente al capital societario, para desenvolver su vida económica". Pero tras esa afirmación tan concluyente no se concreta por el integrante del tribunal dicha doctrina dando explicaciones de su postulación. Por cierto, su anotador (Dr. Juan Carlos Smith) no la comparte, sosteniendo que no solo es una tesis generalmente no consagrada por la doctrina argentina, sino que es errónea. Luego de señalar el error metódico del Código en tanto incorporó en el sistema general de los contratos a la sociedad conyugal y declaró que se le aplicaban supletoriamente las reglas del contrato de sociedad (art. 1262), cuando a diferencia de la conyugal ésta tiene un régimen que es imperativo y legal, en el cual la voluntad de los participantes queda reducida a mínimas posibilidades y las condiciones jurídicas en que asienta el contrato de sociedad están ausentes en su mayor parte.

Pero es casi unánime la doctrina y la jurisprudencia que diferencian claramente ambas entidades. En un fallo de la CNCivil Sala "C" se estableció precisamente que la sociedad conyugal no es una persona jurídica que pueda

ser propietaria de bienes. Los propietarios son uno y otro de los cónyuges, bien que esa propiedad sea resoluble, a favor de la masa indivisa que se constituye al disolverse la sociedad ("El Derecho" t. 72, p. 605). En efecto el art. 1219 del código civil, a diferencia de lo que reglan las leyes de Chile, Uruguay y Paraguay, entre otras, mantiene inmutable el carácter de la sociedad conyugal, inmutabilidad que rige tanto para la preexistencia de un contrato matrimonial como a su inexistencia. Por tanto durante su vigencia no se puede modificar la sociedad legal y tampoco el contrato que se hubiera hecho antes de la celebración del matrimonio. Es decir que en este caso entre el otorgamiento del contrato y la celebración del matrimonio es válida toda modificación, después ya no y como se ha dicho queda inmutable.

La tesis del *condominio*, patrocinada por Borda que se inspiró en Segovia y seguida por algún fallo judicial, tiene naturalmente que atemperar su afirmación explicando que se trataría de un condominio que se asienta sobre bases legales que no coinciden sobre las del derecho real reglado en los arts. 2673 y siguientes del código. Es así como termina aceptando que es una copropiedad peculiar, de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por la ley a uno u otro cónyuge según el origen de sus bienes. Pero es de aclarar que la posición que se señala sobre la naturaleza no se inmiscuye en la posibilidad o no de que los propios cónyuges creen un condominio en la adquisición de bienes.

Por mi parte coincido con la opinión de Belluscio, quien en un trabajo de mucha enjundia, repasando los diversos sistemas contemplados por la doctrina francesa, alemana, española, italiana, chilena y uruguaya, termina sosteniendo que la sociedad conyugal de carácter particular, tal como fue la orientación de Vélez Sársfield por la denominación, ubicación dentro del cuadro de los contratos y la subsidiariedad de aplicación de las normas de la sociedad común. Pero es una sociedad a cuya formación se ven forzados los cónyuges al contraer matrimonio y cuyo régimen de orden público no puede ser alterado por la voluntad concurrente de sus integrantes, los esposos (puede verse sobre este tema su "Manual de Derecho Civil", t. II, n° 321 y su jugosa nota a raíz del ya comentado y criticado fallo del tribunal de San Luis, "J.A." 19760, t. 5, p. 866).

LOS BOLETOS DE COMPRAVENTA ANTERIORES AL MATRIMONIO Y LA POSTERIOR SOCIEDAD CONYUGAL

POR MANUEL O. COBAS

I. INTRODUCCIÓN

La conformación de la sociedad conyugal ha generado desde antiguo algunos problemas, que aun hoy, presentan aristas para la interpretación y la controversia jurídica.

Uno de ellos, resulta de la división de los bienes que integran la sociedad conyugal en "propios" y "gananciales" y de la adquisición de bienes inmuebles antes de la celebración del matrimonio del adquirente, mediante el instrumento privado o público conocido o denominado habitualmente como "boleto de compraventa", que se escritura luego del mismo y por consiguiente dicho acto notarial es posterior a la formación de la sociedad conyugal, habiéndose pagado el precio antes de dicho acto matrimonial, total o parcialmente con fondos del comprador, o luego de celebrado el matrimonio y vigente ya la sociedad conyugal, con fondos de igual origen o de carácter ganancial.

El carácter de propio o ganancial del inmueble así adquirido, y la interpretación del Art. 1267 del Código Civil, que es la norma aplicable, ha dividido a la doctrina con distintos argumentos y sosteniéndose diferentes opiniones sobre el particular.

La norma antes citada dispone, que la cosa adquirida durante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque fuese a título oneroso, mediando causa o título anterior a la misma, y pagada con bienes de uno de los cónyuges, será propia del cónyuge adquirente y no un bien ganancial.

Consecuencia de dicha norma son a su vez, las reglas contenidas en los arts. 1268 a 1270 del Código Civil.

El planteo del tema y su resolución, lleva al análisis de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa; un aspecto del régimen de los bienes en materia de sociedad conyugal y las consecuencias jurídicas de una adquisición que antecede a la vigencia de dicha sociedad, cumpliéndose el requisito de formalidad que tiene la compraventa de inmuebles, por imperio del Art. 1184 del Código Civil inciso primero, durante la existencia del ulterior matrimonio del adquirente y

por ende en plena vigencia de la sociedad conyugal y por ultimo a la naturaleza de los fondos con los que se abonó el precio.

Parece claro, que sin perjuicio de otras consecuencias, la asignación del carácter propio o ganancial de un bien, repercutirá de manera crucial sobre la liquidación de la sociedad conyugal, no teniendo por ejemplo uno de los cónyuges, derecho sobre los bienes propios del otro, pudiendo además cada esposo, disponer de tal tipo de bienes libremente, salvo excepcionalmente, cuando se trate del inmueble donde se asienta el hogar conyugal y existan hijos menores o incapaces, tal como prevé el Art. 1277 del Código Civil.

Es decir que la controversia sobre el alcance e interpretación del Art. 1267, no solo tiene interés jurídico, sino también práctico.

II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL BOLETO DE COMPRAVENTA

La compraventa de inmuebles, -que es el supuesto que interesa aquí-, tiene un régimen especial de formalidad, como resulta del Art. 1184 del Código Civil.

Esta norma, exige para la que se produzcan los efectos propios de la compraventa, de inmuebles, el otorgamiento de una escritura pública, y la omisión de tal formalidad no apareja la nulidad del acto, según resulta del mecanismo previsto por el Art. 1185, sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 577, 2505 y concordantes del mismo cuerpo legal, en relación a la tradición de la cosa y a los efectos con relación a terceros.

Se trata pues, el de la compraventa de inmuebles, de un supuesto de formalidad relativa, dado que la misma no es un recaudo de validez de tal compraventa, sino como se dijo antes, está relacionada con la producción de sus efectos plenos, siguiendo la línea de los arts. 944, 1137, 1323 y concordantes.

Las obligaciones de dar, originarias del contrato antes mencionado, mutan en este caso a una obligación de hacer escritura pública, tal como lo ordena el Art. 1185 del Código Civil. (1)

Se trata para buena parte de la doctrina, de un supuesto de conversión del acto jurídico.

El carácter relativo de la formalidad exigida por el Art. 1184 inc. 1º, resulta entre otros argumentos de lo resuelto en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, recaído en los autos "Cazes de Francino, Amalia c/Rodríguez Conde Manuel" (2) y la eliminación del apercibimiento de nulidad que contenía el Art. 1184 del Código Civil en su versión original, conforme la reforma de la ley 17711 del año 1968.

(1) CLaboralyPaz. Corrientes. Domínguez, Celestino c/Maidana, Marcelino y otros. Septiembre 7 de 1999. LLLitoral 1999 Pág. 591. "Las disposiciones de los arts. 1184, 1185 y 1187 del Código Civil no impiden considerar al boleto de compraventa como un contrato en firme, serio, definitivo y perfecto en si mismo, siendo la escritura pública un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio, con independencia de la compraventa en sí."

(2) CamNacCivil en Pleno. LL tomo 64 Pág. 476.

El contrato de compraventa de inmuebles queda concluido pues con el consentimiento de las partes y la concurrencia de los restantes elementos del contrato, como el inmueble determinado, el precio también determinado o determinable y la causa, aunque falte el requisito de formalidad que es la escritura pública, estando habilitado el juez, por el Art. 512 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación para otorgar la respectiva escritura pública traslativa del dominio, a requerimiento generalmente del comprador cumplidor. Además configuran antecedentes de lo expuesto, los votos del Dr. Alfredo Colmo, en las causas "Fesia c/del Valle" y "Byrne c/Pose". (3)

No se trata pues el del boleto de compraventa de inmuebles de un supuesto de precontrato o antecontrato, como se hubo sostenido, (4) sino de la instrumentación de un contrato de compraventa de inmuebles sin la formalidad requerida, (5) que por imperio de la ley no deviene en nulidad, sino en la conversión del acto jurídico, como se sostiene por una amplia doctrina y jurisprudencia, incluido el fallo plenario antes citado, permitiendo en caso de renuencia del vendedor, que el juez otorgue la respectiva escritura pública traslativa del dominio del inmueble en cuestión, sin que incida en este planteo, la vigencia ulterior de la sociedad conyugal del adquirente.

Empero, tampoco el boleto de compraventa en su faz instrumental, es el título de la adquisición, que lo será el contrato de compraventa que documenta, o a todo evento cumplirá este rol la escritura pública que exige la ley, (6) pero sí, puede decirse que el boleto de compraventa de un inmueble, sirve de prueba de dicho contrato, conforme las prescripciones del Art. 1190 del Código Civil, y el contrato, así concluido e instrumentado aparecerá entonces, como la causa de la adquisición del inmueble, aunque no produzca los efectos propios del acto; (7)

(3) JA. Tomo 9 Pág. 391.

(4) GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A., *Contratos Civiles y Comerciales*. Ed. Universidad. 2ª Edición. Buenos Aires 1998 tomo II Pág. 72.

(5) CamNacCivil Sala C. J., M. L. c/ B. de J., S.M. y otro. Mayo 12 de 1961. LL tomo 106 Pág. 42. "Dado el carácter consensual del contrato de compraventa, queda concluido desde que las partes manifestaron recíprocamente su consentimiento. La firma de la escritura pública impuesta imperativamente por la ley, es solo un requisito de forma vinculado con la prueba de la convención". Con nota de Hernán Racciatti, "Momento de la perfección del contrato de compraventa de bienes inmuebles celebrado por instrumento particular".

(6) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*. Ob. cit. Con cita de Jorge A. Mazzinghi, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, quienes sostienen que "por título debe entenderse el acto que produce la incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente, o sea, la escritura traslativa de dominio, complementada por la inscripción registral y la tradición."

(7) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. 4ª Edición Ed. Astrea. Buenos Aires, 2002. Tomo I. Pág. 522. "En general se entiende por título, —título suficiente— para la adquisición del dominio, el acto jurídico revestido de las condiciones de fondo y de forma exigidas por la ley, que resulta apto o idóneo para servir de fundamento o base a la transmisión del dominio. Desde este punto de vista, en materia de inmuebles el título de adquisición es el contrato, que deberá instrumentarse mediante escritura pública (Art. 1184 inc.1º Código Civil) salvo que se trate de adquisiciones en subasta judicial." GUAGLIANONE, Aquiles H. *El bien que se califica como propio por ser la causa de su ad-*

y la norma del Art. 1267 en análisis, se refiere en su texto tanto al título, como a la causa de la adquisición. (8)

Por otra parte, no parece necesario para la aplicación del Art. 1267, que el boleto de compraventa de inmuebles, cuente con fecha cierta, sin perjuicio de su conveniencia. A mayor abundamiento, cabe señalar que se agregó al texto del Art. 1736 del Código de Chile esta exigencia. (9)

III.- ASPECTO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Son conocidas las críticas que la doctrina ha hecho en cuanto al tratamiento metodológico de la sociedad conyugal en el Código Civil redactado por Vélez y a su referencia a la sociedad civil, (10) en cuanto al régimen patrimonial de la sociedad conyugal, que en realidad parece más bien dirigirse a los derechos de los cónyuges, sobre un conjunto de bienes, cosas y derechos, considerados de propiedad común, más que a una sociedad. (11)

El de la sociedad conyugal se trata entonces de un régimen legal de carácter imperativo, (12) donde la voluntad de los contrayentes matrimoniales es marginal,

quisición anterior al matrimonio. JA. Sec. Doctrina 1974 Pág. 29. "Se entiende que "la causa o título de adquisición" es la obligación que ha generado el deber de transmitir, incluso en la hipótesis de dación en pago."

(8) CamNacCivil Sala C. D., B. S. c/ M., E. Mayo 15 de 2008. LL 2008 C Pág. 681. A efectos de la aplicación del Art. 1267 del Código Civil, basta con que la causa de la adquisición del bien sea anterior a la celebración del matrimonio, aunque no surja un título suficiente para la transmisión, resultando de aplicación al caso de los boletos de compraventa o promesas de venta, que si bien no son aptos para la transmisión de dominio, dan derecho a exigir la obligación de otorgar escritura pública."

(9) Código de Chile Art. 1736 inc. 7º (con la modificación ordenada por el Art. 1 N° 69 letra a) de la ley 18802 del 9 de junio de 1989. "también pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiriera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiera prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el art.1703".

(10) SAMBRIZZI, Eduardo A. *Régimen de bienes en el matrimonio.* Ob.cit. Pág. 114.

(11) SMITH, Juan Carlos. *¿Es la sociedad conyugal un sujeto de derecho?* LL tomo 136 Pág. 148, con citas de Reborá, J.C. *Instituciones del Derecho de Familia* tomo III Pág. 93 y sig.; BIDAÚ, *Régimen del matrimonio*; y RAMELLA y HALPERIN, *Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal*, en Revista Crítica de Jurisprudencia, Tomo II. "Sociedad conyugal, es la denominación, por cierto impropia, de un régimen de derechos y obligaciones concurrentes de los cónyuges respecto de un conjunto de bienes considerados de propiedad común."

(12) CamNacCivil Sala A M., J.C. c/ B. de M., E.N. Mayo 3 de 1985. LL 1985 D Pág. 192. "Es revisable y replanteable la calificación dada a los bienes por los cónyuges, pues su carácter de propios o de gananciales no proviene de lo que ellos hayan acordado sino de las disposiciones de la ley que establece el régimen de la sociedad conyugal y determina su carácter, por lo que no puede derogarse por la voluntad coincidente o separada de los cónyuges". C1ª CC Bahía Blanca Sala 1ª O. de M., M.C. en M., J. A. c/ G., M.C. y otro. Diciembre 1º de 1998. LL 1989 Pág. 141. La sociedad conyugal no es un sujeto de derecho diferenciado de los esposos, porque resulta imposible un condominio entre cualquiera de ellos y la sociedad. Es un régimen de bienes reglamentado por ley, en función de intereses estables, con vista a sus integrantes y los terceros".

en el sentido de que por el carácter de las normas a las que me refiero, el régimen en cuestión no la admite, siendo forzoso e inmodificable, (13) régimen que conforme el Art. 1261 del Código Civil principia con la celebración del matrimonio, ni antes ni después de dicho momento, excluyendo la voluntad de los esposos.

Los bienes que componen el acervo de la sociedad conyugal, conforme el régimen de los Arts. 1263 a 1274 del Código Civil, pueden ser propios o gananciales. (14) Dicha calificación legal también es de carácter imperativo o de orden público, (15) sin perjuicio de la existencia en los hechos de casos dudosos.

Así, son en principio, bienes propios de cada cónyuge, aquellos de los cuales era propietario cada uno de ellos al celebrarse el matrimonio, y son gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no fuere herencia, donación o legado, conforme lo prescribe el Art. 1272 del Código Civil.

Pertenecen a la sociedad conyugal como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los esposos cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió el cónyuge después por herencia, legado o donación, conforme la presunción que resulta del Art. 1271. (16)

Sin más ánimo, que el de establecer algunos rasgos del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, en la medida que importe para el tratamiento de la cuestión que me ocupa, señalaré que conforme la norma del Art. 1266, de producirse la venta o permuta de un bien propio, el precio que se recibe o el bien que sustituye al permutado, tienen la misma calificación que correspondía al bien vendido o

(13) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio.* Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2002. Pág. 70. CamNacCivil Sala D C. de S., O.A. c/ S., I. LL 1985 A Febrero 8 de 1984. Pág. 494. El régimen de la sociedad conyugal es de orden público, de modo que los cónyuges no pueden atribuir por su voluntad el carácter de propio o ganancial a los bienes que formen el capital o que hubieran sido adquiridos durante la existencia de la sociedad, sino que dicha calificación resulta impuesta por el origen de las adquisiciones, conforme a las previsiones de los arts. 1261, 1263, 1264, 1266, 1267, 1271, 1272, 1273 y concordantes del Código Civil. Sambrizzi Eduardo A. *Régimen de bienes en el matrimonio.* Ed. La Ley. Tomo I pag. 23. "Cabe asimismo señalar que el régimen de comunidad establecido en el Código, -de comunidad restringida, por oposición a universal, ya que quedan excluidas de la misma los bienes propios (aunque el uso y goce de estos bienes es común)-, no puede ser modificado por la voluntad de los cónyuges, de donde resulta que el mismo es de carácter imperativo."

(14) C1ª Bahía Blanca. Sala 1ª. Fallo citado. LL 1989 D Pág. 141. "En el régimen patrimonial del matrimonio de nuestra ley, los bienes son propios o gananciales. La existencia de bienes de naturaleza mixta, si bien no prohibidos expresamente por el Código Civil, resulta incompatible con las soluciones adoptadas en torno del crecimiento material (Art. 1266), consolidación del usufructo (Art. 1270) y derecho a compensación por el valor de las mejoras (Art. 1271).

(15) SAMBRIZZI, Eduardo A. *Supuestos que han presentado dudas en cuanto a la calificación de los bienes en propios o gananciales.* En "Sociedad Conyugal - I" - Ed. Rubinzal Culzoni Buenos Aires 2008. Pág. 9.

(16) CamNacCivil Sala A. M., J.C. c/ B. de M., E.N. Mayo 3 de 1985. LL 1985 D Pág. 192. El origen de los bienes que integran la sociedad conyugal no depende de la voluntad de sus integrantes, sino de la ley, o sea de lo preceptuado por los Arts. 1261 a 1274 del Código Civil.

permutado, produciéndose la denominada subrogación real. (17) La mención tiene importancia en tanto alguna doctrina señala al Art. 1267 como una aplicación del principio de subrogación real, resultante del Art. 1266 del Código Civil. (18)

Por su parte, la norma del Art. 1267, admite como propio el bien cuya causa o título de adquisición, es anterior a la vigencia de sociedad conyugal.

La parte final de dicha norma exige también que el bien así adquirido, se hubiera pagado con bienes del cónyuge adquirente. (19)

El Art. 1736 del Código de Chile, fuente inmediata del Art. 1267 de nuestro Código Civil, nada decía sobre esta última exigencia (20), y alguna doctrina sostiene que este agregado introducido por el Codificador, debe ser considerado "superfluo," (21) interesando exclusivamente el tiempo en el que se origina el título o la existencia de la causa de la adquisición.

IV.- LA COMPRA DE INMUEBLES MEDIANTE INSTRUMENTO PRIVADO, CON ANTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO SIN CUMPLIR EL RECAUDO DE FORMALIDAD DEL ART. 1184 Y LOS EFECTOS SOBRE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La instrumentación del contrato de compraventa sin cumplir los recaudos de formalidad impuestos por el Art. 1184 del Código Civil, da derecho a exigir

(17) CamNacCivil Sala E. D.G., L. S. c/ I, J. A. Marzo 25 de 1998. LL 1999 D Pág. 560, con nota a fallo de Santos Cifuentes. "calificación de los bienes de la sociedad conyugal. La presunción de ganancialidad y los elementos que la contradicen. Omisión de la manifestación que prevé el Art. 1246 del Código Civil." "Dado que lo concerniente a la calificación de los bienes de la sociedad conyugal es de orden público, los cónyuges ni los terceros pueden alterarlo. Por ello, si el dinero de la adquisición del inmueble provino de la liquidación de un bien propio, el nuevo bien tendrá el mismo carácter, según lo dispuesto por el Art. 1266 del Código Civil, ya que la solución contraria implicaría, lisa y llanamente, violar la inmutabilidad del régimen matrimonial".

(18) CamNacCivil Sala E. D.G., L.S. c/ L., J.A. Marzo 25 de 1998. - LL 1999 D pág. 560.- "Para establecer el carácter propio de un bien resulta relevante la venta de otro bien realizada poco tiempo antes de la nueva adquisición y el monto similar de las operaciones, aun cuando —conforme la doctrina del reemplazo y del empleo de fondos propios—, la proximidad temporal entre ambas operaciones no es un elemento indispensable para determinar el carácter propio del nuevo bien, como tampoco lo es que los precios sean matemáticamente iguales". Con nota de Santos Cifuentes: calificación de los bienes de la sociedad conyugal. La presunción de ganancialidad y los elementos que la contradicen. Omisión de la manifestación que prevé el artículo 1246 del Código Civil.

(19) CamNacCivil Sala C D., B. S. c/ M., E. Mayo 15 de 2008. LL 2008 C Pág. 681. "Corresponde otorgar carácter propio al inmueble adquirido durante el matrimonio por uno de los cónyuges si, el boleto de compraventa fue suscripto con anterioridad a la celebración de aquél, ello por aplicación de lo previsto en el art. 1267 del Código Civil."

(20) Código de Chile, Art. 1736 inc. 7º (conf. Art. 1º Ley 18802 del 9 de junio de 1989) "Si la adquisición se hiciera con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la re-compensa respectiva".

(21) BELLUSCIO, César A., *Inmueble adquirido por uno de los cónyuges en virtud de boleto de compraventa anterior al matrimonio*. LL tomo 154, pág. 281.

el otorgamiento de la correspondiente escritura traslativa de dominio, según lo autorizan los Arts. 505, 626, 1185 y concordantes del Código Civil y el Art. 512 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, sin olvidar lo resuelto en el fallo plenario, "Cazes de Francino".

A partir de lo dicho, cabe preguntarse si el denominado "boleto de compraventa" es el título o la causa a que se refiere el Art. 1267 del Código Civil y como juega la exigencia del pago del precio contenida en dicha norma.

La respuesta al primer interrogante debe ser afirmativa.

Si dicho "boleto de compraventa", fue suscripto por uno de los cónyuges, antes de contraer matrimonio, (22) pagándose el precio, el bien inmueble adquirido por él, tendrá el carácter de propio, aunque la escritura pública requerida, se otorgue después de dicha celebración. (23)

Lo dicho tiene su fundamento en la letra del Art. 1267 del Código Civil, considerando al contrato de compraventa, celebrado mediando un boleto de compraventa la causa originaria, (24) a la que se refiere la norma y que por ser

(22) VIDAL, Taquine Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*. 3ª edición 2ª reimprisión. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1993. Pág. 213. "Lo importante es que la causa o título de adquisición fuera anterior al matrimonio, para que el bien se reputa como propio."

(23) SC. Buenos Aires. D., C.H. c/ V. de D, S. Octubre 23 de 1973. LL tomo 154 pág. 281. "El bien adquirido debe ser considerado propio de uno de los cónyuges, y no de la sociedad conyugal, si dicho cónyuge suscribió el boleto de compraventa y pagó la seña antes del matrimonio." Con nota de Augusto C. Belluscio. Inmueble adquirido por uno de los cónyuges en virtud de boleto de compraventa anterior al matrimonio. Cifuentes Santos. Código Civil Comentado y Anotado. Ed. La Ley. Buenos Aires 2003 tomo II, pág. 118. Boleto de compraventa. En general se acepta que el boleto de compraventa anterior al matrimonio, es causa que imprime el carácter de propio al bien inmueble que se adquiere, aunque no se haya escriturado ni dado en posesión por tradición, actos que se concretaron después de celebrado el matrimonio. Y ello se acepta aunque el precio se hubiera fragmentado en cuotas y pagado con posterioridad a las nupcias, aunque ya se ha visto en el párrafo anterior las dos interpretaciones más significativas sobre este problema, distinguiendo una de ellas que tiene bastante recepción jurisprudencial, entre la mayor o menor suma aportada con fondos propios o con fondos gananciales.

(24) CamNacCivil Sala C. D., B.S. c/ M., E. Mayo 15 de 2008. LL 2008 C, pág. 682. "En la terminología utilizada por el artículo expuesto "causa" o "título anterior" se refiere a la denominada causa fuente (Art. 499 del Código Civil), entendiéndose por "título" el acto jurídico revestido de las condiciones de fondo y de forma exigidas por la ley, que resulte apto para servir de fundamento a la transmisión del dominio". Méndez Costa María Josefa. Código Civil comentado. Dir. María Josefa Méndez Costa. Ed. Rubinzal-Culzoni. Derecho de familia patrimonial. Pág. 113. "La norma no se refiere a "causa" y al "título" de adquisición como sinónimos, pero les atribuye la misma proyección, disponiendo que la primera vale tanto como el segundo a los efectos del precepto... Título es el acto jurídico dotado de las condiciones de fondo y de forma exigidos por la ley y que, por lo tanto, es apto para servir de fundamento a la transmisión del dominio. En materia de inmuebles, salvo que se trate de adquisición en subasta pública, lo es la escritura traslativa que produce la incorporación del bien al patrimonio de quien lo adquiere completada por la inscripción registral y la tradición... El caso de más frecuente presentación ilustra acabadamente estos conceptos: el boleto de compraventa no es título de la adquisición del dominio porque no reemplaza a la escritura pública, pero si es la causa de adquisición,

anterior a la celebración del matrimonio, califica al bien adquirido como propio del cónyuge comprador. (25)

Para decidir ello se tuvo en cuenta la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, como instrumento de un contrato concluido de compraventa, (26) sin perjuicio de la falta de la escritura pública exigida por el Art. 1184 inc. 1º del Código Civil.

Desde este punto de vista, no reviste importancia que la escritura traslativa o la inscripción del bien en el respectivo registro, se hubiesen efectuado después de la celebración del matrimonio, dado que el derecho personal a la escrituración de la cosa inmueble, se adquirió con antelación al matrimonio y se pagó el precio con fondos propios del comprador, (27) lo que a todo evento permitiría que esa parte, exigiera por vía judicial el otorgamiento de la correspondiente escritura traslativa de dominio, si le fuere negada por el vendedor.

Desde el punto de vista de la causa anterior a la celebración del matrimonio, ello parece estar entonces satisfecho con el contrato celebrado por el adquirente en dichas circunstancias.

Empero, son varias las hipótesis de hecho que pueden darse en el ámbito del Art.1267, sobre todo teniendo en cuenta su párrafo final que exige de parte del adquirente el pago del precio con fondos propios. (28)

indiscutiblemente después de la ley 17.711 porque genera la obligación de escriturar, y de efectiva trascendencia en la calificación propia si el boleto tiene fecha cierta”.

(25) CamNacCivil Sala D C. de S., O.A. c/ S., I. Febrero 8 de 1984. LL 1985 A Pág. 494. “Dispone el Art. 1267 del Código Civil que la cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges. Ello significa que para que la cosa sea propia es preciso que su adquisición tenga una causa generadora de derecho anterior al matrimonio. Si bien es cierto que la escritura traslativa de dominio del inmueble fue otorgada después de celebrado el matrimonio, pero en ese mismo instrumento público queda en evidencia que la causa de la adquisición es una compra en subasta judicial, cuyas distintas etapas, incluida la entrega de la posesión son anteriores a la celebración del matrimonio, ese bien reviste el carácter de propio”.

(26) HERNÁNDEZ, Lidia B. en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Dir. Alberto J. BUERES. Coord. Elena I. HIGHTON. Ed. Hammurabi tomo 3C Pág. 135. “Para otra posición que compartimos, el boleto de compraventa, si bien no es el título de la adquisición del bien, es la causa a la que también se refiere el artículo. Por lo tanto, la adquisición del inmueble durante la sociedad conyugal por la escritura y tradición no variará el carácter propio del bien si el boleto es anterior al matrimonio.”.

(27) CamNacCivil Sala A. C., J.B. c/ S.,P.L. I. Diciembre 11 de 1995. LL 1996 E. Pág. 650. “La inscripción registral de la compra del automotor no le da carácter ganancial pese a ser constitutiva, si su causa es anterior a las nupcias, puesto que dicha inscripción no es mas que la transformación del crédito concertado antes del matrimonio, en el derecho sobre la cosa, que sigue siendo propia”.

(28) BELLUSCIO, Augusto C. (Con la colaboración de Eduardo A. Zannoni). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Ed.- Astrea. Buenos Aires 1986. Tomo 6 Pág. 128. “La exigencia de que la cosa haya sido pagada con bienes propios. Respecto del primero de los mencionados problemas, la doc-

Así, celebrado el contrato de compraventa de inmueble después de otorgado el matrimonio y pagado el precio por el adquirente con fondos propios el bien adquirido calificará como bien propio.

También la operación de compraventa realizada por uno de los cónyuges mediando boleto de compraventa, antes de la celebración del matrimonio pudo haberse cancelado en efecto, con fondos de dicho cónyuge no sólo de manera total, sino también de manera parcial, en este último caso, entregando sumas en concepto de seña o a cuenta de precio; pudiendo luego de celebrado el matrimonio del adquirente, haberse otorgado la respectiva escritura y cancelado el saldo de precio con fondos del adquirente totalmente o con fondos gananciales, (29) o con un mezcla de los mismos.

En el primer caso planteado, el bien que comenzó siendo propio del adquirente, continuará siendo propio, aunque la escritura traslativa de dominio se hubiere otorgado vigente ya, la sociedad conyugal. (30)

trina nacional sostiene tres posiciones básicas: la de que el requisito del pago con bienes del cónyuge adquirente debe ser también cumplido; la que lo rechaza por superfluo, y que requiere que el pago haya sido hecho por lo menos parcialmente con dinero propio”.

(29) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob.cit. Pág. 114. “Este requisito es más conflictivo y las divergencias doctrinarias son mas numerosas e inconciliables. Ante la falta de otra precisión en el texto analizado y siendo “bienes de uno de los cónyuges” tanto sus propios como los gananciales de su titularidad, que puede emplear en el pago del precio o parte de él posteriormente al matrimonio, el bien será siempre propio, sin perjuicio del derecho de recompensa a favor de la sociedad conyugal (los gananciales) por los bienes de destino común de que dispuso”.

(30) CamNacCivil Sala A M.,J.C. c/ B. de M., E.N. Mayo 3 de 1985.- “A la vista de lo establecido por el Art. 1267 del Código Civil, es dable concluir que, al contraer matrimonio el actor incorporó el derecho a obtener la transmisión del dominio del departamento emergente del boleto de compraventa, que había tenido principio de ejecución mediante el empleo de fondos propios. El pago posterior al matrimonio importará el cumplimiento de la contraprestación debida en función de su derecho emergente de un contrato que había tenido principio de ejecución con anterioridad a la celebración del matrimonio mediante el empleo de fondos propios. Es este empleo el que determina la calificación, la que no se altera, después, porque concurren fondos de naturaleza ganancial”. CamNacCivil Sala A. C., J.B. c/ S.P., I. I. LL 1996 E Pág. 650. “La inscripción registral de la compra del automóvil no le da carácter ganancial pese a ser constitutiva, si su causa es anterior a las nupcias, pues que dicha inscripción no es más que la transformación del crédito concertado antes del matrimonio, en el derecho sobre la cosa, que sigue siendo propia”. CamNacCivil en Pleno. Sanz Gregorio O. Julio 15 de 1992.- LL 1992 D Pág. 260. “Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando el cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal”. GARCÍA CONI, Jorge Alberto. *Consentimiento conyugal. Su calificación registral*. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. 2001. Nº 866 Pág. 43. AZPIRI, Jorge O. *Régimen de los bienes en el matrimonio*. Ob.cit. Pág. 84. “En el caso del boleto de compraventa que da derecho a exigir la escritura traslativa del dominio se trata de una causa que, si existe desde antes del matrimonio, conferirá al bien el carácter de propio aunque el pago del precio, la tradición y la escritura traslativa de dominio se hubieran perfeccionado con posterioridad”.

No parece variar este criterio, la naturaleza de los fondos con los que se cancele el saldo de precio, sean estos gananciales, o gananciales y propios (31), sin perjuicio de la existencia de opiniones discordantes (32).

(31) FARSI, Santiago Carlos. *“El orden público y la calida de propios o gananciales de los bienes de la sociedad conyugal. La promesa bilateral o boleto de compraventa de bienes muebles y su repercusión sobre la calida de propios o gananciales de los bienes comprados”*. AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 2002. Pág. 83. “De la lectura de esta norma parecen desprenderse dos requisitos para atribuir el carácter de propio en este caso; uno es la causa o título anterior a las nupcias y otro sería que se hubiera pagado con bienes de uno de los cónyuges. Pero como lo que confiere la condición de ganancial es la actividad común, tanto afectiva como material que posibilitan la adquisición, es este caso el requisito relevante es la causa o título que da origen a la incorporación al patrimonio de uno de los cónyuges, porque el pago del precio con fondos gananciales dará derecho a una recompensa pero no a cambiar la condición del bien. Esta conclusión no es pacífica en la doctrina pero puede reconocida como mayoritaria” LL tomo 142 Pág. 416.” Se da también el caso que, hecha la adquisición, el matrimonio acaezca cuando sólo han pagado parte del precio. Es un supuesto que no se ajusta al Art. 1267, pero que, como enuncia en el fallo, en una recordación meramente histórica, pues nada tiene que ver con el caso, se ha resuelto en el sentido de que confiere al que escritura después del matrimonio, la calida de propietario a título propio”. C1ªCC Bahía Blanca Sala 1ª Fallo citado LL 1989 D Pág.141. “Cuando un bien ha sido adquirido con aportes sucesivos de fondos propios y gananciales, debe estarse a la calificación que el confiere el título de origen y no a la determinada por el desembolso económico mayor, sin perjuicio del derecho compensación que dicha contribución genere”. López Mesa Marcelo J. Código Civil y leyes complementarias. Ed. Lexis Nexis. Tomo II pág. 1064. “Si la causa o título de adquisición del bien precedió a la constitución de la sociedad conyugal el bien es propio, de conformidad con el Código Civil, Art. 1267, sin que la circunstancia de que parte de su precio se pague a crédito después modifique dicha conclusión, toda vez que en tal supuesto y en su caso, el cónyuge afectado podrá invocar su crédito respecto del otro. Esta, por otra parte, la solución acorde con la jurisprudencia”.

(32) CamNacCivil Sala I. S., R.A. c/ L. A., C. Noviembre 23 de 2006. LL 2007 A Pág. 477. Habiéndose acreditado que el actor compró un bien empleando dinero en parte propio y en parte ganancial, y siendo la proporción del capital propio muy superior al ganancial, corresponde calificar dicho bien como propio del actor sin perjuicio de la recompensa que la contraria pueda reclamar en la oportunidad de liquidarse los bienes de la sociedad conyugal, pues dicha solución tiende a evitar los inconvenientes prácticos que acarrea la calificación dual, ya que los carriles legales de los bienes propios y gananciales son diferentes y además el otro cónyuge no queda desprotegido porque tiene derecho a la recompensa de la parte ganancial que aportó”. Con nota de Néstor E. Solari: Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales. “Por ello, habiéndose adquirido el bien en parte con fondos propios y en parte con fondos gananciales, la duda consiste en determinar si el mismo reviste la calida de bien propio o si, en cambio ingresa a la categoría de bienes gananciales. En tal caso, la solución que se ha dado, por parte de la doctrina y jurisprudencia, es la siguiente: si el mayor valor proviene del producido de un bien propio, entonces hay subrogación real; en cambio, si el mayor valor se integra con fondos gananciales, entonces el bien adquirido durante la vigencia del régimen reviste el carácter de ganancial. Si los montos empleados en la adquisición coinciden, mitad propios y mitad gananciales, por aplicación de la presunción de ganancialidad, se entiende que dicho bien reviste la calida de ganancial”.

La sociedad conyugal tendría en la hipótesis indicada un crédito contra el adquirente, por el valor de la parte del precio correspondiente a fondos gananciales (33).

Se plantea también en doctrina la improbable hipótesis de una adquisición anterior a la vigencia de la sociedad conyugal, en la que el adquirente nada hubiera pagado y el precio se abonara íntegramente con fondos gananciales, luego de celebrado el matrimonio.

Sobre el particular se ha dicho que corresponde calificar al inmueble así adquirido, como ganancial, en razón de la última parte del Art. 1267, que exige el pago del bien con fondos propios del adquirente, (34) aunque esta opinión no sea pacífica, discrepándose con la misma, en función de dar preeminencia al origen de la adquisición, siendo superflua para alguna doctrina, como se dijo antes, la exigencia contenida en el párrafo final de la norma del Art. 1267, (35) o por considerar prevalente la subrogación del bien en el derecho adquirido con anterioridad al matrimonio. (36)

(33) CamNacCivil Sala J. Junio 15 de 2007.- P.O.,M. G. c/ G. R., M del P. JA. 2007 III Pág. 820. “Acreditado que el actor compro un bien mueble registrable empleando dinero en parte propio y en parte ganancial, en el caso de una cuenta corriente bancaria donde ambos cónyuges figuraban como titulares, y habiendo la contraria reclamado por ello, corresponde abonarle a ésta una recompensa por la parte ganancial que aportó en la adquisición del bien, ya que el otro cónyuge ha incrementado su patrimonio a expensas de la comunidad”.

(34) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo I 4ª Edición actualizada. Ed. Astrea de Alfredo y R. Depalma. Buenos Aires. 2002. Pág. 522. POSSE SAGUIER, Fernando. En *Código Civil Anotado*. Dir. Jorge J. Llambias. Atilio A. Alterini. Tomo III-A. Pág. 266. “Por su parte, Guaglianone señala que aunque el título de adquisición fuera anterior al matrimonio, si el precio ha sido pagado en su totalidad con posterioridad al mismo, el bien debe considerarse ganancial por aplicación del principio de subrogación real. Compartimos este enfoque, por lo que cabe concluir que el inmueble será propio o ganancial según que la mayor parte del precio se pague antes o después del matrimonio, quedando un crédito por recompensa a favor de quien no resulte titular del dominio, sea éste el comprador originario o la sociedad conyugal”. GUAGLIANONE, Aquiles H. *El bien que se califica como propio por ser la causa de su adquisición anterior al matrimonio*. JA. Sec. Doctrina 1974 pág. 34. “Lo dicho debe conducirnos en resumen, a tener por cierto que, para calificar como propio el bien adquirido en virtud de una causa anterior al matrimonio, basta que el precio sea pagado parcialmente con fondos de igual naturaleza; de modo que sólo carecerá de ese carácter si la contraprestación fuere ganancial por entero”.

(35) TRIGO REPRESAS, Felix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Código Civil y leyes complementarias anotadas*. Ed. Desalma. Buenos Aires 1999. Tomo IV-A. Modificaciones del Código Civil; actualización de la jurisprudencia de los arts. 1 a 2310. Pág. 695. “A los fines del Art. 1267 del Código Civil, no interesa que el precio abonado sea propio o ganancial, en su totalidad, o bien que se integre en parte con dinero propio y parcialmente con fondos gananciales; de allí que, en dicho supuesto, la comparación de aportes de distinto origen resulte inconducente, incluso en el improbable supuesto en el cual el pago se afronte íntegramente con dinero ganancial, cuando el título de adquisición es previo al matrimonio”.

(36) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Ob. Cit. Pág. 83.

V.- CONCLUSIONES

La adquisición de un inmueble mediando boleto de compraventa, es un supuesto susceptible de ser incluido en la disposición del Art. 1267 del Código Civil, dado que si bien no podría calificarse como título de la misma a dicho "boleto de compraventa", sí configura la causa que exige la norma citada para considerar al bien como propio del adquirente, aunque se otorgue la escritura traslativa de dominio, después de conformada la sociedad conyugal, mediante la celebración del correspondiente matrimonio.

La norma en cuestión, agrega al título o causa de la adquisición anterior al matrimonio, otra exigencia, que es la del pago del precio con fondos propios del adquirente.

No parece justificado que en homenaje a la fuente inmediata del Art. 1267, que lo fue el Art. 1736 del Código de Chile y a la fuente de esta norma, la obra de Pothier, se deseche la última parte del precepto, mientras no se la derogue.

Por consiguiente habría que admitir que el adquirente debe pagar el precio total o parcialmente con fondos propios, antes o después del matrimonio.

No varía el carácter propio del bien adquirido por boleto de compraventa antes del matrimonio, si además de fondos propios del adquirente, se recurrió a la utilización de fondos gananciales para cancelar el saldo de precio, sin perjuicio de la recompensa o crédito que pudiera originarse a favor de la sociedad conyugal, al liquidarse la misma.

Por último, el pago con fondos gananciales, de la totalidad del precio del bien adquirido mediante boleto de compraventa con anterioridad al matrimonio, no califica a dicho bien como propio, en atención a lo dispuesto en la última parte del Art. 1267, sino como bien ganancial.

DONACIONES MATRIMONIALES (PROPTER NUPTIAS)

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

I. INTRODUCCIÓN

Las donaciones pre-matrimoniales o que tienen por causa un matrimonio futuro es un tema de una gran tradición histórica y curiosos aspectos socio jurídicos.

Se controvierte si su estudio corresponde al Derecho de familia que, por otra parte es el lugar de ubicación en el Código civil argentino, o bien al de los derechos personales, esencialmente en el de los contratos donde se encuentra legislada la donación (1).

Es de hacer notar que en nuestra legislación aparece vinculado con las convenciones matrimoniales que el Codificador, con un sentido bastante restrictivo, ubicó en el Cap. Iro., del Título IIdo, Sec. IIIra. Del Libro IIdo, que titula: "De las convenciones matrimoniales" (arts. 1217 a 1229). Es en el art.1217 que en su origen tuvo cuatro incisos y la ley 17.711 redujo a dos, uno de ellos (el 3ro.), se refiere a las donaciones que el esposo puede hacer a su esposa (2).

Para agregar como elemento clarificador el art. 1230 dispone: "La donación que el esposo hiciere a la esposa, será reglada por las disposiciones del título De las donaciones". Es decir esta norma actúa como elemento interpretativo supletorio, remitiendo a las normas sobre el contrato de donación.

(1) ZANNONI, Eduardo: *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. Astrea, 2da. edic., Bs. As. 1989, T. I, p.408, N° 325. GUAGLIANONE, Aquiles H.: *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ed. Ediar, Bs. As. 1958, T. I, p. 173, N° 36. BELLUSCIO, Augusto César: *Manual de Derecho de familia*, Ed. Depalma, Bs. As. 1979, 3ra. Edic., V. II, p. 28, N° 311. BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Ed. Perrot, 6ta. edic., Bs. As. 1977, T. I, p. 229, N° 278. FARSI, Santiago Carlos- BOSSERT, Gustavo A.: *Sociedad conyugal. Comentario de los arts. 1217 a 1275 del Cod. civil. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Astrea, Bs. As. 1977, T. I, p. 159 y ss. Perrino Jorge: *Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2007, T. I, p. 718 y ss., N° 499.

(2) BORDA, *Tratado Familia*, cit., T. I, p. 229, N° 278. MENDEZ COSTA, Josefa: *Código civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, p. 47 y ss. LÓPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría de los contratos. Parte especial*, Ed. Zavallía, Bs. As. 1991, T. II, p.488.

2. BREVES ANTECEDENTES

A fin de poder comparar el régimen vigente con el Derecho romano y un aspecto parcial del Derecho Castellano, en forma sumaria analizo ambos sistemas.

a. Derecho romano.

Según reconocidos romanistas en la Epoca antigua y clásica resultó casi desconocida la donación por razón de matrimonio, sólo era costumbre la entrega de pequeños objetos o "muneras" entre personas prometidas con ocasión de esponsales (*sponsalicia largitas*) (3).

En la etapa postclásica se modifican parcialmente las costumbres y comienza a darse una identificación entre estos tipos de donaciones con la "dote", que tienen un fin común que era la sustentación económica del matrimonio (*sustinenda onera matrimonii*).

En el año 454 d.c., el Emperador Valentiniano III, en la Novela XXXV, impone la integración del patrimonio matrimonial con la dote y las donaciones; y más adelante, en el año 463 d.c. el Emperador Livio Severo, modifica parcialmente lo hasta allí dispuesto, deroga la posibilidad de que la madre otorgara preferencia a alguno de sus hijos, y la necesidad de igualación económica entre las donaciones y la dote (4).

Con Justiniano se producen modificaciones importantes. Permite que el marido aumente la donación durante el matrimonio y —tal como la dote— incrementa el objeto donado. Se establece que la dote y la donación debían tener una equivalencia económica y dependían para su vigencia que el matrimonio se celebrase y fuera válido, mediante lo cual se permite que la donación puede hacerse antes o después del matrimonio (5).

(3) PETIT EUGÈNE: *Tratado elemental de Derecho romano*, Ed. Calleja, trad. de José Fernandez Gonzalez, de la 9na. Edic. francesa, Madrid s/f, p. 446, N° 436. ARIAS RAMOS, Manuel-ARIAS RAMOS, José: *Derecho romano*, Ed. R.D.P., 10ma. Edic., Madrid 1963, T. I, p. 771. D'ORS, Alvaro: *Derecho privado Romano*, Ed. EUNSA, 3ra. edic., Navarra 1977, p. 398. ROCA SASTRE MUNCUIL, Luis: *Donaciones esponsalicias y donaciones entre cónyuges*, en "Estudios de Derecho privado", bajo la dirección de don Antonio de la Esperanza Martínez Radio, Ed. R.D.P., Madrid 1965, T. II, p. 355 y ss.

(4) SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHORES, Ana: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Ed. Comares, Granada 2006, p. 14. ROCA SASTRE MUNCUIL: *Donaciones esponsalicias*, en "Estudios de Derecho Privado", Ed. R.D.P., Madrid, T. II, p. 355, quién con erudición enseña que fue a partir del Emperador Constantino que se regularon las donaciones esponsalicias. Que se denominaban "sponsalitia" porque se constituían con la promesa de futuro matrimonio, es decir con los esponsales, y en tiempo de Roma se otorgaban en la forma solemne de la de una recíproca "sponsio" D'ORS: *Derecho privado romano*, cit., p. 398.

(5) SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHORES: *Las donaciones*, cit., p. 16, explica que si el matrimonio no se celebraba la donación quedaba sin perfeccionar. Pero si se frustraba por culpa de la novia el donante o sus herederos podían promover una "conditio" para reclamar lo donado. Para el caso de muerte de alguno de los

b. Las VII Partidas.

Legislación de las VII Partidas de Alfonso El Sabio, (siglo XIII) trata de unificar los antecedentes romanos con las costumbres germanas, a lo que se suma lo dispuesto en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real. De esa manera se habla de las "arras" en diferentes sentidos: a) como una especie de dote que el marido da a su mujer por razón del casamiento (*donatio propter nuptias*); b) lo que el varón entrega a la mujer, pero que corresponde a algo que recibió de ella; c) como una especie de prenda o "peño" que se daba y tenía como objetivo que se cumpliera con el matrimonio prometido. En este último sentido se parecen a las "arras" que, muy corrientes en el derecho privado patrimonial, se pactan para asegurar el cumplimiento de un contrato o permitir su arrepentimiento (6).

Las "arras" al igual que la "dote" podían hacerse efectivas en cualquier tiempo, es decir antes o durante el matrimonio. Tal como en la legislación de Justiniano era obligatorio que los importes tuvieran correspondencia económica. En caso de disolución del matrimonio las arras volvían al marido o a sus herederos y la dote a la mujer, salvo las excepciones previstas en los casos de adulterio o el acuerdo de las partes cuando no tuvieran hijos (7).

3. CARACTERÍSTICAS EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

Sin perjuicio de analizar ciertos caracteres que individualizan a este tipo de donaciones, es posible señalar que solamente puede realizarlas el varón futuro marido, y nunca la mujer. Siempre para explicar las razones de ello se acude a la extensa nota que Velez dedica al Título Ido. de la Sec. IIIra. Del Libro Ido. del Código civil, especialmente cuando afirma "... que fin honorable puede tener una donación de la esposa al esposo, importaría ello comprar un marido..." (8).

futuros cónyuges solo permitía se redujera a la mitad la petición, esto cuando los esponsales se habían concretado "ósculo interviniente". Si se divorciaban por culpa del marido, la mujer inocente hacía propios los bienes donados.

(6) ALONSO RODRÍGUEZ, María E.: *Las arras en la contratación*, ed. Bosch, Barcelona 1995, p. 63, y ps. 75/ 76. En el Derecho germano intermedio, y de acuerdo a las enseñanzas de PLANITZ HANS: *Principios de Derecho privado germano*, trad. de Carlos Melón Infante de la 3ra. edición alemana, Ed. Bosch, Barcelona 1957, p. 304, N° 85, en el período Franco el denominado "pretium nuptiale" que el hombre entregaba a su futura esposa se convirtió en donación o dádiva (don), a lo que con el tiempo se sumó la "morgengabe", o donación de la mañana (*donatio matutinum*; *pretium virginitalis*) que era un regalo u obsequio que el marido hacía a su mujer luego de la primera vez que cohabitaban.

(7) SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHORES: *Las donaciones por razón de matrimonio*, cit., p. 63. La Partida 4ta. 11.1. dice: "Mas las dotes e las donaciones que faze el marido a la muger e la muger al marido, assi como de suso diximos se pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado o despues, e deuen ser fechas igualmente, fuera ende: si fuesse costumbre usada de luengo tiempo en alguno lugares, de las fazer de otra manera. E si por aventura despues que el matrimonio fue acabado el marido quisiere crescer la donacion a la muger o la muger la dote al marido, puedenlo fazer igualmente assi como sobredicho".

(8) BORDA: *Trat. Familia*, cit., T.I, p. 229, No.278. Zannoni: *Der. de familia*, cit., T. I, p. 414, N° 333. Fassi-Bossert: *Sociedad conyugal*, cit., T. I, p. 155.

A más, es posible señalar que las donaciones matrimoniales poseen los siguientes caracteres: a) formales; b) previas al matrimonio; c) condicionales a la celebración y validez del matrimonio; d) irrevocables; y e) aceptación de la donación. Analizo sintéticamente estas cualidades.

a. Formales.

Este tipo de acto debe cumplir con la forma de la escritura pública, tal como lo dispone el art. 1184 inc. 4to. del C.C.. En ese sentido, y estableciendo los requisitos que debe contener, dispone el art. 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, domicilio y su actual residencia, 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 su curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio y fuere suplido por el juez". A ello debe sumarse todos los demás que se requieren para las escrituras públicas (arts. 999 y ss. del C.C.) (9).

b. Previas al matrimonio.

Estas donaciones deben ser siempre previas al matrimonio, ya que la ley lo exige de esa manera porque por otra parte las impide y prohíbe entre cónyuges (art. 1807 inc. 1ro. del C.C.). Es que el objetivo de estas donaciones es el futuro matrimonio pues tienden a incrementar el haber que aporta la esposa a la sociedad conyugal.

c. Condicionales a la celebración y validez del matrimonio.

A más de todo tienen como elemento indispensable que el matrimonio se celebre y no sea nulo o anulable, su finalidad está vinculada al acto familiar (10). De esa manera lo dispone el art. 1228: "Las donaciones hechas por las convenciones matrimoniales sólo tendrán efecto si el matrimonio se celebre y no fuere anulado, salvo lo dispuesto en el art. 221 inc. 2 respecto del matrimonio putativo".

(9) ZANNONI: *Der. de familia*, cit., T. I, p. 412, N° 330. BORDA: *Trat. Familia*, cit., T. I, p. 233, N° 283. BELLUSCIO: *Manual de derecho de familia*, cit., v. II, p. 28, N° 312. LOPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría*, cit., T. II, p. 489, afirma que la forma de la "donatio ante nuptia" debe respetar la que se impone a las convenciones matrimoniales, es decir la escritura pública (conf. Arts. 1184 inc. 4to., 1223 y 1225 del C. C.).

(10) Los autores españoles no muestran uniformidad en la consideración a la naturaleza jurídica sobre la exigencia de que el matrimonio futuro se celebre y sea válido. Así se ha considerado que ello importa una verdadera "condición suspensiva" (Sanchez Roman); o bien que es una "condición resolutoria" (De Buen); o que se trata de una "conditio iuris" (Castán, Puig Peña): Roca Sastre Muncuil: *Las donaciones esponsalicias*, en "Estudios de Derecho Privado", cit., T. II, p. 367. Entre nosotros BORDA: *Trat. Familia*, cit., T. I, p. 233, No.283, reafirma el carácter condicional de este tipo de donación.

Razones históricas, que se originan en las Constituciones del Emperador Constantino, exigen que el matrimonio se concrete para que la donación se perfeccione.

Así está previsto en el art. 1238 del C.C.: "Las donaciones hechas por las convenciones matrimoniales sólo tendrán efecto si el matrimonio se celebre y no fuere anulado...", a lo que completa el art. 1240: "Todas las donaciones por causa de matrimonio son irrevocables y sólo podrán revocarse... si el matrimonio no llegare a celebrarse o si fuere anulado por sentencia pasada en cosa juzgada..".

En virtud de ello es necesario establecer cual es el contenido jurídico de la necesidad de que se haga efectivo el futuro matrimonio, y además que sea válido. Algunos autores sostienen que ese acto obra como una condición suspensiva que al cumplirse deja firme el acto de liberalidad (11).

Otros comentaristas consideran que el matrimonio futuro viene a completar el acto y de esa manera le da firmeza y reafirma su irrevocabilidad, obraría como una "condición de eficacia" (12).

Guaglianone, realizando un análisis profundo, sostiene que el matrimonio futuro concurre a integrar el acto de la convención matrimonial, mediante lo que él denomina "concreción de la causa final móvil" (13). Por su parte Zannoni parece adherir a este criterio, agregando como argumento que el mismo art. 1240 diferencia las donaciones condicionales de aquéllas en las que el matrimonio no se celebra (14).

En mi modesto parecer el matrimonio obra como una especie de "conditio iuris" que da virtualidad y vigencia jurídica a la donación, es decir la donación "propter nuptias" se completa fácticamente con la celebración del matrimonio y su consecuente validez (15).

A más de ello la propia ley exige que el matrimonio sea válido (conf. Arts. 1238 y 1240), ya que en caso contrario la frustración del motivo principal de la donación hace ineficaz al propio acto gratuito.

De todos modos la propia ley hace excepción a esta regla y permite los efectos propios de la donación a favor de la mujer, en los casos de buena fe, o matrimonio putativo (conf. Art. 222 inc. 2do. del C.C.).

(11) PERRINO, Jorge O.: *Derecho de familia*, cit., p. 720.

(12) LLAMBÍAS, Jorge J.-ALTERINI, Atilio A.: *Código civil anotado, doctrina y jurisprudencia*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1982, T. III- A, p. 221, N° 4. BORDA: *Trat. Familia*, cit., T. I, p. 233, N° 283. BELLUSCIO: *Manual de Derecho de Familia*, cit, v. I, p. 28, N° 306.

(13) GUAGLIANONE: *Régimen patrimonial del matrimonio*, cit., T. I, p. 177.

(14) ZANNONI: *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 413, N° 330.

(15) En el Derecho español siguen ese criterio: CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil, común y foral*, Ed. Reus, Madrid 1977, 10ma. Edic., anotada y puesta al día por don José Ferrandis Vilella, T. IV, p. 249. PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de derecho civil español*, Ed. R.D.P., Madrid 1958, 2da. edic., T. IV, v. II, p. 197.

d. Irrevocables.

Al igual que las donaciones corrientes en estos casos se reafirme el carácter de "irrevocables", es decir que no pueden dejarse sin efecto por la sola voluntad del donante. El art. 1240 dispone: "Todas las donaciones por causa de matrimonio son irrevocables, y sólo podrán revocarse si fuesen condicionales y la condición no se cumpliera, o si el matrimonio no llegara a celebrarse, o si fuese anulado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo".

En cuanto a las donaciones sometidas a condición (suspensiva), no es que el incumplimiento del hecho condicional revoque la relación jurídica, sino que impide la eficacia negocial (art. 545 del C.C.) (16).

En consideración al futuro matrimonio, ya se han dado las diferentes explicaciones que corresponden como elemento necesario para perfeccionar la donación, pero de ninguna manera la frustración importa una manera de revocación (17).

e. Aceptación de la donación.

Por último el art. 1235 establece en una confusa norma: "La donación que el esposo hiciere a la esposa, o la que uno u otro hiciere al cónyuge de los bienes que deje a su fallecimiento, no necesita para su validez ser aceptada por el donatario". Si bien no se trata de juzgar un supuesto de validez o ineficacia, el artículo quiere expresar que esta clase de donaciones se perfecciona con la sola manifestación unilateral del donante.

(16) FALZEA, Angelo: *La condizione, e gli elementi dell'atto giuridico*, Ed. Giuffrè, Milano 1941, p. 74. CAZEAUX, Pedro N.-TRIGO REPRESAS A.F.: *Derecho de las obligaciones*, Ed. Platense, 3ra. Edic., La Plata 1989, T. II, p. 527, N° 962. SALVAT, Raymundo-GALLI, Enrique V.: *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Ed. Tea, Bs. As. 1952, 6ta. Ed., T. I, p. 532, N° 632. TRIGO REPRESAS, A.F.-COMPAGNUCCI DE CASO, R.H.: *Código civil comentado. Obligaciones*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe 2005, T. I, p. 286.

(17) La profesora MENDEZ COSTA: *Cod. civil coment. Der. de Familia Patrimonial*, cit., p. 57, hace saber que el texto del art. 1240, carece de precisión, pues según su buen decir: " agrupa supuestos de revocación con otros de inexistencia". Sobre uno de esos aspectos es posible hacer alguna aclaración. La "revocación" resulta una de las tantas manifestaciones de la ineficacia funcional, y resulta una facultad que la ley concede a ciertas personas para dejar sin efecto un acto en virtud y ejercicio de su propia voluntad. CIFUENTES SANTOS: *Negocio jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As. 1986, p. 571. COMPAGNUCCI DE CASO R.H.: *El negocio jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 506, N° 173. LLOVERAS DE RESK, María E.: *Tratado teórico práctico de las nulidades de los actos jurídicos*, Ed. Depalma, Bs. As. 1985, p. 7 y ss. LÓPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría.*, cit., T. I, p. 374, enseña que "revocar" tiene en nuestro derecho un doble sentido; en principio se aplica a los actos unilaterales, ya que es posible revocar un testamento (art. 3824), o un poder (art. 1970), también es aplicable a los contratos confundiendo con la rescisión, es por ello que se habla de "revocación de las donaciones" (arts. 1848, 1849, 1858 a 1867, y ss del C.C.).

Son varias las razones que demuestran que la afirmación dispuesta en el art. 1235 es errónea.

La primera es que, cuando la cónyuge recibe el bien al celebrarse la convención matrimonial está aceptando tácitamente la oferta del donante (arts. 918 y 1223); además no es posible alterar lo dispuesto en el art. 1792 que, en todos los casos, rige en plenitud; en las donaciones es requisito de perfeccionamiento la aceptación del donatario. La remisión que hace el propio Código en el art. 1230 confirma la aserción.

Como bien enseñan y lo demuestran Guaglianone y Zannoni, si la liberalidad celebrada mediante escritura pública en la convención matrimonial exige que sea suscrita por las partes, la firma de la cónyuge importa aceptación de la donación (18).

(18) GUAGLIANONE: *Régimen patrimonial del matrimonio*, cit., p. 178. ZANNONI: *Der. de familia*, cit., p. 413, No.331.

LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

POR JUAN CARLOS HARIRI

1) LA SOCIEDAD CONYUGAL

Como consecuencia de la celebración del matrimonio, nace la sociedad conyugal (art. 1261 del Código Civil). Claro está, entonces, que si no hay matrimonio no habrá jamás esa comunidad.

Sin perjuicio que la ley emplea el término "Sociedad" en verdad no estamos frente a ese contrato, sino simplemente ante un régimen legal de orden público—cuya trascendencia se funda en el matrimonio mismo— base sustancial que da origen a la familia la cual es la estructura necesaria e indispensable de una sociedad para alcanzar el objetivo de Nación.

Si prescindimos de aquélla será muy difícil concebir un Estado que intente ser Nación. No habrá norma alguna que pueda sustituir a la familia y quien lo intente tendrá, tarde o temprano, asegurado el fracaso.

De allí la necesidad de protegerla y ella tiene su comienzo natural con la celebración del matrimonio (unión entre hombre y mujer que expresa su consentimiento ante la autoridad competente, Art. 172 del Código Civil).

Nuestro ordenamiento legal, aún con los vaivenes que ha sufrido, tiende en su espíritu a su máxima protección no obstante los ataques que le presentan.

De allí entonces, la fecunda labor de nuestros tribunales, encargados de interpretar la ley en su verdadero alcance, hará que las leyes sean aplicadas sin desviaciones protegiendo la institución sobre la cual se proyecta a toda la sociedad.

Algunos ordenamientos jurídicos como el de la República Oriental del Uruguay, entre otros, permiten que el matrimonio no sea necesariamente la causa de la formación de la sociedad conyugal la cual está reservada a la voluntad de los contrayentes. Más aún aquélla pudo haberse formado con el matrimonio y luego los cónyuges pueden pedir su disolución manteniendo el vínculo (art. 1985 del Código Civil Uruguayo).

Artículo 1985: *"En todo momento, cualquiera de los cónyuges o ambos de conformidad podrán pedir, sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal ..."*

Empero nuestra ley, aun después de haber admitido el divorcio vincular (ley 23.515), mantuvo la sociedad conyugal durante la vigencia del matrimonio, quedando excluida solamente a los dos supuestos que contempla el artículo 1.294 del Código Civil los que se encuentran notoriamente reducidos atento lo dispuesto por los artículos 1.276 y 1.277 del Código Civil.

Por tanto, este régimen legal —sociedad conyugal— tiene particularidades propias ajenas al contrato de “sociedad” en cualquier sentido que se quiera emplear ese acto jurídico.

De ningún modo admitimos que pueda brindársele el tratamiento de una sociedad civil, aun con matices que las distingue de las demás.

Insistimos; no estamos frente a un contrato.

Ciertamente la institución matrimonial con las consecuencias que produce no puede reducirse a ese acto jurídico de orden patrimonial.

Simplemente basta recordar que Vélez separó muy bien los contratos del matrimonio, dándoles un tratamiento bien diferenciado.

Por ello no podemos desprendernos del tema de la interpretación de la ley, pues tanto jueces como abogados deben hacer este trabajo para aplicar eficazmente nuestro derecho positivo, e indicar adecuadamente los caminos que las partes deben seguir ante el fracaso matrimonial, y al mismo tiempo dar adecuada protección a las víctimas de esa ruptura que nada tuvieron que ver en su finalización.

Debemos recordar que si no hay interpretación resulta imposible la existencia del orden jurídico, pilar fundamental de todas las relaciones.

De tal modo, indagaremos el significado de las normas que regulan la materia, estableciendo un orden que sirva para orientar, y una teoría que conduzca a soluciones justas, pues no podemos concebir un ordenamiento jurídico que se aparte de ella y menos aún que los jueces la dejen de lado.

No hay derecho si no está imbuido de justicia.

No es suficiente conocer el tema y las leyes si ellas no se aplican con sentido común y estricta justicia.

Por tanto, analizaremos cómo influye la disolución de la sociedad conyugal y hasta dónde puede avanzarse para proteger aquello que fue la vivienda de la familia ya disgregada como consecuencia de la ruptura matrimonial.

2) LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Como bien sostiene Borda (“Tratado de Derecho Civil-Familia”- Tº I, pág. 350, Nº 427; ed. Perrot, Novena Edición Ampliada y Actualizada), la disolución de la sociedad conyugal sólo puede terminar por las causas que la propia ley impone, pues se trata de un régimen legal de orden público. Ellas son: muerte de cualquiera de los cónyuges; nulidad del matrimonio; ausencia con presunción de fallecimiento, separación judicial y divorcio de los cónyuges.

En estos casos la disolución de la sociedad conyugal opera de pleno derecho y concluye por tanto el régimen de la comunidad que existía entre los cónyuges.

En efecto, después de la separación de bienes, la mujer no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare (art. 1301 del Código Civil).

Es necesario la división de los bienes, toda vez que las causas invocadas anteriormente por la ley, disuelven la sociedad conyugal y por tanto hay que liquidarlos, tarea donde se producen habitualmente los mayores conflictos.

De tal modo habrá que tratar diferentemente los bienes gananciales de los propios de cada cónyuge, recordando que los frutos de estos últimos adquieren la calidad de los primeros (art. 1272 del Código Civil)

1) Siguiendo el orden enunciado anteriormente, la muerte de uno de los cónyuges es una de las causales de disolución de la sociedad conyugal (art. 1291, 213 inc. 1, y art. 1313 del Código Civil). Por tanto, una vez ocurrido ese hecho jurídico, aquella queda disuelta en el instante mismo en que ocurre y se procederá al inventario de los bienes (art. 1313 del Código Civil).

Ello no impide como lo dispone el artículo 53 de la ley 14.394 que pueda postergarse a pedido de parte la liquidación de la vivienda familiar, por un plazo de diez años desde el momento que ocurrió la muerte del causante.

2) En cuanto a si se disuelve por ser nulo el matrimonio, tendrá que valorarse si esa sanción tiene lugar cuando aquél se contrajo de buena o de mala fe.

En el primer supuesto ninguna duda cabe, que la sociedad formada se disuelve con el dictado de la sentencia que pone fin al pleito. No puede ser de otro modo por cuanto así lo disponen los artículos 221 y 222 del Código Civil.

En cambio si se contrajo de mala fe la sentencia surtirá efectos desde que se promovió la demanda.

En definitiva ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule (art. 239, in fine del Código Civil).

3) La llamada ausencia con presunción de fallecimiento, también es causa de disolución de la sociedad conyugal.

Empero, entendemos que debemos hacer una aclaración previa para no confundir los términos empleados.

El presuntamente fallecido obviamente es un ausente, pero este último puede no estar muerto.

De allí que una cosa es la ausencia y otra la presunción de muerte la cual tiene lugar en los supuestos que contempla la ley 14.394 modificada por la 22.278.

Así las cosas el artículo 1307 del Código Civil que remite a los artículos 116 y 117 de ese cuerpo legal, la disolución de la sociedad conyugal tiene lugar el día que el Juez haya fijado para declararlo presuntamente fallecido. Dicha sentencia se inscribirá en el Registro Civil, quien expedirá la partida de defunción con la

anotación pertinente y con ella se podrá iniciar recién el juicio sucesorio del presuntamente fallecido.

4) Separación judicial y el divorcio: producen la disolución de la sociedad conyugal de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1306 del Código Civil con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, lo cual ocurre de pleno derecho y sin necesidad de pedido de parte, toda vez que se trata de un efecto de la sentencia.

En suma, hemos querido brindar esta breve introducción referida a las causas que dan origen a la disolución de la sociedad conyugal formada por efectos de la celebración del matrimonio, para entrar seguidamente en la protección de la vivienda familiar.

3) LA VIVIENDA FAMILIAR

No podemos avanzar sobre el tema, si no partimos de lo dispuesto en nuestra ley fundamental, aun con las reformas ocurridas en 1994.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional previó normas de protección a la sociedad toda y especialmente a los ciudadanos al reconocerles determinados derechos al referirse a la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y el acceso a una vivienda digna, incluidos por la Convención Constituyente de 1957.

También el pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 aborda extensamente este aspecto.

Nuestro más alto tribunal señaló que la cláusula de protección de la familia importa concebirla como un núcleo natural y célula primigénica de la sociedad (Fallos 305-1826), y en otros fallos se ampara tanto al matrimonio legítimo como al núcleo familiar de hecho (Missort; Fallos: 313-225 y Morua; Fallos: 313; 751).

En definitiva, la familia y la vivienda son instituciones amparadas por la Constitución Nacional, y de allí parte la legislación y la doctrina para obtener su protección.

Ello obliga al Estado a procurar que todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él (G. J. Bidart Campos: "Manual de Derecho Constitucional Argentino"; pág. 379, N° 608; ed. Ediar; Bs. As. 1972), tarea indelegable a través de políticas adecuadas que tiendan a ese fin y mantenerlas en el tiempo, respetando el derecho de propiedad y especialmente los contratos, bases esenciales de la seguridad jurídica.

A) La Ley 14.394

Esta ley sancionada en diciembre de 1954 y promulgada el 22 de diciembre de ese año, aun con las reformas introducidas por las leyes 17.711, 22.278, 23.264 y 23.515 fue el inicio de la protección de la vivienda familiar, permitiendo a toda persona constituir a un inmueble tanto urbano como rural de su propiedad en

"bien de familia" (art. 34), produciendo sus efectos a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 35).

Definió la familia como aquella que está constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o en defecto de ellos a sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyendo (art. 36), y prohibió su enajenación y ser objeto de legados o mejoras testamentarias, mientras se mantenga su afectación.

De este modo se lo dejó fuera del comercio para que no se lo considere prenda común de los acreedores, pues no es susceptible de ejecución o embargos por deudas posteriores a su inscripción, exceptuándose aquellas que respondan a impuestos o tasas que graven directamente al inmueble (art. 38).

Se impone al propietario y a su familia a habitarlo (art. 41), y se permite también, su constitución por testamento (art. 44), y debe observarse que no puede constituirse más de uno (art. 45).

También se lo protegió ostensiblemente al establecer que en caso de transmisión hereditaria, los honorarios de los profesionales intervinientes no podrán superar el 3% de la valuación fiscal (art. 48), por lo cual representa una excepción a la ley del Arancel.

En cuanto a la desafectación, ésta puede ocurrir a pedido del propietario con la conformidad de su cónyuge y si éste faltare, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido.

También pueden solicitarlo la mayoría de los herederos aun cuando su constitución haya ocurrido por testamento, con la excepción que el cónyuge supérstite se oponga o existan en el incapaces. En estos casos será el Juez del sucesorio y, en su caso, con la participación del Defensor de Menores (art. 59 del Cód. Civil), quien resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar.

A solicitud de la mayoría de los copartícipes, en el caso de condominio computado en porción a sus partes, se puede desafectar.

Por último, se contempla el supuesto de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en una ejecución autorizada en la ley o la existencia de una causa grave que justifique la desafectación a juicio de autoridad competente.

El artículo 51 dispone que toda persona podrá imponer a sus herederos, aún forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor a diez años, o en su caso, podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad permitiéndole al Juez a pedido de parte interesada su división total o parcial cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero.

Sin embargo, los herederos pueden convenir un plazo menor de indivisión, o bien solicitarla al Juez si existieren causas justificadas (art. 52).

Se le acuerda al cónyuge supérstite la facultad de oponerse a la indivisión de los bienes hereditarios por el término de diez años cuando este lo hubiere

adquirido tratándose de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole.

En igual sentido se aplicará respecto de la casa habitación constituida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos (art. 53).

Naturalmente que la indivisión aludida sólo producirá efectos para terceros a partir de su inscripción en el Registro (art. 54), pues desde ese entonces toma publicidad y no antes.

Queda prohibido a los acreedores particulares de los copropietarios ejecutar el bien indiviso, pero las utilidades que puedan producir no tienen ese amparo (art. 55).

Por último, la ley trata el aspecto impositivo el cual hoy no tiene operatividad (art. 56), toda vez que se encuentra derogado, por ahora, el impuesto a la transmisión gratuita de bienes que rigió hasta 1977.

En suma, sin querer hacer un análisis profundo de esta ley, advertimos que se trata del primer instrumento legal, que aún nos rige, para tutelar el inmueble familiar y proteger, por tanto, los intereses de la familia, aun después de haber ocurrido la disolución de la sociedad conyugal.

Se trata, sin duda de una norma de orden público, pues da protección al grupo familiar y no a un interés particular o individual y encuentra fundamento en lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Y en cuanto a su reglamentación el decreto 2080/80 reglamentario de la ley 17.801, ha receptado su operatividad registral.

B) El artículo 3573 bis del Código Civil

La ley 20.798 del 20 de septiembre de 1974, introdujo otra protección a la vivienda familiar, más precisamente al cónyuge superviviente al redactar el artículo 3573 bis de la siguiente manera: "Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiere constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge superviviente tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias".

Empero, este artículo no se aplicará cuando estando separados o divorciados los cónyuges respecto del que hubiere dado la causa a esa sentencia (arg. art. 3574).

Se trata de un supuesto de excepción a la liquidación y consiguiente partición de los bienes gananciales (E. Sambrizzi: "Régimen de Bienes en el Matrimonio", Tº II, pág. 460, nº 331, ed. La Ley Bs. As. 2007).

De tal modo que puede existir un bien de familia y un derecho real de habitación establecido por el artículo 3573 bis del Código Civil, los cuales pueden acumularse (Kemelmajer de Carlucci Aída: "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", pág. 351 y 355, ed. Hammurabi, Bs. As. 1995).

C) La vivienda familiar y la legislación comparada

Antes de abordar el tema de la vivienda familiar, creemos que el punto principal es el primero —la vivienda— que implementándose a través de una adecuada normativa, permita que sea alcanzada por todos los que manifiesten interés.

Superado ello, la cuestión resultará más simple pues acceder a una vivienda digna para que sea el asiento de la familia será una necesaria consecuencia de lo anterior.

Nuestro primer antecedente se remonta al dictado de la ley 14.394 que reconoció la protección de la vivienda como bien de familia cuando ella se la afecta a esas previsiones legales.

Con anterioridad y siguiendo esa línea encontramos la "Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre" (Bogotá, 1948), que se refiere al derecho a una vida decorosa, la cual no se concibe sin una vivienda adecuada.

La Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 1989), previó programas con respecto a la nutrición, vestuario y vivienda.

Tales declaraciones, en concordancia con la ley 14.394 requieren que los Estados dicten normas para hacerla ejecutiva, como ya indicamos.

No es posible sobre todo en estos tiempos, regular un Estado donde sus habitantes no tengan acceso a una vivienda digna. Pero ello no quiere decir que para alcanzar ese fin se valga de quienes más tienen.

Fomentar y aplicar medidas políticas y económicas orientadas para lograr ese objetivo tan noble, no parece difícil si ellas se mantienen en el tiempo, máxime que responderán al cumplimiento de una norma constitucional pendiente de solución.

Veamos entonces, en principio, sobre la base de nuestra legislación positiva cómo se protege la vivienda familiar luego de ocurrida la disolución de la sociedad conyugal.

Partamos que aquélla ocurre del modo más natural, que es sin duda la muerte de uno de los cónyuges.

El artículo 3573 bis incorporando por la ley 20.798 (27/X/1974), acertadamente ha otorgado al cónyuge superviviente y a su familia un derecho real de habitación, el cual es oponible a los acreedores de los herederos, pero no a los de la sucesión pues si así hubiere sido su voluntad lo habría inscripto como bien de familia (S. Cifuentes "Código Civil Comentado y Anotado" Tº IV, pág. 267, ed. La Ley, ed. 2004), y puede solicitarse antes que ocurra la partición de la herencia (Cám. Nac. Civil, Sala A, L.L. Tº 1987-E, pág. 427).

Claramente esta norma está destinada a la protección de la vivienda familiar extensiva tanto al cónyuge supérstite como a su familia y presenta un carácter asistencial (C.S.J.N. L.L. T° 1985-C, pág. 458: "Castañares de Román Pía E.", 28/3/85).

Por lo demás, entendemos que el derecho real debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, en la matrícula respectiva y de este modo adquiere publicidad.

En otro orden advertimos que la norma del artículo 3573 bis del Código Civil, encuentra fundamento anterior en el artículo 881.1 del Código Civil uruguayo que dispone: "Si una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda y que hubiere constituido en el hogar conyugal, ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita.

En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro que reciba de conformidad el cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo el Juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario".

Y el artículo 881.2 le confiere también el uso vitalicio y gratuito de los muebles.

Como vemos el ordenamiento uruguayo otorga protección una vez disuelta la sociedad conyugal.

También el Decreto ley 15.597 del 19/7/84 de ese país vecino que refiere al bien de familia prevé en su artículo 6.6 que tal protección de la vivienda luego de disuelto el matrimonio y liquidada la sociedad conyugal puede subsistir a favor de los hijos del matrimonio menores o discapacitados.

El Código Civil Paraguayo en el libro Cuarto en su artículo 2072 dice: "Podrá beneficiarse con la institución del bien de familia el propietario constituyente, su esposa, los descendientes menores de edad o los hijos adoptivos, hasta la mayoría de edad.

Y agrega el artículo 2078: "El régimen del bien de familia subsistirá después del fallecimiento del constituyente, en beneficio del cónyuge sobreviviente y los descendientes o de los hijos adoptivos, y en su caso de la madre y sus hijos menores extramatrimoniales".

Si bien es menos extensa la protección de la vivienda familiar que la que brinda el Código Uruguayo, creemos que igualmente importa un avance en tal sentido.

Igualmente el Código Peruano de 1984 (Decreto Legislativo N° 295 del 25/7/1984), contiene una regulación sobre la defensa de la vivienda familiar.

El Código de la Familia de la República de Panamá, dentro del Título IX que se divide en dos Capítulos ("De las Disposiciones Generales" y "De la Administración

y Extinción"), en su artículo 470 define: "El patrimonio familiar es la institución legal por la cual resultan afectados bienes en cantidad razonable, destinados a la protección del hogar".

Claramente esta norma está destinada a la protección de la vivienda familiar extensiva tanto al cónyuge supérstite como a su familia y presenta un carácter asistencial.

Nos parece oportuno citar el artículo 87, del Capítulo VIII —De la Disolución del Matrimonio— del Código Civil de España: "El cese efectivo de la convivencia conyugal a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualquier otro de naturaleza análoga y al sostenimiento de la familia por consecuencia del matrimonio o de la unión de hecho".

Luego en el artículo 477 indica que la administración de aquél corresponde a ambos cónyuges o a uno de ellos si el otro faltare.

- 1) Así en general los distintos Códigos de América legislan sobre la protección de la vivienda familiar una vez ocurrida la disolución de la sociedad conyugal por causa de muerte de uno de los cónyuges.
- 2) Entendemos que estas reglas se aplican también cuando el matrimonio fue declarado nulo por sentencia siempre y cuando existan hijos menores.
- 3) Igual criterio debe aplicarse si uno de los cónyuges es declarado ausente o presuntamente fallecido (ley 14.394), pues en caso de este último debe iniciarse juicio sucesorio con los consiguientes efectos que produce ese proceso universal.
- 4) Respecto que la disolución de la sociedad conyugal ocurra por separación o divorcio vincular (art. 1306 del Código Civil), también debe protegerse la vivienda familiar.

4) LOCACIÓN FORZOSA

Encontramos una norma, a nuestro juicio desafortunada, como es la del artículo 211 del Código Civil incorporada por la ley 23.515, pues ciertamente se trata de una locación forzosa (Ival Roca: "Locación Familiar Imperativa"; L.L. T° 1987-C, pág. 802), y lamentablemente ya conocemos bien lo que suele ocurrir cuando se interviene en estos contratos.

Por tanto, no parece ser el remedio más adecuado para proteger la vivienda familiar, pues el legislador en el afán de proteger un bien, da por tierra a otro como el que prevé el artículo 6 de la ley 21.342 que no se encuentra derogado:

"El Estado garantiza la libertad de contratación y el ejercicio regular de los derechos de los contratantes en las locaciones iniciadas o que se iniciaren a partir del 1º de enero de 1974. Las condiciones pactadas entre locadores y locatarios no serán alternadas por el Poder Público ni este aplicará medidas en relación con las locaciones urbanas que deban ser cumplidas a expensas de una sola de las partes".

Hay sin duda, otros mecanismos para dar solución al tema que nos ocupa, entre otras como la dispuesta por el artículo 891.1 del Código Civil uruguayo que citamos anteriormente.

No participamos de otorgar una "locación" como la prevista por el artículo 211 que, en última instancia, es violatorio del artículo 16 de la Constitución Nacional.

No obstante lo expuesto, los Jueces con su prudente arbitrio, si no existiere acuerdo sobre este punto, deberán tomar las medidas necesarias para que los menores no se vean privados de tener una casa donde vivir. Pero de ninguna manera creemos que corresponde la celebración de un contrato de locación en forma compulsiva, pues lo único que genera esta legislación es mayor inseguridad violando la Constitución Nacional (art. 17 C.N.).

Si bien es necesario protegerla de las diferentes vicisitudes que se presentan en la vida, la forma en que ha quedado legislada en este último supuesto, no parece ser la más adecuada y resulta imperiosa su reforma.

5) SÍNTESIS DE LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

a) Analizamos como la ley 14.394 brinda protección a la vivienda donde habita la familia, pero es necesario que su titular requiera su aplicación, pues por sí misma no tiene operatividad.

Ya sabemos que es muy difícil acceder a una vivienda y el problema social grave que representa. No en vano la Constitución Nacional la enuncia en el artículo 14 bis y por tanto debe ser concretada.

De tal modo que aquél que logra alcanzarla es lógico que se le brinde la mayor protección, lo cual no quiere decir que si el propietario y su núcleo familiar no lo hacen el legislador deba ir más allá.

Naturalmente que sin contar con un inmueble que sea el asiento de la familia, el desarrollo de ésta y su protección será sumamente dificultoso por no decir casi imposible.

b) La doctrina social de la Iglesia, a través de distintas encíclicas, ha tomado posición en esta materia indicando que no debe perderse de vista el interés familiar.

Por tanto, todo hombre para llevar una vida digna es necesario que tenga acceso a sus alimentos, al vestido, a la vivienda, a fundar una familia, a elegir sin condicionamientos un estado de vida, etc.

Es un fin perseguido el bien común de toda la familia humana (Juan XXIII: Encíclica Mater et Magistra).

También el Concilio Vaticano II, inculcó el respeto al hombre y creemos, entre otras cosas más, que uno de los caminos para alcanzarlo es el acceso a la vivienda y la protección de la familia.

En suma, estamos frente a un tema que debe brindársele la mayor atención y no puede ser descuidado.

La vivienda familiar es el asiento principal donde los cónyuges y sus hijos, si los hubiere, permanecen en forma permanente, en una palabra es el lugar donde viven y se desarrollan. De allí la importancia que ella tiene.

Nuestra ley positiva ha ido progresando en el tiempo para resguardarla, pero creemos que aún queda un largo camino por seguir.

c) La norma del artículo 1277 del Código Civil previó el consentimiento de ambos cónyuges para disponer el inmueble propio de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces y ella se aplica también después de encontrarse disuelta la sociedad conyugal, cualquiera sea el carácter del bien (propio o ganancial).

Y ante la negativa de uno de ellos, el Juez podrá suplir ese consentimiento, siempre y cuando el bien fuese prescindible y no se vea comprometido el interés familiar.

Téngase en cuenta que ante la oposición del cónyuge que debe dar su asentimiento, éste deberá fundarlo en una causa justa que valorará el Juez y si no se la recibe recién podrá otorgar la autorización para disponer del bien.

Entendemos que este principio introducido por la ley 17.711 tiende, sin lugar a dudas, a la protección de la vivienda familiar, valorando de este modo, los derechos de ambos cónyuges en aras de un interés superior como es la sociedad conyugal y la familia, institución a la que le damos el carácter de protección del orden público.

Desde otro ángulo, recordamos la clásica definición de Portalis sobre el matrimonio como "... sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse por medio de asistencia mutua a sobrellevar el peso de la vida y para compartir una misma suerte".

Para ello dependerá el bienestar económico que puedan alcanzar y lograr, como ya dijimos, una vivienda digna que los ampare. De allí que una vez disuelta la sociedad conyugal, por las razones que ocurran, el asiento donde se estableció, la morada debe gozar del mayor de los amparos pues más allá de ser un fin en sí mismo, la sociedad toda logra de ese modo un beneficio que redunde en su desarrollo.

d) El principio general consiste en que una vez disuelta la sociedad conyugal, los bienes que la componen naturalmente deben partirse, adjudicándose a cada cónyuge la mitad de los gananciales, salvo que convinieren hacerlo de una

manera diferente y que el Juez no lo objetare (art. 236 del Cód. Civil), por afectar gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos.

e) Empero, hay causales que impiden que ello se lleve a cabo en su totalidad. Así, por ejemplo, no se procederá a la liquidación del inmueble, sede del hogar conyugal cuando estuvieren afectado como bien de familia (art. 34 a 50 de la ley 14.394), se trata de una norma que defiende la vivienda familiar.

Cuando analizamos someramente la ley 14.394, advertimos en los artículos 51 a 53 que el testador puede imponer a sus herederos aún forzosos la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor a diez años.

Esta potestad del causante entendemos que se trata de un fundamento de protección, que en determinados casos, comprenda una tutela de índole familiar.

f) También analizamos el artículo 3573 bis del Código el cual tiene también carácter asistencial.

g) No compartimos la locación obligatoria o forzosa creada por el artículo 211 del Código Civil desde que existen otras modalidades para proteger la vivienda familiar y al cónyuge inocente, el cual creó un estado de indivisión respecto de ese bien.

h) Como corolario podemos concluir que la liquidación de la sociedad conyugal no debe ser impedimento para proteger la vivienda familiar.

Es más, señalemos varias normas de nuestro ordenamiento que brindan eficaz protección y que a nuestro juicio no son limitativos, máxime que la vivienda familiar se la debe considerar bajo la protección del orden público.

Si bien los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley (art. 2502 del Cód. Civil), el derecho al uso de la vivienda familiar, puede ser tratado como un "derecho real de uso y habitación", amparado por el artículo 2948 y ss. del Código Civil, pues presenta una relación directa entre la cosa y el titular (S.C. Cifuentes: "Código Civil Comentado y anotado", Tº III, art. 2948, pág. 567).

En suma, los Jueces como naturales intérpretes de la ley deberán llenar los vacíos legales que se presenten para no dejar que avancen en contra de ella y brindarle la máxima protección.

LA NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO CONYUGAL DEL ART. 1277 DEL CÓDIGO CIVIL

POR JOSÉ LUIS PÉREZ RÍOS

I.- INTRODUCCIÓN

Quizá uno de los pasajes menos felices del texto originario del Código Civil de Vélez Sársfield, sea el referido al matrimonio y a sus derivaciones jurídicas; por caso, la incapacidad de la mujer casada y, la llamada sociedad conyugal como lógica proyección crematística del matrimonio. No sólo en lo que hace al planteo metodológico sino también, al contenido regulatorio de tales institutos.

En efecto, Vélez no legisla en el LIBRO PRIMERO. "De las Personas"; SECCIÓN SEGUNDA. "De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia"; TITULO I. "Del matrimonio", el matrimonio civil, sino el católico; toda vez que en el CAPITULO III.- "De la celebración del matrimonio", su art. 167 aclaraba: "El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica". Con lo cual se remitía al derecho Canónico.

Como se recordará, es recién con la ley 2393 sancionada el 2 de noviembre de 1888 que se consagra el "matrimonio Civil", lográndose acertadamente a partir de entonces que, personas de todos los credos religiosos y, los agnósticos por igual, pudieran acceder a un único matrimonio jurídicamente válido que era esencial en un país como el nuestro, receptor por entonces de amplios contingentes migratorios; no todos católicos, al uniformar por una ley imperativa, la relación matrimonial.

Este régimen legal de "matrimonio civil", es el que nos rige hasta nuestros días, con las modificaciones introducidas por la ley 23515 (B.O. 12/06/87), cuyo principal logro ha sido consagrar el "divorcio vincular" no legislado en la ley 2393; con la acotada salvedad del art. 31 segunda parte de la ley 14394 de 1954, dejado en suspenso por el decreto—ley 4070 y luego derogado por el art. 9 de la ley 23515.

Pero además, debemos destacar que a pesar de existir desde el originario Código Civil de 1869, un único régimen matrimonial según visto; aspectos indisolublemente ligados a este fueron desmembrados en su tratamiento del TITULO I "Del matrimonio", ubicado en la SECCIÓN SEGUNDA. "De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia", del LIBRO PRIMERO.

“**De las Personas**”, como por caso han sido los de la “incapacidad de la mujer casada” y, la llamada “sociedad conyugal” que, con un enfoque metodológico —en nuestro entender— desacertado, fueron regulados en otras partes del Código Civil.

Así, la incapacidad de la mujer casada fue consagrada en el Código de Vélez con un contenido erróneo, en el LIBRO PRIMERO “**De las Personas**”, SECCION PRIMERA: “**De las Personas en General**”, TITULO 2: “**De las Personas de Existencia Visible**”; reservado para las incapacidades de hecho, arts. 55 inc. 2º y 57 inc. 4º. Cuando en realidad no se trata de una “incapacidad de hecho” sino, lisa y llanamente, de una “incapacidad de derecho” que, como tal, debería haber sido legislada metodológicamente en forma conjunta con el “matrimonio”; institución de orden público que la generaba, en la SECCION SEGUNDA: “**De los Derechos Personales en la Relaciones de Familia**”, TITULO 1: “**Del matrimonio**”, del LIBRO PRIMERO “**De las Personas**”.

El mismo Llambías (1), al fundamentar esta incapacidad de la mujer casada en el texto originario del Código Civil, aclara: “Acerca de este punto no se duda tampoco de que el fundamento de la incapacidad, no residía de ninguna manera en las viejas ideas sobre la inferioridad del sexo femenino, sino en la conveniencia de concurrir a la consolidación del núcleo familiar, en obsequio de lo cual se imponía a la mujer el sacrificio de su autonomía. De ahí que cuando ya el grupo estaba quebrantado —casos de divorcio, viudez, etc.— la mujer recobraba su capacidad normal, salvo para estar en juicio (art. 210). No obstante como un resabio de perimidos criterios, el codificador privó a la mujer aún soltera, del derecho a ser tutora o curadora (arts. 398 y 475) así como de ser testigo en instrumentos públicos (art. 990)”.

Siendo así, esta incapacidad que Vélez regula en el Código Civil en los arts. 55 inc. 2 y 57 inc. 4, como de “hecho relativa” remediable a través de la “representación necesaria del marido”; no es tal, toda vez que la mujer casada no tiene como persona ninguna disminución psíquica ni de madurez frente a su marido. Basándose ella exclusivamente en la circunstancia de haber adquirido la mujer, en forma derivada y voluntaria, el estado civil de casada ya que, como lo aclaró expresamente la ley 11357 en 1926, art. 1: “La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad”. (Cabe aclarar que la expresión “ejercer”, permite advertir que la norma trascripta hace, también, una errada alusión a una supuesta “incapacidad de hecho”).

Esta norma fue luego perfeccionada con la nueva redacción introducida en el año 1968 por la ley 17711 que, clarificó definitivamente el tema: Art. 1 (texto ley 17711). “La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil”.

(1) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil Parte General*”, Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 826, “Fundamento de la incapacidad”, pág. 566.

Simultáneamente la ley 17711 reformuló el art. 55 del Código Civil, suprimiendo el inc. 2 y; eliminó el inciso 4 del art. 57 del mismo cuerpo legal, por tratarse de una institución anacrónica quedada en el tiempo.

Por ello, antes de ahora (2), expresamos: “...regresando al primitivo texto del art. 55, el codificador comprendió dentro de su regulación, a los menores adultos y, a las mujeres casadas. Dos supuestos heterogéneos de muy diversa naturaleza y fundamentación...”.

Respecto de la llamada “sociedad conyugal”, también se advierte en la redacción originaria del Código Civil, el error metodológico; ya que, a pesar de ser la proyección natural y necesaria del matrimonio en el plano de los bienes; Vélez ubica su tratamiento entre los contratos; en el TITULO 2: “**De la sociedad conyugal**”; SECCION TERCERA: “**De las obligaciones que nacen de los contratos**”, del LIBRO II. “**De los derechos personales en las relaciones civiles**”.

Así, por otra parte, lo reconoce expresamente el art. 1261 del Código Civil, al decir: “La sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después”.

Por su parte, el vigente art. 1291, dispone: “La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges”. El art. 1306 del Código Civil (texto ley 23515), sienta en lo pertinente: “La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe...”. Como así también el art 30 de la ley 14394 en materia de “presunción de fallecimiento”, establece en su último párrafo: “...Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal”.

Vale decir, el matrimonio que tiene un origen “convencional” no “contractual” (3), basado en el acuerdo de voluntades de los contrayentes en pleno cumplimiento de los preceptos jurídicos de “orden público” de fondo y de forma que lo regulan para su existencia válida (conf. arts. 172 y 159 C. Civil, texto ley 23515); proyecta entre otros efectos, en el campo de los bienes, a la llamada “sociedad conyugal” que nace necesariamente como derivación automática y coetánea del matrimonio (conf. art. 1261 C. Civil), que le da su exclusiva razón de ser.

La denominada “sociedad conyugal” (4), no es un “contrato” a pesar de su ubicación metodológica en el Código Civil; y, lo que dispone el art. 1262 de

(2) PÉREZ RÍOS, José Luis, “*La inhabilitación civil. Régimen sustancial y procesal*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Capítulo I. “Introducción”, pág. 5.

(3) MESSINEO, Francesco, “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”, traducción Santiago Sentis Melendo, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Parágrafo 53, pág. 38, Punto 5.

(4) AZPIRI, Jorge O., “*Régimen de bienes en el matrimonio*”, 2ª. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007. Parágrafo 8. “Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal”, pág. 66.

dicho cuerpo legal. Sino la proyección necesaria de todo matrimonio válido en el plano crematístico que, genera imperativamente en el ámbito legal el estatuto que la rige (ver art. 1261 C. Civil).

Como afirma Sambrizzi (5): "En definitiva, tal como ya hemos referido e iremos viendo a lo largo de este trabajo, el régimen patrimonial del matrimonio es de carácter imperativo, pues los esposos deben sujetarse al único régimen existente, no pudiendo optar entre distintas alternativas, o por el sistema que a ellos les parezca conveniente, como, en cambio, ocurre en otras legislaciones.

Dicho régimen es el de comunidad de bienes, pero restringidos a determinados bienes, y no a todos los que poseen los esposos. Se ha afirmado al respecto que el régimen patrimonial argentino es un estatuto legal, inmutable, forzoso, que encuadra en el sistema de comunidad de gananciales. El régimen de comunidad tampoco comprende a todos los bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio, pues determinados bienes pueden ingresar al patrimonio de uno de los esposos por legado, herencia o donación —que constituyen bienes propios—, o por subrogación real, en reemplazo de otro bien de carácter propio.

La administración de los bienes es separada, pues, como regla general y con la limitación establecida en el artículo 1277 del Código, cada uno de los esposos administra y dispone libremente de sus bienes propios y de los adquiridos a su nombre con su trabajo o por cualquier otro título legítimo.

Asimismo, la titularidad de los bienes marca el límite de la responsabilidad de cada uno de los esposos frente a terceros, con la salvedad de las obligaciones contraídas por el otro cónyuge, cuando lo hayan sido para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes, supuestos en los cuales sólo responde con los frutos de los bienes propios y con los frutos de los gananciales que administre.

Señalamos, por último, que a la disolución de la sociedad conyugal, la totalidad de los bienes gananciales se dividen por mitades entre los esposos, o, en el supuesto de muerte, entre el cónyuge superviviente y los herederos del esposo fallecido".

Dicho lo cual, consideramos haber avanzado en nuestro cometido, al clarificar la causa del gran obstáculo que debió sortear en 1968, la ley 17711, para introducir en nuestro Código Civil el texto actual del art. 1277, correspondiente al régimen legal de la llamada "sociedad conyugal". El cual no hubiera podido tener razón de ser, de no haberse eliminado totalmente la "incapacidad" que pesaba sobre la mujer casada, en virtud de lo que disponían los arts. 55 inc. 2

(5) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Régimen de bienes en el matrimonio", Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, Punto 38. "El régimen patrimonial vigente del matrimonio", pág. 131.

y 57 inc. 4 del Código Civil; atenuada en el año 1926, por la ley 11357, llamada "De los derechos civiles de la mujer".

Este es el tema que específicamente nos ha de ocupar, por resultar esencial garantizar la seguridad jurídica en la llamada "sociedad conyugal", en un plano de equilibrio e igualdad para ambos cónyuges.

II.- LA SOCIEDAD CONYUGAL. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Como comienzo, nos parecen apropiadas estas palabras de Messineo (6): "La familia tiene, también, una función de orden patrimonial. Provee al sostenimiento de sus componentes y a la educación e instrucción de los hijos y, por lo tanto, necesita de medios patrimoniales para dar cumplimiento a tales cometidos.

Esto explica que, junto al régimen personal, coexista, o pueda coexistir, un régimen patrimonial de la familia. Este último se establece principalmente entre los cónyuges.

La nueva legislación habla de régimen patrimonial de la familia y no de relaciones patrimoniales entre cónyuges...".

Pero fuera de estas generalidades, propias del derecho italiano; como así también las que hemos expuesto en el punto anterior de este trabajo, al afirmar: "...el matrimonio que tiene un origen "convencional" pero no "contractual", basado en el acuerdo de voluntades de los contrayentes en pleno cumplimiento de los preceptos jurídicos de orden público de forma y de fondo que lo regulan para su existencia y validez (Conf. art. 172 y 159 Cód. Civil, texto ley 23.515); proyecta entre otros efectos, en el campo de los bienes, a la llamada "sociedad conyugal" que nace necesariamente como derivación automática y coetánea del matrimonio (conf. art. 1261 Cód. Civil) que le da su exclusiva razón de ser...". Resulta difícil definirla con mayor precisión, toda vez que a más de su naturaleza híbrida y dependiente del matrimonio que le brinda imperativamente su existencia como institución de orden público, no encuadra en pureza dentro de ninguna de las figuras clásicas del derecho civil.

Razón por la cual Azpiri (7) afirma: "Vélez Sársfield reguló las relaciones patrimoniales entre los esposos en el Título II de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil, bajo la denominación "De la sociedad conyugal".

En esa Sección Tercera se legisla sobre las obligaciones que nacen de los contratos, estableciendo el art. 1262 que: "La sociedad conyugal se rige por

(6) MESSINEO, Francesco, obra y tomo de cita (3), Parágrafo 61, Punto 1.—, pág. 100.

(7) AZPIRI, Jorge O., obra de cita (4), Parágrafo 8, "Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal", págs. 65/66.

las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este Título”.

De este breve análisis puede entenderse que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal efectivamente es la de una sociedad.

Sin embargo, la realidad es que la sociedad conyugal no es un sujeto de derechos independiente de la persona de los cónyuges, por lo que no es titular de derechos y obligaciones, no tiene un patrimonio porque los bienes pertenecen a los cónyuges, y no existe responsabilidad social por las obligaciones contraídas por alguno de los esposos.

A partir de este punto, prácticamente cada autor ha elaborado una teoría para tratar de desentrañar la naturaleza jurídica del régimen patrimonial regulado en el Código Civil, sin lograr una descripción que se ajuste a alguno de los modelos preestablecidos.

Así, se ha sostenido que es un condominio, un estatuto legal forzoso, un patrimonio de afectación, una comunidad diferida, una institución *sui generis*, una sociedad civil pero sin personalidad jurídica, o una comunidad de intereses entre los cónyuges, por señalar las posiciones más destacadas.

Por lo tanto, y mientras se mantenga la legislación actual, en mi opinión no existe una manera general de encuadrar el régimen patrimonial dentro de algún esquema teórico previo, sino que su caracterización se desarrollará pormenorizadamente a lo largo de este Capítulo, destacando sus elementos esenciales.

Esta posición puede ser vista como una forma de eludir el problema, pero la discusión acerca de la naturaleza jurídica, si bien importante en la mayoría de los casos, respecto de la sociedad conyugal resulta una tarea infructuosa. Y lo relevante es que existe una masa de bienes que debe ser compartida al término del régimen; que en la redacción original había una unidad de administración, como regla general, en cabeza del marido, y en la actualidad cada cónyuge administra y dispone de sus bienes —con algunas restricciones— y que cada cónyuge responde por sus propias deudas, salvo en algunos casos específicamente previstos en la ley”.

Otros juristas, como Borda (8), se preguntan: “¿Qué es, jurídicamente hablando, la comunidad conyugal? ¿Es una sociedad, una persona jurídica, un patrimonio afectado a ciertos fines, un condominio? La cuestión ha dado lugar a largas controversias...”.

Finalmente concluye (9): “...La solución debe surgir de un análisis realista de los hechos. Hay algo que está fuera de duda, y es que los bienes son comu-

(8) BORDA, Guillermo A., *“Tratado de Derecho Civil. Familia”* 10ª. Edición, actualizado por Guillermo J. Borda, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, Punto II. “La comunidad o sociedad conyugal”, Parágrafo 1. “Naturaleza jurídica”, Nº 286. “Distintas teorías”, pág. 221.

(9) Id. que anterior, pág. 226.

nes. Cualquiera sea el esposo o esposa que tenga el derecho de administración y disposición, lo cierto es que ellos son aprovechados y gozados por ambos; sirven a sus necesidades, con ellos se alimentan y visten; viven en la casa común, cada uno los considera como propios. Hay, pues, un **condominio**, en el sentido de que ambos son dueños, no en el del derecho real legislado en los arts. 2673 y s., C. Civil; esos bienes tienen, además, un objeto primario, que es responder a los gastos y cargas del hogar; la comunidad está imbuida de un espíritu de asociación, pues, como dice BIBILONI, el régimen ha sido concebido “para mantener y estrechar la unión entre los cónyuges, estimularlos en la cooperación y vincularlos a la prosperidad común”.

Se trata, por tanto, de un condominio organizado sobre bases distintas a las que son propias del derecho real del mismo nombre; en otras palabras, es una copropiedad peculiar, de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por la ley a uno u otro cónyuge según el origen de los bienes”.

En lo personal, a mas de no adherir al planteo del tema tal como lo formula Vélez Sársfield en el Código Civil ya que, lejos de tratar la “comunidad de bienes” conjuntamente con el matrimonio; por ser una proyección de orden público accesoria de aquel (conf. arts. 1261 y 2328 —interpretado extensivamente— del Cód. Civil). La regula independientemente del matrimonio, en el Libro Segundo “De los derechos personales en las relaciones civiles, Sección Tercera: “De las obligaciones que nacen de los contratos”, Título 2: “De la sociedad conyugal”, conjuntamente con los “**contratos**”, al darle la errónea connotación de “**sociedad**” (ver arts. 1137 y 1262 Cód. Civil).

El Código Civil define al contrato en el art. 1137: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

En tanto su nota aclara: “Savigny, **Derecho Romano**, tomo 3., parágrafo 140. “Es preciso, dice este autor, tener en consideración el objeto de la voluntad. Si pues dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisición de una ciencia, o de un arte, sería impropio dar a este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho”. Freitas es más claro en la materia; dice que “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios”; es decir, que una de las partes se constituye deudora, y la otra acreedora, o que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores. Mayns dice, que “contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones”, parágrafo 281, lo mismo Domat, Lib.1, Tít.1, parágrafo 1.

Los jurisconsultos distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso común se llaman convenciones a los contratos. Aubry y Rau definen: “Convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y contrato es la convención en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera”. Durantón, distinguiendo las convenciones de los contratos,

dice que ellas no comprenden sólo los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio y de cláusula que las partes tengan en mira. **Verbum conventionis**, dice la Ley Romana, **ad omnia de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt qui Inter ser agunt**. L. 1, parágrafo 3, Dig. **De pactis**".

Como se advierte, el "consensus" o "acuerdo de voluntades", es de la esencia del contrato. En consecuencia, no se advierte en la llamada "sociedad conyugal" según denominación de nuestro Código Civil, que sea un contrato independiente ya que, el "matrimonio" es el que exclusivamente la proyecta como accesorio de este (conf. art. 1261, e interpretación extensiva del art. 2328 Cód. Civil); por una determinación de orden público de la ley para el buen gobierno de los bienes traídos al matrimonio; y, no, por acuerdo de voluntades de los cónyuges, ya que ello es resorte exclusivo de una ley imperativa.

Por lo demás, esta "sociedad conyugal" tampoco podrá ser una persona jurídica ya que carece de los atributos de la personalidad que la configuran como tal (10).

(10) Expresan Marta STILERMAN - Silvia SEPLIARSKY, "*Sociedad conyugal*", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, Punto VI. "La sociedad conyugal no es persona jurídica", págs. 47/48: "Aún cuando la denominación "sociedad conyugal" parece indicar la atribución de personalidad, y sin perjuicio de la existencia de opiniones aisladas en tal sentido, podemos afirmar que:—cuanto menos en nuestra legislación— la sociedad conyugal carece de personalidad jurídica por falta de uno de sus atributos esenciales: el patrimonio. En efecto, pese al texto de las normas legales vigentes, los bienes—tanto propios como gananciales—son de titularidad de uno u otro de los cónyuges o de ambos conjuntamente. Las normas que regulan la responsabilidad por deudas responden a este concepto que no se ve modificado por la restricción del artículo 1277 CC, la especificación referida a las cargas de la sociedad conyugal contenida en el artículo 1275 o la ausencia de obligación de rendir cuentas para el cónyuge administrador. La carencia de personalidad jurídica se corrobora toda vez que la sociedad conyugal no adquiere derechos ni contrae obligaciones, siendo aquellos adquiridos y estas contraídas en forma exclusiva por los cónyuges".

Por nuestra parte debemos agregar que, no es sólo el atributo del "patrimonio" el que carece esta mal llamada "sociedad conyugal"; sino en general, todos los atributos que conforman una "persona jurídica". Así carece de "nombre", por no tener vida jurídica propia y actuar los cónyuges exclusivamente a nombre propio. No tiene "domicilio", ya que este, es el del cónyuge a quien pertenece el bien "Propio" o, "Ganancial", de que se trate. No tiene "capacidad" propia, ya que esta es la exclusiva de los cónyuges. Como dice Santos Cifuentes, en "Elementos de derecho Civil. Parte general", 4ª. Edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, B) "Atributos de la persona", Parágrafo 57. "Concepto.- ...La persona, por tanto, está jurídicamente conformada con dichos componentes estructurales de su individualidad, que son, sus atributos, es decir, "las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto-persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho" (Cifuentes)".

En consecuencia, nos parece que la mal llamada "sociedad conyugal" no es otra cosa que el "estatuto legal" de los bienes de los cónyuges traídos al matrimonio (ver art 1261 Cód. Civil). Cuya regulación realiza la ley por ser de orden público.

De este modo, coincidimos con el voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en el fallo de la Suprema Corte de Mendoza, Sala I, agosto 6—1991.— 43.816.-G. de B, A. en J: 79.569 L., E. C. A. y otros (11), al sentar: **"1. El régimen patrimonial matrimonial argentino es, por el momento, un estatuto legal, inmutable, forzoso, que encuadra en el sistema de comunidad de gananciales.**

El régimen de comunidad se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus sucesores a la disolución del régimen, sin que sean elementos configurantes ni la gestión conjunta ni la unidad de masa. En esta línea de pensamiento, el Primer Congreso Hispano Americano de Profesores de Derecho de Familia, reunido en Salta en 1983 aprobó por unanimidad el siguiente despacho: "La indivisión y la gestión conjunta son elementos no esenciales del régimen económico de comunidad en el matrimonio. No es pues, incompatible con ella que cada cónyuge sea propietario exclusivo, constante matrimonio, de bienes gananciales, ni menos que los administre libremente"... Luego agrega: "Este régimen es de administración separada, aunque con tendencia a la gestión conjunta, pues los actos económicos y jurídicamente más relevantes requieren del asentimiento conyugal; no obstante, como durante la vida de la sociedad conyugal los bienes gananciales adquiridos por uno solo de los cónyuges no son de propiedad común, sólo dispone el cónyuge titular; no hay codisposición (ver, entre muchos, los siguientes fallos, CNCiv. Sala A, agosto 19-1975, ED, 63-362; sala B, febrero 23-1977, ED, 75-315; sala C, noviembre 2-1976, ED, 72-605; sala D, diciembre 21-1976, ED, 75-242, etc.).

No hay codisposición pues no existe condominio ni cotitularidad sobre los gananciales adquiridos por uno solo de los cónyuges..."

Por su parte, opina Juan Carlos Smith (12): "...La denominada **sociedad conyugal** no es, en el ordenamiento jurídico argentino, una sociedad civil. No es un ente con existencia jurídica propia al que corresponda la titularidad del dominio de los bienes gananciales ni, mucho menos, la capacidad autónoma para otorgar actos jurídicos. "Sociedad conyugal" es la denominación —por cierto impropia— de un régimen de derechos y obligaciones concurrentes de los cónyuges respecto de un conjunto de bienes considerados de propiedad común. Es la denominación de un sistema legal de copropiedad indivisa, organizado a semejanza del condominio, en el cual la administración de los bienes que comprende es conferida por la ley a un cónyuge o al otro, según el origen de aquéllos.

(11) ED. Tomo 144, pág. 499, SC Mendoza, sala I, 6/8/1991.- G. de B, A, en J: 79.569 L., E. c. A. y otros. (voto Dra. Kemelmajer de Carlucci).

(12) SMITH, Juan Carlos, LL., Tomo 136, Punto VII, págs. 153 —in fine—/154 in fine.

Si ésta es, como entendemos, la posición correcta, no puede sostenerse válidamente en nuestra doctrina jurídica que la sociedad conyugal sea un sujeto de derecho".

De "lege ferenda", cabe tener presente que el "Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio", de 1998; en el LIBRO TERCERO. "De las relaciones de familia"; Título II. "Del régimen patrimonial del matrimonio"; Capítulo II: "régimen de comunidad"; Sección cuarta: "Gestión de los bienes de la comunidad", no utiliza la errónea expresión "sociedad conyugal" que, emplea nuestro código vigente.

Finalmente, como síntesis, expresa Santos Cifuentes (13): "Denominado sociedad conyugal, nuestro sistema legal, no convencional, y de carácter forzoso o imperativo, vedando a los esposos su modificación y dejándoles muy pocas facultades a su libre iniciativa. Se ha adoptado el régimen de comunidad en las ganancias o gananciales, que son los bienes comunes adquiridos durante el matrimonio, y de gestión separada, pero limitada ésta por la necesaria conformidad para los principales actos de disposición. Quedan como obligatorios: a) el comienzo y fin de la sociedad conyugal; b) la calificación de los bienes en gananciales o propios; c) las cargas comunes, y d) la responsabilidad frente a terceros".

III.- BIENES QUE INTEGRAN LA LLAMADA SOCIEDAD CONYUGAL

Siendo la llamada "sociedad conyugal", según denominación de nuestro Código Civil, un régimen de carácter forzoso que principia necesaria y fatalmente con el matrimonio que, le da su exclusiva razón de ser (conf. art. 1261 Cód. Civil); la voluntad de los cónyuges carece al respecto de relevancia jurídica.

De este modo, debemos analizar cuales son los bienes que nuestro régimen legal incluye imperativamente como componentes de esta "sociedad conyugal". Al respecto, se debe distinguir entre bienes "gananciales" que son los que generan él ó los cónyuges durante el matrimonio, y los "propios" de cada esposo ó, de ambos, pero no originados en el matrimonio; por caso, adquiridos con anterioridad a la celebración de este; o que con posterioridad alguno de ellos adquiera por donación, herencia o legado (conf. art. 1263 Cód. Civil).

Borda (14) caracteriza a los bienes propios, diciendo: "De una manera general puede decirse que son bienes propios de los cónyuges aquellos que aporta cada uno al matrimonio, los recibidos posteriormente por herencia, donación o legado, y los adquiridos con el producto de aquéllos...". Respecto de los gananciales, también dice Borda (15): "Llámase gananciales los bienes

(13) CIFUENTES, Santos, "Código Civil comentado y Anotado". Director: Santos Cifuentes; Coordinador: Fernando Alfredo Sagarna, 2ª. Edición actualizada y ampliada, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2008, "Doctrina", pág. 139.

(14) BORDA, Guillermo A, obra de cita (8), Punto A.- "Bienes propios", N° 290, "Concepto y terminología", pág. 229.

(15) BORDA, Guillermo A, obra de cita (8), Punto B.- "Bienes gananciales", pág. 249.

adquiridos durante la vida en común por el esfuerzo de cualquiera de los cónyuges, por el juego o el azar o con el producido de las rentas y frutos de los propios y comunes...". Seguidamente, agrega: "Quizá sería más exacto decir que son gananciales todos los que no pertenecen como propios a cualquiera de los cónyuges; y, en efecto, ésta es la idea que se desprende de los arts. 1271 y 1272, ap.1, C. Civil. Sólo que no se avanza mucho con definirlos así, pues la dificultad se traslada entonces a saber cuáles son los propios. Con todo, esta definición tiene un valor: dejar sentado que el principio general es que todos los bienes existentes a la época de la disolución se presumen gananciales, salvo prueba en contrario".

Ambas categorías de bienes; los "gananciales" y los "propios", tienen una naturaleza y régimen legal ajeno a la voluntad de los cónyuges, impuesto imperativamente por la ley.

Para facilitar la prueba sobre la naturaleza "ganancial de los bienes", frente a los propios de cada esposo; el art. 1271 sienta una presunción "iuris tantum" de ganancialidad, al disponer: "Pertenecen a la sociedad 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".

En consecuencia, el carácter propio de un bien deberá ser probado específicamente por el esposo que se considera titular del mismo, en la etapa de disolución de la sociedad conyugal (16).

Por su parte, completa el art. 1272 del Código Civil: "Son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado, como también los siguientes:

Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges.

Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera.

Los frutos naturales o civiles de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad.

Los frutos civiles de la profesión, trabajo, o industria de ambos cónyuges, o de cada uno de ellos.

Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Lo que se hubiese gastado en la redención de servidumbres, o en cualquier otro objeto de que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas.

(16) Conf. CN Civ. en pleno, 14/7/72 "S. de D., M. C. c. D., L. C.", LL, 148-163. Id. CN Civ., Sala I, 2006/08/ 23, D J Online, con nota de Solari, N.E.

Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial”.

Como aclara Santos Cifuentes (17): “Los casos enunciados por el art. 1272, son ejemplificativos, pues hay otros en que los bienes pueden ser considerados gananciales”.

En tanto el principio liminal en materia de administración de la mal llamada “sociedad conyugal”, según expresa el Código Civil, está determinado en el vigente art. 1276, texto ley 17711, el cual dispone: “Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277.

Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido, salvo también lo dispuesto en el artículo siguiente.

Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas”.

La norma trascripta, como se ha visto, remite expresamente al art. 1277, —(texto ley 17711)— del Código Civil. Con ello, ingresamos específicamente en materia.

IV.- EL RÉGIMEN DEL ART. 1277 (TEXTO LEY 17.711) DEL CÓDIGO CIVIL

Como ya se expresó en el PUNTO I.- “INTRODUCCION AL TEMA” de este trabajo, —al cual nos remitimos a fuer de no ser reiterativos—; la incapacidad “sui generis” que pendía sobre la mujer casada en los originarios arts. 55 inc. 2 y 57 inc. 4 del Código de Vélez Sársfield, le generaba una inadmisibles “capitis diminutio” frente a su esposo. Esta irritante e injustificada incapacidad fue luego morigerada en 1926, con la sanción de la ley 11357, llamada de los “Derechos civiles de la mujer”. Fundamentalmente, a través de los arts. 5 y 6 que disponían:

Art. 5.- “Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera 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”.

Art. 6.- “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”.

(17) CIFUENTES, Santos, obra y tomo de cita (13), pág. 175, “Carácter de la enunciación”.

Sin embargo, se debió esperar hasta 1968; esto es, casi un siglo de sancionado el Código Civil, para que la ley 17711 eliminara el inc. 2 del art. 55, reformulando su texto y, derogara el inc. 4 del art. 57; a más de actualizar la ley 11357, a efectos de eliminar tal incapacidad, —en nuestro entender, de “derecho”—, que padecía la mujer casada por la exclusiva causa de haber cambiado voluntariamente de estado civil, al contraer matrimonio válido ya que, en lo personal, ninguna disminución tenía frente a su esposo al que, el viejo y derogado inc. 4 del art. 57 del Código Civil designaba como su representante necesario.

Esta opinión personal, en cuanto a la naturaleza jurídica de la incapacidad que padecía la mujer casada en el texto originario del Código de Vélez; se encuentra robustecida en la nueva redacción de la ley 17711, al art. 1 de la ley 11357 que ahora textualmente expresa: “**La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil**”.

La ley 17711 tuvo indiscutiblemente, en este aspecto, un saludable propósito al equiparar jurídicamente a la mujer casada con su cónyuge. Obviamente esta equiparación debía garantizarse con una norma que asegurara en la realidad, estos saludables propósitos jurídicos que, en general, son los que protegen ahora a todo cónyuge no administrador frente al que sí lo es; independientemente que sea hombre o mujer.

Siendo así, la reforma de 1968 al Código Civil, reformula el texto del art 1277 estableciendo un adecuado mecanismo de contrapesos a través del necesario asentimiento del cónyuge no administrador para que el que administra pueda disponer de los bienes comprendidos en su texto (18).

Establece el art. 1277 (texto ley 17711) del Código Civil:

“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

(18) Tiene dicho la jurisprudencia: “El art. 1277 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), requiere el asentimiento del cónyuge no administrador para actos voluntarios de disposición, pero no se aplica cuando se trata de una venta forzada, lo cual posibilita que el acreedor de los daños y perjuicios, por vía de la ejecución correspondiente, pueda eventualmente hacer salir del patrimonio del titular el bien objeto del contrato frustrado”. (CNCiv., Sala C, 1981/11/30, LL., 1982-B, 82). Id. “El asentimiento general anticipado, anterior o después del matrimonio, viola los arts. 1218 y 1219 del Cód. Civil. El espíritu del art. 1277 es el de requerir conformidad con cada acto en particular y según las condiciones de cada acto, por lo que no basta una autorización genérica, la cual equivaldría a dar un mandato en el interés exclusivo del mandatario. El mandato general al otro cónyuge, es un acto diferente al asentimiento general para actos de disposición”. (CNCiv., Sala C, 1987/10/07, ED, 127-499). Id. “El art. 1277 Cód. Civil debe interpretarse en el sentido que es requisito para obtener la autorización judicial, precisar los elementos básicos de la operación, verbigracia: precio, forma de pago, garantías etcétera, y no limitarse a decir que se quiere vender. (CNCiv., Sala C, 1969/07/10, ED, 31-539).

negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de la 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, trátese 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".

El nuevo texto del artículo transcrito, garantiza jurídicamente lo que en la vieja fórmula del art. 1277 del Código de Vélez, no era para la mujer casada más que una expresión de deseos, cuando en su primera parte establecía: "Puede —(aclaramos que la norma se refiere al marido, según disponía el enunciado del viejo art. 1276, con las salvedades que indicaba)—, enajenar y obligar a título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo los derechos de la mujer cuando la enajenación fuere en fraude de ella..."

Ahora, —a partir de 1968—, cada cónyuge tiene expresamente, según el nuevo texto del art. 1276 (ley 17711) del Código Civil: "... la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277..."

En tanto la actual redacción del art. 1277 (texto ley 17711) del Código Civil, exige específicamente y en concreto: "...el **consentimiento de ambos cónyuges** para disponer o gravar 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 estas..."

En realidad, como se advierte en la transcrita primera parte del art. 1277 y, también, ello es evidente en la segunda, cuando dice: "...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...". Lo exigido, es en realidad, el "**asentimiento**" del cónyuge que no administra dichos bienes, para el que los tiene inscriptos a su nombre y, los administra, pueda disponer de ellos válidamente.

Sobre el particular aclara Borda (19): "Según el art. 1277, la disposición de ciertos bienes gananciales exige el **consentimiento de ambos cónyuges**. La ley ha usado una fórmula poco feliz. Parecería indicar que los dos consentimientos son de la misma naturaleza y que ambos cónyuges disponen del bien. No es así, sin embargo. El derecho de administrar y disponer le corresponde al cónyuge a quien la ley reserva ese derecho (art. 1276). En consecuencia, el acto de enajenación tiene un carácter complejo: quien **dispone** del bien es el

(19) BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil. Sociedad conyugal (II). ED, T. 33, pág. 751, Punto 3. "Naturaleza del asentimiento del cónyuge", N° 4.

cónyuge administrador; el otro no hace sino prestar su **asentimiento** al acto. En otras palabras, este último admite, da su venia. Es una forma de completar una manifestación de voluntad de por sí sola insuficiente para producir efectos jurídicos. Es una declaración de voluntad unilateral, en tanto que el consentimiento, propiamente dicho, es bilateral..."

Por su parte la Enciclopedia "Espasa-Calpe SA" (20), expresa: "ASENTIMIENTO. Der. Especie de consentimiento, del que en sentido estricto se diferencia en que es posterior a la realización del acto. ASENTIR. V.N. Ser del mismo dictamen de otro". Ello es así, toda vez que la disposición del bien comprendido en el art. 1277 del Código Civil, es determinada en primer término por el cónyuge administrador; en tanto que el otro que no administra, controla y, si le parece bien, asiente la realización del acto jurídico.

Sin perjuicio de analizar en el punto siguiente la estructura jurídica del art 1277 (ley 17711) del Código Civil. Debemos reconocer que, el nuevo texto introducido por la reforma de 1968 marca para la época en que fue introducido, un antes y un después; donde la mayor beneficiaria ha sido la mujer casada que, como vimos, su status de "incapacidad" concluyó a partir de entonces.

Siendo así, el nuevo contenido del art. 1277 mereció los comentarios laudatorios de la doctrina mayoritaria; aunque es de recordar que Llambías lo cuestionó con advertible vehemencia. Provocando el expreso rechazo de Borda.

En tal sentido sostuvo Llambías (21): "...que ésta es una de las más desafortunadas reformas introducidas por la ley 17.711; que el nuevo sistema reduce a los casados mayor de edad a la condición de menores emancipados y, por ello, los estudia junto con los incapaces de hecho; que se trata de una "peregrina idea" a la que se ha llegado para impedir que ante la proximidad de un juicio de divorcio, pueda un esposo enajenar los bienes que él ha adquirido con intención de defraudar al otro cónyuge; que a fin de resguardar de ese perjuicio a la posible víctima, que tal vez constituye un porcentaje ínfimo en el conjunto de esposos normalmente avenidos, se incurre en la demasía de imponer a todos los casados un **status** de incapacidad, con lo que habremos de ver a hombres maduros, cargados de experiencia en los negocios, teniendo que convencer a la esposa de la bondad de tal o cual operación referente a los bienes gananciales; que el resultado de tal sistema será desquiciante del buen orden de la familia, cuyos bienes quedan sometidos al gobierno de un monstruo bicéfalo; que será éste un factor de antagonismo e irritación entre los esposos hasta ahora bien avenidos por esa necesidad de concordar la voluntad de ambos en todo acto de disposición de bienes, lo que originará una discusión perpetua; que, en fin, el nuevo sistema habrá de desalentar la celebración de las nupcias, por la rémora que ellas pueden significar en la gestión de los bienes y la consiguiente desventaja en la ardua lucha por la

(20) Enciclopedia "Espasa-Calpe SA.", tomo 6, pág. 620.

(21) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969, págs. 54 y stes.

vida frente a competidores solteros...". Luego agrega: "...Es el error de legislar para los sanos, que son la generalidad, teniendo en mira un contado número de enfermos; para salvaguardar el interés de algunos, se daña a toda la sociedad".

Esta postura de Llambías, fue refutada por Borda (22), al afirmar: "... Nos detendremos con prolijidad en esta crítica en homenaje al bien ganado prestigio de su autor. Por lo pronto, no es exacto que la nueva ley reduzca a los casados a una situación de incapacidad, parangonable a la de los menores emancipados. No hay ni vestigios de incapacidad en el sistema. Sería como afirmar que los condóminos son incapaces porque necesitan la conformidad de sus condueños para enajenar la cosa común. Pues es de esto, ni más ni menos, de lo que se trata, es decir, de un sistema que exige la conformidad de ambos socios para la disposición de una cosa común.

No podemos aceptar tampoco que se califique al nuevo sistema como una "idea peregrina", dando la sensación de que se trata de una idea que se les ha ocurrido a los autores de la reforma, que sin más, han decidido imponerla a todo el país. Es necesario decir que este es el sistema hoy predominante en la legislación comparada, como que es el que rige en España, ley del 24 de abril de 1958, modificatoria del art. 1413 del cód. civil; en Francia, ley del 12 de junio de 1958, modificatoria del art. 1424 del cód. civil; en Portugal, art. 1682 del cód. civil; en Paraguay, ley del 6 de setiembre de 1954; en Uruguay, ley 10.783 de 1946; en Chile, ley 10.271 de 1952; en Suecia, ley de 1920; en Noruega, ley de 1927; en Dinamarca, ley de 1925; en Finlandia, ley de 1929; en Alemania, ley de 1957; en Yugoslavia, ley de 1946; en Polonia, ley de 1950; en Hungría, ley de 1952; en Rumania, ley de 1954; en Checoslovaquia, ley de 1964. Destacamos la coincidencia que sobre el punto ha habido entre los países occidentales, de civilización cristiana, y los comunistas. ¿No está ello demostrando, elocuentemente, que esta solución responde a los requerimientos de la familia moderna? ¿No es esto una suerte de consenso universal sobre la bondad de la solución? Además, en nuestro país hubieron varios proyectos de leyes que propusieron un sistema similar al del art. 1277: del diputado HERMINIO QUIRÓS (1922), del senador DEL VALLE IBERLUCEA (1918), del diputado CARLOS F. MELO (1919). También lo propuso BIBILONI en su Anteproyecto (ed. Abeledo, t. 5, p. 230). No se trata, pues, de una idea peregrina de los reformadores, sino de una solución que tiene consenso universal y que entre nosotros venía siendo "largamente esperada".

No es exacto que se haya tenido sólo en vista el peligro de que uno de los cónyuges sea defraudado por el otro y que se haya legislado para los sanos teniendo en mira un contado número de enfermos. Ya hemos señalado, al expresar los fundamentos de esta solución, que su fundamento más importante es otro: hacer más viva y operante la sociedad conyugal; hacer que la comunidad no sea ya tan sólo un nombre para convertirla en una realidad, plena de la solidaridad que debe reinar en el matrimonio. Pero debemos agregar que los casos de matrimonios en que uno de ellos ha defraudado al otro

(22) BORDA, Guillermo A., obra de cita (19), pág. 751.

en previsión del inminente divorcio, no son pocos. El hecho se ha producido con dolorosa frecuencia. ¿Y no es acaso suficientemente grave este perjuicio como para adoptar las medidas legislativas tendientes a impedirlo?

No compartimos la opinión de LLAMBÍAS que este régimen es desquiciante del buen orden de la familia. Por el contrario, pensamos que una familia bien ordenada no debe estar sometida a la tiranía del marido y se conjuga muy bien con un sistema que acentúa la solidaridad entre los cónyuges.

Mucho menos creemos que el nuevo sistema ha de convertirse en un factor de antagonismo e irritación entre los cónyuges. En los matrimonios avenidos, que por fortuna son la mayoría, el sistema funcionará con toda facilidad y sin tropiezos. Y si estuviera mal avenido, entonces el consentimiento del cónyuge se hace particularmente importante para evitar el fraude a que ya aludimos.

Por último, nos parece una notoria exageración decir que el nuevo sistema desalentará la celebración de nupcias, al colocar a los casados en una situación de desventaja respecto de los solteros en la lucha por la vida. Estamos absolutamente seguros de que el art. 1277 no ha de provocar la disminución de los casamientos ni fomentará el concubinato. El hombre y la mujer se casan ¡felizmente! cuando están enamorados; salvo contadas excepciones, no hacen menguados cálculos acerca del futuro manejo de sus bienes. Emprenden un **consortium omnis vitae**; y ese **consortium** incluye también los bienes comunes. El nuevo art. 1277 lo expresa mucho más cabalmente que el régimen anterior. Ello explica que, salvo algunas voces disidentes, la reforma haya merecido general aprobación, al punto de que en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, la Comisión que trató el tema (que no llegó a Plenario) la aprobó por 14 votos contra 4. Por su parte, BELLUSCIO dice que el régimen adoptado para la administración de los bienes gananciales representa la introducción en nuestra legislación del sistema más moderno en cuanto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal y el que parece ser más adecuado, pues atiende a la defensa de los derechos de ambos esposos sobre la masa común y traduce esa defensa del modo más eficaz; y agrega que los efectos beneficiosos de la reforma no se detendrán solamente en impedir los actos de un cónyuge tendientes a burlar los derechos del otro, sino que hará de la comunidad una realidad concreta y no la simple esperanza de un derecho eventual, inducirá a los esposos a coparticipar en su gestión patrimonial y reforzará por esa vía los vínculos conyugales".

V.- LA ESTRUCTURA DEL ART. 1277 (TEXTO LEY 17.711) DEL CÓDIGO CIVIL

La actual versión del artículo 1277, producto de la reforma de 1968 al Código Civil, presenta dos partes perfectamente diferenciadas. Cada una de ellas tiene una finalidad tuitiva distinta y, contiene sus propios mecanismos de salvaguarda jurídica para que el asentimiento del cónyuge que debe prestarlo en los términos de la norma, no se convierta en un abuso en el ejercicio de su derecho (conf. art 1071 Cód. Civil), al desvirtuar con su negativa injustificada, la finalidad de protección jurídica establecida a favor de quien tiene el derecho de asentir para validar el acto.

Veamos:

A) Primera parte de la norma

Dispone la primera parte del art. 1277: **"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 negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes..."**

1.- De la lectura de la norma transcrita parcialmente, surge en primer lugar, el tema del **"asentimiento"** del cónyuge no administrador de los bienes gananciales previstos en la misma; para que el otro que sí lo es, pueda disponer válidamente de ellos. Exigencia legal que el artículo denomina erróneamente, **"consentimiento de ambos cónyuges"**.

En cuanto al significado jurídico de ambos términos, nos remitimos a fuer de no ser reiterativos, a lo expuesto en el punto anterior (23). Aunque es dable concluir que este **"asentimiento"** del cónyuge que no administra bienes gananciales de los previstos en la ley, es obligatorio para que las garantías que la norma le brinda a este, no caigan en letra muerta, al convertirse en una mera ilusión carente de efectividad jurídica. (ver art. 1276 (texto ley 17.711).

En líneas generales, este **"asentimiento"** no está sujeto a exigencias formales, toda vez que la ley no lo determina. Puede darse en forma expresa o tácita; formal o no. Pero va de suyo que, si se lo brinda, por caso, en el texto de una escritura pública traslativa de dominio de un inmueble ganancial; en principio será expreso y sujeto a las formalidades de esta; lo cual facilita la inscripción en el respectivo Registro de la Propiedad.

Pero también, como dice Borda (24), puede ser tácito: **"...si uno de los cónyuges ha dado poder al otro para vender un bien ganancial y éste lo vende, no cabe duda que ha prestado su asentimiento..."**

Como aclara Sambrizzi (25): **"...el asentimiento por parte del esposo no titular del bien consiste en un acto jurídico —unilateral—, por cuanto tiene por fin inmediato la creación de una relación jurídica con su consorte (conf., art. 944, Código Civil), consistente en asentir la realización del acto jurídico que, a su vez, pretende realizar este último. El cual, se ha decidido, constituye un acto jurídico complejo."**

(23) Ver en este trabajo, Punto IV. "El régimen del art. 1277 (texto ley 17711) del Código Civil", pág. .

(24) BORDA, Guillermo A., obra de cita (19), pág. 752, Punto 4.- "Forma del asentimiento". N° 5.

(25) SAMBRIZZI, Eduardo A., obra y tomo de cita (5), pág. 376, Punto d) "El asentimiento consiste en un acto jurídico unilateral".

Como se advierte, son dos actos jurídicos distintos, aunque necesarios ambos para la disposición de un bien o la realización de alguno de los actos aludidos en el artículo 1277".

Seguidamente agrega (26): **"Es por lo hasta aquí dicho que el esposo no titular del bien no asume responsabilidad respecto de la otra parte del contrato, no puede ser demandado por incumplimiento, no responde por evicción, ni por el pago de los gastos que origine el acto, ni debe requerirse certificado de inhabilitación por él para la transferencia de un inmueble, ni —como antes señalamos— tiene derecho a la mitad del precio mientras no se haya disuelto la sociedad conyugal."**

Lo que es así por cuanto el esposo que presta el asentimiento no es parte en el acto jurídico para el cual dicha manifestación de voluntad es requerida, por lo que no le alcanzan sus efectos, ni asume responsabilidad alguna con motivo de su celebración, no obstante haberse dispuesto la necesidad del asentimiento requerido, debido al hecho de poder el acto en cuestión llegar a afectar sus derechos, por la expectativa que tiene el esposo no titular del bien a la mitad del mismo —o de su valor— al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal.

En virtud de lo que antecede, el esposo que debe prestar su asentimiento no puede ser demandado, por ejemplo, por escrituración, sino, en todo caso, para que preste el asentimiento..."

Por lo demás, el **"asentimiento"** del cónyuge, como ocurre en todo acto jurídico, —en este caso unilateral—, debe prestarse en los términos del art. 1040 del Código Civil, el cual dispone: **"El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho"**.

Es de destacar que este **"asentimiento"** puede darse antes del acto jurídico de disposición del bien comprendido en el art. 1277 del Código Civil; al momento de su celebración o, posteriormente a este.

Aunque cabe aclarar que antes de materializarse el **"asentimiento"** del cónyuge que debe prestarlo, —por alguna de las formas de manifestación de la voluntad previstas en el Código Civil—, el acto no producirá sus efectos jurídicos propios, es decir, aquellos para los cuales está específicamente destinado.

Por otra parte, este **"asentimiento"** no puede ser general e indiscriminado; sino específico, —sea por sí o por poder especial—, para el negocio en concreto que se debe realizar, para que no haya dudas de cual es el acto jurídico asentido; preservándose de este modo la seguridad jurídica que persigue la norma.

Además, este **"asentimiento"** también debe ser dado en los términos del art. 1277 del Código Civil, en el supuesto de cónyuges separados de hecho,

(26) Id. que anterior, Punto e) "El esposo no titular del bien no asume responsabilidad alguna respecto del cocontratante, ni puede demandar la nulidad del acto".

toda vez que el matrimonio sigue subsistente y vigente la sociedad conyugal, la que recién disolverá de pleno derecho la sentencia firme de separación personal o, de divorcio vincular (conf. art. 1306 —texto ley 23515—, primer párrafo, Código Civil).

Así las cosas, nos parece llegado el momento de plantearnos algo fundamental que hace a la finalidad tuitiva de la norma bajo análisis: El acto jurídico de disposición de un bien comprendido en los términos del art. 1277 del Código Civil que, carece del asentimiento del otro cónyuge que no administra o, lo tiene falsificado o, no cuenta el acto con autorización supletoria judicial ¿es nulo o tan sólo inoponible a éste?

Sobre el particular afirman Stilerman — Sepliarsky (27): “Aún cuando algunos decisorios judiciales sancionan con nulidad al acto realizado sin el asentimiento conyugal, o autorización judicial supletoria en su caso, entendemos que el mismo es válido entre las partes que lo han celebrado pero resulta inoponible al cónyuge que no ha prestado el asentimiento.

Quienes sostienen que el acto carente del necesario asentimiento es nulo aún entre las partes, interpretan que tal nulidad es relativa, por lo que sólo puede ser alegada por el cónyuge cuyo asentimiento ha sido omitido y no por el disponente ni la otra parte.

En caso en que el asentimiento hubiese sido falseado, concurriendo a prestarlo otra persona, el acto conservará siempre su validez entre las partes sin perjuicio de su inoponibilidad al cónyuge y de las pertinentes acciones por fraude y simulación...”

En nuestra opinión, siendo el “asentimiento” del otro cónyuge que no administra una exigencia obligatoria para la legítima disposición de los bienes gananciales previstos en el art. 1277 del Código Civil por parte de su titular que, la ley imperativa establece para impedir la licuación fraudulenta o, perjudicial, de la mal llamada sociedad conyugal. Su omisión, falsificación o, en su defecto, la falta de autorización supletoria judicial, generan la invalidez de todo el acto jurídico ya que, de no ser así, no se cumpliría la finalidad tuitiva de una norma de orden público, como es el art. 1277 del Código Civil, dejando desprotegido al cónyuge no administrador.

Desde ya, entendemos, quienes sostienen la inoponibilidad en el caso, están pensando en un acto válido para todos, menos para el cónyuge no administrador perjudicado; y, no advierten que el acto en cuestión, está viciado en su origen, al violar una expresa disposición de orden público contenida en una ley imperativa que torna inválido al acto frente a todos, esto es, **erga omnes**; en la medida que no sea confirmado (conf. arts. 1059 y stes. Cód Civil) por el cónyuge damnificado; o, en el supuesto del subadquirente de “buena fe a título oneroso” previsto en el art. 1051—in fine— del mismo cuerpo legal.

(27) STILERMAN, Marta - SEPLIARSKY, Silvia, obra de cita (10), Punto X. “Falta y falsedad del asentimiento”, pág. 113.

Si bien el art. 1277 del Código Civil, nada dice obre la nulidad del acto que contravenga su texto. El art. 1042, dispone: “Son también nulos los actos jurídicos **otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez**, o de un representante necesario” (ver también, su nota). En tanto el art. 1043, expresa: “Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, **a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare**”. Finalmente completa el art. 1044: “**Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto**, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”.

Obviamente, estas normas comprenden el supuesto del cónyuge administrador titular del bien ganancial previsto en el art. 1277 del Código Civil, que lo dispone sin cumplir con la exigencia legal de obtener el asentimiento del otro cónyuge no administrador o, en su defecto, en caso de oposición, sin conseguir la supletoria autorización judicial.

Es más, la nulidad también queda cubierta implícitamente en el art. 18 del Código Civil: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

El art. 1277 prohíbe indirectamente que se realicen los actos jurídicos que protege, al decir: “**Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer...**”; esto es, sin contar con el “asentimiento” del otro cónyuge no administrador o, en caso de oposición de este, sin obtener la supletoria autorización judicial. Por lo que cabe destacar que, el acto jurídico de disposición contraviniendo los términos legales, según visto, será “nulo”; esto es, inválido **ipso iure** y, la nulidad “relativa” (conf. art. 1048 Cód. Civil), por beneficiar exclusivamente a la parte afectada la que, luego de cesado el vicio, podrá confirmarlo (conf. art. 1058, 1059 y 1060 Cód. Civil). No olvidando, tampoco, que la acción está sujeta a prescripción liberatoria por el transcurso del tiempo, al no haber accionado dentro de los plazos prefijados por la ley al efecto.

Dice Cifuentes (28): “...Como señala BELLUSCIO, muchas veces se confunde nulidad absoluta con atentado al orden público, y nulidad relativa con ausencia de relación a dicho orden público, pero esto no es del todo exacto, pues hay normas de orden público (v.gr., las que establecen la capacidad e incapacidad de la personas), que dan lugar a la nulidad relativa, ya que el punto de mira es el derecho protegido (en ese caso el del incapaz, no el de la sociedad). Como ha dicho PLANIOL, el examen del fundamento y fin de la particular disposición legal permite señalar si el acto está afectado de nulidad absoluta o de nulidad relativa”.

(28) CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, Parágrafo 325. “Quinta subdivisión: Nulidades absolutas y relativas”, pág. 610.

Al respecto expresa Mosset Iturraspe (29): "Cuando el art. 1277 dice: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer..." está, innegablemente, señalando un requisito o exigencia de la disposición válida; empero, se pregunta un sector de la doctrina: ¿está prohibido? Puede contestarse que si bien la norma no es "propriadamente" prohibitiva (Busso), en cuanto su redacción no es "directamente impeditiva", la infracción a lo mandado o dispuesto da lugar a la nulidad "si es que la sanción de invalidez está prevista" (Llambías); y los arts. 1042 y 1043 no dejan lugar a dudas...".

Por su parte Borda (30), acota: "...Pero es necesario tener presente que la nulidad sólo puede hacerse valer contra el primer adquirente y sus sucesores a título gratuito o de mala fe. Los de buena fe y a título oneroso están protegidos contra toda acción de reivindicación por el art. 1051".

En virtud de lo que antecede y, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva de carácter imperativo que persigue el art. 1277 del Código Civil que, por otra parte, es lo que le brinda su exclusiva razón de ser en defensa de los intereses jurídicos del cónyuge no administrador. Queda claro que la postura que se ajusta a derecho, es la de la "nulidad". Debiéndose descartar la de la "inoponibilidad" por carecer del debido sustento jurídico al desentenderse de los específicos fines que persigue la norma del art. 1277 del Código Civil (31).

También cabe aclarar que siendo el "asentimiento" del cónyuge no administrador, un acto jurídico unilateral distinto del acto jurídico de disposición para el cual el art. 1277 del Código Civil requiere la conformidad de éste. Quien lo presta no queda obligado por los términos del acto asentido, por la razón de no haberlo celebrado y ser ajeno al mismo.

Finalmente, debemos hacer referencia al debatido tema de si es necesario que el "boleto de compraventa" del inmueble que se vende, cuente ó no con el "asentimiento" del otro cónyuge no administrador. Entendemos que ello puede no ocurrir, pero si se "asiente" la venta en el texto del "boleto de compraventa", ello cubrirá la situación legal del cónyuge enajenante e, incluso, facilitará una eventual cesión de derechos del mismo. Ya que, donde no puede dejar de constar tal asentimiento, es en la escritura pública traslativa de dominio (art. 1184 inc. 1, Código Civil), al disponer el art. 1185 del mismo cuerpo legal: "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras

(29) Mosset Iturraspe, Jorge, "Omisión de asentimiento conyugal: ¿nulidad o inoponibilidad?", JA. 1982-II, págs. 400/401.

(30) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (8), N° 408, "Consecuencia de la falta de asentimiento: ¿inoponibilidad o nulidad relativa?", pág. 337.

(31) Conf. BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (8) N° 408, pág. 336. Id., SAMBRIZZI, Eduardo A., obra y tomo de cita (5), Punto C) "Doctrina que sostiene la validez del acto, pero su inoponibilidad al esposo no administrador", pág. 486. Id. CICHERO, Néstor, "El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales", ED, 63-483.

la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública". Se produce en el caso lo que Cifuentes (32), llama, "conversión formal del acto". Agregando: "...Por ejemplo, el boleto de compraventa de un bien inmueble, que tiene la naturaleza del contrato de compraventa, pero, para lograr la transmisión del inmueble a la que se ha obligado el vendedor, se requiere que se extienda la escritura pública. En general todos los actos enunciados por el art. 1184 del Cód. Civil están en ese caso, y el art. 1185 establece la consecuencia expuesta".

Desde ya, si el cónyuge vendedor no cuenta en el "boleto de compraventa" del bien inmueble previsto en el art. 1277 del Código Civil, con el "asentimiento" del otro cónyuge no administrador; quedará obligado de pleno derecho ante el comprador para obtenerlo y, si no lo logra, para conseguir la respectiva autorización supletoria judicial que permita suscribir la correspondiente escritura pública traslativa de dominio.

La falta de "asentimiento" en esta última oportunidad frustra el negocio y responsabiliza al cónyuge vendedor frente al comprador por todos los daños y perjuicios. Sin perjuicio de abrir para el comprador la vía judicial por escrituración, donde la condena no comprende en sus alcances al cónyuge que no asintió, por ser ajeno al acto y, en tal caso, si además no se cuenta con la pertinente autorización judicial (conf. art. 1277 Cód. Civil), la escritura no podrá ser otorgada por el juez (33).

2.- Seguidamente el artículo habla de "disponer" o "gravar". Debiéndose entender como dice Cifuentes (34) que: "Se refiere a los actos de disposición entre vivos pero no a los de última voluntad como el testamento (arts. 947, 951 y 952) que son personalísimos. Se trata de los actos de enajenación o modificación de derechos, por lo que no es exigible sobre aquellos que importan una incorporación del bien al patrimonio, como la adquisición de un inmueble, con hipoteca por saldo de precio. Tampoco se requiere para la cancelación de la hipoteca".

A partir de aquí la norma ingresa en el casuismo, lo que no nos parece lo más adecuado en un precepto jurídico civil, por abrir la puerta a situaciones no previstas taxativamente por el legislador.

En primer lugar, debemos preguntarnos si el término jurídico "gravar" es una especie de "disponer" y, si es así, debemos concluir que "gravar" también es, genéricamente una forma de "disponer".

(32) CIFUENTES, Santos, "Elementos de derecho civil. Parte general", 4ª. Edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, Parágrafo 185, pág. 298. Id. obra de cita (28), Parágrafo 102. "Nueva formulación tripartita de las formalidades", págs. 205/206.

(33) Conf. BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (8), N° 398. "Boleto de compraventa firmado por uno de los cónyuges", pág. 325; y jurisprudencia allí indicada en cita (740). Id. CIFUENTES, Santos, obra y tomo de cita (13), "Boleto de compraventa", págs. 194/198.

(34) CIFUENTES, Santos, obra y tomo de cita (13), "Actos de disposición", pág. 194.

Dice Cifuentes (35): "...Son de **disposición** los que modifican o disminuyen sustancialmente los elementos que componen el capital del patrimonio, o bien comprometen su porvenir por largo tiempo (Orgaz)...". Y, seguidamente enuncia: "Como ejemplos de actos de disposición pueden darse la hipoteca de un bien de capital; la venta de la vacas madres de la hacienda en la explotación pecuaria; o también el alquiler de un bien del capital por tan largo plazo que disminuye su fuerza patrimonial..."

Expresamos en otra obra (36), que: "... nos vemos alentados a plasmar el siguiente concepto de "actos de disposición": Son aquellos que tienen por única finalidad provocar una alteración en la conformación cualitativa y cuantitativa del patrimonio, al generar la salida de bienes de capital que lo integran, o su gravamen —como constitución de hipotecas, prendas, o servidumbres, por caso; o su afectación contractual a largo plazo— (como ser la locación de un inmueble a largo plazo, o su aporte a una sociedad, por igual término o indeterminado; o, mutuos que importen contraer deudas importantes, etc.)..."

Por su parte enseña Carbonnier (37): "...El acto de disposición evoca la idea de una enajenación, de un traspaso de derecho real. Y, de hecho, hay a menudo una amplia coincidencia entre disposición y enajenación. La venta, la donación, que son enajenaciones de bienes, son al mismo tiempo actos jurídicos de disposición. No obstante, las dos nociones no se confunden. Por una parte, la noción de acto de disposición es a veces menos amplia que la de enajenación: hay enajenaciones que no son actos de disposición, por ejemplo, las enajenaciones de ganancias (ventas de cosecha), las enajenaciones de muebles que estorban, dispendiosos en su conservación; vender tales muebles es, en realidad, administrar bien el patrimonio, una venta de este tipo es un acto de administración. A la inversa, la noción de disposición es más amplia que la de enajenación. Hay actos de disposición sin transferencia de derecho real a otra persona, por simple creación de obligaciones: así, el arrendamiento de más de nueve años es un acto de disposición aunque no implique transferencia de derecho real; lo mismo un préstamo (arg. A. 457) aunque el préstamo no implique ninguna transferencia de derecho real en lo inmediato, y aun, por el contrario, implica un ingreso de fondos. Pero tanto el arrendamiento de larga duración como el préstamo, son actos que empeñan el futuro, que tienden a comprometer en un patrimonio, la existencia, la individualidad, el valor de un capital".

En consecuencia, nos parece que estando claro el concepto de acto jurídico de "disposición", la norma del art. 1277 podría haber simplificado esta expresión, en vez de utilizar como dos supuestos diferenciados "disponer"

(35) CIFUENTES, Santos, obra de cita (32), Punto f) "Según los efectos sobre el patrimonio: De disposición o de administración", pág. 284.

(36) PÉREZ RÍOS, José Luis, obra de cita (2), Punto a) "Actos de disposición entre vivos:", pág. 100.

(37) CARBONNIER, Jean "Droit Civil", Tome Premier, Editorial Presses Universitaires de France, París, 1957, págs. 633/634.

y "gravar" cuando, en realidad, esta última expresión comprende siempre una "disposición".

Siendo así, los actos de "administración" quedan excluidos en el caso, de la exigencia legal, por ser actos de gobierno que no alteran la composición del capital que integra el patrimonio y, que, están a cargo del que lo administra (conf. art. 1276 Cod. Civil).

Al respecto dice Carbonnier (38): "...el acto de administración es un acto de valoración, de aprovechamiento normal del patrimonio..."

En tanto Cifuentes (39), manifiesta: "Son actos de administración los que se relacionan con el rendimiento, conservación y goce de un patrimonio en forma de capital. De ahí que pueda sostenerse que el acto de administración tiende a mantener la integridad del patrimonio, o a aumentarlo por medio de la explotación normal de los bienes que lo componen, mientras que el de disposición implica el egreso anormal de bienes, ya porque suponga a veces un empobrecimiento del patrimonio (caso donación) y en otras haya bienes que se intercambian (compraventa).

No es fácil en todos los casos caracterizar los negocios por una u otra de estas categorías, toda vez que el criterio económico jurídico que les sirve de base queda, en definitiva, librado a una apreciación de la incidencia del acto en el patrimonio —capital del sujeto—".

Como expresamos antes de ahora (40): "...Pensamos en consecuencia que, podemos concluir afirmando que los actos de "administración" son actos de gobierno de un patrimonio que tienen por objeto su normal y adecuada conservación, evolución y acrecentamiento..."

Al contrario de lo que ocurre respecto de la diferenciación entre "disponer" y "gravar" que son conceptos genéricamente unívocos; toda vez que al "gravar" un bien se lo está en definitiva, "disponiendo", como ocurre en la hipoteca, por caso. Como ya lo afirmamos (41), no sucede lo mismo con la distinción entre actos de "disposición" y de "administración". Ya que: "...lo que en una primera aproximación pareciera tarea sencilla; al profundizar en el análisis se advierte la complejidad y dificultad en lograr un concepto integrador y abarcativo que, plasme ambas categorías de actos...". De este modo, si un comerciante vende en una época de gran inflación, —como las que hemos tenido en el pasado, en nuestro país—; y, la operación no la realiza de contado sino a pagar en un plazo extendido, es seguro que para cuando

(38) CARBONNIER, Jean, obra y tomo de cita (37), pág. 634, Punto c).

(39) CIFUENTES, Santos, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado". Director: Augusto C. Belluscio. Coordinador: Eduardo A. Zannoni, Tomo 4, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, Punto "i) De la disposición y de la administración", págs. 290 —in fine—/291.

(40) PÉREZ RÍOS, José Luis, obra de cita (2), Punto b), pág. 104, antepenúltimo párrafo.

(41) Id. que anterior, Punto 12, pág. 98.

perciba el pago del precio, dicho importe no le brindará ganancia alguna; y, lo que es más, ni siquiera le alcanzará para reponer la mercadería vendida.

Va de suyo que el supuesto que comenzó como un acto de "administración"; esto es, de gobierno del capital de un patrimonio según visto. Terminó convirtiéndose en un acto ruinoso de "disposición", porque ha disminuido notoriamente el capital que lo integraba. No pudiéndose alegar por parte del comerciante en cuestión, el art. 1198 segunda parte del Código Civil, por ser la alta inflación imperante en la época en que se concertó el negocio, públicamente conocida.

3.- Avanzado en el análisis del artículo, dispone seguidamente: "...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, ...**".

A los bienes "gananciales" ya nos hemos referido en el presente trabajo (42). Por lo que juzgamos adecuado remarcar que, con un inadecuado casuismo, la ley habla de bienes gananciales "inmuebles"; "derechos" (como ocurre con un crédito hipotecario o prendario) o "bienes muebles" (automóviles, embarcaciones, por caso) cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria.

Pensamos que disponiendo el art 2312 del Código Civil, en lo pertinente: "Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman **bienes...**". Esta expresión genérica, comprende todas las categorías inventariadas en la norma, con tal que deban **registrarse**; con lo cual hubiera sido suficiente hablar simplemente de "**...bienes gananciales cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria...**".

Pero a pesar de ello, es de advertir que siguen excluidos de la norma los "**bienes gananciales no registrables**". Los que muchas veces poseen un valor mayor al de muchos bienes registrables; sean estos inmuebles o muebles.

Nos referimos a obras de arte; alhajas; piezas filatélicas; numismática, etc. Cuanto más si se trata de colecciones.

Como se advierte, la ley de reformas al Código Civil 17711, no tuvo en cuenta la omisión que ya se había planteado respecto del régimen de presunción de fallecimiento regulado en la ley 14394, cuyo art. 28 luego de disponer "genéricamente" que; "...Los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario...". En su último párrafo sólo exige la "prenotación" en el registro correspondiente para los registrables; omitiendo toda referencia específica a estos bienes no registrables de gran valor.

En relación a ello dice Borda (43): "...Respecto de los bienes registrables, la prenotación de esa prohibición en el respectivo registro les impedirá enaje-

(42) Ver en este trabajo: Punto III. "Bienes que integran la llamada sociedad conyugal", pág. 58.

(43) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Parte General", Tomo 1, octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, Punto 281. "Inventario", pág. 282.

narlos o gravarlos; pero respecto de los bienes muebles no registrables, no hay manera de asegurarse del cumplimiento de la prohibición legal de disponer de ellos, como no sea dando fianzas. En el sistema de la ley actual, los poseedores de la herencia podrán burlar la prohibición de la ley, sin que el ausente reaparecido tenga ningún recurso contra ellos, si fueran insolventes".

Cabe concluir, salvando las distancias por tratarse obviamente de institutos distintos que, tanto el art. 28 de la ley 14394, como el art. 1277 (texto ley 17711) del Código Civil, han omitido regular específicamente sobre estos "bienes muebles no registrables", dejando abierta, de este modo, una importante brecha jurídica.

Al respecto, debemos recordar que quedan comprendidos en la norma sub análisis, los bienes enunciados cuya disposición debe inscribirse por exigencia imperativa de la ley, en el registro correspondiente, según el bien de que se trate. V.G.: Automotores (dec. 1114/97); aeronaves y buques (leyes 17285 y 20094); compra de inmuebles sometidos a prehorizontalidad y de lotes a plazos (leyes 19724 y 14005); hipoteca y prenda con registro (dec. 897/95), etc.

Pero cabe preguntarse, además, si esa inscripción también comprende a los registros particulares.

Nuestra conclusión es afirmativa, coincidiendo con Sambrizzi (44); esto es, cuando la ley lo exige imperativamente, como ocurre en el art. 1277 del Código Civil, al disponer: "...se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles **cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria,...**". Con lo cual la ley no distingue entre registro público o privado, siendo que este último debe estar reconocido como tal por el Estado. Sambrizzi (45), pone como ejemplo: "...la venta de caballos de pura sangre de carrera, cuya propiedad y su transmisión deben ser inscriptos en un registro genealógico, que, en el caso, no es público sino privado, y que se encuentra reconocido por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, tal como resulta del contenido de la ley 20.378...".

4.- Ahora nos queda por referirnos a lo que el art. 1277 del Código Civil, alude como: "**...aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas...**".

Estas operatorias han sido expresamente tenidas en cuenta por la norma sub análisis, toda vez que como reconoce Borda (46) constituyen "...una de las formas más frecuentes de fraude al otro cónyuge. La sociedad suele ser simplemente un telón que oculta al propio cónyuge enajenante, aunque puede

(44) Conf. SAMBRIZZI, Eduardo A., obra y tomo de cita (5), Punto b) "Derechos o bienes muebles registrables", pág. 413.

(45) Id. que anterior, pág. 414.

(46) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (8), Punto 392. "Casos en que se requiere el asentimiento", Subpunto c), pág. 319.

ser muy difícil probarlo. De este modo, la sociedad no sería otra cosa que un recurso para eludir el régimen de comunidad legal del matrimonio". De ahí la exigencia del asentimiento del otro cónyuge que no administra.

En primer término surgen de la norma los **"...aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades..."**. Constituyen una disposición de bienes gananciales. En el primer caso en forma absoluta, mediante la traslación del dominio a favor de un sujeto jurídico, como es una "sociedad", cualquiera sea su tipo, ya que la ley no lo especifica. Toda vez que lo que aquí importa es que el bien sale del patrimonio del cónyuge enajenante y, por ello debe existir el "asentimiento" del otro que no administra.

El segundo, más sutil, consiste en la entrega de la tenencia; esto es, del uso del bien; no de la propiedad, por un plazo generalmente prolongado al ente jurídico. Lo que implicaría una disposición indirecta, como por caso ocurriría con la celebración de un contrato de locación por un término muy prolongado, entre el locador propietario del bien ganancial y la sociedad locataria. Es el ejemplo que brinda Carbonnier (47), cuando afirma: "... Hay actos de disposición sin transferencia de derecho real a otra persona, por simple creación de obligaciones: así, el arrendamiento de más de nueve años es un acto de disposición aunque no implique transferencia de derecho real..."

Finalmente, el art. 1277 del Código Civil, completa el supuesto, al disponer: **"...y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas..."**.

Como es sabido, las sociedades pueden ser de personas; de capital y también, existe un tipo híbrido encabalgado entre las de personas y las de capital; nos referimos a las sociedades de responsabilidad limitada.

Como dice Halperín (48): "La norma que rige un tipo puede extenderse analógicamente a otro tipo, pero el tipo como tal no puede ser objeto de extensión analógica..."

Esta es la razón por la cual el artículo 1 de la ley 19550, al referirse a las sociedades comerciales, hace expresa referencia a la tipicidad, al sentar: "Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando la pérdidas".

El motivo jurídico del art. 1277 del Código Civil, en este caso, se funda en que las sociedades de personas que son las de estructura más sencilla, como sucede por caso con la "sociedad colectiva", transparentan los socios que la conforman. En igual situación se encuentra la "sociedad civil".

(47) CARBONNIER, Jean, obra y tomo de cita (37), Punto "b) L'acte de disposition", págs. 633/634.

(48) HALPERÍN, Isaac, "Curso de derecho comercial"- Vol. I, Capítulo XIV "Clasificación de las sociedades", Parágrafo I "Tipicidad", pág. 275 in fine, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967.

Siendo así, la transformación y fusión de una sociedad de personas en un tipo más complejo y sofisticado de "capital", como es la "sociedad anónima" por caso; podría diluir los bienes patrimoniales de la "sociedad colectiva" integrada por el cónyuge administrador. Aunque es de advertir que esta preocupación que era fundada en 1968, cuando se sancionó la ley 17711; y que, da cuenta el nuevo texto del artículo 1277 párrafo examinado; carece actualmente de mayor asidero, toda vez que no rigen en nuestro país y, desde hace tiempo, las acciones al portador (conf. leyes 20643; 24587; y decreto 259/96) que posibilitaban en el pasado, el anonimato de los accionistas. No obstante, la preocupación legal nos parece justificada.

5.- Para concluir el análisis de la primera parte del art. 1277 del Código Civil, según la metodología impuesta a este trabajo, siguiendo el orden establecido por la norma en el tratamiento de los temas. Debemos ahora ocuparnos de lo que la ley enuncia, seguidamente, al decir: **"...Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes..."**.

Ello es una consecuencia jurídica natural, en un sistema de "administración separada" de la llamada sociedad conyugal, siguiendo la terminología de Belluscio (49) a partir de lo que dispone el art. 1276, primer párrafo: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277..."

De ahí entonces que el autor citado (50) concluya, que: "...El principio es, pues, el de que cada uno de los cónyuges tiene la administración —en sentido lato— de sus bienes propios y de los gananciales por él adquiridos. Quedan así equiparados ambos esposos en cuanto a la administración de sus bienes; la administración por la mujer no es ya —como lo era en el sistema de la ley 11357— una excepción al principio de administración de la sociedad conyugal por el marido, y ha desaparecido la figura del administrador de la sociedad conyugal..."

Siendo así, el art. 1277 del Código Civil constituye un mecanismo de pesos y contrapesos para garantizar la legitimidad de los actos jurídicos de disposición que realice el cónyuge administrador de los bienes gananciales comprendidos en la norma y, de los cuales es titular.

De este modo la ley exige en el caso, el "asentimiento" del otro cónyuge que no administra; esto es, su conformidad con el acto de disposición del bien en cuestión, para que sea jurídicamente viable.

(49) BELLUSCIO, Augusto Cesar, "El régimen matrimonial de bienes en la reforma del Código Civil", LL. 131 — Sec.doctrina- Punto V.- "Cuestiones de aplicación de las nuevas normas sobre administración de la sociedad conyugal", N° 12.- "Principio de administración separada", pág. 1466.

(50) Id. que anterior, págs. 1466/1467.

Ahora bien, tal "asentimiento" puede ser brindado o, no, por el cónyuge legalmente facultado a otorgarlo. Las razones para asentir o, disentir, pueden ser jurídicamente fundadas o, no.

En consecuencia, si el disponente y administrador del bien considera que la negativa es infundada; esto es que, configura un supuesto de abuso en el ejercicio del derecho de quien debería asentir (conf. art. 1071 Código Civil). La ley le habilita el planteo judicial de la autorización supletoria; siendo el juez quien deberá resolver en el caso.

Pero también, tal planteo judicial por parte del cónyuge titular y administrador del bien, tendrá lugar ante la ausencia, incapacidad u otra causa justificante que torne imposible lograr el asentimiento del otro cónyuge no administrador.

La función del juez en el caso será verificar la razonabilidad y conveniencia del acto, teniendo en cuenta el interés familiar (51).

Desde ya, tales extremos deberán ser acreditados y probados por quien solicita la autorización supletoria del juez para realizar el acto de disposición del bien comprendido en la norma y, el juez resolver previa audiencia de partes, en forma sumarísima (52).

Sobre el particular, agrega Borda (53): "...No será necesario oír al otro cónyuge, si está interdicto o ausente. Si existe separación de hecho, la exigencia del asentimiento tiene plena vigencia, más aún, es en esta situación en que más debe temerse de actos de disposición en fraude de los derechos del cónyuge. Este deberá ser oído, a menos que se ignore el domicilio, o conociéndolo sea imposible consultarlo con la premura que en ocasiones el caso puede exigir. En caso de ausencia, no cabe reservar la mitad del precio al ausente, ya que corresponde la entrega total al cónyuge administrador que vende.

Si el cónyuge está interdicto o declarado inhábil, la autorización judicial no podrá ser suplida por el asentimiento del curador, aunque éste deberá ser oído".

Cabe aclarar que si el asentimiento del cónyuge que debe brindarlo, ha sido otorgado en los términos del art. 1040 y con la voluntad sana; éste es irrevocable ya que, de lo contrario se afectaría la seguridad jurídica del acto. No

(51) Jurisprudencia: "1.-La autorización a que se refiere el art. 1277, primer párrafo del Cód. civil (ley 17.711), importa la posibilidad del juez de apreciar la razonabilidad del acto a otorgar. 2.- Es presupuesto para que el juez otorgue la autorización a que se refiere el art. 1277, primer párrafo, del cód. civil (ley 17.711), precisar la operación, requisito que no se cumple con la manifestación de que se quiere vender, ya que ignorándose las modalidades de la proyectada operación, no es posible estimar su razonabilidad y los alcances que eventualmente pudiera tener". 19.569- CNCiv., sala B, setiembre 15-971.- Maluf, Alfredo c. Dau de Maluf, Esther., ED., Tomo 41 - 367. Id. conf. SC Buenos Aires, DJBA, 94-303. Id. SC Buenos Aires, ED., 138-490.

(52) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (8), Punto 399, "Forma de suplir el asentimiento del cónyuge", págs. 325/326 y, Punto 400, pág. 327.

(53) Id. que anterior, Punto 399, pág. 326.

obstante, Borda (54) aclara: "...Pero si se ha dado con anticipación al contrato y éste todavía no se ha celebrado, el asentimiento es revocable, a menos que se le hubiera conferido expresamente carácter irrevocable y no hubiera justa causa de revocación".

Así también, si el asentimiento anticipado del otro cónyuge está dado en general, sin especificar los bienes a los que está referido; éste carece de valor, por modificar el régimen de los bienes en el matrimonio ya que, su aceptación implicaría una convención matrimonial prohibida en el caso por el art. 1218 del Código Civil; a más de desvirtuar la finalidad tuitiva del art. 1277 del mismo cuerpo legal.

Al respecto es de recordar que en las V Jornadas de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario, 1971; en lo referente al Tema III - "El régimen de la sociedad conyugal" — se resolvió en el Punto 4.: "No es válido el asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos por el art. 1277 del Cód. Civil y, por lo tanto, tampoco lo es ningún otro acto que bajo cualquier forma, incluida la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado" (55).

B) Segunda parte de la norma

Determina la segunda parte del art. 1277 del Código Civil:

"...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".

Nos corresponde ahora analizar la excepción contenida en la norma que, afecta el principio de libre disponibilidad del inmueble propio de uno de los cónyuges "...en donde está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces...". Que no podrá disponerse por el cónyuge propietario, sin el asentimiento del otro no titular.

Debe quedar claro que el supuesto no constituye un privilegio hacia el otro cónyuge. Sino la necesidad jurídica de preservar el hogar conyugal en los casos taxativos de existir hijos menores o incapaces para que, éstos puedan formarse;

(54) Id. que anterior, Punto 404, ¿Es revocable el asentimiento?, pág. 329. Id. STILERMAN, Marta - SEPLIARSKY, Silvia, obra de cita (10), Punto VIII. "Forma y oportunidad del asentimiento", pág. 112, dicen: "...En aplicación analógica de las normas que rigen el mandato, el asentimiento prestado con anterioridad al acto puede ser revocado".

(55) Ver La Ley, "Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Buenos Aires, 2005, pág. 43.

curarse y/o sobrellevar dignamente la disminución psíquica que padecen, dentro del habitat natural y normal donde viven, sin ninguna clase de alteración contraproducente para ellos.

Como dice Azpíri (56): "...La referencia a "hijos" en plural es errónea porque basta que habite allí uno de ellos o que sea sólo uno, para que la protección de la vivienda exista....".

La finalidad exclusiva del precepto legal es conservar mientras dura la minoridad del o, de los hijos y/o la disminución psíquica o, ambas a la vez, el "habitat familiar" como receptáculo indispensable para el desarrollo adecuado de la vida de estos hijos. De ahí que el artículo establezca que: "...Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial...".

Pero también aclara, para que nadie crea que ello encubre un privilegio hacia el otro cónyuge no propietario del inmueble en cuestión, que: "...El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

Se nos ocurre, para ilustrar el supuesto, el caso de una madre de hijos menores que por capricho se opone a que su cónyuge y, propietario del inmueble asiento del hogar conyugal, pueda materializar su venta, alegando las circunstancias previstas en la segunda parte del art. 1277 del Código Civil; para de este modo, frustrar el emprendimiento inmobiliario del esposo, a pesar de no tener ningún inconveniente para la radicación familiar en otra vivienda más confortable y mejor ubicada que la que abusivamente (conf. art. 1071) niega asentir su enajenación.

Para resolver el conflicto, ante la falta de asentimiento del otro cónyuge, el juez deberá manejarse con las pautas objetivas que taxativamente establece la norma. Esto es que, en el inmueble "propio" del cónyuge que quiere vender, esté "radicado el hogar conyugal" y, que, en el mismo vivan "hijos menores o incapaces". Tales extremos deberán ser probados por el niega el asentimiento. En tanto que el otro esposo; esto es, el que necesita la autorización supletoria judicial para poder vender, deberá probar que el inmueble es propio de él y, como prescribe el último párrafo del art. 1277 del Código Civil, es "prescindible" y, que "el interés familiar no resulta comprometido".

En cuanto a la función del Juez, la norma bajo análisis, dispone: "...El juez **podrá** autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

En realidad, la inclusión en el texto de la palabra "**podrá**", en vez de "**deberá**", genera confusión ya que, obviamente el magistrado interviniente, en todos los casos bajo juzgamiento, se encuentra jurídicamente obligado a expedirse a derecho (conf. art. 15 Cód. Civil).

(56) AZPIRI, Jorge O., obra de cita (4), Punto g- "Restricción sobre un bien inmueble propio", pág. 141.

Razón por la cual, expresa Sambrizzi (57): "...Pero no obstante lo hasta aquí expresado, de acuerdo a la redacción del artículo, parecería que el juez tuviera la facultad de negar la autorización aun cuando el bien fuera prescindible y no estuviera comprometido el interés familiar, por cuanto la norma no dispone que en esos casos el juez deberá autorizar el acto, sino que establece que **podrá** autorizarlo; o sea, que constituirá una facultad del magistrado.

Creemos que la disposición contenida en el artículo 1277 no puede ser interpretada de esa manera, por cuanto ello significaría tanto como admitir que el juez puede dictar resoluciones arbitrarias, lo que sería inaceptable".

También, afirma Azpíri (58): "...Esta disposición continúa rigiendo aun después de disuelta la sociedad conyugal, con lo que se procura asegurar la vivienda que es el asiento del hogar conyugal y donde habitan los hijos menores o incapaces, ya sea el bien propio o ganancial, con total independencia de que se encuentra vigente o no el régimen de bienes...".

Este párrafo esclarecedor, nos lleva a considerar la situación del "**bien ganancial**" sede del hogar conyugal donde residen los hijos "**menores**" o "**incapaces**". Ya que de la lectura de la segunda parte del art. 1277 del Código Civil, es mencionado como al pasar, el expresar: "...**Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial...**".

Sintetizando, nos parece que lo que quiere proteger la ley en este supuesto puntual, es el "**habitat familiar**" donde viven los hijos "**menores**" o, "**incapaces**", teniendo en cuenta la norma la inmadurez que presentan los primeros y, la disminución psíquica que afecta a los segundos.; o, ambas a la vez. Ello, independientemente que el inmueble en cuestión, sea "**propio**" de uno de los cónyuges o, "**ganancial**". Situación que, podría complicar la vida y crianza de estos hijos al realizarse un cambio desatinado del hogar familiar donde viven y se forman permanentemente; en particular, por todo lo de afectivo que este tiene para ellos (59).

(57) SAMBRIZZI, Eduardo A., obra y tomo de cita (5), Punto 2º "El juez no puede negar la autorización para disponer del bien, si el mismo fuera prescindible y no estuviera comprometido el interés familiar", pág. 466.

(58) AZPIRI, Jorge O., obra y punto de cita (56).

(59) Ver BOSSERT, Gustavo A., "Protección del hogar familiar y conflicto conyugal". LL. 1982-B, págs. 714/722.

EFFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO, PÉRDIDA DEL DERECHO HEREDITARIO. VIGENCIA DE UN PLENARIO. NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGISLATIVA

POR ANDRÉS RIVAS MOLINA

I-DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

Nuestro código civil prescribe en su art. 198 que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos", en el siguiente artículo que "... deben convivir en una misma casa..." (1) y en el art. 200 dispone que "Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia".

En la primera de dichas normas se establecen los deberes de fidelidad y asistencia, y en los dos siguientes se instituye la cohabitación, otorgando a ambos cónyuges la facultad de fijar de común acuerdo el asiento de la familia.

También en el art. 198 se prescribe que marido y mujer se deberán alimentos, prestación, que si bien está fundada en el deber patrimonial de asistencia, tiene entidad propia y particularidades que justifican su mención especial por el legislador.

La separación de hecho tiene incidencia sobre estas obligaciones y sobre el régimen de los bienes del matrimonio en crisis. Este régimen ha sufrido varias reformas, entre las que deben mencionarse la ley 11.357 del año 1926 sobre derechos civiles de las mujeres, que les otorgó a éstas una amplia capacidad, aumentó sus facultades de administración, y legisló sobre las responsabilidades de ambos cónyuges por las deudas contraídas. La reforma al Código Civil del año 1968 por la ley 17.711 derogó el art. 55, inc. 2º, que establecía la incapacidad de hecho relativa de la mujer y al art. 57, inc. 4º que mantenía la representación de ella por el marido, le otorgó a ambos cónyuges la administración de sus bienes

(1) " Sentado este principio, agrega el art. 199 "...a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos".

propios y los gananciales que adquirieran; posteriormente se agregan la ley de matrimonio civil y divorcio vincular 23.515 en el año 1987 —modificación del art. 1294, entre otros temas relevantes que trataremos— y la ley 25.781 del año 2003 que modificó el art. 1276 respecto de los bienes cuyo origen no puede determinarse dispuso la administración conjunta de ellos.

Determinado el régimen patrimonial, son muchos los aspectos que deben considerarse afectados por esta separación. Entre los principales, el derecho a participar en los gananciales, la pérdida del derecho hereditario, las cargas de la sociedad conyugal, el régimen de gestión de los bienes, la relación con los terceros acreedores, el derecho a pedir la separación de los bienes por concurso, mala administración o abandono de hecho de la convivencia.

Desde el punto de vista conceptual la separación de hecho está estrechamente vinculada con el abandono voluntario y malicioso como causal de divorcio —art. 202. inc. 5º—. Faculta, transcurridos dos o tres años, a pedir la separación personal o el divorcio vincular —arts. 204 y 214, normas de especial incidencia en este trabajo— Gravita, además, en la atribución del hogar conyugal, la tenencia, el régimen de visitas, la prestación de alimentos a los hijos y los derechos alimentarios recíprocos entre los cónyuges.

No se pretende tratar la totalidad de los puntos enumerados y otros muchos que están estrechamente vinculados con cada uno de ellos. No consideramos que corresponda ni sea posible desarrollar temas específicos como el alimentario, la separación personal o el divorcio vincular y sus consecuencias, la caracterización de los bienes propios y gananciales, la vocación hereditaria de los cónyuges, las cargas de la sociedad conyugal y las múltiples cuestiones patrimoniales que nacen con la constitución de esta sociedad, todos temas necesariamente relacionados con la separación de hecho.

II- PÉRDIDA DEL DERECHO HEREDITARIO

Dentro de este amplio panorama, continúan con centenaria persistencia discrepancias sobre la interpretación del art. 3575 del Código Civil, respecto a la pérdida del derecho hereditario como consecuencia de la separación de hecho.

En los códigos comentados, los tratados generales, o especializados en derecho de familia y sucesiones, en artículos jurídicos específicos, notas a fallos, congresos e innumerables sentencias, algunas plenarias, se pronuncian y se siguen pronunciando los juristas en este delicado tema que toca lo más sensible de la vida en sociedad.

Esta pluralidad de intervenciones desaconsejaría volver sobre el punto si se hubiera llegado a un resultado satisfactorio. Pero las sucesivas reformas legislativas no han logrado evitar que se sigan produciendo fallos contradictorios.

El plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Mauri de Mauri, Francisca y otro s/ Sucesión, de febrero de 1986 (2), logró

(2) El Derecho, t. 117, pág. 319.

acquietar el debate en la justicia local y tuvo una significativa influencia en otras jurisdicciones, pero ese efecto beneficioso se produjo por poco tiempo, ya que algo más de un año después, en junio de 1987, la ley 23.515, que confirió a la separación de hecho efectos objetivos vinculados con el divorcio, otorgó a la posición representada por la minoría en ese plenario argumentos que han vuelto a influenciar sobre la jurisprudencia, provocando nuevamente fallos encontrados y reinstalado la discusión.

Sea una u otra la más adecuada interpretación, esta larga lucha ha dejado una secuela de inequidades, que, como se dijo, provocaron el dictado de un fallo plenario en la justicia nacional, al que se le desconoce ahora su obligatoriedad, total o parcialmente, y, en consecuencia, se han vuelto a dividir las aguas. Esta es la razón por la que se justifica abordar nuevamente el tratamiento de la interpretación de lo dispuesto por el art. 3575, a partir de la promulgación de la ley 23.515.

III- POSICIONES DOCTRINARIAS Y REALIDAD SOCIAL

Considerar suficiente la comprobación de una situación concreta, como es la separación de hecho, para atribuirle consecuencias jurídicas, implica generalizar y suponer culpabilidades, con consecuencias inmediatas, salvo que el cónyuge sancionado, no sólo con la pérdida del derecho a compartir gananciales, sino con la pérdida del derecho a heredar, esté dispuesto a invocar y afrontar la prueba de su inocencia.

Si agregamos a la separación de hecho la falta de voluntad de unirse, seguimos con la objetivación y eludimos la prueba de la culpa individual, conducta volitiva a la que es justo imputarle las sanciones que la ley impone, cuando así realmente corresponde.

Debe admitirse que tal generalización tiene ventajas prácticas innegables, evita conflictos onerosos, en el más amplio sentido de ésta palabra, logra o posterga reabrir conflictos íntimos, sobre los que volveremos, simplifica la tarea de los tribunales, significa optar por unos valores en detrimento de otros, pero en definitiva, lleva la carga de la injusticia, castigando más de una vez a inocentes en base a presunciones.

El enfrentamiento argumental, la interpretación que los juristas hacen de lo normado por el art. 3575, se ajusta a la idea que cada uno tiene sobre los principios morales, la organización social, el cambio —acelerado por cierto— de las costumbres y conductas sociales actuales, incluidas la aspiración a una mayor libertad individual, a la independencia e igualdad de oportunidades de la mujer, a la necesidad, también individual, de satisfacer ambiciones y apetencias económicas, en una época de notorio consumismo y de calificación de la importancia de las personas de acuerdo con lo que ostentan y poseen, y al derecho al goce y la retribución sexual.

En un tema de orden social no ajeno al aquí tratado, el filósofo Santiago Kovadloff, en su artículo "La vejez, mal verdadero" (3), dice: "...el cambio, al

(3) Diario La Nación del 9/10/09.

acelerase en casi todos los órdenes, ha desbaratado un sinfín de presupuestos que, durante décadas, dieron sustento a las costumbres ..." y más adelante: "La fugacidad rige la presencia y el sentido de cuanto nos rodea, aún en los vínculos presuntamente más firmes".

Por ajustarse más directamente al punto que tratamos, sintetizamos una publicación del diario La Nación del domingo 23 de agosto de 2009, bajo el título: "No tiene pareja la mitad de los porteños. Los singles, una categoría que crece sin cesar". Con la mención de organismos públicos y privados y de opiniones de especialistas en distintas disciplinas, se volcaron, entre otras más extensas, las siguientes consideraciones: El 49,9 por ciento de los porteños son "singles". Esa categoría incluye a solteros, separados, divorciados y viudos. Hoy la gente sin pareja encarna el grupo demográfico de mayor dinamismo y de más rápido y sostenido crecimiento en el mundo occidental. El fenómeno se vincula a la "transgresión" de los paradigmas familiares tradicionales, la longevidad, las exigencias de la vida urbana y a la propia dinámica pendular de las relaciones de pareja. Ese viraje, observan sociólogos, viene alterando las formas de vida y de relación. Según el Departamento de Análisis Demográfico de la ciudad de Buenos Aires, ese conjunto representaba el 26,5% de la población capitalina en 1980. Creció al 46,3% en 1991 y, como se dijo, hoy es el 49,9%. El avance de los *singles* corre a la par de la fragilidad de las uniones, con 56,2 divorcios cada 100 matrimonios porteños, según la Encuesta Anual de Hogares (EAH). Al margen de su peso en la economía real, su revalorización la confirman quienes ven en su estatus una reivindicación de los espacios de intimidad y libertad individual. Las carencias afectivas se compensan con los logros profesionales, los hijos, amigos y su intensa vida social. Los más jóvenes dan prioridad a su desarrollo laboral y relegan el proyecto de familia. Demógrafas del Centro de Estudios en Población (Cenep) analizan el fenómeno desde otra perspectiva. Afirman que la inestabilidad de las uniones, junto con la postergación en la edad para el primer enlace entre los jóvenes y el incremento en la expectativa de vida, entre otros puntos, empujan los episodios de soltería. Hay serias dificultades en las relaciones interpersonales y la cultura digital propicia simulacros de relación. En Buenos Aires, la tasa bruta de nupcialidad descendió el 40 por ciento en los últimos 18 años. En 1990, la tasa de matrimonios era de 7,4 casamientos por cada 1000 habitantes. En la última medición de 2007 se redujo a 4,4. La edad promedio para la primera unión se elevó a los 32 años en los hombres, y a los 30,6 en la mujer.

Podremos discrepar con cada una de estas manifestaciones y poner en tela de juicio las estadísticas mencionadas por atribuirles falta de los sustentos técnicos necesarios y ajustarse muchas veces a la visión parcial o entusiasta de los autores, y hacer esas críticas con el fin de cuestionar la magnitud del problema, también considerarlas un ataque a la familia como institución, pero lo cierto es que, con o sin errores, exageraciones o distintas intenciones, difícilmente pueda negarse que estamos frente a una realidad social que golpea la solidez del matrimonio, al que seguimos considerando una institución trascendente y fundamental de nuestra forma de vida.

IV- VIGENCIA DEL PLENARIO MAURI DE MAURI FRANCISCA Y OTRO

Con relación a la obligatoriedad de los fallos plenarios el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone: La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria.

Hemos dicho en otro trabajo que la norma es clara, pero los hechos siempre superan lo previsto y se abre paso a la interpretación. La Sala C, de la Cámara Nacional en lo Civil sostuvo que sólo cesa la obligatoriedad de un fallo plenario por modificación de la doctrina, mediante una nueva sentencia plenaria, o por cambio de legislación que derogue o modifique la norma interpretada por aquél, no bastando para considerar que ha perdido vigencia la sanción de una nueva ley si ésta mantiene la misma norma objeto del plenario. (4)

Antes de ser reformado por la ley 23.515, el art. 3575 del Código Civil estaba redactado del siguiente modo: "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**". —el segundo párrafo fue agregado por la ley 17.711—.

Por la ley 23.515 el artículo transcrito fue corregido en su redacción, la palabra **sucesión** destacada en el primer párrafo, se modificó por "**la vocación hereditaria**" y en el segundo se modificó lo marcado más arriba por "**art. 3574**".

Si se admite la doctrina del fallo de la Sala C, mencionado precedentemente, no cabe duda sobre la permanencia en nuestro código de la misma norma anterior, con sólo cambios menores de redacción, por lo que se mantendría la vigencia del plenario en cuestión, por no estar este artículo derogado, ni modificado en lo sustancial.

¿Pero, si no es la letra sino los efectos de la norma los que están alcanzados por la nueva ley, perdería el plenario su obligatoriedad? Acá comenzamos a entrar en el meollo del asunto: Repitiendo: ¿Aunque la norma respecto de la cual se sentó la doctrina plenaria haya quedado sin modificaciones determinantes, puede afirmarse recurriendo a una "interpretación integradora" que ha sido mo-

(4) El Derecho t. 92, pág.431, Andrés Rivas Molina, "Cesión de Herencia. Oponibilidad a terceros. Inseguridad y reforma legislativa", en "Estudios sobre derecho sucesorio" de la Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, edit. La Ley, año 2008, pág.355. Opinan de igual modo Serantes Peña-Palma, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" t. I, pág. 694 y FENNOCHIETTO- ARAZI en "Código Procesal Civil de la Nación, comentado y concordado", t. I, pág. 894, parág. 3, ambos con cita del fallo comentado.

dificada en su alcances por los efectos derivados de otros artículos incorporados o reformados por la nueva ley?

En ese último sentido, la sentencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dictada en la causa M.,M:M: c/ R.N.M. del 9 de noviembre de 1993 (5), resolvió que debe aceptarse una interpretación integradora del artículo en cuestión —3575, Cód. Civil, ordenado por ley 23.515— con el 204, reformado por esta ley que considera la separación de hecho sin voluntad de unirse como causal objetiva de separación personal y de divorcio. Que para la ley 23.515, la separación de hecho se ha convertido en causal objetiva de separación personal y confiere legitimación activa a cualquiera de los esposos para demandar por divorcio, con la consecuencia de que perderán los dos, por regla general, su vocación hereditaria recíproca. Se concluye entonces que la presunción en estos supuestos de separación de hecho es la de culpabilidad de ambos y que quien pretendiera lo contrario tendrá sobre sí la carga de demostrar su falta de culpabilidad en la separación. Y, agrega, que el espíritu de la ley no puede ser disímil para el supuesto que aquí nos ocupa del art. 3575 del Cód. Civil: exclusión sucesoria del cónyuge supérstite que se encontraba separado de hecho del causante. Deberá entonces el supérstite que pretende derecho en la sucesión de su cónyuge fallecido, probar que fue inocente, que no dio causa, o al menos que fue su cónyuge el exclusivo responsable de la ruptura, con lo que se invierte la carga de la prueba.

En igual forma la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, con fecha 18/04/1995, (6) se pronunció del siguiente modo: Para la tesis objetiva, la causal reside en la falta de voluntad de unirse sin que sea preciso indagar la imputabilidad o culpabilidad en la vida conyugal. En otras palabras y concordantemente con lo reseñado en el supuesto del art. 3575 del Cód. Civil, el cónyuge que pretende derechos en la sucesión de su cónyuge fallecido, debe probar que fue inocente, que no dio causa a la separación o al menos que fue su cónyuge el exclusivo responsable de la ruptura.

La Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones de Tucumán, sala II, el 26/10/2006, en la causa, L.M.J. s/suc., (7) mantiene este criterio y siguiendo a Ana María Chechile, en su obra "La Separación de hecho entre cónyuges en el derecho Civil Argentino", ... la respuesta que pone la carga de prueba sobre quien alega la inocencia responde a los modernos principios procesales relativos a la carga de la prueba. En nuestros días la categorización de los hechos en constitutivos e impeditivos está desdibujada; no se trata de que no rija sino que hay situaciones límites en las que es menester acudir al sistema de las cargas probatorias dinámicas; en efecto normalmente se trata de hechos acaecidos en la intimidad y en tiempos lejanos; ¿Cómo convertir al heredero que pretende la exclusión en una especie de investigador privado? ¿Quién está en mejor situación de probar? ¿El heredero que puede estar privado de todo acceso a la información relativa a lo que ocurrió en esta pareja o el cónyuge supérstite que sabe lo acontecido por haber vivido y ser uno de los protagonistas del drama? El cónyuge supérstite

(5) Fallo publicado en La Ley 1994-B, 256.

(6) In re A., A. y otro c. S., J. E. —fallo publicado en LLBA 1995, 766—.

(7) Publicado en: LLNOA 2007 (agosto), 770.

responde sin hesitación la moderna doctrina procesal...". Continúa el Tribunal manifestando que: Resulta apropiada la conclusión de la doctora Chechile cuando dice ... que el transcurso del tiempo muestra una aceptación de la situación de hecho. Es inadmisibles que puedan pretender ejercer derechos derivados de la unión matrimonial fundados en el afecto que esta unión supone cuando los esposos han interrumpido la cohabitación. ¿En que se funda ese derecho que se pretende ejercer? ... en la separación de hecho faltan o se encuentran ausentes los fundamentos de la vocación sucesoria del cónyuge; se pierde el fundamento objetivo del llamamiento. Dicha vocación no es un don definitivo atribuible por la mera ostentación del documento de la celebración matrimonial omitiendo las múltiples vicisitudes que pueden restarle eficacia... lo que engendra derechos es la unión matrimonial pero estos se correlacionan a su vez, con una serie de deberes recíprocos que dicha institución pone a cargo de sus integrantes... En igual sentido, la doctora Kemelmajer de Carlucci, en su trabajo titulado "La exclusión del separado de hecho en la sucesión del cónyuge", publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzol-Culzoni, año 2000, p. 43, afirma ... no debe olvidarse que para la ley 23.515 la separación de hecho es un dato revelador por sí mismo, de la desunión matrimonial de tal importancia que es causa suficiente para obtener el divorcio, "más allá de la indagación de las culpas en la separación de hecho falta, o se encuentran ausentes, los fundamentos de la ganancialidad y de la vocación sucesoria del cónyuge; se ha perdido el fundamento objetivo del llamamiento" (8).

(8) . Un interesante desarrollo de la situación actual se hace en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, del 09/08/2007, causa V., V. B. c. C., M. G., publicado en: LA LEY del 24/10/2007, con nota de María Josefa Méndez Costa, en el que se expresa respecto de la interpretación de lo normado por el art. 3575: "A partir de allí se desgrana el segundo nivel de debate, que es cómo juega la distribución de la carga de la prueba de esa inocencia o de esa culpabilidad. ¿Es el supérstite al que se pretende excluir de la sucesión de su cónyuge fallecido quien debe probar su inocencia para que esa exclusión prospere? ¿O es el heredero que pretende excluir al viudo o viuda separados quien debe probar su culpabilidad para viabilizar su pretensión? En otras palabras, ¿qué debe probarse? ¿la culpabilidad o la inocencia? El debate ha sido y sigue siendo todavía arduo, en la medida en que la solución no surge claramente del texto de las normas legales comprometidas. Que en punto a ello, para un sector importante de la doctrina autoral y judicial, quien pretenda la exclusión de la vocación sucesoria del cónyuge supérstite separado de hecho debe asumir la carga de la prueba de su culpabilidad en dicha separación. En esa línea se ha expedido el mencionado plenario in re "Mauri", y ambas Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1981 y 1989. Es también el punto de vista de Méndez Costa ("Interpretación del artículo 3575 del Código Civil", nota a fallo en LA LEY, 1981-C, 413); Alberto Gowland ("La vocación sucesoria del separado de hecho sin voluntad de unirse y la ley 23.515", LA LEY, 1991-D, 418); Eduardo Zannoni (LA LEY, 1977-C, 205); Osvaldo Maffia ("Separación de hecho y vocación hereditaria", JA 1977-C-205); etc. Desde otro punto de vista, se sostiene que probada la separación de hecho debe presumirse que la culpa de la misma es imputable a ambos cónyuges, con lo cual quien debe asumir la carga de la prueba de su inocencia es el supérstite demandado por exclusión, punto de vista que parecería sustentado, luego de la sanción de la ley 23.515, por la incorporación que ella hiciera de un segundo párrafo al artículo 204 del C.Civil, conforme al cual si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado causa a la separación, la

Estas posiciones demuestran que seguimos en el meollo del asunto, y se genera así otra inevitable pregunta que encuadra las anteriores: ¿Incide lo normado por los arts. 204 y 214, inc. 2º del Código Civil en los alcances de la doctrina sentada por el fallo plenario Mauri de Mauri, de modo tal que pueda afirmarse que éste ha perdido vigencia?

La doctrina legal aplicable de acuerdo con dicho plenario, ahora cuestionada, es la siguiente: 1) La exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 de Cod. Civil, se funda en las causas que determinaran dicha separación. 2) La carga de la prueba de las causales de tal exclusión, recae sobre quienes cuestionaren la vocación hereditaria del cónyuge supérstite.

Para responder a nuestros interrogantes debemos analizar lo ocurrido a partir de la vigencia de la ley 23.515, publicada el 12/6/1987, sin perjuicio de considerar los argumentos de la mayoría y las disidencias expuestas en ese plenario de fecha anterior.

Como introducción ya nos hemos referido a tres sentencias que admiten, fuera de la jurisdicción nacional, la posición objetiva, por lo que continuaremos desarrollando el tema desde ese ángulo objetivo contrario a la doctrina del plenario.

Del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, el 7/03/1995, en el juicio H., K. c. S. S., S. A., (9) interesa destacar los siguientes párrafos que se transcriben: "Ciertamente la reforma introducida por la ley 23.515 no modificó la norma contenida en el art. 3575 del Cód. Civil pero, si se hubiera querido mantener la doctrina del aludido fallo plenario, debió haberse modificado el mentado artículo ya que, al haber quedado con su redacción da lugar a diferentes inter-

sentencia que la declare dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente (conf. Kemelmajer de Carlucci, "La exclusión..", op. cit., pag. 40; Adriana Wagmaister, "Vocación sucesoria del cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse", JA 2001-IV-986; Guillermo Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino - sucesiones", 6º Edición, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1987, tomo II, nº 868; Francisco Magin Ferrer, "La exclusión...", op. cit., pag. 884; Cam.Apel.Civ. y Com. Rosario, Sala 3º, 15.2.88, "G., M. c/G. M. s/exclusión de heredero", Zeus 50-J-92; igual Sala, 31.7.97, "K., I. E. c/L. C. y otra", LA LEY, 1999-C, 747; Cam.Apel.Civ. y Com. Paraná, Sala 1, 3.6.79, "E., A. R. y otra c/ J., J."; CSJBsAs, 9.11.93, DJ, 1994-I-409; etc.). Hay incluso una tercera posición (postulada en las Jornadas Nacionales de Bariloche de 1989 en minoría y como propuesta de lege ferenda, suscripta por Lloveras, Bossert, Perez Lasala, Levy, Mesa, Wagmaister e Iñigo), según la cual la carga de la prueba varía según que la separación de hecho date de menos o más de dos años. Si es mayor, el pretense excluido deberá probar su inocencia, si es menor, será quien pretenda excluir al viudo o viuda probar dicha separación y la culpa del pretense excluido. Tal postulación tuvo correlato en un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil del 22.2.94 publicado en El Derecho con nota de Osvaldo O. Alvarez titulada "Separación de hecho y vocación hereditaria", y contaría también con la adhesión de Eduardo Zannoni ("La separación de hecho como causal de divorcio", en la obra "Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda", Bs.As. 1985 pag. 377) y Francisco Magin Ferrer ("La exclusión...", op. cit., pag. 88.)

(9) LA LEY 1995-E, 380 - DJ 1996-1, 153.

pretaciones."... "esta sala entiende que ese segundo párrafo —referido a la carga probatoria— ha sido derogado por la ley 23.515." "Lo que ocurre es que el art. 3575 del Cód. Civil concuerda con el art. 204 del mismo cuerpo legal, introducido por la ley 23.515. En el art. 204 del Cód. Civil se establece con precisión la presunción inversa (conf. Zannoni, "Manual de Derecho de Sucesiones", 1989, p. 433, § 575). Motivo por el cual el segundo párrafo del plenario se encuentra derogado por imperio de la ley 23.515." "... El plenario "Mauri de M. F. y Mauri E. O. s/ suc. ab intestato", del 12/2/86, dispuso que se presume la inocencia del sobreviviente. Pero, el citado artículo introducido por la ley 23.515, dispuso lo contrario. Dice que aquel de los esposos que se considere inocente deberá probar su inocencia". "Si sucede esto en caso de vida, es decir de producirse la separación en vida, no existiendo un texto inequívoco en caso de muerte, dado que no lo dice ni el viejo art. 3575 del Cód. Civil, ni el reformado por la ley 17.711 (ED, 21-961), ni el actual introducido por la ley 23.515, es necesario precisar dónde debe ubicarse la carga de la prueba. Para reafirmar la posición de este tribunal que deja sin efecto el plenario sobre el punto en discusión, corresponde mencionar el art. 3574 del Cód. Civil. Esta norma distribuye la herencia teniendo por antecedentes un divorcio decretado en vida de los esposos y en ese supuesto, disuelto el vínculo matrimonial ninguno de los cónyuges conservará vocación hereditaria respecto del acto. También prevé que en los casos del art. 204 del Cód. Civil, primer párrafo, y 205 del mismo cuerpo, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro, pero agrega en caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro. "En síntesis, los textos no dejan cabida a la duda: si existe separación por las causas establecidas en el art. 204 del Cód. Civil, el sobreviviente, es decir el viudo, deberá probar que no ha dado causa a la separación de hecho".

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, con fecha: 30/11/2001, en la causa Carou, Arturo, publicada en: LA LEY 2002-E, 859, también se apartó del plenario con los siguientes argumentos:

"En efecto, ya en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en 1989, se sostuvo que el art. 204 del Código Civil derogó la doctrina del Plenario "Mauri de Mauri, F. y Mauri, Enzo O. s/ Sucesión Ab intestato" de esta Cámara que integramos. Como corolario de ello, la separación de hecho sin voluntad de unirse priva objetivamente a los cónyuges de vocación hereditaria, salvo que el supérstite alegue y pruebe no haber dado causa a la separación". "Sin hesitar, la Sala C del Tribunal afirmó que el 2º párrafo del Plenario quedó derogado por la reforma introducida por la ley 23.515". "Es verdad que la reforma no modificó el art. 3575 del Código Civil pero, si quiso mantener en forma tajante y absoluta la doctrina de la interpretación del Plenario, debió modificar su texto, que da pie a distintas interpretaciones". "Además, esa misma reforma a juicio del Tribunal, ha modificado categóricamente el punto de vista referido a la presunción, interpretado con alcance sistemático. Debe hacerse una concordancia entre el art. 3575 del Código de fondo con el nuevo artículo 204 el cual establece precisamente la presunción inversa (cfr. Zannoni, "Manual de Derecho de Sucesiones", 1989, pág. 433)"... "Quien pretende destruir ese principio general deberá cargar con la prueba de que no hubo de su parte un incumplimiento deliberado del deber

matrimonial que es lo que la ley sanciona. Nos encontramos así ante un caso de ausencia de vocación o, lo que es lo mismo, de inexistencia de llamamiento, pues la ley ha dejado sin efecto el derecho subjetivo familiar hereditario al momento de la apertura de la sucesión que encuentra a los cónyuges viviendo separados, de ahí que quede sin efecto el llamamiento mismo objetivamente considerado y esto sólo podrá impedirse probando el sobreviviente que él no fue el responsable (cfr. aut. cit., "Vocación sucesoria del cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse", en Lexis Nexis, JA, del 24-10-2001, fascículo 4, pág. 74 y ss.). "De ello se concluye que, en principio, tendrá que ser el cónyuge supérstite que alegue derechos, quien debe acreditar los extremos que permitirían su inclusión en la declaratoria, mediante el correspondiente proceso de conocimiento." (10)

En el Código Civil Comentado y anotado, del que es Director Santos Cifuentes y Coordinador Fernando Alfredo Sagarna, (11) en su comentario al Art. 3575, se vuelca terminantemente la posición objetiva que el primero sostuvo en el plenario: "Así como el artículo anterior prevé la pérdida de la vocación hereditaria en el caso de separación personal decretada judicialmente con fundamento en la separación de hecho sin voluntad de unirse, ésta norma brinda idéntica solución ante la mera separación de hecho. Al peticionante de la exclusión hereditaria le bastará probar el elemento objetivo: separación de hecho sin una razón jurídica que la justifique. El cónyuge supérstite que pretende mantener su vocación sucesoria, tendrá la carga de probar su calidad de cónyuge inocente, pues la separación de hecho hace cesar el fundamento de la vocación hereditaria conyugal, así como el fundamento de la ganancialidad".

Hasta ahora hemos analizando la posición objetiva fortalecida por la reforma introducida por la ley 23.515, corresponde considerar la posición subjetiva que compartimos. En primer término nos remitiremos a lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G con fecha 06/11/1987 (12). Se transcriben los sumarios: 1 - La carga de la prueba de las causales de la exclusión sucesoria prevista por el art. 3575 del Cod. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), compete a quien ejerce la pretensión respectiva contra el cónyuge supérstite. 2 - La sentencia de divorcio conforme al art. 67 bis de LA LEY 2393 entonces vigente, acredita la causal de exclusión sucesoria prevista por el art. 3575 del Cod. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), pero si el proceso queda inconcluso, por la muerte de uno de los cónyuges, le corresponde a los pretendientes probar acabadamente la existencia de alguna de las causales de exclusión. 3 - Si quienes pretenden la exclusión sucesoria de la cónyuge supérstite no han podido acreditar que había sido la culpable de la separación de hecho, ella conserva su vocación hereditaria a pesar de que estuviera reconocido el hecho de la vida separada.

(10) En igual sentido Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, del 06/05/2009 In re B., C. X. y otro c. S. A. E. y otro, en: La Ley Online.

(11) Editorial La Ley 2008.

(12) Causa S., L. C., publicada en LA LEY 1988-A, 357 - DJ 1988-1, 732.

La Sala C. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la causa V., S. M. s/suc., del 6/12/2005 (13): Se expresa de este modo. "Teniendo en cuenta que las afirmaciones efectuadas por la testadora en el punto segundo del testamento obrante a fs. 17, se contraponen con las expresiones de su cónyuge a fs. 43, forzoso resulta concluir que no se encuentra acreditada la causal de desheredación contemplada por el art. 3575 del Código Civil y consecuentemente que será necesario que un proceso ordinario se debatan las cuestiones inherentes a la vocación hereditaria en disputa. Para que proceda la exclusión hereditaria a causa de la separación personal tiene que mediar una sentencia de separación personal que declare la culpabilidad de uno de los cónyuges. Como reverso de esta moneda, el cónyuge inocente de esta separación personal mantiene su vocación hereditaria por voluntad del legislador. En definitiva, las condiciones de exclusión son dos: culpabilidad y sentencia (Medina Graciela, en Bueres A. J., Highton E. I, "Código Civil...", Bs. As. Edit. Hammurabi, 2001, t. 6A, pág. 740)."

A su vez, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, en la causa M., R. A. c. D. L., H. del 19/08/2005 (14) tiene resuelto que: "Liminarmente es de señalar que la separación de hecho no disuelve el vínculo matrimonial (conf. art. 213 del Cód. Civil); sólo lo hace cuando la separación se declara judicialmente, pues es ante el estrado Judicial que deben dilucidarse las situaciones y responsabilidades que caben a cada cónyuge, si así correspondiere, y ello es de orden público. Tampoco habilita la separación de hecho un régimen especial o diferente de sociedad conyugal en cuanto a los bienes que la integran y a los adquiridos con posterioridad a que se configure; siendo igualmente necesaria en ese supuesto una declaración judicial a fin de retrotraer los efectos de aquélla. Respecto a lo dispuesto por el art. 3575, citado por el recurrente, es de advertir que la separación de hecho debe ser comprobada debidamente; habiéndolo así entendido la doctrina y jurisprudencia al afirmar que la separación de hecho debe probarla quien tiene interés en la exclusión del cónyuge supérstite; haciendo ello obvia referencia a la necesidad de dilucidar la cuestión en una causa judicial, y lo relativo a la interpretación de los hechos que así lo ameriten, hacerse en forma restrictiva por cuanto se están afectando derechos de terceros (v. Salas, Trigo Represas, "Código...." Tº 3, pág. 127 y ss. entre otros)."

Coincidiendo con esta posición subjetiva, fuera de la justicia local mencionamos el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, de fecha: 30/05/2006, causa M., F. c. R., E. D, LLBA 2006, 944, que en lo pertinente expresa:

"Pero la cónyuge supérstite, aun separada de hecho, conserva la vocación por la sola inercia de su título: le basta exhibir la partida de matrimonio para obrar como heredera legitimaria con cuasi posesión hereditaria de pleno derecho (art. 3410, Código Civil) y quien pretenda su exclusión —invocando como causa una separación de hecho— deberá accionar para obtenerla, con el correlato necesario de las cargas de afirmación y prueba, el que incluye la culpa del cónyuge que se pretende excluir en la separación (art. 375 CPC; confr. C. 1ª C.C., La Plata,

(13) Publicado en La Ley, T. 2006-c- pág. 300

(14) Publicado en La Ley 2005-E-870

23/02/95, RSD-23.95-S). Es decir, la carga de la prueba de las causales de exclusión sucesoria del cónyuge superviviente por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 del Código Civil recae sobre quienes cuestionasen la vocación hereditaria de aquél; a quien, teniendo la cuasi posesión hereditaria de pleno derecho, no se lo podría excluir también de pleno derecho por la sola circunstancia de encontrarse separado de hecho, sin que se le atribuyeran y probaran las causas que provocaron la separación (confr. CNCiv., pleno, LA LEY, 1986-B, 134 y sigtes.; ZANNONI: "Derecho de las Sucesiones", t. 2, p. 96 y sigtes., num. 879 y sigtes.; etc.)."

En un fallo que concluyó admitiendo la pérdida de la vocación hereditaria, se aplicó, no obstante, la doctrina del plenario Mauri. Así lo sostuvo la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II con fecha 09/05/2000, en la causa S., N. y otros c. S. M., G. publicada en: LLBA 2001, 958. Luego de analizarse ambas posiciones se afirmó: "... la segunda (subjetiva), que es la doctrina mayoritaria, considera que la causal de exclusión esta constituida por la conducta culpable que ocasionó la separación, es decir, aquel comportamiento que provocó la interrupción de la cohabitación. Dentro de ésta la culpa puede darse al inicio de la separación (su causa), o tipificarse a posteriori por incurrir en las conductas que señala el art. 3575 in fine. Entre sus sostenedores, se hallan, entre otros, Belluscio, Zannoni, Maffia, Greco y Méndez Costa.... la ley requiere la separación voluntaria y querida, y, además la culpabilidad; la causal está determinada por el hecho objetivo de la separación calificado por la voluntad de no unirse y la culpabilidad; si la separación, como requiere la norma, es sin voluntad de unirse, ello no alcanza a constituir la causal, requiriéndose la imputabilidad por culpa, deber de convivencia, al cónyuge que abandonó al otro o al que provocó la desunión con su inconducta (Méndez Costa, su nota en La Ley, 1981-C, 413; BELLUSCIO, "Derecho de las Sucesiones", t. II, p. 129; ZANNONI, "Tratado", t. II, p. 126). En resumen la norma requiere la separación, elemento material, que se manifiesta en el alejamiento del hogar, de uno o de los dos cónyuges en forma permanente; el elemento subjetivo "falta de voluntad de unirse" y para que se constituya la causal de exclusión de la herencia, se requiere "culpabilidad".

Nos hemos visto obligados a transcribir largos fundamentos de varias sentencias con el fin de poner de resalto la polarización de las opiniones, aunque el método importe la reiteración de muchos argumentos en cada uno de los distintos pronunciamientos. Con el mismo criterio nos vemos obligados a reiterar los principales fundamentos del fallo Mauri c/Mauri.

La mayoría que estableció la doctrina legal obligatoria sostuvo que debe resolverse primero cual es el hecho que aprehende el art. 3575 al disponer la exclusión sucesoria del cónyuge superviviente, si se funda o no en las causas que determinaron la separación de hecho. Afirmó que no es el mero hecho de vivir los cónyuges separados sin voluntad de unirse, sino que es necesario investigar los motivos determinantes de esa separación.

Más adelante expresa que se advierte que el elemento subjetivo —culpabilidad— debe ineludiblemente hacerse presente en relación a la vocación hereditaria. Luego se vincula conceptualmente los arts. 1306 y 3575, porque, aunque regulen situaciones ontológicas distintas, ambas convergen en un mismo hecho

existencial que es la separación de los cónyuges. Concluye que la reforma de 1968 alude a un factor de atribución subjetivo y que no se trata de la voluntad de no unirse sino de cual de los esposos dio causa a la separación.

Al analizar la mayoría las situaciones planteadas por el art. 3574 —recordamos que este argumento es anterior a la reforma de la ley 23.515— distingue los supuestos en los que media sentencia de divorcio y aquellos en que ha ocurrido una separación que no existe más que en los hechos. En este punto el voto impersonal se refiere a la similitud de situaciones con aquellas en que el titular de la vocación hereditaria ha incurrido en indignidad.

Se agrega que en la hipótesis que tratamos existe el título de estado —partida de matrimonio— de la que surge la vocación hereditaria. Admite que se requiere un debate post mortem que obliga a investigar a un muerto que no puede defenderse, respecto de las intimidades conyugales y por razones patrimoniales, pero a los que invocan estos hechos indiscutibles les contestan que sus argumentos son efectistas, para agregar una serie de ejemplos de acciones judiciales que imponen similares caminos procesales. *Concluye que no se advierte razón para castigar a ambos cónyuges, bajo riesgo de caer en notoria injusticia, castigando al inocente*, argumento decisorio que compartimos plenamente.

Respecto de la carga de la prueba afirman que quien alega el hecho que impide o resuelve la vocación hereditaria debe probarlo, conforme lo dispone el art. 377 del Código Procesal correspondiente.

Agrega la mayoría un importante argumento que concierne a ambas cuestiones planteadas para establecer la doctrina legal aplicable. Antes de la reforma introducida por la ley 17.711 el cónyuge no tenía posesión hereditaria de pleno derecho, por lo que no es posible argumentar que quién ahora tiene esa posesión por mandato de la ley esté excluido también de pleno derecho por la sola circunstancia de estar separado, sin que se le atribuyan y prueben la causas que dieron lugar a esa separación de hecho.

Siguiendo con nuestro análisis, debemos recordar que en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de abril de 1989, posteriores a la vigencia de la ley 23.515, la mayoría de los juristas sostuvieron la posición subjetiva en los siguientes términos, que coinciden con la doctrina plenaria sentada en Mauri c/Mauri:

"Aun después de la sanción de la ley 23.515, a los efectos de la exclusión prevista en el art. 3575 del Cód. Civil la carga de la prueba recae sobre quienes cuestionen la vocación hereditaria del cónyuge superviviente". (Azpiri, Bossert, Córdoba, Lloveras, Méndez Costa, Stratta, Vidal Taquini, Ferrer, Rolando, Legón, Heluani, Natale, Mattera, Requeijo).

En disidencia votaron de este modo Levy, Meza, Wagmaister e Iñigo: "En el caso del art. 3575 Cód. Civil, después de la sanción de la ley 23.515, el cónyuge superviviente queda privado de la vocación hereditaria, salvo que alegue y pruebe no haber dado causa a la separación de hecho".

Si no bastara la enumeración de fallos opuestos, tanto del fuero local como en las distintas jurisdicciones del país, esta controversia entre los juristas asistentes

al congreso nacional mencionado, demuestra que no es incuestionable que los artículos 204 y 214 introducidos por la ley 23.515, con posterioridad a la vigencia del plenario Mauri de Mauri, permitan afirmar que el art. 3575 del Código Civil, norma que fue interpretada estableciéndose la doctrina legal aplicable, haya quedado indiscutiblemente modificado en sus alcances, debido a que se impone una interpretación integradora.

Sin embargo, por estas mismas razones no coincidimos con la opinión mayoritaria en ese congreso que consideró que no debe modificarse el art. 3575 del Cód. Civil. (Azpiri, Córdoba, Méndez Costa, Stratta, Vidal Taquini, Ferrer, Rolando, Heluani, Natale, Legón, Mattera, Requeijo). Es que con esta posición no se resuelve el problema, pues puede sostenerse por algunos que no es necesario reformar esa norma porque está claro que ya ha quedado modificada en sus alcances y, por otros, que la reforma de la ley 23.515 no la ha alcanzado, y de tal modo persiste el conflicto.

Tampoco compartimos el voto de los disidentes que afirman que: "Debe modificarse el art. 3575 del Cód. Civil a efectos de armonizar su contenido con el art. 204 del Cód. Civil disponiendo que si la separación de hecho se hubiere mantenido por un término mayor de dos años, a los interesados en la exclusión del sobreviviente les basta probar dicha separación, pudiendo éste evitar la exclusión mediante la prueba de su inocencia; en caso de no haber superado los dos años, se mantendrá el régimen según el cual el actor debe probar la separación de hecho sin voluntad de unirse y también la culpa del supérstite". (Pérez Lasala, Levy, Meza, Bossert, Lloveras, Wagmaister, Iñigo).

Esta última es una posición intermedia entre la subjetiva, si la separación no tiene una antigüedad de dos años, y la objetiva si la supera. Llevado este criterio a la incidencia sobre el fallo plenario local, también demuestra que no sería posible considerarlo a éste destituido de efectos, porque, al menos, los tendría para el primer período de separación. Indica, por otra parte, que los autores de esta posición están de acuerdo implícitamente con los argumentos de la doctrina sentada por el plenario, pero aceptan que la reforma ha gravitado sobre la interpretación del artículo 3575 sólo si la separación es más prolongada en el tiempo.

Alicia Josefina Stratta ha hecho un interesante y sistemático estudio de lo tratado en las XII jornadas nacionales de derecho civil, que compartimos en lo principal. (15)

Opina que en las jornadas se dio por sentado que la existencia de la culpa es presupuesto necesario para operar la exclusión, reafirmando la doctrina legal aplicable que resulta del plenario Mauri c/ Mauri.

Cita la autora a Belluscio que califica de errada la redacción del art. 204, y postula la inaplicabilidad de la carga probatoria tanto para ese artículo como para el 3575, repitiendo que "demostrar la propia inocencia implicaría tener

(15) STRATTA, Alicia Josefina, "La exclusión hereditaria conyugal en las XII J.N.de D.C., con especial referencia al matrimonio in extrremis y a la separación de hecho", publicado en DJ 1989-2, 705.

que probar que existió durante las 24 horas de cada uno de los días que duró la unión matrimonial". (16)

Hemos opinado que no compartimos el voto mayoritario de las jornadas respecto a la falta de necesidad de modificar el art. 3575. La comentarista del desarrollo del congreso llega a similar conclusión cuando opina que "modificar reglamentando el art. 3575 hubiera cerrado las cuestiones pendientes y, más allá de las críticas y opiniones adversas al camino que se hubiera elegido, hubiera concluido una discusión más que centenaria." Y "que las nuevas leyes han desperdiciado la oportunidad de traer certeza jurídica, dado que los criterios, en todo los sentidos, estaban suficientemente decantados y eran harto conocidos".

Por otra parte, admitimos que los fallos plenarios son constitucionales, porque no se afecta el principio de separación de poderes, ya que no hay en la determinación de la doctrina legal aplicable una finalidad legislativa, toda vez que los jueces no están creando derecho sino interpretando el derecho vigente, porque se pronuncian *intra lege*, que son válidos los argumentos de quienes aprueban su existencia legal como un modo útil para unificar la jurisprudencia. De este modo está prescrito por el 303 del Código Procesal que la doctrina legal a la que se arriba en el fallo plenario es obligatoria respecto de la Cámara y los jueces de primera instancia.

De acuerdo a lo que aquí sostenemos, el Art. 3575 no ha sido modificado en su texto y es discutible que mediante una interpretación integradora con los arts. 204 y 214 se pueda afirmar terminantemente que la doctrina del fallo plenario *In re Mauri* ha perdido su obligatoriedad.

Hay aquí dos enfoques necesarios: el primero es procesal formal y trata sobre el acatamiento de la doctrina plenaria y la legalidad de los pronunciamientos judiciales que no la respetan. El segundo es de fondo y se refiere a la debida interpretación de lo prescrito por el art. 3575, luego de la vigencia de la ley 23.515 y lo normado por los arts. 204 y 214 del Código Civil.

Como afirman Goggi y Lujan de Pildain, frente al silencio de la ley en los supuestos en los que se producen modificaciones sustanciales en el marco normativo, se determina que el tribunal se vea obligado a pronunciarse no ya sobre la vigencia de la doctrina legal, sino sobre su propia aplicabilidad con relación a los sucesivos regímenes legales. Estos autores mencionan coincidentemente en la nota 14, el caso del plenario "Mauri", al que consideran debidamente declarado inaplicable, salvo respecto de las sucesiones abiertas antes de la reforma de la ley 23.515. (17)

(16) BELLUSCIO, Augusto, *Manual de Derecho de Familia*, edición Depalma. 1987. T I, n° 229, pág. 338 y sigtes.

(17) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado. Dirección Elena Highton y Beatriz A. Areán, editorial Hammurabi, edic. 2006, Pág. 303, párag.6; Sobre la vigencia temporal, modificaciones de oficio, variaciones del contenido normativo y de hecho, y relatividad de la rigidez de la doctrina plenaria, ver Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en "Kartopapel S.A.C. e I. c / M. C.B.A" El Derecho t. 74, 322 y sgts. y fallo de la Sala G. de esa Cámara, in re

No coincidimos, si la opinión de los juristas fuera unánime e indiscutible respecto a la "interpretación integradora" no sería cuestionable que la doctrina plenaria perdiera su vigencia en el caso "Mauri", pero hemos visto que al respecto siguen las divergencias jurisprudenciales en los congresos y en la doctrina en general.

Ante esta realidad consideramos que los fallos de las Salas de la Cámaras Civil que no han respetado la doctrina legal aplicable resultante del fallo plenario que tratamos, obligatoria por prescribirlo el art. 303 del Cód. Procesal, no se ajustaron a derecho y hubieran podido plantearse recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra ellos. (18)

Opinamos que formalmente no es el apartamiento voluntario de esa doctrina por los jueces el camino que debió y debe seguirse, sino que ante la subsistencia de divergencias notorias, se ha hecho necesaria una convocatoria para el dictado de una nueva sentencia plenaria, como prescribe el artículo citado. (19)

También resultaría admisible el planteamiento por las partes del recurso de inaplicabilidad de ley siempre que se reúnan los recaudos legales previstos por los arts. 288 y sigtes. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: que la doctrina de los fallos de las salas sean debidamente contradictorias, que el precedente, no anterior a diez años, hubiera sido invocado oportunamente, que el recurso fuera planteado en tiempo propio y con las manifestaciones concretas que establece el art. 292. Que la contradicción que se invoca no esté dada entre un fallo plenario y la sentencia de una sala. (20) Y otros recaudos más, como la modificación de la integración de las salas que se pronunciaron o fallos de la Corte Suprema de Justicia que sienten doctrina adversa a sentencias que han aplicado un plenario anterior (21), etc.

"Matías Ana María c/ Empresa de Transportes General Roca s/ Daños y Perjuicios" del 8-7-02, Secretaría de Jurisprudencia sumario n° 0014858.

(18) Sobre la posibilidad de recurrir el fallo que se ajusta o se aparta a un plenario, "...Falcón, Código Procesal y Civil de la Nación, Comentado...." edit. Astrada, 2006, T I, p 303. Allí se expresa "La resolución de la Sala que admite o deniega el recurso de inaplicabilidad de ley no es susceptible de recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; tampoco lo es la sentencia de la cámara en pleno que fija la doctrina aplicable, pero sí puede ser objeto de recurso federal la que se dicte aplicando esa doctrina". Sobre el recurso de inaplicabilidad en general ver Colombo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, edit. La Ley, edic. 2006, T.III, pág. 288 y sigts.; Cód. de Proc. Civil y Comercial de la Nación, concordado, Dirección Helena Highton y Beatriz Arean,, edit. Hammurabi, edic. 2006- citado.

(19) Sobre este punto fallo de la Sala G, del 8-7-02, causa "Matías, Ana M. c/ Empresa de Transporte General Roca s/ Daños y Perjuicios" Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, sumario 0014858.

(20) Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno en la causa "Acepa S.C.A. c/ Faiatt J.R. del 16-3-82; Cámara Nacional Especial Civil y Comercial en pleno, causa "Bianchi c/ Audinac", del 24-10-69, y sucesivos fallos de sentencias de salas en el mismo sentido.

(21) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J., Recurso de Inaplicabilidad de ley in re "O.S.N. c/ Gómez E. y otros s/ Ejec. Fiscal, del 9-2-90.

Esta es nuestra conclusión desde el punto de vista formal, pasamos ahora a opinar sobre el fondo del asunto: ¿Es la condición en que se encuentran los cónyuges separados de hecho, aún vivos ambos, si luego de haber transcurrido el plazo legal invocan los arts. 204 o 214 para petitionar que se dicte la separación personal o el divorcio vincular, similar a aquella situación en que se colocaron los que al fallecimiento de uno de ellos no han hecho nunca uso de esos derechos?

Como hemos venido sosteniendo, coincidimos con lo expuesto por la Sala L de Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil que expresa en su fallo del 19-10-98, que no es correcto sostener que al cónyuge superviviente le corresponde acreditar su inocencia aludiéndose a los términos introducidos por la ley 23.515, ya que es prudente señalar que es distinto el supuesto de la culpabilidad de la separación de hecho sin voluntad de unirse como causal de exclusión de la vocación sucesoria, donde no existe juicio en vida de los cónyuges y donde ninguno de ellos ha optado por demandar por la causal objetiva del art. 204 aceptando aquella presunción legal. (22)

Si bien el art. 204 establece un principio procesal que invierte la carga de la prueba, distinto de lo prescripto en el orden local por el art. 377 del código de procedimientos, consideramos que todo apartamiento de esta última norma general debe ser de interpretación restrictiva, ajustada al caso concreto, como es la posibilidad que otorga la ley para obtener una sentencia de separación personal o divorcio vincular.

Pero si petitionado el divorcio alguno alega su inocencia e implícitamente la culpa del otro, lo hace frente a este último. Una vez trabada la litis sobre la culpabilidad ambos podrán afrontar la contienda. El deslinde entre la conducta de uno y otro sobrepasa la invocación unilateral de inocencia. Como bien dice Belluscio, ya citado, no es posible probar la propia inocencia cotidiana durante las veinticuatro horas y durante toda la convivencia matrimonial.

Tampoco nos resulta fácil imaginar que el juzgador pueda aislar esa inocencia de las imputaciones de incumplimiento de los deberes de cohabitación, fidelidad y asistencia al otro cónyuge. El derecho no es una ciencia matemática que permita dividir por dos los comportamientos humanos durante la íntima convivencia conyugal.

Coincidiendo con el voto impersonal en el plenario "Mauri" el Dr. Jorge H. Alterini dice en el suyo: "...si para esclarecer la conducta de los consortes se debe investigar su concreta culpabilidad en la separación, pero luego se presume esa culpa de la mera separación, ese juego de las pautas probatorias desmoronaría en muchas ocasiones las indudables motivaciones de equidad que inspiran a aquel criterio". Agrega "Las dificultades probatorias que pueden existir en casos particulares para que quienes pretenden excluir al cónyuge superviviente acrediten su culpabilidad en la separación, no pueden esgrimirse como argumentos convincentes para modificar la directiva de la necesidad de acreditar esa culpa, para presumirla por la mera separación"... "Tampoco debe perderse de vista que

(22) Sala L, expte. L052965 del 19-10-98, in re N.O. c/P, G.G. s/ exclusión de heredero, Secretaría de Jurisprudencia de esa Cámara, Sumario n° 0017623.

serios problemas probatorios puede generar la necesidad de probar la inocencia del cónyuge para mantener su vocación hereditaria... pues hasta la prueba indirecta de la culpa del cónyuge fallecido no descartaría necesariamente que también hubiese culpa de parte del supérstite. Es más ajustado a derecho que alentar esa vía probatoria elíptica, propiciar lisa y llanamente la necesidad de justificar la culpa del cónyuge supérstite”.

Un claro ejemplo agrega Alterini en su voto cuando explica que las dificultades probatorias son problemas circunstanciales... “Ello se visualiza con total claridad si a los que se pretende excluir de sus derechos son a los herederos del cónyuge fallecido en segundo término, pues los circunstanciales problemas probatorios ya no serán sólo de los que quieren alegar la culpa del fallecido con posterioridad, sino también de quienes procuran arrimar elementos a favor de su vocación sucesoria”. Nos preguntamos cual es el fundamento de equidad que en este supuesto, que es razonable se produzca en la realidad, justificaría invertir la carga de la prueba a favor de los legitimados para requerir la pérdida del derecho hereditario y en perjuicio de los herederos del heredero instituido por la ley, más allá de la discutible interpretación integradora de los arts. 204 y 3575.

La justeza matemática de algunas interpretaciones que se apoyan en las prescripciones temporales de los arts. 204 y 214, pareciera alejarse de lo que acontece en nuestra realidad social, considerando los comportamientos actuales que ya hemos mencionado. Nos parecen interpretaciones prácticas, pero que no podemos compartir, sostener que el deber de fidelidad rige solamente durante setecientos treinta días contados a partir de la separación de hecho de los cónyuges, sin computar el de la separación, y que al día siguiente de transcurrido ese lapso hay inimputable libertad sexual no obstante la subsistencia del vínculo, o, con parecidos alcances, que la inversión de la prueba se produce recién transcurrido ese lapso si se invoca la pérdida del derecho hereditario, lo que, como se dijo, tendría como consecuencia limitar la incidencia del segundo punto de la doctrina plenaria a ese supuesto, aunque se admita la vigencia del primero.

Ello es así porque a nuestro criterio, a medida que nos alejamos del concepto de culpa de cada uno y nos apoyamos en la objetividad, olvidamos la complejidad humana, los sentimientos que pueden perdurar, la importancia que otorgan a los deberes matrimoniales las distintas religiones, la formación y los principios morales a los que se ajusta la vida de cada persona, la relación con los hijos. La culpa se puede presumir y la carga de la prueba invertir, si se trata, por ejemplo, de la reparación de daños producidos con y por cosas de las cuales las personas se sirven o tienen su cuidado o por las personas que están bajo la dependencia de otros —art.1113 del Cód. Civil, entre distintos supuestos— ¿pero es lo mismo cuando nos referimos a los derechos personales en las relaciones de familia derivados del acto jurídico familiar?

Si bien la ley 23.515 ha dado nuevos respaldos a la posición objetiva que no compartimos, la interpretación integradora de los arts. 204, 214 y 3575 no nos convence. Seguimos pensando que no basta la separación de hecho, aún sin voluntad de unirse, y que son determinantes las causas que provocaron la separación. Esa separación es un hecho que debe ser juzgado por sentencia que establezca la culpabilidad del supérstite que detenta un título de estado, para

privarlo del derecho que su condición de legitimario le acuerda desde el fallecimiento del otro cónyuge —art. 3410—.

Nos parece más grave colocar al supérstite en situación de producir una prueba casi imposible sobre su propia conducta que las dificultades y conmociones que pueda suscitar imponer la carga de esa prueba a quienes la alegan. La mayoría en el fallo Mauri consideró que los argumentos que se fundan en la exacerbación de los apetitos patrimoniales, las pasiones y los odios, vinculados con una persona fallecida, son efectistas y dio ejemplos de otras contiendas judiciales por las que se paga un innegable precio similar.

Así con razón ha dicho Agustín Durañona y Vedia, coincidiendo con la mayoría sólo respecto a la doctrina legal aplicable en la primera cuestión: “Los inconvenientes de orden moral, graves por cierto, los que tiende a evitar la doctrina que con tanta elocuencia y maestría sostiene el Dr. Cifuentes en el voto que me precede... (23), son a mi juicio el precio que la justicia debe pagar para cumplir con la misión de dar a cada uno lo suyo, es decir, de reconocer derechos e imponer sanciones según el mérito de las conductas de los justiciables”. Agrega el voto que transcribimos: “Una interpretación desconectada de la causa del desquiciamiento matrimonial aparece así como disvaliosa desde el punto de vista de la justicia y se traduciría en una sanción indirecta e injusta a quién se abstuvo de promover el juicio de divorcio en vida del causante”, y más adelante: “Y si bien el velo que cubre las penurias humanas después de la muerte, respondería a la preservación de intereses éticos altamente estimables, tiene rango superior la realización de la justicia, aún mediando bienes materiales cuando para acceder a ellos se ostenta el título de la abnegación y el sacrificio añejos a una conducta inocente”.

Cabe preguntarse si los apetitos patrimoniales son posibles sólo respecto del supérstite, si siempre son el motivo principal de estas acciones, o también puede estar en juego el sentido de justicia en uno y otro lado, si la privación del derecho a la herencia a quién ha sido inocente, que tal vez ha luchado para subsistir dignamente y ha renunciado a poner fin al vínculo matrimonial —arts 204 y 214— pese a ser un cónyuge al que se lo puede estar sometiendo a soportar una vejez con privaciones, posiblemente en beneficio de hijos o demás legitimados más pudientes, importa cometer injusticias sustentadas por presunciones y generalizaciones.

Si el cónyuge supérstite tiene título de estado, no puede afirmarse que hay incoherencia en su conducta porque entra en la lisa del divorcio pos mortem, y que ello significa renunciar a loables propósitos que lo llevaron a no requerir el divorcio en vida de ambos (24), porque ese cónyuge no necesita provocar el debate, el “strepitus fori” lo producen quiénes, con o sin razón, le niegan sus

(23) En los puntos suspensivos el voto del Dr. Durañona y Vedia cita la disidencia de Cifuentes en el caso registrado en J.A. 1977-IV-495, y los trabajos de este jurista: “El ejercicio de la acción de divorcio y la muerte de un cónyuge. El divorcio post mortem” *Aequitas*. N° 5, p. 123; y “La acción de divorcio contra el cónyuge heredero, J.A. secc. doctr.1972-764.

(24) Argumentos del Dr. Cifuentes en su voto en el plenario Mauri.

derechos acordados por el art. 3410 del Cod. Civil y en muchos casos son los propios hijos del matrimonio los que aspiran a todo o una alícuota más del haber hereditario y no tienen inconveniente en invocar la separación de hecho. ¿Es justo castigar al supérstite con la inversión de la prueba y considerar que debe hacer un renunciamiento frente a la demanda que se le instaura?

En definitiva las conclusiones de este trabajo son las siguientes:

Las tradicionales discrepancias sobre la interpretación del art. 3575 del Cód. Civil se mantienen luego de la reforma introducida por la ley 23 515. La acelerada modificación de las costumbres y conductas sociales contribuye a mantener esas discrepancias.

Pese a la contraria interpretación integradora con los arts. 204 y 214 del Código, la doctrina legal resultante del plenario Mauri de Mauri, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, anterior a la vigencia de esa ley, sigue siendo obligatoria en los términos del art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los fallos dictados apartándose de esa doctrina son jurídicamente cuestionables.

El art. 3575 no ha sido modificado, salvo detalles. El cónyuge supérstite es un heredero legítimo y tiene título de estado. Para la pérdida de su derecho hereditario debe ser demandado ante el juez de la sucesión, debe probarse su culpa en la separación y la carga de la prueba compete al accionante.

Las situaciones contempladas por el art. 3575 y los arts. 204 y 214 son distintas, aunque en todas ellas se tenga en cuenta la separación de hecho de los cónyuges.

Es necesario el dictado de un nuevo fallo plenario en el fuero local y es también necesario para todo el orden nacional aclarar legislativamente los alcances del art. 3575; de ese modo se cerrarían las discrepancias pendientes y, salvo opiniones contrarias de lege lata, se evitarían litigios de resultado incierto y contradictorio y se haría justicia de acuerdo al criterio que en definitiva impone.

EL DERECHO A RECOMPENSA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A RECOMPENSA

1. Concepto del derecho a recompensa

Producida la disolución por cualquiera de las causas que establece la ley, de la sociedad conyugal, ésta debe liquidarse, debiendo los bienes gananciales dividirse por mitades entre los esposos (art. 1315, Cód. Civil), antes de lo cual debe determinarse cuáles son los bienes que forman parte de dicha sociedad, y pagarse las deudas.

Pues bien, para hacer esa determinación deben tenerse en cuenta, entre otros aspectos, los créditos que los esposos pueden tener contra la sociedad conyugal, o ésta contra aquéllos, por cualquiera de las dos siguientes circunstancias: porque el patrimonio propio de uno o de ambos esposos disminuyó en directo y correlativo beneficio de la sociedad conyugal, o porque ésta se perjudicó en beneficio del patrimonio de alguno de los cónyuges —o de los dos—, pudiendo ello haber ocurrido por diversas causas (1). Dichas reglas han sido enunciadas por Pothier, habiendo afirmado Borda que las mismas constituyen la médula en materia de recompensas incorporadas al Código Napoleón (2). Mazzinghi recuerda que en el Código Civil francés aparece el sistema de las recompensas a través del artículo 1437, que sienta el principio general y que no hace más que reflejar una tendencia nacida mucho tiempo antes, relacionada con la costumbre de incluir en los contratos de matrimonio la cláusula de reinversión, que autorizaba al esposo que transfería un bien propio, a invertir el precio obtenido, o a tomar de la comunidad un valor equivalente (3).

(1) Véase al respecto, entre otros, CAPPARELLI, Julio César, "El deber de contribución entre cónyuges", L.L., diario del 07-05-2009, VI.

(2) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, pág. 389, n° 469. Con respecto a los antecedentes de las recompensas o compensaciones, además de al autor recién citado, remitimos, entre otros, a ZANNONI, Eduardo A., "La liquidación de la sociedad conyugal y las compensaciones debidas entre los cónyuges: su naturaleza (y una consideración especial al art. 1273 del Código Civil)", L.L., 155-352 y sig.

(3) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 2, pág. 464, parágr. 447. Véase al respecto, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y

Se ha afirmado al respecto que se denominan "recompensas los créditos entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la vigencia del régimen matrimonial de comunidad de ganancias y que deben ser determinados luego de operada la disolución para establecer exactamente la masa que ha de entrar en la partición", y que "con ellas se procura mantener cada masa de bienes en su integridad, reincorporándole los valores que se han desprendido de ellas para ser aplicados a las otras masas y resarciendo los perjuicios que la masa ganancial propia de un esposo ha sufrido por obra de otra masa" (4).

Así como también, que "en materia de liquidación de la sociedad conyugal, para estar en presencia de un supuesto de recompensa, lo que importa, en todas las hipótesis, es el desplazamiento patrimonial producido a favor de una masa propia o ganancial y en perjuicio de otra u otras; ese desplazamiento debe ser compensado o indemnizado en toda oportunidad, pues la donación directa o indirecta está excluida del régimen matrimonial, y esa compensación o indemnización tendrá un fundamento legal específico o sólo el principio que veda enriquecerse injustamente, según sean los hechos y los actos lícitos o ilícitos que hayan originado la translación de bienes o valores" (5).

En el sentido indicado, se ha dicho que el sistema de las recompensas funciona como una especie de correctivo o de restauración del patrimonio que permite, en la etapa de liquidación de la sociedad conyugal, restablecer una línea de división neta entre los patrimonios de los esposos (6). Con las recompensas se procura, por tanto, reincorporar en cada masa de bienes (la de la comunidad y la de cada uno de los esposos), los valores que por distintos motivos han ido desprendiéndose de ellas, de manera de recomponer la integridad del patrimonio de cada uno de los cónyuges, evitando que uno de ellos se beneficie a costa del otro. Se trata, durante el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, de formar un debe y un haber, de manera de proceder —de darse el caso— a efectuar las compensaciones que pudieran corresponder, y de restar del valor de los bienes gananciales a favor de uno o de ambos esposos, o incrementar los mismos, con las sumas necesarias para que ninguno de ellos se perjudique en directo beneficio del otro; por lo cual, como se advierte, las recompensas se resuelven en operaciones contables, y no en pagos.

En sentido similar, Guaglianone ha dicho que por medio de la teoría de las recompensas se busca lo siguiente: "a) Reconstruir los patrimonios propios de los esposos, cuando se han mezclado entre sí o con el haber conyugal; b) Ajustar la incidencia de las deudas y cargas personales de cada cónyuge o

ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, 2004, pág. 178; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 1, págs. 773 y sigs., parágr. 598 y sig.

(4) CNCivil, Sala B, E.D., 160-310.

(5) CNCivil, Sala E, J.A., 1985-I-661.

(6) MATTERA, Marta del Rosario y D'ACUNTO, Claudia Inés, "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", E.D., 192-916, B.

de cada masa ganancial, de modo que, si para desinteresar a los respectivos acreedores se ha usado de bienes extraños al patrimonio verdaderamente obligado, se proceda a restituir a la masa injustamente disminuida los valores que se le han sustraído; c) Resolver los casos de coincidencia de inversiones de distinto origen en la creación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de un mismo bien" (7).

Como se advierte, el sistema de las recompensas —que se pone en marcha en la etapa de liquidación de la sociedad conyugal— se encuentra enderezado no sólo a recomponer la integridad del patrimonio propio de cada uno de los esposos, sino también a asegurar que la distribución de los bienes gananciales sea practicada en forma igualitaria. Como señala Mazzinghi, dicho sistema resulta un dispositivo "indispensable para mantener la integridad patrimonial de los esposos y la equitativa división de los bienes gananciales", por lo que resulta indiscutible la procedencia de su aplicación al régimen de la liquidación de la sociedad conyugal (8).

2. La inexistencia en el Código Civil de una norma expresa que admita el derecho a recompensa, no implica que no pueda hacerse valer

En efecto, si bien no existe en el articulado del Código una norma que establezca una admisión explícita del derecho a recompensa, ni tampoco un concepto sobre lo que las mismas son, ello puede ser deducido de distintas disposiciones distribuidas en el articulado del Código Civil, que hacen aplicación del principio, y en particular, del contenido del artículo 1316 *bis*, introducido por la ley 17.711, que dispone que *los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán ajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso*. Y si bien dicha norma se refiere únicamente a los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal, la misma también resulta aplicable a los créditos que la sociedad conyugal tenga contra los esposos, porque lo impone la *ratio legis*, sea que los mismos tengan su fuente en una inversión o en otra causa, como podría ser, por ejemplo, por gastos efectuados, o provenientes de daños y perjuicios (9).

Aunque lo cierto es que ya antes de la inclusión de dicha norma en el Código, se admitían los reclamos por recompensas, lo que era así tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, habiendo nacido la cuestión con la finalidad de proteger los bienes propios de los esposos, en especial, los de la mujer, que se hallaban sujetos a la administración por parte del marido, que, de tal modo tenía la posibilidad en caso de transferencia, de confundirlos con los bienes gananciales.

(7) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Buenos Aires, 1965, pág. 250. Véase asimismo al respecto, entre otros, BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 2, págs. 194 y sig., parágr. 410.

(8) Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 468, parágr. 448, d).

(9) Conf., ESCRIBANO, Carlos, *Liquidación de la sociedad conyugal por causa de divorcio (procedimiento)*, Buenos Aires, 1982, pág. 14, nº 20.

3. Innecesidad de que los bienes que generan el derecho a recompensa permanezcan en el patrimonio de uno de los esposos

Se ha afirmado que para la procedencia del derecho a recompensa, los bienes que la generan deben hallarse en el patrimonio de uno de los cónyuges al disolverse la sociedad conyugal; lo que sería así con fundamento en el hecho de que los bienes sobre los cuales debe recaer la división entre los esposos establecida en el artículo 1315 del Código, son únicamente los que se encuentren en el patrimonio de alguno de ellos al quedar disuelta la comunidad (10).

No podemos estar de acuerdo con dicha afirmación, que además de carecer de fundamento legal, lleva a conclusiones que consideramos inaceptables. En efecto, de ser admitida la misma, uno de los esposos podría, por ejemplo, vender un bien ganancial de su administración sobre el cual el otro hubiera efectuado mejoras con fondos propios, con lo cual impediría el legítimo derecho de este último de reclamar recompensa a la sociedad conyugal por el valor de la mejora. Lo cual no parece admisible.

4. Fundamento del derecho a recompensa

De lo hasta aquí dicho resulta el fundamento de la procedencia del derecho de que se trata, pudiendo el mismo fundarse, según ha sido dicho, ya sea en el enriquecimiento sin causa que se produciría a favor de uno de los esposos y en correlativo detrimento del otro (11), hasta en la prohibición que legalmente existe para que los esposos se hagan donaciones entre sí, como también en la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, en el pago con subrogación cuando se cancelan deudas de una masa con recursos de otra, en el empleo útil, el mandato, el resarcimiento de perjuicios que la masa ganancial o propia de un esposo ha sufrido por obra del socio (12), habiendo sido todas esas circunstancias expresadas como fundamento de la procedencia del derecho a recompensa.

Puesto que, como bien señala Guaglianone, lo que importa es la existencia de un desplazamiento patrimonial producido a favor de una masa propia o ganancial, en correlativo perjuicio para otra u otras —que debe ser compensado

(10) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 470, parágr. 449, c).

(11) Conf., entre otros, MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 465, parágr. 448, a); BORDA, Alejandro, *Liquidación de la sociedad conyugal*, en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, Buenos Aires, 1992, pág. 606, n° 15-1); CNCivil, Sala B, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2009-II-53, con nota de VIDELA, María de la Paz, *Bienes no participables: una tercera categoría de bienes de creación jurisprudencial. Comentario a un fallo de la Sala B de la Cámara Civil*.

(12) UGARTE, Luis Alejandro, *Liquidación de la sociedad conyugal: recompensas y carga de la prueba. Enajenación de un bien propio sin reinversión*, J.A., 1988-IV-592. Véase al respecto, asimismo, CAPPARELLI, Julio César, *El deber de contribución entre cónyuges*, cit., L.L., diario del 07-05-2009, VIII.

o indemnizado—, dicho autor se inclina por la doctrina que funda el derecho a recompensa en el enriquecimiento sin causa, que, según afirma, debe existir para que proceda la recompensa (13).

Zannoni, en cambio, discrepa con dicho fundamento, debido a que la procedencia de la acción *in rem verso* se fundamenta en la falta de una causa lícita que justifique ese enriquecimiento, lo que no es el caso. Dicho autor considera, en cambio, que las compensaciones debidas entre los esposos a la liquidación de la sociedad conyugal, vienen a constituir la implementación del principio que veda toda convención sobre los cónyuges sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio (distinta a las permitidas en el artículo 1217), cuyo corolario más significativo —agrega— ha sido la prohibición de donaciones entre ellos (art. 1807, inciso 1º), confiriendo, en consecuencia, una acción *ex lege* para obtener las restituciones o el reconocimiento de créditos debidos en razón de la comunidad patrimonial existente durante el matrimonio (14). Se ha afirmado en tal sentido que la prohibición de las donaciones entre cónyuges es otro de los fundamentos del derecho de recompensa, ya que si el producido de la venta de uno propio se hiciese ganancial, en definitiva el otro cónyuge se beneficiaría a título gratuito con el valor de la mitad del precio de venta (15).

En cambio, Belluscio afirma que no necesariamente debe darse un fundamento único para justificar el derecho a recompensa, pudiendo cada caso ser fundado en más de uno de ellos (16). En igual sentido, Vidal Taquini enumera como fundamentos de las recompensas el enriquecimiento de una masa de bienes con el correlativo empobrecimiento de las demás; el hecho de evitar la violación de la renuncia que prohíbe el artículo 1218 del Código; la prohibición de las donaciones entre cónyuges; su proyección sobre la legítima de los herederos, que verían disminuida su cuota; la enajenación de bienes sin reinversión; etc (17). También Ferrer se halla de acuerdo en que cada caso de recompensa puede tener un distinto fundamento, e inclusive varios conjuntamente, enumerando entre ellos el principio de inmutabilidad, como regla, del régimen patrimonial matrimonial; la ineficacia de toda convención entre esposos, así como de toda renuncia de uno a favor del otro; la prohibición de donaciones entre cónyuges; el

(13) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, cit., págs. 251 y sig.; pág. 262, n° 262; y pág. 265.

(14) Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 1, págs. 778 y sigs., parágr. 599; y *“La liquidación de la sociedad conyugal y las compensaciones debidas entre los cónyuges: su naturaleza (y una consideración especial al art. 1273 del Código Civil)”*, cit., L.L., 155-356 y sig., III y IV.

(15) CNCivil, Sala B, L.L., 1982-B-381, con nota crítica de MAZZINGHI, Jorge A., *“Un cuestionable derecho a recompensa”*; idem, Sala C, L.L., 1977-D-621, con nota de ZANNONI, Eduardo A., *“La presunción de ganancialidad y tres aplicaciones en la liquidación de la sociedad conyugal”*. En este último fallo se agregó que también el enriquecimiento sin causa constituía uno de los fundamentos del derecho a recompensa.

(16) Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., cit., t. 2, pág. 196, parágr. 410.

(17) Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª ed., 6ª reimpr., Buenos Aires, 2005, pág. 413, parágr. 332.

pago con subrogación; y el enriquecimiento sin causa (18). Mattera y D'Acunto, por su parte, afirman que, a su juicio, el fundamento de las recompensas se halla en la prohibición de la donación entre los esposos, y el principio que veda el enriquecimiento sin causa (19), mientras que Perrino lo ubica tanto en el enriquecimiento sin causa como en el de igualdad de la división de los bienes gananciales, dispuesto por el artículo 1315 del Código Civil (20).

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CARACTERES

5. Ámbito de aplicación de la teoría de las recompensas

Al constituir una forma de corregir el desplazamiento patrimonial producido a favor de una masa propia o ganancial y en perjuicio de otra u otras, el derecho a recompensa sólo puede ser hecho valer, tal como resulta de lo hasta aquí expresado, en la etapa de liquidación de la sociedad conyugal, por lo que no podrá ser intentado durante su vigencia. Salvo cuando el derecho en cuestión sea alegado a efectos de requerir en el ámbito de las situaciones contempladas en el artículo 1295 del Código Civil, la traba de medidas cautelares (21).

Guaglianone considera, en cambio, que los esposos pueden durante el matrimonio exigirse el reintegro del valor de los créditos que tuvieron entre sí, aún cuando admite que normalmente ello se practica al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal (22).

6. Caracteres

Puede al respecto señalarse que el derecho a recompensa es de orden público e irrenunciable, siendo esto último así únicamente hasta la disolución de la sociedad conyugal, puesto que con posterioridad es posible su renuncia. Además, es transmisible por causa de muerte.

Y si bien el derecho en cuestión es de carácter personal, los acreedores de uno de los esposos pueden demandar la recompensa por medio de la subrogación en los derechos de su deudor.

Por otra parte, el derecho a recompensa es prescriptible, pero únicamente a partir de la disolución de la sociedad conyugal y del matrimonio, dado el contenido del artículo 3969 del Código Civil, que dispone que la prescripción no corre entre marido y mujer.

(18) FERRER, Francisco A.M., "Sistema de recompensas entre cónyuges", en Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, dirigido por María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 2004, pág. 325, n° 4.

(19) "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", cit., E.D., 192-917, D.

(20) Derecho de Familia, Buenos Aires, 2006, t. I, pág. 949, n° 703.

(21) Conf., MATTERA, Marta del Rosario y D'ACUNTO, Claudia Inés, "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", cit., E.D., 192-915 y sig.

(22) GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 250.

Cabe por último señalar que la recompensa no confiere un privilegio frente a los terceros acreedores, conforme resulta del contenido del artículo 1259 del Código Civil.

DIVERSOS SUPUESTOS EN QUE PROCEDE EL DERECHO A RECOMPENSA

7. Introducción

Antes de entrar de lleno a la enumeración y análisis de los distintos supuestos en los que existe un derecho a recompensa, señalaremos que en nuestro derecho existen dos tendencias contrapuestas en cuanto a la extensión de ese derecho, una de las cuales consiste en que la teoría de las recompensas debe generalizarse para todos los supuestos en los cuales se dan las reglas indicadas al comienzo de esta nota (23); mientras que la otra considera que las recompensas sólo se deben en los casos explícitamente previstos por la ley.

Este último criterio, restrictivo, es preconizado por Borda, quien si bien señala que el mismo parece lesivo del fundamento de equidad en el que se sustentan las recompensas, también afirma que, a su juicio, la aplicación amplia de la teoría de las compensaciones origina grandes injusticias en un país como el nuestro, en el que ambos cónyuges se sienten dueños de los bienes que ingresan al matrimonio, cualquiera que sea su origen (24). En una nota escrita con anterioridad, sostiene Borda que la teoría de las compensaciones debe ser aplicada "sólo en los casos en que así lo dispone expresamente la ley o en que no hacerlo importaría convalidar una donación entre cónyuges, que la ley prohíbe" (25).

Por nuestra parte, consideramos que los distintos supuestos que resultan de diversas disposiciones del Código Civil que hacen una aplicación puntual del derecho a recompensa, no son limitativos de la posible existencia de otros con relación a los cuales del articulado del Código no resulta la procedencia de ese derecho, a pesar de lo cual concurren con respecto a ellos los mismos presupuestos que dan lugar a la procedencia de las recompensas, habiéndose resuelto en tal sentido que no hace falta una disposición taxativa para que funcione el sistema de las compensaciones en nuestro derecho matrimonial (26).

Numerosas decisiones de nuestros tribunales han reconocido reclamos que tienen su base en la teoría de las recompensas (27), y aunque el Código Civil no utiliza dicho término, contiene distintas normas que aluden en forma inequí-

(23) Conf., entre muchos otros, LOMBARDI, César Alfredo, "Recompensas", en Enciclopedia de Derecho de Familia, dirigida por LAGOMARSINO, Carlos A.R. y SALERNO, Marcelo U., t. III, Buenos Aires, 1994, pág. 420.

(24) Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., cit., t. I, pág. 390 y sig., n° 470. Conf., PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, pág. 950, n° 704.

(25) "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", L.L., 102-1107, n° 2.

(26) CNCivil, Sala B, E.D., 14-731.

(27) Recordamos, entre otros, un fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el sentido de que "la sociedad conyugal es deudora de los

voca al principio que las fundamenta, entre los cuales recordamos los artículos 1259, 1260, 1280 y 1316 *bis*. En definitiva, existen en nuestro derecho distintos supuestos en los cuales corresponde la aplicación del derecho en cuestión, a los que seguidamente nos referiremos, aunque sin pretender agotarlos.

8. Venta de un bien propio sin reinversión del precio

Cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal se hubiera vendido un bien de carácter propio y su producido no hubiera sido reinvertido en otro bien —que, en tal caso y en virtud del principio de la subrogación, también tendría el carácter de propio—, dos corrientes se disputan la solución con relación a la existencia o no de un derecho a recompensa por parte del esposo que era titular de ese bien. Una de las cuales exige, para que la misma proceda, la prueba de que el precio obtenido por la venta del bien fue invertido en favor de la sociedad conyugal; mientras que la otra invierte el *onus probandi*, al admitir la presunción de que esa inversión existió, lo que en definitiva lleva —salvo prueba en contrario, que debe aportar el cónyuge no titular del bien— a la conclusión de que el esposo que enajenó el bien, tiene un derecho a recompensa contra la sociedad, por el valor del mismo.

1º Tesis que presume que el dinero obtenido de la venta fue invertido en la comunidad

Sostiene Ugarte al respecto que el producido durante la vigencia de la comunidad, de un bien propio que fuera enajenado sin haberse reinvertido el precio obtenido, origina un crédito a favor del cónyuge disponente, salvo que el otro esposo demuestre que con el importe aquél canceló una deuda personal, excluida de las cargas comunes contempladas en el artículo 1275 del Código Civil; lo cual, dice, no es más que recoger en materia de carga probatoria lo que normalmente ocurre (28). Zannoni afirma que de no ser así, “la sociedad conyugal se vería incrementada, en perjuicio de ese cónyuge, beneficiando al otro indebidamente en la liquidación” (29). De lo cual resulta que la recompensa no procede si el vendedor tuviera en su poder el precio de la venta, o si se acreditare que le ha dado un destino distinto al de su utilización en bien de la comunidad.

bienes propios aportados por los cónyuges al tiempo de celebrarse el matrimonio o durante el régimen” (E.D., 157-333).

(28) UGARTE, Luis Alejandro, “Liquidación de la sociedad conyugal: recompensas y carga de la prueba. Enajenación de un bien propio sin reinversión”, cit., J.A., 1988-IV-594 y sig.

(29) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. 1, pág. 518, parágr. 405. Conf. con la solución que admite la presunción de haberse invertido en la comunidad el producido de la venta de un bien propio, entre otros, BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, págs. 203 y sig., parágr. 411, i). Véase, asimismo, sobre las distintas doctrinas, FERRER, Francisco A.M., “Sistema de recompensas entre cónyuges”, cit., págs. 330 y sig., n° 12; LOMBARDI, César Alfredo, “Recompensas”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1994, t. III, pág. 421.

También se ha afirmado en favor de esta tesis, que, de otra manera, se podría llegar a disfrazar una donación por parte de uno de los esposos al otro, lo que se encuentra prohibido por el artículo 1807 inciso 1º del Código Civil (30). Como asimismo, que la obligación de tener que restituir la suma percibida por uno de los esposos por la venta de un bien propio, constituye una consecuencia de haber sido dicha suma incorporada a la sociedad conyugal para su uso y goce, resultando esa incorporación “de la sola circunstancia que el dinero haya sido cobrado por el vendedor, pues éste es, al mismo tiempo que dueño de la cosa vendida y de su precio, administrador de un sector de la sociedad conyugal, y en ese carácter, al recibir el importe para sí, también lo ha recibido para el uso y goce de la masa ganancial que administra”; y que para que exista el deber de restituir cualquier categoría de bienes propios, la ley no exige que éstos se hayan convertido en beneficio de la sociedad conyugal, siendo un requisito semejante, contrario a la naturaleza del régimen (31).

Dicha doctrina es la que ha prevalecido, habiéndose resuelto en tal sentido que “basta con que se acredite la venta del bien propio y la recepción del precio para que se presuma *iuris tantum* que éste, de no subsistir, se aplicó a la satisfacción de gastos que se encuentran a cargo de la sociedad conyugal. Corresponde, en consecuencia, al otro cónyuge, justificar que los fondos no fueron realmente empleados en beneficio de la comunidad, sea porque se reinvirtieron en la compra de otro bien propio, o se gastaron en beneficio exclusivo del enajenante, o bien, se destinaron a actos extraños a la comunidad” (32). También se ha decidido que “el consumo total de un bien propio sin reinversión hace nacer un crédito contra la sociedad conyugal por el total del valor consumido”; en este último fallo se sostuvo lo siguiente: “De no aceptarse el derecho del cónyuge que enajena un bien propio sin reinver-

(30) AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, 2002, pág. 80, VII. Conf., CNCivil, Sala C, E.D., 63-364; idem, Sala F, L.L., 2006-E-238.

(31) GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, “Cuatro notas sobre la sociedad conyugal”, L.L., 1975-C-443.

(32) CNCivil, Sala F, L.L., 1985-B-222. En la sentencia se afirmó, además y entre otros conceptos, lo siguiente: “El art. 1275 inc. 3º del Cód. Civil pone a cargo de la sociedad conyugal las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los esposos, sin distinguir si han sido o no adquiridas en interés de la familia, de manera tal que cualquier obligación afrontada con dinero propio estaría a cargo de la comunidad. Por lo tanto, dado que lo normal es que los gastos hechos durante el matrimonio estén a cargo de aquella y lo excepcional que deban ser soportados por uno de los cónyuges, no parece acertado exigir al esposo vendedor la prueba de que el dinero se insumió en beneficio de la sociedad conyugal, máxime cuando no es habitual que se tome la precaución de documentar cada una de las erogaciones efectuadas a favor del grupo familiar”. Conf., CNCivil, Sala B, E.D., 97-569; idem id., E.D., 160-310; idem, Sala C, E.D., 73-517; idem id., L.L., 1976-D-656, 33.881-S; idem id., L.L., 1977-D-620, con nota cit. de ZANNONI, Eduardo A., “La presunción de ganancialidad y tres aplicaciones en la liquidación de la sociedad conyugal”; idem, Sala E, L.L., 2002-A-701; idem, Sala I, E.D., 186-280; SCBA, L.L., 1988-B-12; CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, E.D., 202-61, y *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2003-II, pág. 105, con nota aprobatoria de DI LELLA, Pedro, “Calificación de bienes y valuación de recompensas en la sociedad conyugal”.

sión a obtener recompensa de la sociedad conyugal, podría violarse: a) el régimen patrimonial imperativo al convertirse en ganancial el patrimonio propio mediante la enajenación de los propios sin dejar rastros de las reinversiones; b) la prohibición de las donaciones entre cónyuges (art. 1807, inciso 1º, Cód. Civil), ya que si con el producido de la venta de uno propio se hiciese ganancial, en definitiva el otro cónyuge se beneficiaría a título gratuito con el valor de la mitad del precio de venta; c) el régimen sucesorio, pues en caso de pluralidad de hijos y muerte del cónyuge vendedor, sobre los bienes y valores propios, los primeros concurren por cabeza con el cónyuge superviviente (art. 3570, Cód. Civil), mientras que si esos valores se convierten en gananciales sólo heredarían la mitad, ya que la otra mitad correspondería al cónyuge sobreviviente y debería repartir con los hijos lo que es suyo" (33).

Recordamos asimismo un reciente fallo de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en que se resolvió que "cabe presumir *iuris tantum* que el producido del bien propio de uno de los cónyuges redundará en beneficio de la sociedad conyugal y admitir el derecho de recompensa reclamado, pues, para que opere la presunción en tal sentido, sólo se requiere que el enajenante acredite la venta y recepción del precio, correspondiendo, en consecuencia, al otro cónyuge, justificar que los fondos no fueron realmente empleados en beneficio de la comunidad, sea porque se reinvertieron en la compra de otro bien propio o porque se destinaron a actos contrarios a aquélla" (34).

Puede asimismo ocurrir que sólo una parte del precio obtenido de la venta de un bien propio hubiera sido reinvertido en la adquisición de otro bien, supuesto en el cual el vendedor tendrá un derecho a recompensa por la diferencia de valor entre el precio de venta y el de la compra del nuevo bien (35). Sí, en cambio, el precio del nuevo bien fue mayor, y la diferencia se abonó con dinero ganancial, el nuevo bien tendrá el carácter en parte propio, y en el resto, ganancial, en igual proporción que los montos invertidos en la compra; contrariamente a lo cual, Guaglianone afirma que en este último supuesto, dado que lo usual es que los

(33) CNCivil, Sala B, La Ley, 1982-B-378, con nota crítica cit. de MAZZINGHI, Jorge A., "Un cuestionable derecho a recompensa", en cuanto a la doctrina que resulta del fallo, en el sentido de que la enajenación de un bien propio durante el matrimonio sin reinversión del precio, genera un derecho a recompensa. Conf. con la doctrina del fallo cit. de la Sala B de la Cámara Civil, MATTERA, Marta del Rosario y D'ACUNTO, Claudia Inés, "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", cit., E.D., 192-920 y sig.; GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., págs. 281 y sig., n° 289, quien aclara que quien contradiga al esposo que quiere hacer valer su derecho de recompensa, deberá acreditar que el dinero fue reinvertido en otro bien propio, o donado, o gastado en el pago de deudas personales del cónyuge vendedor. Con respecto a que el pago de deudas personales con dinero obtenido por la venta de un bien propio no genera el derecho de recompensa, entre otros, CNCivil, Sala C, L.L., 1977-D-620, con nota cit. de ZANNONI, Eduardo A., "La presunción de ganancialidad y tres aplicaciones en la liquidación de la sociedad conyugal".

(34) L.L., 2007-A-105, con nota crítica de SOLARI, Néstor E., "El derecho a recompensa por la enajenación de un bien propio durante el matrimonio".

(35) Conf., LOMBARDI, César Alfredo, "Recompensas", cit., pág. 421.

bienes adquiridos luego de la celebración del matrimonio sean gananciales, el bien adquirido debe ser considerado ganancial, si la diferencia de precio de ese carácter es igual o mayor que el monto del dinero propio reinvertido en la compra (36).

2º Tesis que niega el derecho a recompensa, salvo prueba del cónyuge enajenante de haber invertido en la comunidad el dinero de la venta de un bien propio

Hay quienes entienden, en cambio, invirtiendo la regla recién referida, que al esposo que vendió un bien propio y no reinvertió en otro el dinero que obtuvo de esa venta, no le corresponde un derecho a recompensa, salvo que pruebe que el precio obtenido fue invertido para la comunidad (37). Y si bien, se afirma, esa prueba puede resultar de presunciones, también se dice que cuando transcurre un largo período de tiempo entre la venta de un bien propio y la compra de otro, dicha venta no puede admitirse como una presunción del carácter propio del bien adquirido mucho tiempo después.

Al comentar el fallo de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil más arriba citado (38), Néstor Solari se inclina por la tesis que pone en cabeza del esposo que enajenó el bien la prueba de haber invertido el dinero en la comunidad, lo que fundamenta en la aplicación del principio de las *cargas probatorias dinámicas*. Considera dicho autor razonable que sea el cónyuge que ha percibido los fondos provenientes de la venta de un bien propio, quien tenga la carga de acreditar el destino de los mismos, teniendo derecho a recompensa únicamente si prueba la asignación de los fondos a gastos correspondientes a la sociedad conyugal. Él es, dice, quien está en mejores condiciones de producir esa prueba, pues es quien ha tenido la administración y disposición de los fondos en cuestión, por lo que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas resulta de plena aplicación. Agrega Solari que lo contrario sería absurdo, pues sería exigir demasiado poner a cargo del otro esposo, que no ha tenido la administración ni la disposición de los fondos, el tener que indagar y descubrir el destino que su cónyuge le ha dado a esos fondos. En similar sentido, Mazzinghi afirma que carece de derecho a recompensa el cónyuge que enajena un bien propio y desaparece el rastro sobre el destino de los fondos obtenidos de la venta, o que hubiera utilizado el precio en gastos —no en una inversión— en favor de la comunidad (39).

(36) *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., págs. 280 y sig., n° 287.

(37) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª ed., cit., t. I, págs. 395 y sigs., n° 473; del mismo autor, "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", L.L., 102-1109 y sig., 5; BORDA, Alejandro, "Liquidación de la sociedad conyugal", cit., pág. 604, n° 12-i); CAPPARELLI, Julio César, "El deber de contribución entre cónyuges", cit., L.L., diario del 07-05-2009, X.

(38) L.L., 2007-A-105.

(39) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., t. 2, págs. 481 y sig., parágr. 461; y "Un cuestionable derecho a recompensa", L.L., 1982-B-378.

En el sentido de la tesis de la necesidad de la prueba por parte del enajenante, se ha resuelto que "el hecho de que en las escrituras de compra de los inmuebles cuyo carácter de propio o de ganancial se discute, se haya omitido consignar el origen del dinero con que se los adquirió, y de que exista una separación de cuatro a seis años entre la venta de bienes propios recibidos en la sucesión de los padres y la compra de los inmuebles de que se trata, constituyen circunstancias que impiden aceptar que entre ambas operaciones exista un perfecto encadenamiento, y consecuentemente, la subrogación real pretendida por el apelante" (40). Como también, que "si los bienes propios del marido fueron vendidos por éste, la ausencia de todo indicio que haga verosímil su pretensión de que su producido ingresó en la comunidad matrimonial hace inaceptable todo pronunciamiento relacionado con el reconocimiento de un crédito a favor de aquél" (41).

9. Mejoras de bienes propios con dinero ganancial, y de bienes gananciales con dinero de carácter propio

No obstante lo expresado en el párrafo séptimo del artículo 1272 del Código Civil, que considera gananciales *las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges*, lo cierto es que salvo que la mejora pudiera ser separada del bien sin pérdida de su valor, la misma se considera de carácter propio, por aplicación del principio de la accesión, consagrado por el artículo 1266 del Código Civil, en virtud del cual la mejora sigue la condición jurídica del bien sobre el cual la misma ha sido realizada.

Por lo que de haberse producido esa situación, la sociedad conyugal tendrá un derecho a recompensa contra el esposo titular de ese bien que le pertenece como propio, por el valor de esa mejora (42), habiéndose resuelto en tal sentido que "si en un bien propio se han hecho mejoras con dinero ganancial, el cónyuge no propietario es acreedor a la mitad del valor de la mejora, puesto que los gananciales deben partirse por mitades. De esa suerte, tal cónyuge tiene un crédito con relación al valor de la mejora, pero por el hecho de haberse incorporado ese valor a un bien propio del otro esposo, no significa que aquél se convierta en propietario de la mitad de las mejoras" (43).

Cabe asimismo señalar que aunque normativamente no se encuentra enunciada, la situación inversa —bienes gananciales mejorados con dinero propio—

(40) CNCivil, Sala A, L.L., 1975-C-440, con nota cit. de GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, "Cuatro notas sobre la sociedad conyugal".

(41) CNCivil, Sala E, L.L., 103-238. Conf., SCBA, L.L., 39-666.

(42) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 473, paragr. 452; BORDA, Guillermo A., "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", cit., L.L., 102-1108, 3., a); LOMBARDI, César Alfredo, "Recompensas", cit., pág. 423; CNCivil, Sala B, L.L., 79-687. Con relación al crédito por el valor de la mejora, véase ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. 1, págs. 790 y sig., parágr. 606.

(43) CNCivil, Sala F, L.L., 128-89. Conf., CC2a.Cap., L.L., 35-453; idem id., L.L., 59-184. Véase, en similar sentido, CNCivil, Sala F, E.D., 89-641; idem id., J.A., 1990-III-344. Conf., MATTERA, Marta del Rosario y D'ACUNTO, Claudia Inés, "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", cit., E.D., 192-918.

también da lugar a un derecho a recompensa, pero en ese caso, a favor del esposo que utilizó dinero de carácter propio para mejorar el bien ganancial (44).

Guaglianone señala la relevancia que tiene el hecho de determinar cuál es la masa ganancial acreedora del derecho a recompensa, puesto que, dice, si lo fuera la del esposo propietario del inmueble, sus acreedores podrán cobrarse ejecutando la totalidad del mismo; mientras que, por el contrario, si ha sido el otro esposo el administrador del dinero invertido en el bien propio de su cónyuge, los acreedores de aquél sólo podrán ejecutar el crédito que el mismo tiene con motivo de la mejora o edificación, pudiendo actuar sobre el inmueble únicamente por medio de la acción subrogatoria (45).

Distinto sería el caso de que con dinero propio de uno de los esposos se hicieran mejoras en un bien propio del otro cónyuge, puesto que si bien aquél tendría un crédito contra este último por la inversión efectuada, la situación resulta extraña al régimen patrimonial del matrimonio (46). Mattera y D'Acunto, en cambio, consideran que con fundamento en la obligación de reintegrar los bienes propios, que resulta de los artículos 1254 y 1256 del Código Civil, la cuestión puede ser considerada dentro de la normativa relacionada con la sociedad conyugal, debiendo, a juicio de dichas autoras, incluirse la restitución de los importes debidos como una recompensa al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal (47).

10. Redención de servidumbres o de otros derechos reales

De conformidad a lo establecido por el párrafo octavo del artículo 1272 del Código Civil, es de carácter ganancial *lo que se hubiese gastado* (se entiende, con dinero ganancial) *en la redención de servidumbres, o en cualquier otro objeto de*

(44) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. 1, pág. 791, parágr. 606; BORDA, Guillermo A., "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", cit., L.L., 102-1108, 3., a); BORDA, Alejandro, "Liquidación de la sociedad conyugal", cit., pág. 600, 4-a); FERRER, Francisco A.M., "Sistema de recompensas entre cónyuges", cit., pág. 331, n° 13; CNCivil, Sala A, L.L., 104-530; idem, Sala B, E.D., 14-731. Contra, GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 267, pero sólo para el supuesto de que uno de los cónyuges entrega su dinero propio o ganancial para realizar una mejora en el bien ganancial administrado por el otro. Sostiene dicho autor al respecto, que "la ganancialidad no significa realmente *comunidad*, sino un matiz que sólo ocasiona cotitularidad en el momento de la disolución. Pero durante la vigencia de la sociedad conyugal el administrador es algo más que lo expresado por su denominación: es el dueño de la masa que gestiona, aunque con ciertos límites en el poder dispositivo (art. 1807, inc. 2°, del Código Civil). En el fondo, por tanto, esa inversión es también un mutuo de uno de los esposos al otro, para cuyo reembolso se estará a las reglas de ese contrato".

(45) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, cit., pág. 253, n° 251.

(46) Conf., GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 267; FERRER, Francisco A.M., "Sistema de recompensas entre cónyuges", cit., pág. 332, n° 13.

(47) "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", cit., E.D., 192-920, 1.

que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas; como podría ser, en cuanto a este último párrafo, por ejemplo, la redención de cualquier otro derecho real, como una hipoteca o una prenda constituida sobre un bien de carácter propio de alguno de los esposos, supuesto en el cual, la sociedad conyugal tiene un derecho a recompensa por lo gastado por los conceptos indicados.

En tal sentido, se ha resuelto que "el cónyuge no titular tiene derecho a reclamar, en la liquidación de la sociedad conyugal, el crédito por recompensa por el empleo de los fondos gananciales que amortizaron el préstamo hipotecario y que han aprovechado al titular del bien que se califica como propio" (48). Distinto sería en el supuesto de que la deuda garantizada hubiera sido contraída en el interés común de ambos esposos, por cuanto en tal caso los beneficiados serían ambos cónyuges, y no únicamente el esposo titular del bien (49).

Y a la inversa, si uno de los esposos utilizare dinero de carácter propio para redimir servidumbres u otros derechos reales constituidos sobre bienes de la comunidad, al mismo le correspondería un derecho a recompensa con relación a la sociedad conyugal (50).

11. Pago de deudas gananciales con bienes propios, y de deudas propias con bienes de la comunidad

Similarmente a los supuestos recién contemplados, el esposo que abona con dinero de carácter propio deudas que son a cargo de la sociedad conyugal —como las enumeradas en el artículo 1275 del Código Civil—, tiene un derecho a recompensa por el monto de lo pagado. De manera inversa, si una deuda de carácter propio fuera abonada con bienes gananciales, la comunidad tendría un derecho a recompensa contra el esposo a cuyo cargo se hallaba el pago de la deuda (51). Belluscio sostiene que dicha solución también resulta

(48) CNCivil, Sala A, E.D., 114-533. Conf., C2a.Apel. La Plata, Sala II, L.L., 15-254; GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 268, n° 269, y pág. 293, n° 307; BORDA, Guillermo A., "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", cit., L.L., 102-1108, 3., b).

(49) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 476, parágr. 453.

(50) Conf., CNCivil, Sala B, E.D., 31-563; GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 293, n° 307; BORDA, Guillermo A., "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", cit., L.L., 102-1108, 3., a); BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, págs. 199 y sig., parágr. b).

(51) SCBA, J.A., 1995-III-638. Conf., CNCivil, Sala C, L.L., 1977-D-620, con nota cit. de ZANNONI, Eduardo A., "La presunción de ganancialidad y tres aplicaciones en la liquidación de la sociedad conyugal"; idem, Sala L, Revista de Derecho de Familia, n° 13, págs. 325 y sigs., con nota aprobatoria de ARIANNA, Carlos Alberto, "Recompensas y valor locativo"; CAPPARELLI, Julio César, "El deber de contribución entre cónyuges", cit., L.L., diario del 07-05-2009, XI; BORDA, Guillermo A., "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", cit., L.L., 102-1108, 3., e).

del artículo 1280 del Código Civil, como asimismo de los artículos 1713 y 1731 —aplicables en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1262—, de acuerdo a los cuales, la sociedad debe reembolsar a los socios las deudas sociales que éstos abonaron voluntariamente, o que los acreedores cobraron sobre sus bienes particulares (52).

Con relación al supuesto contemplado, se ha decidido que dan lugar a derecho a recompensa los gastos de última enfermedad de uno de los esposos, abonados con dinero propio (53). En cambio, según ha sido resuelto, "corresponde no hacer lugar al pedido de reintegro de los pagos de tasas de servicios de gas y energía eléctrica efectuada por el cónyuge ocupante del inmueble ganancial, toda vez que no son mejoras o expensas necesarias a dicho inmueble, sino que se trata de servicios que exclusivamente benefician al cónyuge ocupante de dicha finca" (54).

12. Pago efectuado con bienes gananciales, del cargo establecido en legados o donaciones efectuadas a uno de los esposos

Si esos pagos hubiesen sido hecho con dinero ganancial, la sociedad conyugal tendría un derecho a recompensa sobre los bienes del esposo que recibió el legado o la donación con cargo (conf., art. 1265, Código Civil) (55).

13. Legado o donación de bienes de carácter ganancial

El artículo 3753 del Código Civil dispone que *el legado de cosa que se tiene en comunidad con otro, vale sólo por la parte de que es propietario el testador, con excepción del caso en que algún cónyuge legue un bien ganancial cuya administración le esté reservada. La parte del otro cónyuge será salvada en la cuenta de división de la sociedad.*

Como se advierte, de la última parte de dicha norma resulta que en el caso que allí se contempla, al ser liquidados los bienes de la sociedad conyugal con motivo de la muerte del testador, el cónyuge supérstite tiene derecho a una recompensa por la parte que le correspondía en el bien ganancial que aquél legó (56). Lafaille ha criticado lo que considera una *facultad extraordinaria* que en la última parte del artículo 3753 se confiere al testador, la que, dice, no deriva, al disolverse la comunidad, del gobierno del acervo conyugal, porque con la disolución ya habría cesado; además, agrega que por amplios que sean los poderes del testador, los mismos han de limitarse a los actos entre vivos. Aclara

(52) Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., cit., t. 2, pág. 204, parágr. 411, k).

(53) CNCivil, Sala C, L.L., 1990-C-240, con nota aprobatoria de ARSON de GLINBERG, Gloria Hilda, "Cargas de la sociedad conyugal"; idem, Sala D, E.D., 6-799.

(54) CNCivil, Sala A, L.L., 2000-F-37.

(55) Véase, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, Santa Fe, 2004*, págs. 102 y sig., quien afirma que el precepto opera aunque el valor del cargo iguale o supere el de la cosa donada.

(56) Conf., BORDA, Guillermo A., "¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?", cit., L.L., 102-1108, 3., c).

dicho autor que para la aplicabilidad de la norma debe subsistir la indivisión de los bienes gananciales (57).

Lidia Beatriz Hernández sostiene que si no hubiera bienes o valores suficientes para saldar la parte del otro cónyuge en la división de la sociedad conyugal, el cónyuge supérstite puede oponerse a la entrega del legado, dado que al ser el legado carga de la herencia —y no de la masa poscomunitaria—, primero debe liquidarse esta última y dejar satisfecho el derecho del cónyuge (58).

Pero si en lugar de por muerte, la sociedad conyugal se disolviera por declaración de nulidad del matrimonio o por separación personal o divorcio, y antes de su liquidación el esposo titular de un bien ganancial lo hubiera legado a un tercero, el legado será válido, al considerarse —a nuestro juicio— subsistente la dualidad de masas gananciales durante la indivisión postcomunitaria y, consiguientemente, el derecho de cada esposo a continuar con la administración y disposición de los bienes de su titularidad (con las limitaciones del artículo 1277 del Código), correspondiendo como consecuencia una recompensa a favor del esposo no administrador de ese bien; en tal sentido, se ha resuelto que “el cónyuge supérstite puede legar válidamente un bien ganancial, aun cuando esté disuelta la sociedad conyugal, siempre que no esté liquidada ni se perjudique la legítima de los herederos forzosos, pues el artículo 3753 no distingue” (59). Contrariamente a lo cual, Ferrer afirma que tanto en el supuesto de que la muerte del testador se hubiera producido después de la disolución de la sociedad conyugal, como en el caso de que el testamento se hubiera otorgado después de dicha disolución —en ambos casos, durante el período de la indivisión postcomunitaria—, el legado valdrá sólo por la porción indivisa de la que era titular el testador, debido a que, según considera dicho autor, ya se habría actualizado el derecho de dominio del otro cónyuge sobre la otra mitad de la cosa legada, y esto, dice, con anterioridad al nacimiento del derecho del legatario, que recién se produce con la muerte del testador, posterior a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal (60).

Nada establece en forma expresa el Código para el supuesto de que el bien común hubiera sido donado (en lugar de legado), a pesar de lo cual creemos que debe aplicarse por analogía el principio contenido en el artículo 3753 —resultando

(57) LAFAILLE, Héctor, “El legado sobre bienes gananciales (Excepción del artículo 3753)”, J.A., 75-767.

(58) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, “Legado de bienes gananciales”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 34, Buenos Aires, julio/agosto 2006, pág. 39, VIII.

(59) STde Santa Fe, J.A., 75-767, cit. por FERRER, Francisco A.M., “Sistema de recompensas entre cónyuges”, cit., pág. 342, n° 12. Véase sobre el tema, FASSI, Santiago C., “El legado de un bien ganancial y la reforma del Código Civil”, E.D., 22-952, y especialmente, pág. 956, n° 9.

(60) FERRER, Francisco A.M., “Sistema de recompensas entre cónyuges”, cit., págs. 332 y sig. Por aplicación de dicha doctrina, enumera Ferrer los dos siguientes presupuestos para que, a su juicio, resulte aplicable el art. 3753 del Código: “a) Que el testamento se hubiere otorgado durante la vigencia de la sociedad conyugal y que la muerte del testador también haya acontecido vigente este régimen, produciendo su disolución... y b) Que se trate de una cosa cierta ganancial de titularidad del testador al tiempo de testar (art. 3752, primer párr.)”.

procedente, por tanto, el derecho a recompensa—, tanto para los bienes que para su disposición no requieren el asentimiento del otro esposo, como para aquellos que sí lo requieren (61). Con relación a este último supuesto, entendemos que el asentimiento del otro cónyuge para la transferencia del bien por donación, no podría ser interpretado como una renuncia para ejercer el derecho a recompensa, por cuanto la intención de renunciar no se presume, debiendo ser restrictiva la interpretación de los actos que induzcan a probarla (art. 874, Código Civil).

14. Pago de primas de seguros personales o sobre bienes propios, con dinero de carácter ganancial

Lo abonado con fondos gananciales en concepto de prima con cualquiera de las finalidades del título, es de carácter ganancial, lo que hace nacer un derecho a recompensa a favor de la sociedad conyugal por el monto de lo pagado (62). Lo que es así con fundamento en lo establecido en el párrafo 8° del artículo 1272, sin perjuicio de recordar, asimismo, que al encontrarse excluida la posibilidad de donación entre los esposos, de no aceptarse dicha solución, se violaría dicha prohibición.

Al analizar el supuesto de la indemnización pagada por seguro de vida —que considera de carácter propio del esposo sobreviviente—, Guillermo A. Borda se ha pronunciado en contra de la solución expresada al comienzo de este inciso, con fundamento en la afirmación de que si hubiera que abonar una compensación a favor de los herederos del cónyuge fallecido, so color de compensación, “se vería obligado a entregarle buena parte (quizá la totalidad) de la indemnización, con lo cual quedaría burlada la disposición de la ley que lo declara bien propio” (63). Alejandro Borda se muestra conforme con dicha solución, aunque únicamente con relación al caso de que se trate de primas pagadas por seguros de vida, no pronunciándose con respecto al restante supuesto contemplado (64).

15. Capitalización de las ganancias de un fondo de comercio de carácter propio

En el supuesto de que el capital de un fondo de comercio de carácter propio de uno de los esposos se incrementara por la evolución económica producida, el mismo continuaría siendo propio, pero el otro esposo tendrá un derecho a recompensa por las ganancias reinvertidas en provecho del esposo titular del fondo de comercio (65).

(61) Conf., BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, págs. 201 y sig., parágr. 411, e).

(62) Conf., GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 291, n° 305; MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 480, parágr. 459.

(63) BORDA, Guillermo A., “¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?”, cit., L.L., 102-1110, e).

(64) “Liquidación de la sociedad conyugal”, cit., págs. 605 y sig., n° 14-k).

(65) Conf., entre otros, FERRER, Francisco A.M., “Sistema de recompensas entre cónyuges”, cit., pág. 330, n° 11; BORDA, Guillermo A., “¿La teoría de las recompensas

16. Dividendos en acciones, distribución de reservas en acciones y suscripción de nuevas acciones en ejercicio del derecho de preferencia

Para quienes consideran que los dividendos en acciones de carácter propio, revisten ese mismo carácter, la sociedad conyugal tiene un derecho a recompensa contra el esposo titular de las acciones, por el valor de las mismas (66). Como, en cambio, nosotros entendemos que tanto los dividendos en acciones, como las que se emitan por distribución de reservas que hubieran sido efectuadas por la sociedad durante la vigencia del régimen comunitario, son de carácter ganancial, creemos que la situación es ajena a la posibilidad de la existencia de un derecho a recompensa a favor de la sociedad conyugal. Lo que es así, sin perjuicio del ejercicio de ese derecho, que le corresponde al esposo titular de las acciones propias, por la disminución de valor que hayan tenido sus acciones en razón de la emisión de mayor cantidad de títulos, a lo que no obsta la evidente dificultad que existe para determinar la incidencia que en el valor de las mismas tuvo dicha emisión.

También el esposo poseedor de acciones propias tiene un derecho a recompensa por el mayor valor que hayan tenido las acciones adquiridas por la sociedad conyugal a la par, en virtud del derecho de preferencia que le otorgan las acciones propias (67). Alejandro Borda piensa, en cambio, que la situación es dudosa, tanto más, dice, cuanto que el pago de la recompensa recién se hará efectivo al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal, pudiendo en ese momento las acciones haber dado dividendos o quebrantos; y agrega que, a su juicio, la solución pasa por ajustarse estrictamente al artículo 1272 del Código Civil, que establece que los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra, así como los frutos de ellos, son gananciales (68).

17. Bien de carácter propio, transferido a una sociedad comercial cuyo paquete accionario es ganancial

Cuando uno de los esposos aporta un bien propio a una sociedad cuyo paquete accionario es de carácter ganancial, el mismo tiene un derecho a recompensa por el hecho de haberse incrementado el valor accionario con motivo del aporte efectuado (69).

entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?, cit., L.L., 102-1108, 3., g); BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, pág. 203, n° 411, h); BORDA, Alejandro, *Liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 605, n° 13-j).

(66) Conf., FERRER, Francisco A.M., *"Sistema de recompensas entre cónyuges"*, cit., pág. 329, n° 9.

(67) Conf., BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, págs. 202 y sig., parágr. 411, g); BORDA, Guillermo A., *"¿La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país?"*, cit., L.L., 102-1108, 3., f).

(68) *"Liquidación de la sociedad conyugal"*, cit., pág. 604.

(69) Conf., CNCivil, Sala A, L.L., 2002-A-58, con Nota de Redacción, *"La sociedad conyugal y los aportes de los cónyuges en sociedades anónimas"*.

18. Quid de la procedencia de la recompensa en el caso de gastos realizados en beneficio del otro cónyuge o de los hijos

Mazzinghi señala que la aplicación de las recompensas no debe funcionar en forma indiscriminada, con relación a cada uno de los gastos de los esposos que no se hayan traducido en una ventaja para el otro, pues ello, dice, llevaría a situaciones inaceptables, debiendo en consecuencia las mismas estar limitadas por criterios que hagan compatible su juego con la esencia misma del matrimonio. Lo cual lo lleva a afirmar que no correspondería el derecho a recompensa en el caso de erogaciones efectuadas para subvenir necesidades de alimentación, educación, asistencia médica, viajes o conservación de cosas propias o gananciales del otro esposo, o en el caso de pago de deudas personales anteriores al matrimonio, todos los cuales constituirían liberalidades que quedarían como gastos realizados en pro de la comunidad familiar, con prescindencia del carácter de los fondos empleados (70).

Si bien en términos generales coincidimos con el criterio expuesto, nos parece un tanto excesivo el alcance de lo expresado, siendo a nuestro juicio procedente el derecho a recompensa en los supuestos enumerados por Mazzinghi consistente en los gastos realizados por uno de los esposos con dinero propio para la conservación de cosas propias o gananciales del otro esposo, así como en el caso del pago de deudas personales del otro cónyuge anteriores al matrimonio.

VALUACIÓN, PRUEBA Y EXTENSIÓN DE LAS RECOMPENSAS

19. Forma de valorar el monto de la recompensa

a) Relevancia de la forma en que se debe practicar la valuación del monto a compensar

Por lo general suele transcurrir un determinado período de tiempo, que puede llegar a ser de muchos años, entre el momento en el cual se efectúa el gasto o la inversión que da lugar a un derecho a recompensa —sea a favor de la sociedad conyugal, o de uno o ambos esposos—, y el de la liquidación de la comunidad, en que debe determinarse el monto a compensar.

La cuestión de la forma en que se debe practicar la valuación de ese monto es sin duda relevante, debido a la variación que pudo haberse producido en los valores entre esos dos momentos, pudiendo de tal manera ocurrir que el valor a compensar no refleje adecuadamente el monto invertido. Por lo cual dicho desfasaje debe ser recompuesto, y como bien señala Ferrer, un sentido elemental de justicia impone en esos casos reconstituir el poder adquisitivo que tenía la moneda al tiempo en el que se hizo el gasto o la inversión que dio lugar al derecho a recompensa (71).

(70) Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 465, parágr. 448, b); y págs. 468 y sig., parágr. 449, a), 1.

(71) FERRER, Francisco A.M., *"Sistema de recompensas entre cónyuges"*, cit., pág. 334.

b) Momento en el que debe valuarse la recompensa

Por considerarlo más justo, creemos que la masa partible debe ser valuada en la fecha más próxima a la partición y pago del monto resultante, y no en aquella en la que se haya realizado el gasto o se haya disuelto la comunidad, dado que en estos casos podría producirse un desfase en los valores, por la variación del valor de la moneda (72).

Belluscio sostiene, en cambio, que la mejora debe ser valuada al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal, por ser, a su juicio, la solución más justa y adecuada al texto legal, ya que las recompensas, dice, deben liquidarse al disolverse la misma (73).

c) Formas para determinar el monto de la recompensa. La solución legal

Pues bien, para la determinación del monto de la recompensa puede partirse ya sea del monto invertido, aplicándole un reajuste equitativo o por índices, o intereses —o ambas cosas a la vez—, o, en lugar de ello, puede tomarse el valor que se estima de la mejora al tiempo ya sea de la disolución de la sociedad conyugal, o de la partición, o el mayor valor que tiene la cosa con motivo de la mejora.

El Código no se ocupó del tema sino hasta la reforma de la ley 17.711, que introdujo como agregado el artículo 1316 *bis*, que dispone que *los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán ajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso* (74).

Como se advierte, el Código adoptó el criterio de determinar el crédito al momento en que la mejora fue realizada, y su reajuste equitativo posterior, debiendo aclararse que si bien la disposición transcrita sólo contempla el supuesto de los créditos que los esposos tuvieron contra la sociedad conyugal, igual solución deberá ser aplicada en el caso inverso, esto es, si el crédito fuera de la sociedad conyugal contra uno o ambos esposos, pues de lo contrario, se alteraría sin motivo válido la igualdad de criterio con que las recompensas deben ser valuadas en todos los casos (75).

(72) Conf., CNCivil, Sala C, E.D., 131-559; idem, Sala E, L.L., 2002-A-701; idem, Sala G, E.D., 121-447; SCJde Mendoza, L.L., Rep. 2001, pág. 2057, sum. 44; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., pág. 416, parágr. 333; ESCRIBANO, Carlos, *Liquidación de la sociedad conyugal por causa de divorcio* (Procedimiento), cit., pág. 14, n° 20.

(73) Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., cit., t. 2, pág. 197, parágr. 411, a).

(74) En el art. 543 del Proyecto de Código Civil de 1993 se disponía que "el monto de la recompensa, es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de la disolución de ésta, apreciados en moneda constante".

(75) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. 1, pág. 789, parágr. 604; BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, págs. 197 y sig., parágr. 411, a); VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª ed., cit., págs. 415 y sig., parágr. 333.

El artículo 1316 *bis* ha incorporado legislativamente un criterio que si bien es amplio e impreciso (76), concuerda con otros, también establecidos por la ley 17.711, relacionados tanto con la forma en que deben valuarse los bienes a ser colacionados, como con la manera de fijar el valor de la legítima, conforme resulta de los artículos 3477 (77) y 3602 (78), respectivamente. Es importante asimismo destacar que, tal como ha sido resuelto, "el criterio adoptado por el artículo 1316 *bis* del Código Civil —introducido para asegurar el mantenimiento de los valores reales que conforman el patrimonio propio de cada cónyuge— no limita su aplicación a los *créditos* y a las *inversiones*, sino que comprende todo el campo de las recompensas en el cual la subrogación no está circunscripta al supuesto de subrogación real" (79). También se ha resuelto que "es una razonable aplicación del artículo 1316 *bis* reajustar los créditos por recompensas al índice de precios al por mayor nivel general, reducido en un 30 %" (80).

Si bien la norma en cuestión confiere al juez un margen discrecional para determinar el valor de la recompensa, no resulta precisa en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para fijar ese valor, como podría ser, por ejemplo y entre otros varios supuestos, la realización de obras cercanas al lugar en el cual se encuentra el inmueble de carácter propio que se ha mejorado con dinero ganancial, lo que le da al mismo un mayor valor, ajeno a la inversión realizada. Todo lo cual ha llevado a soluciones tales como la que resulta de un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, donde se resolvió, con un criterio de equidad, que a fin de actualizar el crédito del cónyuge contra la sociedad conyugal no debe aplicarse un criterio puramente matemático ni los índices estadísticos oficiales "construyen al juzgador a ceñirse estrictamente a ellos, desde que la corrección de los valores debe ser el resultado de la adecuada compulsión de los antecedentes y circunstancias de la causa y del prudente arbitrio judicial que, procurando una justa compensación al patrimonio del acreedor, no infiera un indebido perjuicio a los intereses del deudor" (81).

En igual sentido, Zannoni afirma que para la determinación del monto de la recompensa el juez no debe necesariamente operar sobre bases matemáti-

(76) MAZZINGHI, Gabriel, "Consolidación de doctrinas en materia de sociedad conyugal", E.D., 164-405.

(77) Esta norma dispone lo siguiente: *Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunirse a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto. Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso.*

(78) Dicha disposición establece que *para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por la muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del artículo 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto; si fuere necesario, las disposiciones testamentarias.*

(79) SCBA, E.D., 130-559; idem, E.D., 164-399, con nota cit. de MAZZINGHI, Gabriel, "Consolidación de doctrinas en materia de sociedad conyugal".

(80) CNCivil, Sala B, E.D., 160-310.

(81) La Ley, 1981-D-561.

cas, como pueden ser los índices de desvalorización monetaria o la variación de costos o precios, sino que también habrá de tener en cuenta aspectos tales como el capital de la sociedad conyugal a dividir, la forma de efectivizarse el crédito, etc., lo cual, dice, puede quedar en muchos casos librado a la discrecionalidad, en lugar de resolverse mediante pautas predeterminadas de reajuste (82).

Vidal Taquini se muestra contrario a la solución establecida en el artículo 1316 *bis*, y además de señalar que el mismo no precisa el momento en que se hará el reajuste —que no puede ser otro, dice, que el de la liquidación—, afirma que “se olvida que el nuestro no es un derecho basado en la equidad, y otra vez el juez no tiene pautas legales a las que debe ajustar su decisión, la que girará en derredor de la vaga locución *circunstancias del caso*, que importa liberar al juez del deber de dar las razones en que funde su determinación” (83).

Debemos asimismo recordar con relación al tema, por su analogía, la importante limitación que el artículo 3250 del Código Civil —que legisla sobre la anticresis— dispone con relación al pago de las mejoras efectuadas en el inmueble por el acreedor anticresista, al establecer que *si el acreedor hiciera mejoras en el inmueble, deben serle satisfechas por el propietario hasta la concurrencia del mayor valor que resultare tener la finca; pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado*.

Con relación a la situación producida en los supuestos en los que en los convenios de liquidación de la sociedad conyugal se hubiera fijado un monto en dólares en pago de recompensas, remitimos a lo expresado al respecto por Ferrer, que analiza dicho supuesto bajo la vigencia de la ley 25.561 y el decreto 214/02 (84).

d) Sobre qué bienes se debe cobrar la recompensa

Los valores que deben reintegrarse a los esposos en virtud del derecho a recompensa que pudiera corresponderles, deben ser hechos efectivos sobre la totalidad de los bienes gananciales, hasta agotarlos; pero no sobre los bienes propios del otro cónyuge. Sí, en cambio, fuera la comunidad quien tuviera un derecho a recompensa, el mismo deberá ser ejercido sobre los bienes propios del esposo favorecido con la inversión o el pago efectuado con gananciales, así como sobre los gananciales que le hubieran sido adjudicados a ese cónyuge en la liquidación de la sociedad conyugal.

Al ocuparse de la recompensa debida al esposo que no reinvertió en otro bien lo obtenido por la venta de un bien de carácter propio, Guaglianone ha sostenido, diversamente a lo expresado y sin dar un fundamento, que si el marido fue el que vendió un bien propio suyo, la recompensa debe ser cobrada únicamente sobre la masa ganancial administrada por el mismo, salvo que éste probare que

(82) Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 1, pág. 789, parágr. 604.

(83) Régimen de bienes en el matrimonio, cit., pág. 416, parágr. 333.

(84) “Sistema de recompensas entre cónyuges”, cit., págs. 334 y sigs.

el dinero obtenido por la venta fue invertido en la masa ganancial administrada por la mujer (85).

20. Con relación a la procedencia de intereses sobre el monto de la recompensa

Salvo que hubieran sido convenidos entre los esposos, el crédito que tenga ya sea la sociedad conyugal o uno de los esposos con motivo del derecho a recompensa, no devengará intereses compensatorios desde la fecha en la que se hizo la inversión o el gasto, puesto que el mismo nace recién desde la disolución de la sociedad conyugal. Se ha resuelto al respecto que “no corresponden intereses sobre el crédito que se reconoce a favor de la esposa y contra la sociedad conyugal, por el valor, actualizado por el perito, de las mejoras existentes en el inmueble (lo edificado) de la sociedad conyugal” (86).

Aunque, naturalmente, cuando la recompensa corresponde por el pago por parte de uno de los esposos con bienes propios, por ejemplo, de una deuda hipotecaria ganancial, el cónyuge que abonó la deuda queda subrogado en los derechos del acreedor hipotecario, entre otros, en el de percibir intereses, tanto compensatorios como punitivos (87).

Guaglianone, por su parte, ha sostenido que en el supuesto de que el administrador de fondos gananciales los hubiera utilizado en edificaciones o mejoras en un fundo propio, resultaría procedente —con fundamento en el artículo 1262 del Código Civil— la aplicación del artículo 1722, que dispone que *el socio que tomase dinero de la caja para usos propios, debe los intereses a la sociedad desde el día en que lo hizo, y a más los intereses y pérdidas que por ese acto viniesen a la sociedad* (88).

21. Prueba sobre la existencia de un derecho a recompensa

La prueba del derecho a recompensa incumbe al que la invoca (89), resultando admisibles para acreditar tanto la existencia del derecho como los valores a computar, todos los medios de prueba, aunque una parte de la doctrina, como también de la jurisprudencia (90), entienden aplicable al caso la limitación establecida por el artículo 1260 del Código Civil, que dispone que *la mujer puede probar el crédito que tenga contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido, cuando concurren otros acreedores*.

(85) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, cit., pág. 282.

(86) CNCivil, Sala B, E.D., 14-731. Conf., CNCivil, Sala B, E.D., 95-648; CAPPARELLI, Julio César, “El deber de contribución entre cónyuges”, cit., L.L., diario del 07-05-2009, VII.

(87) Conf., GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, cit., pág. 294.

(88) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, cit., pág. 294, a).

(89) Conf., BELLUSCIO Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., cit., t. 2, pág. 205, parágr. 412; CNCivil, Sala C, E.D., 120-440.

(90) CNCivil, Sala C, E.D., 120-440.

Otros autores, en cambio, como Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, entienden que dicha norma ha perdido sentido a partir del régimen de administración separada establecido por la ley 17.711, además de considerar irrazonable la limitación establecida con respecto a la prueba confesional cuando concurren otros acreedores, por cuanto si el reconocimiento derivado de esa confesión se hiciera en fraude de los acreedores, dicen, resultarían aplicables las normas generales establecidas en el artículo 961 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de las facultades que tiene el juez para revisar las condiciones de la partición de los bienes (91).

Lo anterior, sin perjuicio de recordar que, tal como resulta de lo más arriba expresado, el derecho a recompensa también puede resultar de una presunción *iuris tantum*, lo que es así en el supuesto de no encontrarse en el patrimonio del vendedor en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, el dinero obtenido por la venta de un bien propio, caso en el cual se presume que el mismo se invirtió en beneficio de la comunidad, resultando suficiente que se pruebe la venta y la recepción del precio.

22. Extensión de la recompensa

Como hemos señalado, la recompensa puede ser debida por la sociedad conyugal a uno de los esposos, o por alguno de éstos a aquélla. En el primero de esos casos, la comunidad le debe abonar al esposo acreedor el cien por ciento del gasto o inversión efectuada por este último en un bien de carácter ganancial (92); mientras que si la recompensa fuera debida por uno de los cónyuges a la sociedad conyugal, el otro cónyuge deberá recibir del primero el cincuenta por ciento del correspondiente valor (el restante 50 % se compensa, pues el obligado al pago debería a su vez recibir ese porcentaje de la sociedad conyugal), ya que resultaría irrazonable y carente de sentido práctico que el esposo deudor de la recompensa debiera pagar la totalidad del valor a la sociedad conyugal, para luego ésta entregar la mitad de ese valor a cada uno de los esposos.

Cabe no obstante poner de relieve que a pesar del lenguaje empleado, en realidad, los esposos son los únicos relacionados con las obligaciones que resultan del sistema de las recompensas, puesto que la sociedad conyugal ni es en verdad una sociedad, ni tampoco tiene personalidad jurídica distinta a la de los cónyuges, por lo que el hecho de afirmar que la recompensa es debida ya sea a la sociedad o por ésta, no debe ser entendido sino como un recurso práctico para explicar la cuestión en análisis.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998 Y DERECHO COMPARADO

23. Proyecto de Código Civil de 1998

Sin perjuicio de la norma de carácter general contenida en la primera parte del artículo 482 —al que enseguida haremos referencia—, en los artículos 457 y 458 del Proyecto de Código Civil de 1998 se enumeran una serie de casos en los

(91) Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., pág. 183.

(92) CNCivil, Sala F, L.L., 1985-B-222.

cuales se establece la procedencia de un derecho a recompensa, ya sea a favor de uno de los cónyuges, o de la sociedad conyugal.

Asimismo, en el artículo 461 se dispone que “el cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad”.

También se ocupa el Proyecto del tema de las recompensas en la Sección destinada a la liquidación de la comunidad conyugal (arts. 479 a 487). El más arriba citado artículo 482 dispone al respecto en su primera parte, que “la comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad”. En la segunda parte de dicha norma se ha receptado la doctrina autoral y jurisprudencial mayoritaria, al disponer que “si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, se presume salvo prueba en contrario que lo percibido ha beneficiado a la comunidad”.

Con respecto a la prueba del derecho a la recompensa, ella incumbe al esposo que la invoca, pudiendo la misma producirse en forma amplia, por cualquier medio probatorio (art. 483). Y en cuanto al monto a ser abonado por la recompensa, el artículo siguiente establece que el mismo “es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores comunes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla”.

En lo que se relaciona con la liquidación de las recompensas, se proyectó que “efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo a favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común. En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro” (art. 485). Y con relación a los intereses, de acuerdo a lo previsto por el artículo 486 del Proyecto, “cuando la comunidad se extingue por muerte, las recompensas devengan intereses retributivos desde el día de la extinción. En los demás casos, desde el día de la sentencia”.

24. Derecho comparado

a) España

En el derecho español existe una norma de carácter general incluida dentro del capítulo que legisla sobre el régimen patrimonial de gananciales, que contempla el tema del derecho a recompensa, la que dispone que “cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación” (art. 1358).

Una aplicación de ese principio se efectúa en el artículo siguiente, que establece que cuando la mejora efectuada en un bien privativo fuese debido a la inversión de fondos gananciales o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, "la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado". A su vez, el artículo 1360 dispone que esas mismas reglas se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

Otras aplicaciones particulares del derecho a reembolso o recompensa existen en el inciso 2º del artículo 1362, referente a las cargas de la sociedad de gananciales, como también en el artículo 1364, que dispone que "el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común".

b) Francia

En distintas disposiciones del Código Civil francés se admite el derecho a recompensa, debiendo señalar, entre otras, las contenidas en los artículos 1404, 1407, 1409, 1412, 1413, 1416 y 1417, donde se hacen aplicaciones puntuales de ese derecho.

Recordamos en particular el artículo 1416, que dispone que "la comunidad que haya pagado una deuda por la que debía responder en virtud de los artículos precedentes tendrá derecho, no obstante, al reembolso, siempre que la obligación se hubiera contraído en interés personal de uno de los esposos, así como para la adquisición, conservación o mejora de un bien privativo".

El supuesto contrario es contemplado en el artículo 1433, que establece que "la comunidad debe reembolso al cónyuge propietario siempre que se haya aprovechado de sus bienes privativos. Ello es así, especialmente, cuando haya cobrado dinero privativo o proveniente de la venta de un bien privativo, sin que se haya hecho inversión o reinversión de él". Cabe destacar que en la última parte de esta norma se admite una solución distinta a la aceptada tanto por nuestra doctrina mayoritaria como por los fallos de nuestros tribunales, al disponer que "si se suscitara litigio, la prueba de que la comunidad ha obtenido beneficio de los bienes privativos podrá procurarse por cualquier medio, aun por testigos y presunciones".

En los artículos siguientes se contemplan distintas situaciones relacionadas con el derecho a recompensa o reembolso, debiendo destacar el contenido del artículo 1434, que dispone que "con respecto a cada cónyuge, se considera realizada la inversión o reinversión siempre que, con ocasión de una adquisición, declare que ésta se hizo con dinero privativo o procedente de la enajenación de un bien privativo, y para servirle de inversión o reinversión. En defecto de esta declaración, la inversión o reinversión sólo procederá por acuerdo de los cónyuges y sólo producirá efectos en sus relaciones recíprocas".

Por último, recordamos que del artículo 1469 del Código Civil francés resulta, en lo que se refiere a la valuación del monto de la recompensa, que cuando se trata de operaciones tales como la mejora o conservación de un bien, dicho monto no puede ser

inferior al *provecho subsistente*. O sea, al mayor valor del patrimonio que se benefició con la inversión o gasto, valuado al día de la liquidación de la sociedad conyugal (93).

c) Colombia

En distintas normas del Código Civil de Colombia también se contempla el derecho a recompensa, debiendo recordar al respecto la enumeración de distintos supuestos que, con fundamento en disposiciones de dicho Código, efectúa Roberto Suárez Franco (94): a) Recompensas que debe la sociedad a los cónyuges: por aporte de bienes muebles; en caso de venta de un bien propio perteneciente al marido o a la esposa; el bien raíz que aporta la mujer para que se restituya en dinero (95); en caso de subrogación, cuando el valor de la cosa vendida excede al valor de la adquirida; cuando con el dinero perteneciente a uno de los cónyuges se satisfacen deudas comunes. b) Recompensas que deben los cónyuges a la sociedad: el pago de las deudas personales que la sociedad haya cubierto; en caso de subrogación, cuando el precio de la compra es mayor que el de la venta; por toda donación que hiciere cualquiera de los cónyuges de bienes pertenecientes al haber social; por toda erogación que hiciere la sociedad por gastos que redunden en beneficio exclusivo de los cónyuges.

d) Chile

En el Código Civil de este país existen distintas disposiciones en las que se admite el derecho a recompensa, como, entre otras, lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del artículo 1725, en los artículos 1733, 1736, 1738 a 1742 y 1745 a 1748, o en la segunda parte del artículo 1726, que dispone que "si el bien adquirido es mueble, aumentará el haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge o cónyuges adquirentes la correspondiente recompensa". Lo cual es también así en el supuesto de los muebles donados o asignados a cualquier otro título gratuito, conforme resulta del artículo 1732.

Y con respecto al pago de las recompensas, el artículo 1734 establece que "todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa", debiendo el partidor aplicar esta norma de acuerdo a la equidad natural.

e) Uruguay

También en el Código Civil de Uruguay se admite el derecho a recompensa, habiéndose establecido al respecto en las dos primeras partes del artículo 1969, que "se debe compensar a la sociedad, siempre que se tome de los gananciales

(93) CHAMPENOIS, Gerard, "Los regímenes matrimoniales en Francia", L.L., 1992-C-752, II.

(94) Derecho de Familia, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1998, t. I, págs. 368 y sigs.

(95) Según dispone el inciso 6 del art. 1781 del Código Civil colombiano, la sociedad conyugal está obligada al pago de los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero. No obstante, una parte de la doctrina considera a dicha disposición como derogada.

alguna suma, sea para pagar deudas u obligaciones personales de uno de los cónyuges, como el precio o parte del precio de cosas que le pertenezcan o la reedificación de servidumbres, sea para la cobranza de sus bienes propios; y en general, siempre que alguno de los cónyuges, saca provecho personal de los bienes de la sociedad. Cada cónyuge deberá asimismo compensar a la sociedad los daños y perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave".

Asimismo, en el artículo 1975 se contempla el supuesto de haber los acreedores cobrado sus acreencias sobre los bienes propios y gananciales, caso en el cual dicha norma deja a salvo "los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el cónyuge a la sociedad o la sociedad al cónyuge".

f) Paraguay

En distintas normas se contempla el derecho a recompensa, como ocurre con el artículo 214 del Código Civil, ubicado en la Sección que legisla sobre la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, que dispone que "terminado el inventario y publicados los edictos, se pagarán los créditos reconocidos en juicio que hubiere contra el fondo común, se devolverá a cada cónyuge lo que introdujo en la comunidad y los gananciales se dividirán entre los consortes entre partes iguales. Si hubiere pérdida, el importe de ésta se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si sólo uno aportó capital, de éste se deducirá la pérdida total".

Asimismo, en el artículo 31 inciso 11° de la ley 1/92 se considera como bien propio al aumento del valor de un bien propio por mejoras hechas durante la vigencia de la comunidad con bienes gananciales, teniendo el otro cónyuge —se agrega— derecho al resarcimiento. También recordamos la disposición establecida en el artículo 32 de esa misma ley, que en la enumeración de los bienes gananciales otorga ese carácter a las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la comunidad y a costa de los bienes comunes, aunque fueren a nombre de uno solo de los esposos. Y agrega que si para la fundación de la empresa concurriesen capital propio y ganancial, la empresa será ganancial, reconociéndose al titular del aporte propio el derecho al resarcimiento en proporción de su aporte de capital.

g) México

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 204 del Código Civil para el Distrito Federal, ubicado en el capítulo donde se legisla sobre la sociedad conyugal, terminado el inventario que debe formarse luego de disuelta la sociedad, "se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total".

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS PADRES, POR HECHOS ILICITOS DE SUS HIJOS MENORES

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

Sumario: I. La nueva responsabilidad conjunta y solidaria de los padres; II. Supuestos de responsabilidad individual del padre o la madre; III. Otros casos de responsabilidad exclusiva de uno solo de los padres; IV. Muerte de uno de los padres; V. Ausencia de uno de los padres; VI. Incapacidad de uno de los padres; VII. Otras hipótesis; VIII. Divorcio y separación de hecho; IX. El requisito de que el menor habite con su padre o madre: A) *Concepto de habitación*; X. B) *Guarda y cohabitación*; XI. C) *La no cohabitación como eximente*.

I. LA NUEVA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LOS PADRES

El originario art. 1114 de nuestro Código Civil, establecía que la responsabilidad del padre lo era "por sus hijos menores que estén bajo su poder". Condición que no figuraba en el art. 1384 del Código Napoleón, principal fuente de Vélez Sársfield en esta materia, que fuera tomada por el mismo del art. 1901 del Proyecto de García Goyena; en el cual en rigor se establecía, con mayor propiedad, que corresponde la responsabilidad de los padres por los daños "causados por los hijos que estén bajo potestad".

De tal forma, la frase en cuestión del art. 1114 del Cód. Civil, no podía referirse a un poder "de hecho" o material, sino que aludía a que "el hijo se encuentre bajo dependencia del padre, que éste conserve su autoridad legal sobre él"; o sea, en suma, *que lo tenga bajo su potestad*. Por cuanto es la patria potestad la que posibilita jurídicamente al padre dirigir con eficacia los actos de sus hijos y orientar su educación; de impedirles no sólo que se dañen a sí mismos, sino que perjudiquen a los demás (1).

(1) AGUIAR, HENOC D. "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", Buenos Aires, TEA, 1950, T° III, p. 78, n° 99-f) y nota 19; BOFFI BOGGERO, Luis María "Tratado de las Obligaciones", Bs. As., Astrea, 1981, T° 5, p. 691, § 2038; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 366, n° 879; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en "Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado", dir. Augusto C. BELLUSCIO, coord. Eduardo A. ZANNONI, Bs. As., Astrea, 1984, T° 5, p. 611, letra B); LLAMBIAS,

Es por eso que la responsabilidad pesaba en primer término sobre el padre, que era quién normalmente tenía el ejercicio de la patria potestad —art. 264 del Cód. Civil— y subsidiariamente —en caso de muerte, ausencia o incapacidad del mismo, o de que hubiese incurrido en privación de la patria potestad— sobre la madre (2). Lo cual implicaba que tal responsabilidad no era conjunta o acumulativa respecto del padre y de la madre, sino separada o alternativa (uno u otro), y la de la madre sustitutiva de la del padre, en los casos que le correspondía reemplazar a éste.

El nuevo texto del art. 1114 del Cód. Civil reformado por la ley 23.264, establece en cambio que: *"El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores"*. Lo cual se explica, en razón de que en el nuevo régimen legal, el ejercicio de la patria potestad de los hijos matrimoniales se acuerda *"...al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado"* (art. 264, inc. 1º del Cód. Civil, reformado por la ley 23.264).

II. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DEL PADRE O LA MADRE

Por el contrario, en esos últimos supuestos de separación de hecho o judicial, o divorcio de los padres, o de anulación de su matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde solamente *"...al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia..."* (art. 264, inc. 2º, Cod. Civil reformado); lo que a la vez determina que el mismo sea también, el único responsable por los hechos dañosos de sus hijos menores bajo su tenencia (*in fine* del art. 1114, Cód. Civil reformado).

De tal manera, pese a que en el nuevo art. 1114 del Cód. Civil ya no se menciona a la patria potestad, en cuanto requisito de la responsabilidad paterna por daños causados por sus hijos, lo cierto es que el mismo subsiste plenamente como tal; lo cual es así, atento que si concluye dicho ejercicio conjunto de la autoridad paterna por separación de hecho, divorcio o nulidad del matrimonio de los pa-

Jorge Joaquín *"Tratado de derecho civil. Obligaciones"*, Bs. As., Perrot, 1976, Tº IV-A., p. 362, nº 2508; SALAS, Acdeel Ernesto *"Responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos"*, en *"Estudios sobre la responsabilidad civil"*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1947, p. 128, nº 14.

(2) AGUIAR, *"Hechos y actos jurídicos..."* cit., Tº III, pp. 79 y ss., nº 100; CAMMAROTA, Antonio *"Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos"*, Bs. As., Depalma, 1947, Tº II, p. 488, nº 347; COLOMBO, Leonardo A. *"Culpa aquiliana (Cualitativa)"*, 2ª ed., Bs. As., TEA, 1947, p. 374, nº 121; CORNEJO, Raúl J. *"Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno"*, Bs. As., Depalma, 1943, p. 58, nºs. 54 y 55; KEMELMAJER DE CARLUCCI en *"Código Civil..."* cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, pp. 599 y ss. § 5; LLAMBIAS *"Tratado... Obligaciones"* cit., Tº IV-A, p. 334, nº 2490; OVEJERO, Daniel *"Responsabilidad por el hecho de tercero"* en J.A. 54, secc. doct., p. 23, nº 11; SALAS, *"La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos"* en *"Estudios sobre la resp. civil"* cit., p. 128, nº 14; SALVAT, Raymundo M. - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *"Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las Obligaciones"*, 2ª ed., Bs. As., TEA, 1958, Tº IV, p. 157, nº 2808 Cám. Nac. Fed., Sala 1ª civ. y com., 10-12-71, "Sculco c/ Gobierno Nacional", L.L. 148-111.

dres, también habrá de cesar la responsabilidad solidaria de ambos, quedando como exclusivo obligado, en principio, *"el que ejerza la tenencia del menor"* (3) y lo tenga, por ende, bajo su potestad.

Y en cuanto a la apreciación del cumplimiento de los deberes y obligaciones que incumben a los padres en materia de educación y vigilancia de sus hijos menores, derivados de la patria potestad; jurisprudencialmente se ha decidido que la valoración del cumplimiento o no de los mismos, en miras de excluir o atenuar la responsabilidad resultante de un hecho ilícito, no podría prescindir de las circunstancias concretas del caso, relacionadas con la situación social y familiar del grupo humano al que se refiere; debiendo añadirse las propias del hecho ilícito juzgado, a fin de no confundir ese reproche abstracto, con la real incidencia causal que la conducta recriminable pudiese haber tenido, en la ocurrencia del hecho (4).

III. OTROS CASOS DE RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE UNO SOLO DE LOS PADRES

Fuera de dicha hipótesis, no se contempla en el nuevo art. 1114 del Cód. Civil otra causal de cesación de la responsabilidad conjunta y solidaria de los padres.

Pero si se atiende al fundamento de esta responsabilidad, que se vincula con el ejercicio conjunto de la patria potestad, va de suyo que la misma habrá de producirse también, en cualquier supuesto en que sólo uno de aquéllos ejercite la autoridad paterna sobre sus hijos; lo que no sólo ocurre cuando no conviven, sino también en los casos de: muerte, incapacidad o ausencia de uno de los progenitores, a los que se refería el primitivo texto de dicha norma.

IV. MUERTE DE UNO DE LOS PADRES

Este caso no puede suscitar dudas, atento que el fallecimiento implica el fin de la existencia de las personas (art. 103 Cód. Civil), y ello traerá ineludiblemente aparejada la extinción de la "pluralidad" de obligados, indispensable para el juego de la responsabilidad solidaria (arts. 690, 699 y ss. y concordantes del Cód. Civil).

Y lo mismo cabe decir para el caso de declaración judicial del fallecimiento presunto; cuyos efectos se equiparan en general a los de la muerte probada, salvo en aquellos puntos de excepción expresamente legislados en los arts. 28 a 32 de la ley 14.394, como son: la disolución del matrimonio y sociedad conyugal, y garan-

(3) BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A. *"Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264"*, Bs. As., Astrea, 1986, pp. 398, §28 y 399 y ss., § 29; LLOVERAS, Nora *"La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores"*, en *"Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge BUSTAMANTE ALSINA"*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990, Tº II, pp. 116 y sig., 120 y sig., y 122, nºs. 4, 4.1, 4.2 y 4.3.

(4) Cám. 3ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 26-9-01, "Castro c/ Adm. de Parques y Zoológico", L.L. Gran Cuyo 2002-97.

tías a favor del ausente, que limitan por cierto tiempo las facultades que comporta el derecho de los sucesores (5). Por lo demás en el art. 264, inc. 3º del Cód. Civil reformado por la ley 23.264, se lee que en éstos casos de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los padres, el ejercicio de la patria potestad corresponde al otro; lo que corrobora plenamente lo antedicho.

V. AUSENCIA DE UNO DE LOS PADRES

El primitivo art. 1114 traspasaba también la responsabilidad sobre la madre, en caso de "ausencia" del padre. Pero correlacionada esa norma con la del art. 309 del Cód. Civil, resultaba claro que no cualquier ausencia podía producir los efectos previstos por esa preceptiva; por lo cual bien pudo sostenerse en algún momento, que la ley se refería a la "ausencia precursora del fallecimiento presunto" (6).

En su contra, algunas pocas voces defendieron en nuestro país, una tesis inspirada en Francia por la distinta redacción del art. 1384 del Cód. Napoleón, sosteniendo que el art. 1114 se refería "tanto a la ausencia común como a la con presunción de fallecimiento", ya que en todos los casos "de hecho es a la madre a quién corresponde vigilar la conducta y educación de los hijos" (7).

Finalmente, se sostuvo por Borda una posición intermedia, al afirmar que bastaba con una ausencia prolongada (largo viaje, enrolamiento para pasar un año en la Antártica, etc., por ejemplo), para justificar el desplazamiento a la madre del deber de vigilancia y la responsabilidad que le es inherente (8).

Nosotros compartimos el criterio mayoritario, que entiende que las ausencias accidentales del padre, como verbigracia las motivadas por viajes de negocios,

(5) ARAUZ CASTEX, Manuel "Derecho Civil. Parte General", Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, cit., Tº I, pp. 500 y ss., n.ºs. 949 y 950; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín "Tratado de derecho civil. Parte General", 7ª ed., Bs. As., Perrot, 1978, Tº I, p. 672, n.º 991; Rivera, Julio Cesar, en "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado" cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Bs. As., Astrea, 1978, Tº I, p. 436, § 1.

(6) CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual..." cit., Tº II, p. 489, n.º 347; COLOMBO "Culpa aquiliana" cit., p. 374, n.º 121; Cornejo "Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno" cit., p. 59, n.º 56; DE GÁSPERI, Luis - MORELLO, Augusto M. "Tratado de derecho civil", Bs. As., TEA, 1964, Tº IV, p. 388, n.º 1852-a), letra F); Lafaille, Héctor "Derecho civil. Tratado de las Obligaciones", Bs. As., Ediar, 1950, Tº II, pp. 426 y 427, nota 81; MORELLO, Augusto M. "Separación de hecho entre cónyuges", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 328, n.º 177; Salas "Responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos" en "Estudios sobre la resp. civil" cit., pp. 129 y s., n.º 16; SALVAT-ACUÑA ANZORENA "Tratado... Fuentes de las obligaciones" cit., Tº IV, p. 157, n.º 2808; Cám. Civ. 2º Cap. Fed. 15-6-39, "Quintero de Martínez c/ Martínez", J.A. 66-926; SCBA, 31-7-45, "Báez de Cejas c/ Cosentino", J.A. 1945-IV-246.

(7) BUSTAMANTE ALSINA "Teoría general de la responsabilidad civil" cit., p. 369, n.º 890; CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto "Tratado de derecho civil. Parte general y obligaciones", Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1959, Tº I, p. 709; OVEJERO "Responsabilidad por el hecho de tercero" cit., en J.A. 54, secc. doctr. p. 22, n.º 11.

(8) BORDA, Guillermo A. "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1983, Tº II, ps. 299 y sigte., n.º 1.391.

resultan insuficientes para desplazar la responsabilidad indirecta sobre la madre; pues, aún cuando entonces ésta tenga el cuidado y vigilancia material de los hijos, aquél sigue conservando la patria potestad y el correspondiente poder de dirección.

Pero entendemos sin embargo, que a la luz de las nuevas normas vigentes, ya no se puede calificar a la "ausencia" del art. 1114, como la precursora del fallecimiento presunto. Lo cual es así, en razón de que la ley 14.394 ha introducido en nuestro derecho positivo, en sus arts. 15 a 21, la figura de la "declaración de simple ausencia"; la cual, aunque motivada por la necesidad de proteger y conservar los bienes de los ausentes (doctrina del art. 15 de dicha ley), contiene sin embargo un requisito que se corresponde a la perfección, con la "ausencia de los padres ignorándose su paradero" del art. 309 del Cód. Civil (reformado por ley 10.903): la declaración de ausencia sólo procede, "cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias". Por lo que en consecuencia creemos, que en la actualidad basta esa "ausencia simple judicialmente declarada", distinta por cierto de la precursora del fallecimiento presunto —arts. 21 y 26 *in fine* de la ley 14.394—, para que se opere el desplazamiento hacia la madre de la responsabilidad del art. 1114 del Cód. Civil.

Un nuevo enfoque fue después propiciado por Llambías, para quien la "ausencia" del padre contemplada en el art. 1114 para dar lugar a la responsabilidad de la madre, "debe ser entendida en función del interés del damnificado para cuya protección se ha instaurado la responsabilidad de los padres": o sea que: "la ausencia del padre, aun temporaria, es suficiente para que el damnificado pueda alegarla, a fin de hacer valer la responsabilidad de la madre. Pero a la inversa, el padre no puede eximirse alegando su propia ausencia salvo que ésta fuese involuntaria y le hubiera impedido proveer al cuidado del hijo (9). Criterio éste que ya ha tenido recepción jurisprudencial, en un fallo en el que se resolviera que la madre que tenía a su cargo la dirección y vigilancia de su hijo menor que causó el daño, es en principio responsable, sin que pueda alegar la transitoriedad de la ausencia del padre para declinar el deber que le incumbe de velar por la educación de su hijo y vigilarlo activamente (10).

Entendemos que la reforma de la ley 23.264 ha receptado esta posición, de que la simple ausencia declarada judicialmente hace cesar la responsabilidad del "ausente"; atento que, en efecto, en el nuevo art. 309 del Código Civil reformado por aquélla, se dispone que: "El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los arts. 15 al 21 de la ley 14.394"; en tanto que los nuevos textos de los arts. 264, inc 3º y 310, confieren en esos casos dicho ejercicio al otro progenitor. Y si, como ya se dijo, el ejercicio de la patria potestad constituye un requisito fundamental de la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos; al faltar el mismo resulta forzoso concluir, que mal puede existir dicha responsabilidad

(9) LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., Tº IV-A, p. 337, n.º 2492-4º; *idem*, "Responsabilidad excusable de los padres" en E.D. 62, p. 484, n.º 5-4º.

(10) Cám. Nac. Civ., Sala E, 13-3-78, "Sancor c/ Elizalde", L.L. 1979-B-520, J.A. 1979-III-497 y E.D. 82-255.

para el padre suspendido en el ejercicio de esa autoridad, por su situación de "ausente" declarado tal en juicio (11).

VI. INCAPACIDAD DE UNO DE LOS PADRES

Por último tenemos el supuesto de incapacidad del padre.

Cabría preguntarse ante todo, si el Código alude a la incapacidad judicialmente declarada, o si comprende también a la que no había sido motivo de tal declaración.

Como se trata de una responsabilidad por hechos ilícitos, fundada en la culpa: desatención de los deberes de vigilancia y educación, por parte del padre; parece claro que el solo hecho de su insania, ha de determinar su irresponsabilidad, haya o no sido declarada judicialmente la misma, puesto que siendo incapaz de hecho, el padre se encuentra así impedido de poder vigilar y cuidar de sus hijos menores (doctrina de los arts. 1070 y 1076, Cód. Civil). Por lo que la madre debe responder desde entonces por los perjuicios que ocasionasen sus hijos menores, en las mismas condiciones en que hubiera debido responder el padre. Tal lo que ha entendido, de manera uniforme, nuestra doctrina (12).

En la actualidad la interdicción por demencia de uno cualquiera de los padres, y aun su inhabilitación por semialienación conforme a lo previsto en el art. 152 bis, incs. 1º y 2º del Cód. Civil, también traen aparejada la suspensión del ejercicio de la patria potestad (art. 309, primer párrafo, segunda parte del mismo Código, reformado por ley 23.264), y en consecuencia su adjudicación en exclusividad al otro progenitor (arts. 264, inc. 3º y 310, primera parte del Cód. Civil, reformados por ley 23.264); razón por la cual, con el criterio que, entendemos, inspirara a esta reforma, también ha de cesar la responsabilidad refleja del padre interdicto o inhabilitado, por ausencia de uno de los requisitos necesarios para su existencia.

Y en cuanto a la irresponsabilidad de los insanos no declarados judicialmente, pensamos que las mismas razones *ut supra* expuestas conservan su vigencia, atento que no resultan alcanzadas por la reforma de la ley 23.264, que obviamente obedece a otro tipo de razones.

VII. OTRAS HIPÓTESIS

En los arts. 264, inc. 3º y 310 del Cód. Civil, reformados por la ley 23.264, se dispone con carácter general que: "Perdida la autoridad por uno de los progeni-

(11) BOSSERT-ZANNONI "Régimen legal de filiación y patria potestad" cit., p. 366, § 2; *idem* en "Código Civil..." cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, t. 6, p. 854, § 2.

(12) AGUIAR "Hechos y actos jurídicos..." cit., v. III, pp. 79 y 80, n° 100; CAMMAROTA "Responsabilidad extracontractual..." cit., Tº II, p. 490, n° 347; COLOMBO "Culpa aquiliana" cit., pp. 374 y 375, n° 121; CORDEIRO ALVAREZ "Tratado... Parte general y obligaciones" cit., Tº I, p. 709; CORNEJO "Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno" cit., pp. 59 y 60, n° 57; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en "Código Civil..." cit., dir., BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, p. 601, n° 3; LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., Tº IV-A, p. 338, n° 2493.

tores, o suspendido uno de ellos en su ejercicio, continuará ejerciéndola el otro"; lo que significa que en cualquiera de dichos supuestos, contemplados en los arts. 307 y 309, también reformados por la ley 23.264, la responsabilidad habrá de corresponderle solamente al padre que conserve la patria potestad o su ejercicio y no al otro. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del privado o suspendido de su autoridad, si se probase una culpa de su parte; "contra quien incluso —afirma un autor— puede existir una presunción *hominis*, cuando el hecho ilícito del menor es poco posterior a la privación de la patria potestad y esa medida se ha dictado en virtud de lo dispuesto por el art. 307 inc. 3º del Cód. Civil, o de alguna otra causal semejante" (13).

VIII. DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE HECHO

Estas hipótesis, tampoco contempladas expresamente por la ley, resultan de singular interés.

En caso de divorcio o separación judicial de los padres, se ha considerado en general que cada padre responderá en los términos del art. 1114, por los hechos de sus hijos menores cuya tenencia o guarda se les hubiere confiado (14).

En apoyo de ésta interpretación se ha dicho, que si bien la resolución judicial no destruye el vínculo que liga al padre con sus hijos, dejando subsistente la patria potestad —art. 206 *in fine* y 217, primer párrafo, del Cód. Civil, según ley 23.515—, sin embargo su ejercicio puede sufrir, y en los hechos sufre, importantes limitaciones, cuando se concede la tenencia de los hijos menores a alguno de los padres —art. 206 Cód. Civil, según ley 23.515—. Entonces, la responsabilidad del art. 1114 debe corresponder, por razones obvias, a aquel que ejerza dicha tenencia; ya que, en efecto, si el fundamento más importante de tal responsabilidad, es el poder que tienen los padres de dirigir la educación de su hijo y de vigilarlo, no puede subsistir la misma cuando se priva a uno de ellos de tales facultades.

Sin embargo, también se ha resuelto entre nosotros, que el padre sigue siendo responsable por los hechos de sus hijos menores, aunque en juicio de divorcio se haya otorgado la tenencia a la madre; pues ello no lo exime de su deber de vigilancia (15).

(13) SALAS "La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos" en "Estudios sobre la resp. civil" cit., p. 132, n° 18.

(14) BORDA "Tratado... Obligaciones" cit., Tº II, pp. 300 y 301, n° 1392; BUSTAMANTE ALSINA "Teoría general de la resp. civil" cit., p. 369, n° 891; CAMMAROTA "Responsabilidad extracontractual..." cit., Tº II, pp. 489 y ss., n° 114; CORDEIRO ALVAREZ, "Tratado... Parte general y obligaciones" cit., Tº I, p. 709; CORNEJO "Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno" cit., p. 60, n° 58; DE GÁSPERI-MORELLO "Tratado de derecho civil" cit., Tº IV, p. 387, n° 1852; LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., Tº IV-A, pp. 339 y ss., n° 2494; MORELLO "Separación de hecho..." cit., p. 329, n° 178; Ovejero "Responsabilidad por el hecho de tercero" cit., en J.A. 54, secc. Doctr., p. 23, n° 11; Salas "La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos" en "Estudios sobre la resp. civil." cit., p. 132, n° 19; Cám. 1º Civ., Com., Minas, Paz y Tributario Mendoza, 12-11-79, "Romo c/ Calleau", J.A. 1980-III-437.

(15) Cám. Nac. Civ., Sala C, 8-5-64, "F. de M. c/ B.", J.A. 1964-III-598.

Y algo parecido es lo que sostiene la doctora Kemelmajer de Carlucci cuando afirma: "Si el padre fue declarado culpable en el juicio de divorcio por la causal de abandono malicioso y voluntario del hogar, la responsabilidad paterna no podría quedar excluida, porque ello sería tanto como permitirle liberarse de las obligaciones por medio de conductas culposas". Si la decisión sobre la tenencia materna ha obedecido a otras causales, procedería el desplazamiento toda vez que el padre se haya visto imposibilitado de impedir el hecho, debiendo interpretarse la excepción del art. 1116 con sentido amplio a su favor. Pero si el padre ha tenido posibilidades de control, con regímenes amplios de visitas, se considera que el padre sigue siendo responsable por el hecho ilícito (16).

Si se trata de simple separación de hecho, se estima en cambio que el padre sigue sujeto a la responsabilidad prevista en el art. 1114; pues en efecto, el alejamiento del hogar dejando a los menores a cargo de la madre, importa una violación de sus deberes, que de ninguna forma podría ser amparada por la ley. Si el alejamiento configura un abandono voluntario o malicioso —arts. 202, inc. 5º y 214 inc. 1, ley 23.515—, mal podría invocar su propia torpeza, para intentar eludir su responsabilidad; y si por el contrario obedeció a la conducta de la esposa, de todas formas igualmente habría incurrido en culpa al no regularizar la situación de hecho así creada, por lo que tampoco podría la misma servirle de excusa (17).

Otros autores opinan en cambio que también en el caso de separación de hecho, si la madre tiene consigo a los hijos y se encuentra investida materialmente de la autoridad paterna, debe igualmente, por lo tanto, ser responsable en los términos del art. 1114 del Cód. Civil (18). Habiéndose

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, en "Código Civil..." cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, p. 605, nº 6; Cfr. Cám. Nac. Civ., Sala C, 8-5-64, "M., M. R. E. F. de C/B., L. M. R. O. T.", J.A. 1964-III-598.

(17) Salas "Responsabilidad del padre por daños causados por sus hijos" en "Estudios sobre la resp. civil" cit., pp. 32 y 33; BORDA "Tratado... Obligaciones" cit., Tº II, p. 301, nº 1392; Ovejero "La responsabilidad por el hecho de tercero" cit., en J.A. 54, Secc. Doctr., p. 23, nº 11; Salvat-Acuña Anzorena, "Tratado... Fuentes de las obligaciones" cit., Tº IV, p. 157, nº 2808, nota 18-h); Lafaille "Derecho Civil. Tratado de las obligaciones" cit., Tº II, p. 427, nota 81; Cornejo "Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno" cit., p. 60, nº 58; CAMMAROTA "Responsabilidad extracontractual..." cit., Tº II, p. 489, nota 114; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en "Código Civil..." cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, pp. 603 y ss., nº 5; MAZEAUD, Henri y LÉON - TUNC, André "Tratado de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. de la 5ª ed. Francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJEJA, 1962, Tº 1, vol. II, pp. 492 y 493, nº 739; JOSSEBRAND, Louis - BRUN, André "Derecho Civil", trad. de Santriago Cunchillos y Manterola, Bs. As., EJEJA, 1950, Tº 2, vol. I, p. 387, nº 504; LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., Tº IV-A, pp. 340 y s., nº 2495 y nota 230, idem "Responsabilidad excusable de los padres" cit., en E.D. 62, p. 482, nota 27, quien afirma que: "la subsistencia de la responsabilidad del padre no obedece a una sanción contra él, que puede no merecer, sino a la naturaleza de dicha responsabilidad que impuesta por la ley, no puede ser modificada sino por las causas también legales, entre las que no cuenta el consentimiento de los interesados". Fallo de SCBA 31-7-45, "Santomé c/ Izzo", L.L. 24-825 y J.A. 76-982.

(18) DE GÁSPERI-MORELLO "Tratado de derecho civil" cit., Tº IV, p. 387, nº 831; Demolombe, Charles "Cours du Code Napoléon", 3ª ed., Paris, Auguste Durand - L. Hachette, 1927, Tº XXXI, pp. 494 y 495, nº 569.

sostenido entre nosotros en defensa de tal postura, que: "si ha habido abandono de hecho recíproco o separación amigable convenida, configurándose un *modus vivendi* consentido y previsto por los esposos, del que resulta que el menor queda, con aquiescencia recíproca, en poder, guarda, cuidado, vigilancia y formación de la madre, pensamos que el padre ha delegado jurídicamente el contenido de la patria potestad a la madre, que era el supuesto legal (art. 1114 Cód. Civil), lo que le exime de responsabilidad extracontractual o aquiliana" (19).

De todas formas, admitido que en caso de separación de hecho continúa vigente, en principio, el régimen de los arts. 1114 a 1116, cabe sin embargo aceptar que el padre podrá eximirse de responsabilidad, probando que por las circunstancias de la separación le ha sido imposible ejercer la vigilancia activa sobre los hijos; como ocurre por ejemplo si la madre se los llevó consigo, ignorando el padre su paradero, etcétera (20).

El nuevo texto del art. 1114 del Cód. Civil hace cesar la responsabilidad solidaria de los padres en caso de que ellos "no convivan", y se la atribuye solamente a quien "ejerza la tenencia del menor". Siendo la expresión "no convivencia" tan lata, que corresponde entender que con ella se alude tanto a los casos de "divorcio vincular" o "separación personal" decretados judicialmente, como a los de simple separación de hecho; máxime teniendo en cuenta que el nuevo texto del art. 264, inc. 2º del Cód. Civil, reformado por la ley 23.264, también concede el ejercicio de la patria potestad "al padre o a la madre que ejerza legalmente la tenencia", tanto en los casos de separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, como en los de mera "separación de hecho".

Por último, como excepción al principio general supra sentado, en el *in fine* del citado art. 1114 del Código Civil se establece, para el caso de que los padres no convivan, la responsabilidad del que tuviese la tenencia del menor "al producirse el evento dañoso", salvo que éste en ese momento "estuviese al cuidado del otro progenitor".

Dicha solución fue acogida en un fallo bahiense, que resolvió que la actual redacción del art. 1114 Cód Civil, contempla el hecho de la no convivencia de los progenitores, excluyendo de la responsabilidad refleja por el hecho del hijo menor, a aquél que no goza de la tenencia, en consonancia con lo previsto en el art. 264 inc. 2) del mismo Código. Y como contrapartida, que el único modo de eximirse de responsabilidad que tiene el padre o madre que ejerce la guarda,

(19) MORELLO "Separación de hecho..." cit., pp. 331 y ss., nºs. 181 a 183, especialmente p. 333, nº 182.

(20) Kemelmajer de Carlucci en "Código Civil..." cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, p. 604, nº 5º; BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A. su "Ponencia" en las "Primeras Jornadas Australes de Derecho" (ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis "Responsabilidad civil. Jornadas Australes de Derecho de Comodoro Rivadavia", Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1984, p. 393, punto II-5). Comp. LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., Tº IV-A, p. 342, nº 2.495.

es demostrar que al producirse el evento el hijo se hallaba al cuidado del otro progenitor (21).

Aunque de todos modos, tales pautas deben ser analizadas con cuidado y caso por caso, puesto que como se dijera en un fallo: "el hijo menor está bajo la autoridad paterna, sea que el progenitor la ejercite o la abandone, la realice con eficacia o sin ella, es el padre con derechos y deberes. La víctima no tiene por qué analizar la intimidación de la familia, no es justo condicionar la reparación a comportamientos o actitudes internas, extrañas o ajenas a quien ha resultado perjudicado. Desobligar a los padres equivale en el porcentaje más alto, a dejar a la víctima sin reparación" (22).

Para terminar este punto, pensamos que a modo de síntesis, ha de resultar de utilidad transcribir las conclusiones que sobre el respecto formula la Dra. Nora Lloveras: "4) En la hipótesis de ejercicio unilateral preferente de la patria potestad, *la responsabilidad civil se impone al progenitor en ejercicio de la autoridad* (arts. 1114, primera parte y 264, incs. 2º y 5º, segunda parte, Cód. Civil); 5) En el supuesto de ejercicio unilateral preferente de la patria potestad, *excepcionalmente se impone la responsabilidad civil al progenitor no ejerciente, si el hecho dañoso acaeció cuando el menor se hallaba a su cuidado* (art. 1114, in fine y 264, incs 2º y 5º, segunda parte, Cód. Civil); 6) La excepción prevista en la última parte del artículo 1114 del Código Civil, refuerza sustancialmente los derechos conferidos por la ley al padre no ejerciente; 7) La excepción prevista en la última parte del art. 1114 del Código Civil, reconoce el mismo fundamento de la responsabilidad civil de los padres en el derecho vigente, pues la ley le ha atribuido a dicho progenitor disimuladamente y en forma relativa *una suerte de ejercicio de la patria potestad* (arts. 264, incs. 2º y 5º, 1114 in fine, 264 quater, Cód. Civ.)" (23).

IX. EL REQUISITO DE QUE EL MENOR HABITE CON SU PADRE O MADRE

A) Concepto de habitación.

El art. 1114 del Cód. Civil, también exige expresamente como presupuesto de la responsabilidad refleja de los padres, que sus hijos "habiten con ellos"; tal como también lo hacía anteriormente el art. 273 del mismo Código, hoy derogado por la ley 23.264. Lo cual convierte a la habitación del hijo con sus padres, en otro recaudo corroborante de la "guarda" o protección y cuidado que los mismos deben brindar a su prole.

Pero el sentido y alcance de esta exigencia, ha dado lugar a discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales, que se pasa a examinar.

(21) Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala 1ª, 21-11-96, "Domínguez c/ Plá", J.A. 1997-III-249.

(22) Cám. 1ª Civ. Com. La Plata, Sala 3ª, 15-9-92, "Gómez c/ García", Juba7 sumario B 200567.

(23) LLOVERAS "La responsabilidad civil de los padres..." cit., en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamente Alsina" cit., Tº II, p. 123, nº 4.3.

Ante todo, y en esto existe coincidencia, la expresión empleada por los artículos prealudidos, no debe ser entendida en un sentido literal.

La doctrina nacional mayoritaria, sostuvo que el concepto de habitación tiene un sentido amplio, por lo que, aun si los menores fueran raras veces a casa de sus padres, igualmente serían éstos los responsables, en razón del incumplimiento por su parte de los deberes impuestos por la patria potestad; paradigmáticamente el de educarlos en debida forma (24).

Así no sería admisible que el padre, para desligarse de toda responsabilidad, fijase al hijo una habitación distinta de la suya; como tampoco se eximiría, si por negligencia o sin ningún interés razonable para el hijo, le permite tener una habitación separada, o lo deja vagabundear, o le concede innecesariamente una notoria independencia. La patria potestad y los deberes de vigilancia y educación emanados de ésta, constituyen el fundamento de esta responsabilidad; y por lo tanto una tal infracción, máxima, a aquéllos, mal podría, nunca, erigirse en eximente de esta última (25).

Jurisprudencialmente se ha resuelto que la exigencia de habitación conjunta de padre e hijo que contempla la ley, no se refiere necesariamente a la residencia en un mismo edificio o casa; tal expresión no debe ser considerada literalmente, sino en orden a la posibilidad de educar al hijo y de ejercer su vigilancia, lo que podría presumirse dificultado si ellos no cohabitaban; pero bien entendido en suma, que convivencia es compartir la vida, participando los padres de los hechos cotidianos del hijo, aunque éste pueda dormir o co-

(24) Machado, José Olegario "Exposición y comentario del Código Civil argentino", Bs. As., M. A. Rozas, 1915, Tº III, p. 407, nota al art. 1115; REZZÓNICO, Luis María "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, Tº II, p. 1.356; Salas "La resp. de los padres por daños causados por sus hijos" cit., en "Estudios sobre la resp. civil" cit., p. 134, nº 22.

(25) Aguiar "Hechos y actos jurídicos..." cit., Tº III, pp. 78 y s., nº 99-f); BORDA "Tratado... Obligaciones" cit., Tº II, p. 297, nº 1387; Brebbia, Roberto H. "Problemática jurídica de los automotores", Bs. As., Astrea, 1982, Tº I, p. 244, § 20; BUSTAMANTE ALSINA "Teoría general de la resp. civil" cit., p. 367, nº 884; COLOMBO "Culpa aquiliana" cit., pp. 371 y 372, nº 120; Compagnucci de Caso, Rubén H. "Responsabilidad civil por el hecho ajeno", La Plata, Lex, 1987, p. 58, nº 7-b); Cornejo "Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno" cit., p. 72, nº 69; DE GÁSPERI-MORELLO "Tratado de derecho civil" cit., Tº IV, p. 382, nº 1851-a), letra d)-2º; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en "Código Civil..." cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, p. 612; LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., Tº IV-A, p. 364, nº 2510; MACHADO "Exposición y comentario del Código Civil argentino" cit., Tº III, p. 407, nota al art. 1115; OVEJERO "La responsabilidad por el hecho de tercero" cit., en J.A. 54, secc. doctr., p. 24, nº 11; Ramírez, Jorge O. "Indemnización de daños y perjuicios", Bs. As., Hammurabi, 1981, Tº I, pp. 216 y ss., letra g); REZZÓNICO "Estudios de las obligaciones" cit., Tº II, p. 1356; Salas "La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos" cit., en "Estudios sobre la resp. civil" cit., p. 134, nº 22; SALVAT-ACUÑA ANZORENA "Tratado... Fuentes de las obligaciones" cit., Tº IV, p. 163, nº 2815; Smith, Juan Carlos "La responsabilidad por el hecho de los incapaces", en E.D. 99, p. 789 y ss., nº II; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala I, 3-12-80, "La Unión Gremial Cía. Seguros c/ Médico", Repertorio La Ley, Tº XLI, (A-I), p. 940, sums. 418 y 419.

mer en otra casa, en circunstancias que no quebranten aquella convivencia (26); o sea que la cohabitación debe ser habitual, pero no es necesario que sea constante, ni permanente (27).

La "habitación" ha devenido así una noción más jurídica que material, y lo que interesa ahora verdaderamente, es la posibilidad del adecuado ejercicio de la autoridad paterna y control de los padres con relación a su hijo menor de edad (28).

X. B) GUARDA Y COHABITACIÓN

El tratamiento del tema de este acápite se puede iniciar con dos preguntas: ante todo ¿qué significa "guardar" a un hijo?, y después: si ¿la cohabitación es exigencia esencial de la guarda?

Sobre lo primero se ha dicho que: "el derecho de guarda, derivado de la noción misma de cuidado y protección del incapaz (art. 265 C.C.), consiste en esencia en la facultad de contener, a los hijos que conviven con sus padres en el hogar familiar. Se dice incluso que la guarda es el presupuesto del ejercicio de los restantes deberes-derechos constitutivos de la patria potestad, especialmente la vigilancia, corrección y educación" (29).

La segunda es que la guarda de los hijos constituye un deber más amplio que la mera convivencia, ya que: "en sentido coloquial, guardar a los menores significa hacerse cargo de ellos, atenderlos; lo cual implica cuidar y asistir al menor, tanto moral como materialmente" (30).

La guarda generalmente implica convivencia, pues para facilitar el cumplimiento de este derecho-deber, es conveniente que el padre viva con sus hijos. Pero ni la convivencia es una garantía de la guarda, ni ésta presupone ineludiblemente a aquélla; porque puede guardar a sus hijos el padre que no convive con ellos, y puede que no lo haga quien sí convive.

En materia de relaciones paterno-filiales, el concepto de guarda es entonces más amplio que el de convivencia, ya que involucra al deber de velar (31).

(26) Cám. Nac. Civil, Sala C, 19-9-89, "Lara c/ Rodríguez", L.L. 1990-B-99 y D.J. 1990-2-340.

(27) LE TOURNEAU, Phillipe - CADIET, Loïc "Droi de la responsabilité", Paris, Dalloz, 1996, p. 839, N° 3398.

(28) LE TOURNEAU, Philippe "Droit de la responsabilité et des contrats", Paris, Dalloz, 2008-2009, p. 1504, n° 7428-1.

(29) REYNA, Carlos, su comentario al art. 1114 en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Dir. Alberto J. Bueres, Coord. Elena I. Highton, Bs. As., Hammurabi, 1999, T° 3-A, p. 670.

(30) NAVARRO, Michel "La resp. civil de los padres por los hechos de sus hijos" cit., p. 63.

(31) NAVARRO, Michel "La resp. civil de los padres por los hechos de sus hijos" cit., p. 64.

XI. C) LA NO COHABITACIÓN COMO EXIMENTE.

El debate se abre cuando se trata de establecer si la no cohabitación del menor en casa de su padre, cuando el alejamiento obedezca a un "motivo legítimo", hace cesar la responsabilidad de este último; o si además es necesario que se haya transferido la "guarda" del menor a otra persona, con respecto de la cual asuma dicho menor las calidades de dependiente, o alumno, o aprendiz.

Para algunos, como queda dicho, basta que el alejamiento del lugar obedezca a un "motivo legítimo", como sucede cuando se envía al menor a pasar unas vacaciones por razones de salud, con parientes o amigos; y siempre, claro está, que lo hubiese confiado a personas aptas y responsables (32).

En Francia esta interpretación se fundamentó, en un pasaje de la relación al Tribunalado de Bertrand de Greuille, donde éste manifestaba que: "Esta garantía cesa, si los hijos no habitan la casa paterna, porque fuera de allí su dependencia se hace menos absoluta, menos directa: el ejercicio del poder del padre se encuentra menos asegurado, y su vigilancia es casi ilusoria". Por todo lo cual se concluye entre nosotros, que si la no cohabitación obedece a un "motivo legítimo", lo que descarta toda culpa de parte del padre en el alejamiento del menor, no se da el requisito que la ley exige para que juegue la presunción de culpa del art. 1114 (33). O sea en suma, que si el menor no vive ya con sus padres, y esa falta de convivencia tiene un carácter de perdurabilidad en el tiempo y un fin razonable (como el desempeño de un trabajo, etc.), no pueden ser responsabilizados sus padres, por hechos sobre los que no pudieron tener control alguno.

La otra tesis sostiene por el contrario, que la mal llamada "habitación", sólo cesa cuando la guarda del menor se transfiera a alguna de las personas legalmente responsables, que mencionan los artículos 1113 y 1117 del Cód. Civil. Solución

(32) Cám. Nac. Civ., Sala E, 26-9-60, "Di Battista c/ Beconi", L.L. 101-721 y J.A. 1961-V, secc. Síntesis, p. 6, n° 52.

(33) AGUIAR "Hechos y actos jurídicos..." cit., T° III, p. 79, n° 99-f); BOFFI BOGGERO "Tratado de las obligaciones" cit., T° 5, pp. 701 y ss., § 2045; BORDA "Tratado... Obligaciones" cit., T° II, p. 298, n° 1387; BUSTAMANTE ALSINA "Teoría general de la resp. Civil" cit., p. 367, n° 885; COLOMBO "Culpa aquiliana" cit., p. 372, n° 120; DE GASPERI-MORELLO "Tratado de derecho civil" cit., T° IV, p. 352, n° 1851-a), letra d), 2°; LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., T° IV-A, pp. 364 y s., n° 2510; REZZÓNICO "Estudios de las obligaciones" cit., T° II, p. 1356; SALVAT-ACUÑA ANZORENA "Tratado... Fuentes de las obligaciones" cit., T° IV, p. 164, nota 20-d); p. 163, n° 2815; Smith "La responsabilidad por el hecho de los incapaces" cit., en E.D. 99, p. 790, n° II; COLIN, Ambrose - CAPITANT, Henri "Curso elemental de derecho civil", trad. de la 2ª ed. francesa de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 3ª ed. Española, Madrid, Ed. Reus, 1951, T° III, p. 858; DEMOGUE, René "Traité des obligations en general", Paris, Arthur Rousseau, 1925, T° V, p.25, n° 834; Mazeaud-Tunc "Tratado de la responsabilidad civil..." cit., T° 1, vol. II, pp. 503 y ss., n° 760; SAVATIER, René "Traité de la responsabilité civile", 2ª ed., Paris, L.G.D.J., 1951, T° I, pp. 319 y 320, n° 249. En similar sentido Corte de Casación francesa, Sala 2ª Civ., 24-4-89, en "Bulletin civ.", T° II, ps. 151/152.

ésta que se ve robustecida por lo establecido en el art. 1115 del Cód. Civil, y especialmente por su fuente —el tratado de Aubry y Rau— (34); conforme al cual la responsabilidad de los padres únicamente cesa “cuando el hijo ha sido colocado en servidumbre, aprendizaje o en establecimiento de enseñanza, de forma que se encuentre de una manera permanente bajo la influencia y autoridad de otra persona”; siendo éstos, precisamente, los casos contemplados en nuestros arts. 1113 y 1117 (35). Por lo demás, es evidente que cuando el menor no habita con el padre, pero sin haberse transferido legalmente su guarda —caso de los citados ejemplos del menor que pasa sus vacaciones con un pariente o amigo—, la persona mayor con quien entonces cohabita el menor obra en realidad en representación de su progenitor, por lo que el poder jurídico de dirección sobre la conducta del menor prosigue en manos de este último, estando limitadas las facultades de tales terceros por las instrucciones impartidas, o que puede impartirles, el padre (36).

En tanto que, cuando un menor se encuentra bajo la dirección de un principal, director de colegio o maestro artesano; la autoridad de éstos es por completo independiente y excluyente de la del padre.

Bustamante Alsina efectuó interesantes aportaciones sobre los recaudos que debe cumplir la entrega de la guarda, cuando expresa que: “la entrega de la guarda debe ser circunstancial. En efecto la patria potestad es indelegable, por lo que si el padre ha transmitido de hecho su autoridad y poder sobre el hijo a otra persona, sólo pudo hacerlo para un cometido específico; encuadrado en circunstancias

(34) AUBRY, Charles - RAU, Charles “*Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*”, 5ª ed., Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal-Billard & Cie., 1902, Tº VI, p. 377, § 447.

(35) COMPAGNUCCI DE CASO “*Responsabilidad civil por el hecho ajeno*” cit., pp. 60 y ss., nº 7-b); Cornejo “*Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno*” cit., pp. 69 y ss. Nº 69; KEMELMAJER DE CARLUCCI en “*Código Civil...*” cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, pp. 612 y ss.; LLERENA, Baldomero J. “*Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*”, 2ª ed., Bs. As., Jacobo Peuser, 1900, Tº IV, p. 192, art. 1114, nº 3; p. 193, art. 1115; Machado “*Exposición y comentario del Código Civil argentino*” cit., Tº III, pp. 406 y s., nota al art. 1115; Ovejero “*La responsabilidad por el hecho de tercero*” cit. en J.A. 54, secc. Doctr., p. 24, nº 12; Ramírez “*Indemnización de daños y perjuicios*” cit., Tº 1, pp. 127 y ss.; Salas “*Responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos*” cit., en “*Estudios sobre la resp. civil*” cit., pp. 135 y s., nº 22; BAUDRY-LACANTINERIE, G. - BARDE, L. “*Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*”, trad. italiana, Milano, ed. Francesco Vallardi, s/f., Tº IV, p. 624, nº 2905-1; JOSSERAND-BRUN “*Derecho civil*” cit., Tº II, vol. I, p. 388, nº 504 bis-4; Cám. Nac. Civ., Sala C, 29-9-89, “*Lara c/ Rodríguez*”, L.L. 1990-B-99.

(36) Así se ha resuelto que es responsable el padre que vive en una lejana provincia, si el hijo tampoco vive con su madre, sino con un tío, que era propietario del vehículo con el cual el menor cometió el ilícito (Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala I, 3-12-80, “*La Unión Gremial Cía. Seguros c/ Médico*”, Rep. La Ley, XLI-940 (A-I), sums. 418 y 419).

de lugar y tiempo” (37). Y esta última ha sido, por lo demás, la posición adoptada en general por la jurisprudencia de nuestros tribunales (38).

Finalmente debemos agregar que, aunque la guarda se haya desplazado normalmente, basta con que el menor vuelva a cohabitar con su padre, para que por esa misma circunstancia renazcan los “deberes” de éste, y, consecuentemente, también su responsabilidad refleja resultante del art. 1114 del Código Civil (39).

(37) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “*Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad*” en L.L. 1988-B-280 y en “*Responsabilidad Civil y otros estudios*”, Tº II, Bs. Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 181.

(38) SCBA, 31-7-45, “*Báez de Cejas c/ Cosentino*”, J.A. 1945-IV.246; ST Santa Fe, Sala Iª civ. y com., 7-9-60, “*M.c/F*”, L.L. 101-742; Cám. Nac. Civ., Sala E, 26-9-60, “*Di Battista c/ Beconi*”, L.L. 101-721; 28-8-62, “*Brea c/ Staltari*”, E.D. 4-902, L.L. 110-287 y J.A. 1963-III-407; Cám. Civ. 1ª Cap. Fed., 14-11-41, “*Santomé c/ Izzo*”, L.L. 24-827 y J.A. 76-982; Cám. 5º civ. Y com., Córdoba. 6-11-84, “*Fodeco c/ Chiavassa*”, L.L. Córdoba. 1986-315 (185-R).

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI en “*Código Civil...*” cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, Tº 5, p. 613; LLAMBÍAS “*Tratado... Obligaciones*” cit., Tº IV-A, pp. 369 y ss., nº 2511; Salas “*Responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos*” en “*Estudios sobre resp. civil*” cit., pp. 136 y 137, nº 22; Savatier “*Traité de la responsabilité civile*” cit., Tº I, P 320, nº 249; ST Santa Fe, 18-12-42, “*Altamirano Torterola c/ Kurt*”, L.L. 29-593.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA QUINCENA DE MAYO DE 2010
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

LA LEY



SOCIEDAD CONYUGAL

**BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES**

SERIE: IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL – NÚMERO 14

SOCIEDAD CONYUGAL



BUENOS AIRES

2009