

OMISION DE ASENTIMIENTO CONYUGAL
¿NULIDAD O INOPONIBILIDAD?

1. El fallo anotado	275
2. La ineficacia por invalidez del negocio y la ineficacia pese a la validez	304
3. Argumentos de una y otra tesis	311
4. Las nulidades y las inoponibilidades implícitas	314
5. La validez del negocio <i>contra legem</i>	317
6. El argumento de la “conservación del negocio”	317
7. El afán actual de recurrir a la inoponibilidad: el artículo 1051 y el 1277	318
8. Lo valioso y lo disvalioso de la inoponibilidad en el caso examinado	319

OMISION DE ASENTIMIENTO CONYUGAL

¿NULIDAD O INOPONIBILIDAD?

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. La ineficacia por invalidez del negocio y la ineficacia pese a la validez. 3. Argumentos de una y otra tesis. 4. Las nulidades y las inoponibilidades implícitas. 5. La validez del negocio *contra legem*. 6. El argumento de la “conservación del negocio”. 7. El afán actual de recurrir a la inoponibilidad: el artículo 1051 y el 1277. 8. Lo valioso y lo disvalioso de la inoponibilidad en el caso examinado.

1. EL FALLO ANOTADO

Cámara Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán. Gauna de Dezalot, Petrona c. Dezalot, Víctor H.

San Miguel de Tucumán, mayo 14 de 1981.

El doctor *Fernández Sabaté* dijo:

Petrona Gauna de Dezalot demanda a su esposo Víctor H. Dezalot y un tercero Vicente L. Platas por nulidad de la venta de un bien ganancial conforme al Código Civil artículo 1277.

Los antecedentes: Ante todo expongo los hechos puros tal como han sido probados en autos para luego valorarlos de acuerdo a la norma del artículo 1277 del Código Civil y según la doctrina elaborada a su respecto.

Petrona Gauna de Dezalot y Víctor H. Dezalot contraen matrimonio el 2/4/47 (acta de f. 1) y tuvieron tres hijos.

Posteriormente la sociedad conyugal formada por ambos adquiere un inmueble sito en calle Delfín Gallo 2852 (antes calle México) acto celebrado en boleto de compraventa en el año 1967. El inmueble tiene medidas comunes de 10 por 35 mts., y allí se ha establecido el hogar conyugal en forma continuada hasta el día de hoy, hecho no discutido y probado con testigos, aparte

de que Dezalot, el esposo, reconoce no haber transferido la posesión a Platas (f. 32), y está probado que Platas tampoco la reclamó (f. 103).

El esposo se retira del hogar conyugal. No corresponde hablar aquí de abandono malicioso y voluntario lo cual es propio de la acción de divorcio. Consta en autos que Dezalot se retiró aun cuando él pretende que quien hizo abandono fue su esposa. Las pruebas antes mencionadas muestran que la esposa siguió viviendo en tal domicilio con sus hijos. Interin esta separación, la compra se eleva a escritura pública N° 758, del 17/6/68, por ante la escribanía Héctor Colombres. Luego es inscripta en el Registro Inmobiliario en L. 47, F. 114, S.N. (f. 25). La sociedad conyugal adquiere, así, la propiedad plena del inmueble.

Interin también de dicha separación de hecho entre los esposos, Dezalot vende a Platas el inmueble. Se formaliza la escritura pública N° 1442 del 19/11/71 por ante el escribano Angel G. Figueroa. Se anota en el Registro Inmobiliario en L. 71, F. 96, S.C. (f. 3 vta.). La esposa no prestó su consentimiento y pide su nulidad.

Por ello inicia el presente juicio obteniendo dictamen fiscal favorable, sentencia también conforme a su acción y opinión coadyuvante del fiscal de Cámara. Vicente L. Platas interpone recurso de apelación (f. 132) y es el único recurso que se debe considerar.

Las acciones: La actora, en su demanda, acciona por nulidad. Vicente L. Platas al responder interpone la excepción de falta de acción y contrademanda para obtener el asentimiento de la esposa y convalidar la venta; se entiende que esta contrademanda es interpuesta en forma subsidiaria a la excepción de falta

de acción. La excepción y contrademanda del esposo no se debe considerar aun cuando repite la de Platas.

Legitimación: En autos se ha planteado un problema de legitimación en orden al proceso en contra de la actora quien, según Platas, no podría accionar por las siguientes razones: 1) porque ella no es la esposa de Dezalot (f. 28). Esta probado que sí lo es (f. 1) y además, Dezalot no lo niega; 2) porque la ley no exige la concurrencia de dos consentimientos para la validez de la transferencia (fs. 28 y ss.). Esto no es exacto pues los términos del texto legal son muy claros cuando requieren “el consentimiento de ambos” cónyuges de acuerdo a la norma del artículo 1277 del Código Civil. Al respecto, este Tribunal tiene dicho que el régimen jurídico de la familia no es convencional sino estatutario (fallo 188) de modo que las iniciativas individuales sólo surten efecto cuando respetan la constitución familiar. En el caso de autos, encuadrado en el artículo 1277 del Código Civil, este estatuto obtiene una sanción expresa. Por lo demás, este respeto a los derechos sociales es propio de toda comunidad según su especie; 3) la actora que no asintió no puede demandar a terceros, pues su derecho no es oponible a éstos. De no ser así el valor que el artículo 1277 del Código Civil pretende proteger sería siempre y en todos los casos ilusorio puesto que siempre hay un tercero con el cual se trabó la relación de venta. En resumen, la esposa está legitimada procesalmente para demandar como lo hace.

Respecto del consentimiento Guillermo Borda dice que la expresión usada por la ley al hablar de “consentimiento de ambos cónyuges” es una expresión poco feliz; “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 cónyuge administrador; el otro no hace sino prestar su asentimiento al acto" (*Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, N° 269, Abeledo-Perrot, Bs. As.).

Excepción de falta de acción: No es una excepción previa y de especial pronunciamiento, por lo cual se la debe tratar en la sentencia como parte del fondo del asunto. Platas funda su excepción en que él es un adquirente de buena fe (f. 28). Aun cuando no lo dice se supone que invoca la última parte del artículo 1051 del Código Civil que trata de los efectos de la nulidad o revocación de un acto pero dejando a salvo los derechos de los terceros de buena fe a título oneroso.

Platas no es de buena fe ni en relación a la cosa ni en relación a las personas.

En relación a la cosa, esto es, al inmueble la publicidad que otorga la escritura pública y el registro público no puede ser ignorada por nadie de modo que se presume que Platas debió conocer la escritura número 758 por la cual Dezalot adquirió el inmueble. La venta de Dezalot a Platas mediante escritura 1442 es posterior a la anterior (fs. 25 y 3 vta.). El precio de venta de 1971 es el mismo que abonara Dezalot en 1968, cuando es público y notorio el constante de la suba de valores en el país desde muchos años antes. Incluso dicho precio fue inferior a su valor fiscal (fs. 121/24 y 150/53).

En relación a la persona de los esposos tampoco es de buena fe. Es cierto que la escritura N° 1442, cuya nulidad se pide, dice que Dezalot y Platas son solteros y que, además, el escribano afirma que son vecinos de su conocimiento. El estado de una persona no depende de una manifestación unilateral de voluntad, diga lo

que diga, un esposo es tal en virtud de su situación jurídica, esto es de un complejo estatutario. Correlativamente la otra persona a la que está unida en matrimonio es su esposa y socia a la vez.

Ahora bien, conforme a las circunstancias del caso no nos cabe duda alguna de que Platas conocía la situación que se menciona. No es dable presumir y presumir a nivel de prueba, que el comprador de un inmueble no lo visite antes de adquirirlo y descubra en él toda una familia que vive en el mismo de modo continuo. Lo que generalmente ocurre, y que funda la presunción, es que el futuro adquirente quiera conocer la cosa a adquirir. Presumir lo contrario es apartarse del sano juicio y de la experiencia común (art. 33 CPr.). Así, lo dice la sentencia apelada y agrega también que es sugestivo que Platas no haya solicitado la posesión del inmueble en ningún momento.

A este respecto y referido a situaciones análogas a las de este caso Jorge Mazzinghi dice que el tercero adquirente debe indagar el estado del cónyuge titular "si no lo, hiciere así y el acto se otorgara sobre la base de la simple manifestación del cónyuge titular, el adquirente no podrá repeler la acción del cónyuge cuyo asentimiento no fue requerido, porque habrá incurrido por lo menos, en una negligencia culpable que excluye su buena fe" (*Derecho de familia*, t. 2, N° 277 al final, Abeledo-Perrot, Bs. As.). En el caso de autos hay mucho más que una simple negligencia.

Establecida la presunción cabe concluir que Platas conocía la situación de los cónyuges y, por lo tanto, se presume el propósito de defraudar de vendedor y comprador con lo cual la mala fe queda al descubierto (Jorge Mazzinghi, *Derecho de Familia*, t. 2, N° 275, a).

En resumen, el acto es nulo respecto del apelante Vicente L. Platas o mejor dicho corresponde su revocación si nos atenemos a la terminología de los artículos 965 y 968 del Código Civil, al referirse a los efectos de los actos jurídicos realizados fraudulentamente. El cambio del nombre no altera la esencia de la acción y su efecto. "Puede admitirse el criterio de que la invalidez es la sanción que corresponde al acto dispositivo" (Jorge Mazzinghi, *op. et loc. cit.*, N° 275).

Tipo de derecho: El derecho que los cónyuges tienen sobre los bienes gananciales es genéricamente el propio de un condominio y específicamente, el propio de la sociedad conyugal que tiene sus caracteres típicos irreductibles a los de cualquiera otra comunidad específica. Propiamente todas las comunidades sean sociedades políticas, económicas, profesionales o familiares tienen un derecho de propiedad sobre sus bienes. Esto lo dice Platas en su contestación (f. 29) pero de aquí nada se infiere en contra de la actora ni de los demandados.

Incursiona teóricamente por diversas cuestiones que no tienen relevancia práctica, como la referida al tipo de acción que derivaría de aquel tipo de derecho. Afirma que la actora no tiene un derecho personal sino real, de modo que su acción no es personal sino reipersecutoria. En cualquiera de ambos casos la solución es la misma y ni siquiera altera la competencia pues en el fondo se trata de una relación de familia. En cuanto a la naturaleza del derecho cabe distinguir "la sociedad conyugal" (lo mismo que en cualquier otra sociedad) del "condominio" (lo mismo que en otras comunidades); en orden a la sociedad sus partícipes tienen un derecho personal contra los demás socios y en orden al condominio poseen un derecho real.

Finalidad de la acción: Afirma Platas que esta acción no puede tener como finalidad anular el acto (o revocarlo) sino salvar el obstáculo a la acción del cónyuge que no asistió y cita la nota al artículo 961. El artículo se refiere al fraude en los actos jurídicos. Sería necesario generalizar y abstraer demasiado la doctrina contenida en dicho artículo puesto que de modo específico no se aplica al caso de autos. En efecto alude a los acreedores quirografarios en cuanto han sido defraudados por su deudor lo que no es el caso de autos. La nota dice que la acción pauliana no tiene como finalidad procurar que se reconozca un derecho de propiedad a favor de tal acreedor lo cual es correcto, pero no lo es en relación a la esposa que sí tiene un derecho de propiedad en común el que puede quedar eliminado de su patrimonio. En suma la finalidad de la acción es la de anular o revocar el acto retrotrayendo la situación al estado en que las cosas se encontraban antes del mismo.

Pero aun cuando se pudiera aplicar analógicamente lo dicho en la nota al artículo 961 y aun cuando la acción tuviese como finalidad salvar obstáculos al cónyuge acreedor, cabe preguntar qué efecto produce la acción una vez removido el obstáculo. Siguiendo con la analogía, que nunca es identidad sino semejanza, tendría que concluirse que aquí, sí que el cónyuge recupera la propiedad de la cosa.

La finalidad de la acción es la revocación, nulificación o invalidación del acto en su totalidad y las cosas regresan al estado anterior tal como se encontraban, especialmente para la actora.

La tesis de algunos autores de que es suficiente con declarar que la venta del esposo es inoponible a la esposa por parte del tercero adquirente no parece

viable, y esto por varias razones: 1) El acto ha comprendido la totalidad del inmueble pero, conforme a la tesis de la no oponibilidad, se reduce el acto a la mitad en cuanto a su objeto, pues viene a resultar que la parte del otro cónyuge no fue vendida; 2) Se admite la disolución de la sociedad conyugal por una vía no contemplada en el modo de dividir cosas comunes entre marido y mujer, porque la esposa continúa con una parte en los gananciales que ya no son tales; 3) Se admite la constitución forzosa de un condominio con un tercero con todos los inconvenientes de una sociedad de hecho en la cual falta el afecto social, mientras se acepta la disolución de la sociedad conyugal sin divorcio; 4) No se tiene en cuenta a los hijos que también forman parte de la familia y sobre todo en el caso de autos en el que el inmueble es el hogar, no sólo conyugal, sino también familiar. La intención de la ley es clara sobre todo si se articula la norma del artículo 1277 en su segunda parte donde llega a exigir el consentimiento o asentimiento aun cuando el bien es propio y en él está radicado el hogar familiar con hijos menores.

Falta de posesión: El caso de autos tiene un matiz particular que no altera en definitiva la solución última. Este detalle es que la propiedad no quedó transmitida a Platas por falta de tradición. Esta falta de posesión está probada en autos. Platas ni siquiera intentó el desalojo de la familia, según se desprende del informe de mesa de entradas sobre los numerosos pleitos iniciados por él. En consecuencia, la actora nunca perdió la propiedad pues solamente se había formalizado la escritura pública en la cual se dice que se entrega la posesión, entrega que las pruebas desmienten. El artículo 3265 del Código Civil exige expresamente la tradición de la cosa.

No obstante, lo dicho no altera la naturaleza de la acción ejercida, pues aquí se solicita, no la nulidad de la tradición que no la hubo, sino la nulidad o revocación de la escritura pública 1442 que sí la hubo.

Fundamento de la acción: En nuestro derecho esta acción tiene un único fundamento pero tres expresiones legales: 1) Lo dispuesto por el artículo 1277 teniendo en cuenta las características propias de las relaciones de familia; 2) Lo prescripto por el artículo 3270 del Código Civil, según el cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, como es el caso del marido en autos; 3) Finalmente el artículo 1324 que declara que nadie está obligado a vender salvo cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, el cual es el caso de la esposa aquí.

“Se trata de una de las importantes reformas del nuevo ordenamiento del régimen patrimonial del matrimonio”.

Su fundamento es doble, en primer lugar, acentuar la unidad del matrimonio y el carácter “societario” de los bienes gananciales, haciendo más viva y operante la comunidad conyugal; en segundo lugar proteger a uno de los cónyuges contra la falta de aptitud, la ligereza, o lo que es peor, la mala fe del cónyuge administrador, dice Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, N° 394, Abeledo - Perrot, Bs. As.

Contrademanda de Platas: Platas contrademanda a la esposa subrogándose en el derecho del marido a pedir asentimiento de su esposa, o en su defecto, la autorización judicial si la oposición de ella es infundada.

Ante todo debe dejarse en claro que, aun cuando tal acción pudiese ser intentada por quien obró de mala

fe, no es el caso de Platas. Y si nos ponemos en la hipótesis del tercero adquirente de buena fe nos salimos del cuadro de la litis y entramos en una declaración prohibida a los jueces. Luego la contrademanda no puede prosperar en el caso.

Demás está decir que la esposa niega expresamente su asentimiento por tratarse del único bien donde está radicado y constituido el hogar conyugal.

Oportunidad de la acción: Para concluir digamos que la acción ha sido iniciada en tiempo oportuno. La tesis de que se debe esperar a la disolución de la sociedad conyugal para ejercerla no es aceptable. Mientras tanto el cónyuge que no asintió podría verse afectado por un desalojo, por la imposibilidad de obtener créditos en base al inmueble y, en su caso, para mejorarlo, por la pérdida efectiva de toda expectativa de recuperarlo si un tercero lo embarga y remata por deudas del adquirente. Como se dice en el dictamen, si la disolución de la sociedad conyugal demora más de diez años, se habría operado la prescripción según el apartado 2º del artículo 4023 del Código Civil. Si la disolución de la sociedad se produce por muerte del cónyuge que no asintió habría vivido esperando en vano. Si actual es el derecho a los gananciales, actual es también la acción para defender lo suyo.

En tal sentido mi voto.

El doctor *Giménez* dijo:

1º) En la presente causa se trata, por primera vez para esta Cámara, la problemática que contiene la norma del artículo 1277 del Código Civil y que diera lugar a tantos comentarios doctrinarios y encontrada jurisprudencia.

La extensa gama de la problemática se encuentra limitada, en el caso, a los alcances jurídicos, entre los interesados, del acto oneroso de disposición de un inmueble ganancial; realizado por el cónyuge titular del mismo a favor de un tercero, sin la concurrencia volitiva coincidente del cónyuge no administrador; y, en su caso, los efectos, también jurídicos de la sentencia judicial que desconoce o limita la validez de aquel acto.

No coincido con la interpretación precedente, adhiriéndome a aquellas opiniones que tienen el acto realizado por el cónyuge titular administrador del bien registrable o del inmueble asiento del hogar conyugal con hijos menores de edad o incapaces, como inoponible al cónyuge no concurrente en su formación.

2º) En el derecho positivo argentino y después de la reforma del Código Civil por la ley 17.711, el sistema patrimonial del matrimonio ha sido interpretado de diversas maneras. Para algunos ha desaparecido la "sociedad conyugal" reemplazada por un régimen de separación de bienes, desde que no hay ni unidad de administración, ni de masa, ni de responsabilidad frente a terceros (Vidal Taquini, *El régimen de la sociedad conyugal en la reforma...*, LL 136-1324; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, p. 268; Pulero, Héctor R., *Sociedad conyugal*, p. 11); para otros sigue existiendo la sociedad conyugal como comunidad de bienes (Belluscio, A. C., *El régimen matrimonial de bienes...*, LL 131-1461), aun con personalidad jurídica (Fassi, Santiago C. y Bossert, Gustavo A., *Las masas indivisas en la liquidación postcomunitaria*, LL 1977-B-901 y ED 71-584) o como universalidad jurídica (Gaglianone, *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, p. 203). Para otros sería un régimen de participación, al combinar la separación de bienes con el de comunidad (Berta Kaller de Orchansky, LL 130-1128).

La sociedad conyugal sin ser una personalidad jurídica desde que no es un tercero distinto de los cónyuges es una institución jurídico - patrimonial de carácter estatutario (como todo derecho de familia) cuya "individualidad" aparece del conjunto de normas que las estructuran diferenciándola del resto de otras instituciones y de las normas legales generales. Por esa individualidad institucional se advierte la coexistencia de distintas masas de bienes —como universalidades jurídicas de afectación— sobre los cuales cada cónyuge no titular tiene desde el mismo acto matrimonial un derecho (derecho de disfrute, o derecho a una cuotaparte con exteriorización en expectativa), que en su momento no puede transformarse para ambos (de efectiva adjudicación proporcional para el no titular y de cercenamiento dominial, también proporcional, para el titular).

Esa estructura institucional es la que explica —para cada sistema patrimonial conyugal— la distinta participación de los esposos respecto de la administración y disposición de los bienes, clases de éstos, responsabilidades de cada cónyuge respecto de terceros, etc.

3º) Después de la reforma de la ley 17.711 el instituto de la sociedad conyugal presenta una doble y paralela administración y disposición (bicéfala y disyunta), por ambos cónyuges, de sus bienes propios y de los gananciales en los que son titulares de dominio (art. 1276, CC.). No hay dudas sobre la exclusiva administración que tiene cada cónyuge, de esos bienes.

Respecto de la exclusiva disposición, el panorama se vio complicado por la norma contenida en el artículo 1277 del Código Civil a la cual se remite la primera parte *in fine* del artículo precedente, norma que requiere el "consentimiento" (sic) del cónyuge no titular de bienes gananciales registrables o propios asiento del

hogar conyugal con hijos menores o incapaces para disposición o gravamen de ellos.

4º) *Alcance del artículo 1277*: Es una norma de excepción desde que la regla general está contenida en el artículo 1276. Es un remedio puesto por el legislador para tutelar la situación de los cónyuges (no exclusivamente la mujer) no titulares de bienes económicamente importantes, en circunstancias de desquiciamiento matrimonial, lo que hizo decir a Llambías (*Estudios de la reforma del Código Civil*, p. 56) que era un remedio impuesto a la mayoría de los matrimonios regulares en previsión de la minoría de matrimonios desavenidos. Se legislaba para los sanos, que son mayoría, en miras de los enfermos, que son minorías. Si bien hay quienes opinan que es una reforma beneficiosa aun en consideración a esa mayoría de matrimonios con desenvolvimiento regular (Fassi, Santiago D., ED 23-889), lo cierto es que contiene un medio de exteriorización de voluntad del cónyuge no titular, con efectos jurídicos variados, según el sentido de esa voluntad. El artículo 1277 del Código Civil exige un acto jurídico afirmativo del cónyuge no titular del bien especial a transferir por el cónyuge titular, para que dicha transferencia no pueda ser impugnada por aquél.

A) Ese acto jurídico —pese a la gramaticalidad de la ley— no es un consentimiento con la transferencia, sino una simple venia, asentimiento o conformidad. Si fuera consentimiento tendríamos que: el cónyuge no titular dispondría del bien del que no es titular (en contra del principio sentado en el artículo 1276); sería responsable por evicción; responsable por los vicios redhibitorios, por la entrega de la cosa; sería coacreedor y codeudor respecto del tercero contratante; y la concurrencia de dicho cónyuge sería necesaria para el

ejercicio del pacto comisorio; entre otras consecuencias (de conformidad con lo expuesto: López de Zavallía, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte especial*, t. 1, p. 108; Pulero, Héctor R., *Sociedad conyugal*, p. 137; Cichero, Néstor, *El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales*, ED 63-470; Crespi, Jorge E., *Sociedad conyugal*, en *Examen y crítica al Código Civil*, con los coordinadores Augusto M. Morello y Néstor L. Portas, p. 79; Roque Garrido - Luis Andorno, *Reformas al Código Civil*, 2ª edición, p. 281; LL 146-333 con nota de Julio I. Lezana; JA 25-1975-597; LL 1975-D-321; JA 1977-IV-443; LL 1978-D-477; 1978-D-725; "Torres de Cisterna, María v. Pastor, Juan R. y otros", C. 2ª Civ. y Com. Tucumán, 24-4-79).

Por consiguiente la concurrencia del cónyuge no titular, para la transferencia o gravamen de bienes gananciales registrables, lo es a título de asentimiento o conformidad no de codisposición como se desprendería si lo hiciera con su "consentimiento".

Dicho cónyuge no se opone al acto de disposición del bien, al prestar su voluntad, pero no codispone del bien. Ello resulta claro cuando la concurrencia del cónyuge se refiere al acto de disposición del bien propio del otro cónyuge cuando ese bien es asiento del hogar con hijos menores o incapaces.

Como consecuencia propia de la verdadera naturaleza del acto jurídico que cumple el cónyuge no titular —consecuencia excluyente de la codisposición— se pueden señalar las siguientes: que el cónyuge no titular no puede negar su asentimiento sin "justa causa" como lo dice expresamente la ley (LL 1975-A-770-S-32.078; 1977-C-49; 141-643-S-25.329; 144-586-S-27.479), mientras que el disponente puede negarse al acto sin disposición alguna; que no hace falta el certificado de "no inhibi-

ción" para el cónyuge no titular, desde que no codispone (Garrido - Andorno, *ob. cit.*, p. 281; Belluscio, LL 131-1470); en la contraprestación por el acto de disposición de un bien ganancial (precio) no participa el cónyuge no titular (Pulero, Héctor R., *ob. cit.*, p. 137; LL 146-632-S-28.425; 149-557-S-29.796; 149-601-S-30.034; 145-417-S-28.228; 154-657-sec. jur. agrup., caso 26) el cónyuge disponente no sufre por eso su carácter, ninguna restricción a su capacidad civil, ni de hecho ni de derecho (López de Zavalía, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte especial*, t. 1, p. 109; Cichero, Néstor, ED 63-479; etc.).

Por consiguiente el acto de disposición de un bien ganancial, registrable, o propio cuando es asiento del hogar conyugal con hijos menores o incapaces, se origina, trata y concluye con el cónyuge titular de ellos, como acto jurídicamente válido. Pero como la ley exige la concurrencia del cónyuge no titular, es evidente y manifiesto que su omisión (por ausencia, desconocimiento u oposición al acto) acarrea alguna consecuencia jurídica.

B) Para quienes entienden que el cónyuge no titular presta consentimiento al acto de disposición de ciertos bienes matrimoniales, la consecuencia de la nulidad fluye sin esfuerzo al no encontrarse integrado el aspecto subjetivo de tal acto, ya que la voluntad del cónyuge titular resulta por sí sola insuficiente. Para quienes entienden que la voluntad del cónyuge no titular, integra la voluntad del disponente, también la nulidad es la consecuencia necesaria (Cichero, Néstor, *ob. cit.*, p. 480).

Para quienes entendemos que la voluntad del cónyuge no titular ni integra ni forma parte del acto de disposición, la consecuencia de su omisión hace no a la

validez del acto, sino a su eficacia en relación sólo a dicho cónyuge. Con respecto a las partes y a los otros terceros, el acto es válido y totalmente eficaz. Esa relativa inoponibilidad del acto de disposición realizado por el cónyuge titular sin la conformidad del otro consorte, tiene su fundamentación en que la norma del artículo 1277 no deroga el principio general indicado en el artículo 1276, sino que únicamente introduce una especial protección para éste, pero no para que los esposos medren con ella (LL 1978-A-180; ED, 73-313). Es decir que la norma del artículo 1277 no cambia el régimen de disposición de los bienes del matrimonio, sino que es un nuevo remedio proteccionista (LL 1978-A-620-S-34.534).

Por ello, la consecuencia de la omisión del cónyuge no titular es la inoponibilidad del acto realizado por el cónyuge disponente y no su nulidad, como lo enseña gran parte de la doctrina y lo viene siguiendo la jurisprudencia (López de Zavalía, Fernando, *ob. cit.*, p. 115; Cichero, Néstor, *ob. cit.*, ED 63-421; Pulero, Héctor R., *Sociedad conyugal*, ps. 161 y ss.; LL 1977-D-692-S-34.771; 1978-A-620-S-34.534).

La diferencia entre nulidad y oponibilidad es bastante clara (Roberto Martínez Ruiz, *Diferencia entre acto nulo y acto inoponible*, JA 1943-IV-335). “Mientras el acto inválido, es decir sujeto a una sanción de nulidad, carece de efectos respecto de las partes...” *lo contrario ocurre con el acto inoponible*, que siendo válido entre las partes no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, las que pueden comportarse como si el acto no existiese” (J. J. Lambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, N° 1878; en igual sentido Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, N° 1236). La acción de

inoponibilidad opera *in personam* y no *in rem* desde que el acto continúa perfectamente legal y válido entre las partes y *erga omnes* a excepción de determinado tercero o terceros (Fernández, Raymundo L., *Fundamentos de la quiebra*, p. 939, N° 451). Mientras la nulidad hace a la “validez” jurídica del acto, es decir su declaración hace caer el acto con relación a todos la inoponibilidad hace a la “eficiencia” jurídica del mismo y con respecto a determinado tercero.

La consecuencia de inoponibilidad se conforma, perfectamente, con la finalidad buscada por la ley al exigir la conformidad del cónyuge no titular, es decir, con la finalidad tuitiva en el manejo de los bienes, o ciertos bienes, dentro del matrimonio. Se conforma además con el principio de administración y disposición de bienes de sociedad conyugal, que es bicéfalo y disyunto. O sea que el cónyuge titular dispone plenamente, exclusivamente, del bien ganancial o propio. El tercero adquirente debe tener en cuenta en determinados casos (cuando exista justa causa de disconformidad del cónyuge no titular o cuando el bien propio sea asiento del hogar conyugal con hijos menores o incapaces), que el acto que realiza con aquél puede no ser oponible para éste. Es decir que el acto es válido, no sale el bien de su patrimonio, y el riesgo que corre en la operación que realiza con el cónyuge titular llega únicamente hasta el eventual perjuicio invocable, por el no titular, a quien además puede desinteresar.

5º) *Condiciones de procedencia de la inoponibilidad*: Determinada la admisibilidad de la inoponibilidad para el cónyuge no titular del bien transferido (ganancial o propio del otro consorte con asiento especial del hogar conyugal) deben establecerse los requisitos o condiciones de procedencia de la misma, que puede ejercitarse por vía de acción o de excepción:

1) En la determinación de esas condiciones de procedencia no puede perderse de vista la naturaleza y finalidad del derecho (acción o excepción) de inoponibilidad en general: de toda acción de este tipo, que no es el dejar sin efecto alguno, sin valor jurídico el acto de disposición que se ataca con aquél, sino en tenerlo como si nunca hubiera ocurrido, sin eficacia jurídica, respecto del cónyuge no titular. La finalidad de la acción de inoponibilidad es la de dejar expedita la vía para que el actor acreedor del disponente, pueda ejecutar el bien ingresado al patrimonio del tercero codemandado. La sentencia debe limitarse a ello, naciendo desde ella, la "ejecutabilidad" del actor sobre el bien transferido al tercero (Fernandez, Raimundo L., *ob. cit.*, p. 943). La ejecución específica recaída en la acción de inoponibilidad es, en consecuencia, la anotación marginal o ampliatoria en el asiento registral correspondiente a la adquisición del bien por el tercero codemandado. Allí se agota en su materialidad, la declaración judicial por la inoponibilidad frente al actor (cónyuge no titular demandante).

2) Otra pauta interpretativa respecto de las condiciones de admisibilidad de la acción de inoponibilidad frente al cónyuge no titular, la da la circunstancia de tratarse de una acción pauliana de excepción y con características propias que le dan un perfil especial dentro de aquéllas. Así como las acciones revocatorias concursales, crean una presunción, presunción *juris tantum*, de perjuicio contra la masa de acreedores por los actos de transferencia realizados por el deudor en el período de sospecha, por ser acciones *sui generis* de inoponibilidad, así también la acción de inoponibilidad del cónyuge no titular, goza de la presunción legal *juris tantum* de perjuicio en contra de éste, cuando el acto carece de su conformidad.

Es decir que es el tercero quien debe acreditar que la transferencia realizada por el cónyuge disponente no causa o no ha causado perjuicio a la parte reclamante. No tendría sentido interpretarlo de otra forma. Si se concluye que el artículo 1276 del Código Civil establece una administración y disposición bicéfala y disyunta y que el cónyuge perjudicado por el acto que pudiera realizar su consorte titular de bienes, tiene las acciones propias de la generalidad de dos acreedores contra su deudor (arts. 1298 y 961 CC.) habría que concluir también que para ello no hacía falta la norma del artículo 1277. Y habría que concluir también que la ley (art. 1277) impuso requisitos especiales (“es necesario el consentimiento de ambos cónyuges”) sin la “especial” consecuencia a su eventual consentimiento.

Por ello entiendo que además de la acción general por fraude o pauliana que tiene todo cónyuge frente a los actos de disposición del otro de cualquier tipo de bienes gananciales, la ley con la reforma del artículo 1277 ha creado una nueva acción de inoponibilidad, en el cual el reclamante cuenta con la presunción legal de perjuicio frente a ciertos actos y ciertos bienes de su consorte que carezcan de su conformidad.

Veamos los requisitos o condiciones: A) La acción de inoponibilidad del artículo 1277 del Código Civil es propia del estado matrimonial de su titular, emergentes del derecho que éste tiene sobre determinados gananciales y un especial bien propio del otro cónyuge. La circunstancia de que el cónyuge titular de esos bienes sea quien los administra y dispone (art. 1276 CC.) no implica desconocer un derecho presente sobre todos y cada uno de ellos al otro cónyuge. Es un derecho sin perfiles nítidos pero es un derecho incuestionable y latente, que se concreta en cualquier instante (fallecimiento de cual-

quiera de los cónyuges, aun del no titular). La modalidad de manejo de los bienes gananciales, no puede llegar a equipararse al manejo que pueda hacer una persona no casada (soltera, viuda, divorciada). La modalidad de manejo hace a las relaciones entre los cónyuges o entre el titular y los terceros, pero no quita la participación, no exteriorizada, del otro cónyuge sobre los bienes. Por ese derecho sin exteriorización, es que la ley puede, sin violencias o exábruptos, exigir el asentimiento o conformidad de quien lo tiene, cuando se disponga del bien por su titular. Y por ese mismo derecho es que aunque el cónyuge no titular no dispone, no es demandable por evicción, no es necesaria su no inhibición, etcétera, puede, sin embargo, requerir que se declare que el acto no le es oponible, y llegar en su momento, a pedir la ejecución sobre el mismo, del crédito correspondiente a ese derecho.

Esa latencia del derecho conyugal sobre todos y cada uno de los bienes gananciales a nombre del otro cónyuge, hace presente el reclamo de la no inoponibilidad sobre la disposición de alguno de ellos, aún antes de la exteriorización del mismo (disolución de la sociedad conyugal). Las circunstancias causantes de la disolución de la sociedad conyugal (muerte de algún cónyuge o divorcio entre ellos), “precipitan” el derecho en “suspensión”, provocando su exteriorización sobre ellos, y modificando el sistema de manejo (administración y disposición sobre ellos), ya que a partir de tal acto el cónyuge titular no dispone “su” bien, ni administra “su” bien, el cual forma parte, desde entonces, de una comunidad indivisa, y no de una “masa” de bienes conyugales.

Adhiero en consecuencia a la postura jurídica que no exige la previa disolución de la sociedad conyugal,

como requisito de procedencia de la acción de inoponibilidad. Es verdad que recién a partir de la disolución de la sociedad conyugal, el cónyuge podrá reclamar su parte, actualizándose su interés (como dice López de Zavalía, F., *ob. cit.*, p. 117), pero ello es así con relación a la “ejecución” concreta de esa parte y de ese interés, pero no con relación a la “ejecutabilidad” (objeto propio de la acción de inoponibilidad). La sentencia de inoponibilidad “abre” la vía de ejecución (ejecutabilidad), sin que implique ni pueda implicar esa ejecución misma.

Si para la acción general “pauliana” se entiende que pueden ejercitarla los acreedores condicionales (Sánchez de Bustamante, *Naturaleza de la acción revocatoria*, N° 12; Busso, t. 3, art. 546, N° 28; Lafaille, *Obligaciones*, t. 2, N° 80); y si para la acción de fraude entre esposos, se entiende que puede ser intentada pendiente la sociedad conyugal (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, p. 170, Fassi-Bossert, *Fraude entre cónyuges*, FD 64-575) no puede darse un tratamiento distinto para una acción que es una especie de aquéllas, y cuya especialidad consiste, precisamente, en una mayor defensa para el cónyuge afectado por los actos del otro.

Además, exigir la simultánea o previa disolución de la sociedad conyugal para la procedencia de la acción de inoponibilidad, implica imponer al reclamante, la determinación de un acto de suma trascendencia como lo es reclamar el divorcio, sin dejar de lado que habiendo causal legal de divorcio o no pudiéndose acreditar, el cónyuge arruinado por los actos del otro, no tendría acción alguna, pese a la exigencia de su conformidad con ciertos actos. Y aun suponiendo que decida demandar el divorcio y pueda obtenerlo, cuando

llegue a ello, corre el riesgo casi cierto, que ya no obtendrá beneficio alguno con ello (por sucesivas transferencias a otros terceros de buena fe).

En consecuencia, el primer requisito o condición de procedencia, es el estado matrimonial del reclamante con uno de los codemandados y la naturaleza del bien objeto de transferencia impugnada.

B) Falta de conformidad o asentimiento con el acto de disposición concretado en el tercero codemandado, la que surgirá del instrumento mismo. Como esa conformidad puede ser dada en forma expresa o implícita; antes, simultánea o posteriormente al acto en forma personal o por mandatario general o especial; a la parte actora le basta acreditar que en la instrumentación del acto no existe su conformidad expresa. No puede exigírsele la prueba negativa de que no la dio antes, ni después ni de manera implícita. Esas eventuales circunstancias deben ser probadas por quienes las aleguen (art. 308 CPr.).

C) La mala fe del tercero codemandado, cuando el acto de disposición realizado por el cónyuge titular lo haya sido a título oneroso. La prueba puede realizarse por todos los medios y debe consistir en el conocimiento que tuvo o debió tener ese tercero, del estado civil del disponente.

No es necesario más condiciones o requisitos para la procedencia de la acción de inoponibilidad. Los otros requisitos que la ley (arts. 961, 962 y 1298 CC.), la doctrina y la jurisprudencia exigen para la procedencia de la acción "pauliana", se transforma en circunstancias alegables para los demandados para el rechazo de la acción. Ello así, como consecuencia de la presunción legal que debe extraerse de la "imperatividad" de

la norma contenida en el artículo 1277 del Código Civil (“es necesario” el asentimiento del cónyuge no disponente) y del verdadero “objeto” de la acción de inoponibilidad (declaración de ejecutabilidad o sea dejar expedita una eventual ejecución sobre el bien transferido).

Esos otros requisitos, también serán exigidos al accionante, para la procedencia de la nueva y posterior acción que debe seguir a la inoponibilidad, es decir a la ejecución de su crédito. Allí deberá probar la disolución de la sociedad conyugal (crédito exigible); que aquel acto impugnado lo fue en insolvencia de su consorte - deudor (referenciándolo con el derecho, en “suspensión” entonces, del accionante o ejecutante); o que dicho acto provocó esa insolvencia; que ese estado de insolvencia respecto del disponente, se mantiene aún en la fecha de la ejecución del crédito, por ausencia de otros bienes (aun propios del disponente). El requisito de la procedencia temporal del crédito con respecto al acto impugnado, exigido en la acción pauliana general está consustanciado en la acción de inoponibilidad del artículo 1277, desde que es una acción propia del estado matrimonial, que es el que da carácter de ganancial a los bienes de los esposos.

De acuerdo a lo considerado tenemos, de acuerdo al sistema establecido en los artículos 1276 y 1277 civiles que : 1) Cada cónyuge administra y dispone de los bienes de que es titular (sistema bicéfalo y disyunto); 2) Que para evitar impugnaciones valederas, debe darse intervención, (conformidad), al cónyuge no titular, cuando la disposición o gravamen de ciertos bienes afecte el derecho “suspendido” de éste, de participación en esos bienes; 3) Que el tercero contratante debe, igualmente, exigir aquella intervención (conformidad) del cónyuge no titular del bien, para evitar los mismos

riesgos que tiene el disponente; 4) Que en caso que el acto de disposición o gravamen no afecte el derecho suspendido de participación del cónyuge no titular cuya conformidad fuera omitida, su acreditación corresponde a los demandados; 5) Que este sistema materializa una nueva defensa en los derechos de los cónyuges no administradores, por su agilidad y sencillez ya que sólo debe demostrar su omisión y la naturaleza del bien dispuesto, corriendo por las partes en el acto, la prueba que destruya la presunción legal (*juris tantum*); 6) Paralelamente el sistema no deja margen para que con el mismo, el o los cónyuges medren o especulen contra los intereses del tercero, quien sigue siendo el propietario del bien; puede esperar la ejecución sobre ese bien en donde se deberá acreditar la existencia y en su caso extensión del crédito lesionado y finalmente puede desinteresar al acreedor; si es que, ínterin, no se produjo la prescripción.

6º) *Caso de autos.* Está acreditado y no negado, que el bien que dispusiera el esposo a favor del code mandado Vicente Platas, es un bien ganancial, adquirido por boleto y escriturado dentro de la vigencia del matrimonio. También consta que la posterior escrituración que el esposo hiciera a favor de Platas no cuenta en dicho instrumento, con la conformidad de la actora, esposa del disponente.

No hay ninguna duda entonces que la acción de inoponibilidad cuenta, en relación con el codemandado Víctor H. Dezalot, con los requisitos de procedencia (disposición de bien ganancial, sin la conformidad expresa o aparente del cónyuge no titular). Ello así por cuanto el esposo no acreditó la adquisición de algún otro bien de similar valor (subrogación real) con el valor recibido por la transferencia del inmueble a Pla-

tas; ni acreditó la existencia de otros bienes que pudieran poner a resguardo el crédito (todavía no líquido) de su esposa; ni acreditó la imperiosa necesidad de recibir el valor del precio para afrontar urgencias familiares; ni acreditó la conformidad de la esposa aunque no expresa, etcétera.

La circunstancia de que no se haya operado la disolución de la sociedad conyugal, o la iniciación de acciones que desembocaran en ello, no obsta a la procedencia de la acción, desde que ésta, como se dijo en los considerandos precedentes, tiende a declarar la inoponibilidad a la actora del acto de disposición realizado entre los ahora demandados, sin que esté en juego aún la ejecución de suma o crédito líquido alguno. Sólo se declara tutelado, por la remoción del obstáculo a la futura ejecución concreta, un crédito indubitante y nacido de relaciones familiares (matrimoniales) condicionado en su liquidación a eventos futuros (disolución de la sociedad conyugal).

Con respecto al codemandado Vicente L. Platas, para que la acción prospere —al ser el acto de disposición oneroso— se requiere que haya actuado de mala fe, que es presumida cuando conoce o debiera conocer el estado civil del disponente. En el caso de autos, aparece, del contenido de la escritura otorgada a favor del esposo (agregada en autos con motivo de una medida para mejor proveer, fs. 150/153), que el escribano actuante al dar las condiciones personales de las partes intervinientes (vendedor y comprador) no indicó el estado civil de ninguno de ellos. Esta anomalía notarial, realizada a 10 años de vigencia del artículo 1277 del Código Civil según la ley 17.711, no era suficiente para poner a resguardo a quien contrate en el futuro con el nuevo propietario. Distinto sería el caso si contare con

la declaración de soltero a favor del comprador y que el escribano dijera que era persona de su conocimiento. En la escritura que analizamos hay una omisión injustificada y anormal, que era suficiente para alertar a cualquiera de los futuros adquirentes del bien, si actuara con la prudencia mínima exigible para estas negociaciones inmobiliarias (simple asesoramiento profesional). A ello se debe sumar la circunstancia debidamente acreditada, que todo el grupo familiar del disponente (esposa e hijos) vivían a la época de la transferencia a Platas, en el inmueble objeto de ella, y lo seguía haciendo en la época de la presente demanda (6 años después de la venta). A ello debe agregarse la circunstancia que en la escritura traslativa de dominio se dice que se otorga la posesión (por tradición) y en la realidad esa circunstancia no se concretó.

Todo ese cuadro de circunstancias anómalas debidamente acreditadas, lleva al ánimo del juzgador la certeza que el nuevo comprador, ahora codemandado, no actuó con la debida buena fe requerida para estos casos, y en consecuencia no se encuentra amparado en la norma del artículo 1051 del Código Civil, aplicable a las acciones de inoponibilidad, según artículos 968 y 970 del Código citado.

Como tampoco acreditó el tercero adquirente alguna circunstancia, excluyente de la acción de inoponibilidad (falta de perjuicio cierto en el momento del acto y mantenida a la fecha de la demanda; subrogación real en la masa de bienes del cónyuge disponente; conformidad extra-notarial de la actora, etc.), la demanda debe prosperar también contra él, abriendo así la etapa de una eventual ejecución sobre el bien adquirido al esposo, debiendo esperar en consecuencia, sin que hasta entonces pierda el dominio del inmueble, que se concre-

te a esa ejecución o caduque por el cumplimiento de plazos correspondientes.

Con respecto a la contrademanda deducida por los demandados, y en mérito al resultado de la acción de la actora, no es necesario considerarla desde que resulta, por esta última circunstancia inadmisibile.

Voto en consecuencia por la reforma de la sentencia apelada, debiéndose hacer lugar a la demanda de inoponibilidad frente a la actora, del acto de disposición realizado por los demandados, respecto del bien inmueble ganancial, para cuyo cumplimiento debe oficiarse al Registro Inmobiliario de la Provincia, a fin de que proceda a anotar en la matrícula correspondiente, el resultado del juicio. Voto en ese sentido.

En el memorial de agravios ante esta alzada el codemandado Vicente L. Platas introduce una cuestión de nulidad, fundada en que no se había integrado debidamente la litis al no haberse dado participación al escribano interviniente en la escritura pública traslativa de dominio cuya nulidad se persigue. La nulidad es improcedente por varios motivos: en primer lugar la nulidad no se fundaba en alguna circunstancia de falsedad de la escritura, tanto de lo ocurrido ante el fedatario como de lo manifestado por las partes, por cuyo motivo la intervención del notario era innecesaria; en definitiva, de acuerdo a lo que vengo considerando, la acción no es en realidad de nulidad, sino de inoponibilidad, por lo que aquella intervención tampoco se requiere. Voto, en consecuencia, por el rechazo de la nulidad, al no estar frente a una verdadera integración, "necesaria", de la litis sino a una acción independiente de la intervención notarial.

Tal mi voto.

El doctor *Manso* dijo:

Adhiero al voto del doctor Fernández Sabaté, sin dejar de poner de manifiesto por ello la profundidad y claridad con que el voto del doctor Giménez ha analizado y resuelto la cuestión. Mi adhesión obedece a la convicción a que he llegado luego del meditado análisis de un tema arduo —a fuer de novedoso— como el que me ocupa.

Deseo tan solo añadir a las consideraciones del voto que comparto, dos circunstancias complementarias:

La primera referida a los antecedentes legislativos del artículo 1277 del Código Civil, cuya anterior redacción posibilitaba al marido enajenar y obligar a título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio salvo los derechos de la mujer, cuando la enajenación fuera en fraude de ella. Y en este caso tampoco cabría la tesis de la inoponibilidad del acto. Este acto de disposición casi sin restricción respondía al texto del artículo 1276 también vigente a ese entonces, que declaraba al marido administrador de todos los bienes del matrimonio, con las únicas y limitadas excepciones que contemplaba.

La redacción actual de tales normas indica, al contrario y en variante fundamental de calidades, circunstancias, y efectos, que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277, dejando librada esa administración y esa disposición al marido cuando no se pueda determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa (lo que no ocurre en autos). La norma se completa con la prohibición a cada esposo de administrar los bienes propios o gananciales cuya

administración esté reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. Por fin, el artículo 1277, al exigir el asentimiento de ambos esposos (que es requerido inclusive para disponer del inmueble propio de cualquiera de ellos en el supuesto previsto por el ap. 2º del art. cit.), para disponer o gravar los bienes inmuebles gananciales, ha introducido una exigencia a mi criterio de cumplimiento inexcusable e ineludible, cuya incidencia en la eficacia del acto practicado en violación a dicha exigencia no se supera ni enerva con la perspectiva de un crédito futuro en favor del cónyuge afectado.

La segunda circunstancia, radica en el hecho de que, de otorgarse validez al acto es relación a terceros adquirentes de buena fe (o cuya buena fe no pueda ser debidamente probada), quedaría como algo lírico la protección del régimen de los bienes conyugales establecida precisamente para salvaguardar las resultas que pudieran recaer sobre el cónyuge no participante del acto. Entre los intereses en juego, estimo prevalente y decisivo el de los titulares respectivos de los bienes conyugales debiendo reconocerse en favor del tercero adquirente (si de buena fe se tratase) la acción pertinente en contra del cónyuge contratante. No resulta nada difícil deducir la forma encubierta que, a través de adquisiciones de buena fe servirían para destruir todo o parte del patrimonio conyugal. De aquí, que, como lo apunta con acierto el voto a que adhiero, se está ante una reforma sustancial y trascendental de protección a la unidad socio económica del matrimonio que la pone a cubierto y a resguardo de cualquier vicisitud o fractura de índole personal entre los cónyuges.

Es mi voto.

Por el resultado del precedente acuerdo y opinión del fiscal de Cámara, se resuelve confirmar la senten-

cia apelada de fecha 11/9/80 (fs. 126/130) en su punto 1 en relación al único apelante Vicente L. Platas, y que establece: "No hacer lugar a la defensa de falta de acción planteada por Víctor H. Dezalot y Vicente L. Platas contra Petrona Gauna de Dezalot y por esta última contra Vicente L. Platas", confirmar dicha sentencia en su punto 3) en relación al único apelante Vicente L. Platas, que dice: "3) No hacer lugar a la autorización judicial solicitada por los demandados"; confirmar la misma sentencia en su punto 4 en relación al único apelante Vicente L. Platas, que establece: "4) *Hacer lugar* a la demanda que por nulidad de escritura pública iniciara Petrona Gauna de Dezalot contra Víctor H. Dezalot y Vicente L. Platas, declarando fraudulento el acto contenido en la escritura N° 1442 de fecha 19/11/71, pasada por ante el escribano Angel Guillermo Figueroa que en copia corre agregada a fojas 121/124; en consecuencia declárase nula y sin valor alguno a la misma"; confirmar al punto 5 de la misma sentencia, que dice: "5) Oportunamente, líbrese oficio al Registro Inmobiliario; Archivo General de Provincia y escribano actuante para la anotación respectiva". Costas de esta instancia a cargo del apelante. *Edgardo Fernández Sabaté. Aurelio Giménez. Luis P. Manso* (Sec.: Marta González de Ponssa).

2. LA INEFICACIA POR INVALIDEZ DEL NEGOCIO Y LA INEFICACIA PESE A LA VALIDEZ

La materia entra, sin duda, en el campo de lo opinable. Con estas palabras, que sirven a María Josefa Méndez Costa para concluir una importante investigación sobre el tema, queremos nosotros iniciar

este comentario al interesante fallo de la Cámara Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán (¹).

Creemos que todos los que se han aproximado al problema, sea desde la vertiente del derecho de familia, sea desde la negocial o contractual, han emitido su opinión acerca de la naturaleza jurídica del asentimiento:

- a) si tiene que ver con la capacidad (²);
- b) en particular con la de derecho (³);

(¹) MÉNDEZ COSTA, M. J., *El artículo 1277 y la capacidad de los cónyuges*, en *Estudios sobre sociedad conyugal*, ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1981, ps. 119 y ss.; en la misma obra se encuentra otro trabajo importante sobre la misma cuestión, titulado: *El negocio jurídico celebrado sin el debido asentimiento conyugal constituye un acto anulable de nulidad relativa*, ps. 143 y siguientes.

(²) Para GATTARI, C. N., *El consentimiento conyugal no crea incapacidad*, en LL, 147-1052. Otro camino que conduce al tema es el de la "calificación por el registrador", que ha motivado el plenario "Friedman, Mauricio", de la CNac. Civ., del 27/7/77, en JA, 1977-III-494 y ss., en el cual se alude "al poder de disposición de las partes" y a los "requisitos impuestos por el artículo 1277". Sobre esta cuestión pueden consultarse: de MOISSET DE ESPANÉS, L., *Dominio de automotores y publicidad registral*, ed. Hammurabi, Bs. As., 1981, ps. 279 y ss.; de SCOTTI, Edgardo O., *Derecho registral inmobiliario*, ed. Universidad, Bs. As., 1980, ps. 50 y ss. Si bien el voto de la mayoría impersonal roza la cuestión —no podía ser de otro modo en consideración a lo dispuesto por el artículo 9º de la ley 17.801, que sienta el principio básico y fundamental en orden a los límites de la facultad calificadora, que alude a los tipos de nulidades, absoluta y manifiesta en el inc. a) y nulidad relativa en el inc. b)— no toma posición en el debate que ahora nos ocupa, más allá de la alusión recordada al "poder de disposición".

(³) LÓPEZ DE ZAVALÍA luego de reconocer que se trata de un acto complejo, aunque de "complejidad desigual", examina cuál es la "posición del cónyuge" que requiere el asentimiento del otro: a) comienza descartando que se trate de una "incapacidad de hecho", a la cual se ha querido asimilar, por las razones siguientes: 1) "ironía de la historia", en la medida en que los casados, ambos, serían incapaces; 2) "nueva ironía", en cuanto el emancipado casado no puede hacer lo que está facultado a realizar el emancipado soltero; 3) conversión del casado en un cuasi pródigo, "teniendo como curador al otro cónyuge..."; 4) incongruencia entre semejante incapacidad y los textos de los artículos 55 del Código Civil, que no menciona a este incapaz relativo de obrar, y 1º de la ley 11.357, en cuanto habla de la "plena capacidad civil" de la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado; y, 5) insatisfacción en cuanto

- c) si con la eficacia del acto ⁽⁴⁾;
- d) o con el poder de disposición del cónyuge ⁽⁵⁾;

conduciría “a un régimen de nulidades, de cuya aplicación podría resultar beneficiario el propio cónyuge disponente”; b) Continúa el jurista tucumano considerando la posibilidad de configurar una “incapacidad de derecho”, tesis que también descarta en la medida en que “por definición, puede ser realizado con el asentimiento de otro cónyuge o del juez”. Concluye sosteniendo que se trata de “un problema de legitimación”; “que media una limitación al poder de disposición del cónyuge vendedor...” (*Teoría de los contratos. Parte especial*, t. I, ps. 108 y siguientes).

⁽⁴⁾ Así como los criterios que ubican el problema en el campo de la incapacidad —o capacidad disminuida— con su correlato, la nulidad, privaron en los primeros tiempos, los favorables a una ineficacia sin invalidez, que deja subsistente el negocio, parecen abrirse camino en los tiempos más próximos. Es la ineficacia por falta de presupuestos o requisitos, ineficacia en sentido estricto o simple ineficacia. El contrato es válido, pero por razón de hechos extraños a su estructura queda privado de producir alguno de sus efectos o todos sus efectos, sea entre las partes o bien respecto a terceros. Esta última ineficacia limitada asume el nombre de inoponibilidad. Nos remitimos a nuestra obra *Contratos*, ed. Ediar, Bs. As., 1978, p. 327. Es la opinión de ORELLE, J. M., en *Revista del Notariado*, suplemento Nº 1, Bs. As., 1970, ps. 9 y siguientes.

⁽⁵⁾ Es la posición defendida por autores de prestigio como Guaglianone, Mazzinghi, Cafferata, Pelosi, Zannoni, Ambrosi y otros. Conviene precisar, liminarmente, que mientras la capacidad es un requisito de validez, y de ahí que toda irregularidad que tenga lugar dentro de su ámbito produce la nulidad del contrato, la falta de “legitimación” para disponer —que algunos denominan “capacidad para disponer” y otros “poder de disposición”—, sólo causa ineficacia, sin afectar la validez del negocio. Podemos preguntarnos si conceptualmente es posible distinguir, por un lado, “capacidad” de “legitimación” y, por el otro “legitimación” de “poder de disposición”. Creemos que el tema, tratado magníficamente por MESSINEO en *La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione*, en *Temì*, 1949, 610, ha tenido en nuestra doctrina una recepción limitada o parcial. Si bien la primera distinción tiene ya carta de ciudadanía, y se repite con bastante frecuencia que “la capacidad está fundada sobre las condiciones subjetivas de la persona y por ello se dice que es una aptitud intrínseca de la parte, mientras que la legitimación es una posición del sujeto respecto del objeto u otros sujetos”, siguiendo a Cernelutti, Betti, Cariota Ferrara y otros eminentes juristas itálicos, no ocurre lo mismo con la segunda. Así como no es nítida la diferenciación, al menos para ciertas hipótesis, entre incapacidad de derecho y falta de legitimación, tampoco lo es la que se pretende entre falta de legitimación y falta de poder de disposición. Recordemos, por vía de ejemplo, que López Olaciregni,

- e) en especial, con el poder o legitimación para actuar ⁽⁶⁾;
- f) o más simplemente una limitación de facultades en la administración de cosas de una sociedad ⁽⁷⁾.

Y es ineludible que así ocurra, por la relevancia de la cuestión y la trascendencia de las soluciones vinculadas a cada una de las tesis.

También nosotros arriesgamos nuestro criterio personal: "...pensamos que estamos ante un acto complejo prenegocial; que la ley formula una *conditio iuris* como presupuesto a la asunción del rol de parte en un negocio de disposición por uno de los cónyuges..." ⁽⁸⁾.

que entre nosotros menciona el "poder de disposición", como requisito del acto jurídico, omite toda referencia a la legitimación. El tal poder "no es un poder autónomo sino parte del contenido de los poderes correspondientes al titular de un derecho subjetivo", al decir de Messineo; "se presenta como una facultad que integra el contenido del derecho", nos dice Von Thur.

⁽⁶⁾ Al poder o legitimación para actuar alude VIDAL TAQUINI, C. H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 2ª ed., Bs. As., 1978, parág. 287. Una objeción a esta o estas tesis —según se distinga o no entre "poder" y "legitimación"— nos parece insuperable: el artículo 1277 alude al "consentimiento" y con ello, más allá de la precisión terminológica, se hace hincapié en la voluntad para disponer, o sea en un elemento esencial o estructural del negocio, que sin el "asentimiento" queda viciado. La comparación con supuestos de falta de "legitimación para disponer" pone de resalto las diferencias: para transferir el dominio la tradición debe ser hecha por el dueño; para constituir una hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y tener la capacidad de enajenar bienes inmuebles, etc., etc. En la propia doctrina italiana, que tanto ha trabajado estas nociones, la distinción entre "poder de disposición" y "legitimación" no aparece nada clara; es vívido ejemplo Cariota Ferrara, para quien "legitimación" equivale a nuestra idea de capacidad en general y abarca el poder de disposición, presentándose la falta o limitación al mismo en forma tal que no se distingue especialmente de una incapacidad de derecho (CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. de Albadaledo García, Madrid, 1956, ps. 528 y ss.).

⁽⁷⁾ FASSI, S. C. y BOSSERT, G., *Sociedad conyugal*, Bs. As., 1978, t. I, ps. 51 y ss.

⁽⁸⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *Compraventa inmobiliaria*, ed. Ediar, Bs. As., 1976, p. 28; también expusimos ese criterio en *Boleto de compraventa de un bien ganancial y el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil*, en JA, 27-1975-458.

Al enrolarnos en la idea del “acto complejo”, que predica la necesidad de una coincidencia de voluntades para la formación de un “centro de interés”, de la “parte” contractual (⁹), optamos por la tesis de la incapacidad del cónyuge para celebrar negocios de disposición (¹⁰); y, por ende, por la vía de la “asistencia” como remedio para reforzar la voluntad de un sujeto, el cónyuge, que, si bien no es un incapaz, muestra una capacidad atenuada o disminuida; si bien tiene alguna idoneidad, no exhibe una idoneidad plena (¹¹).

Y por ese sendero llegamos, sin hesitación, a la ineficacia por invalidez del negocio celebrado con omisión del requisito de la asistencia; sin la cooperación, impuesta por la ley, de la voluntad de la otra persona que es llamada a obrar conjuntamente con aquel cuya capacidad está disminuida (¹²).

Podrá discutirse, y en rigor la polémica existe, si puede calificarse al cónyuge como incapaz y si, en su

(⁹) En el acto complejo, la combinación de las diversas declaraciones expresan voluntades distintas, puestas al servicio de uno o varios intereses, coincidentes o no. Remitimos a nuestra obra *Contratos*, ps. 28 y siguientes.

(¹⁰) Es interesante observar cómo partiendo de la misma premisa —el acto complejo—, hay juristas, como López de Zavalía, que llegan a una conclusión diferente: la falta de legitimación.

(¹¹) Precisa BETTI, en la *Teoría General del Negocio Jurídico*, que “el defecto de capacidad se remedia unas veces con la interposición de otra persona capaz que es llamada en lugar del incapaz, y otras veces, en cambio, con la cooperación de otra persona que es llamada a obrar conjuntamente con el incapaz. Se tiene representación en el primer caso; simple asistencia en el segundo”, 26-170; en el mismo sentido se expide Cariota Ferrara, 131-624. La asistencia, a diferencia de la autorización y semejanza de la representación, es un verdadero remedio a la incapacidad. Se distingue de la representación en que no hay sustitución del incapaz por un sujeto diverso (el representante) que contrata por el incapaz, sino cooperación de la voluntad del incapaz con la de otro sujeto.

(¹²) No nos parece feliz la aproximación de la venta por el cónyuge a la venta de cosa ajena, ni creemos que puedan encontrarse en este instituto “orientadoras directivas legales” como se predica en el fallo de la

caso, esta incapacidad, se denomine así o capacidad atenuada, es de hecho o de derecho —nosotros preferimos, coherentes con la calificación de la “asistencia” como “remedio”, denominarla incapacidad atenuada de obrar o de hecho— pero afectando a la voluntad del sujeto su trascendencia recae en la zona de las nulidades y no en la de la mera ineficacia sin invalidez o ineficacia relativa o zona de la inoponibilidad ⁽¹³⁾.

Los argumentos expuestos para descartar la ubicación del tema dentro de la “capacidad” parecen perder de vista que la capacidad es una sola, como afirmaba con acierto Capitant, aunque se la estudie dividida en capacidad de derecho o de goce y capacidad de obrar o de ejercicio. Desde esa óptica puede definirse como la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer ⁽¹⁴⁾.

CNac. Civ., sala C, 8-3-77, en autos “Savalich v. Balbí”, en JA, 1978-I-515 y ED, 74-689 y ss. Tal comparación parte de parificar la situación de ambos casos como “carencia de legitimación por el disponente”; y de allí la serie de consecuencias que se extraen, entre otras la procedencia de la acción por escrituración contra el cónyuge disponente sin el asentimiento, la procedencia de la autorización judicial con base en el justo precio de venta, la afirmación que el asentimiento se efectiviza con la escritura y no con el boleto, etc., etc., que no compartimos. Puede leerse con provecho el comentario de BORDA, G. A., *Acción de terceros para pedir la venia judicial del artículo 1277 del Código Civil*, que obra en ED, 74-683, al pie del fallo mencionado.

⁽¹³⁾ De las inoponibilidades tácitas o del principio general de inoponibilidad, que al conjuero de esta cuestión y del artículo 1051, cuando se quiere hacer valer frente al verdadero dueño, ha tomado auge en nuestro país en los tiempos últimos o más recientes.

⁽¹⁴⁾ CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, 134-179, 4ª ed., París, 1925. Si bien GUASTAVINO, E. P., *Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el artículo 1277 del Código Civil*, descarta que pueda estar comprometida la capacidad de hecho, a la hora de definir la de derecho lo hace diciendo que “además de la titularidad de derechos y deberes, concierne a las prohibiciones para ejercer los derechos, por sí o por otros”, *ob. cit.*, 4, LL, 153-632. Acontece que el “gocce” no

Y parecen olvidar, asimismo, que la voluntad que concurre a la celebración de un negocio —tanto examinada en su aspecto interno o prenegocial o de formación, en el caso que nos ocupa sobre la base de la “asistencia”, como en el externo o frente al cocontratante, o sea integrando el “consentimiento”— configura un elemento esencial o estructural del mismo, impuesto por una norma que si bien es ordinativa tiene fuerza imperativa.

Y dejan de lado, asimismo, que la enajenación por un cónyuge sin el asentimiento del otro constituye un “acto contrario a derecho”, violatorio de una norma legal que establece con claridad la “necesariedad” de esas dos voluntades, y, por tanto, un acto ilícito ⁽¹⁵⁾.

De allí que nos asombre la afirmación acerca de la eficacia de semejante negocio, aunque sea ésta una eficacia limitada a las partes. Invalidez e ilicitud, que son las consecuencias forzosas de los “vicios” apuntados, no armonizan con la eficacia, por más limitada o restringida que ésta fuere.

puede separarse del “ejercicio”, puesto que no denotan dos ideas distintas (Coviello), ya que el goce mismo es ejercicio. En la doctrina uruguaya ha dicho el eminente Sánchez Fontans que “la incapacidad de obrar no afecta en principio a la capacidad de derecho, pero cuando no es subsanable por ninguna vía, importa prácticamente una limitación a ésta, por cuanto impide a los sujetos que adquieran ciertos derechos o contraigan ciertas obligaciones”. Para Messineo, por último, “la capacidad de obrar es capacidad para cumplir todos los actos de la vida civil; sin necesidad de persona que asista o que sustituya al sujeto”.

⁽¹⁵⁾ Es muy interesante el estudio de las relaciones entre “invalidez” e “ilicitud”. Mientras Orgaz sostiene que los actos inválidos por no ser evidentemente conformes a derecho son ilícitos, otros autores se expiden en un sentido diferente. Son importantes al respecto las opiniones de Cariota Ferrara en la doctrina italiana y de Brebbia, Nieto Blanc y otros, en la nacional.

3. ARGUMENTOS DE UNA Y OTRA TESIS

Los argumentos que la doctrina de la “inoponibilidad”, como genéricamente puede denominarse a la tesis opuesta, desarrolla con efectismo, no nos parecen convincentes.

Para contestarlos a todos y de una vez bastaría con precisar que conviven, en particular luego de la reforma de la ley 17.711, junto a las incapacidades, en particular la de hecho o ejercicio, capacidades limitadas o atenuadas, que sin contradicción pueden denominarse también “capacidades especiales”. Ocurre y esto no es un misterio, que la capacidad de obrar es susceptible de grados y en los más avanzados la voluntad no es inidónea, y de allí que concurra a formar el negocio —no es ya un incapaz que resulta excluido y su voluntad intrascendente— pero como no es tampoco plenamente idónea ha menester ser asistida o complementada.

De lo que se trata entonces es de reforzar la voluntad de un sujeto que si bien no es un incapaz de obrar carece de una idoneidad plena. Y ello es así por razones que si bien pueden entrar en lo que se denomina “modo de ser intrínseco del sujeto” son extrañas a “insuficiencias síquicas” u otras semejantes, íntimamente vinculadas con el desarrollo de la personalidad. Por razones que hacen a la protección de la familia, de la sociedad conyugal y, en especial, del cónyuge que asiste, la ley quiere que obren o ejerciten los negocios de disposición “juntos”. No los equipara a menores, pródigos, etc.; los considera en su específica y particular realidad. Y de allí que les prohíba hacer por separado lo que les autoriza a realizar unidos.

De allí a decir que los casados retroceden o involucionan a la incapacidad, hay una gran distancia...

De allí a decir que pueden hacer menos que los solteros, también la hay...

Otro tanto en lo relativo a la calificación como cuasi pródigo sujeto a la curatela del otro cónyuge...

Y queda, por último, el argumento que se saca de la no inclusión de los casados en el artículo 55 y de la supuesta discordancia entre esta capacidad disminuida y la refirmada "plena capacidad civil" de la mujer casada.

Encontramos sencilla y natural la explicación si volvemos a la idea originaria: no es una hipótesis de incapacidad relativa, que requiera un representante legal o necesario, sino una de capacidad disminuida, que se supera con la asistencia o, en su caso, la autorización. Y en cuanto a la 11.357, su afirmación apuntaba a reivindicar a la mujer casada, incapaz relativa de hecho; no se ha vuelto atrás, pero ahora, ella y su marido requieren, para disponer de los bienes gananciales que administran —y de ciertos bienes propios— integrar sus respectivas voluntades.

Más importante nos parecen, para concluir, las afirmaciones finalistas o relacionadas con los valores comprometidos; se insiste en que la nulidad, consecuencia de ubicar el tema en el terreno de la capacidad, lleva a resultados disvaliosos, apunta a beneficiar al disponente de mala fe, posibilita a éste y quizás a su cónyuge, cómplice en la maniobra, el medrar o enriquecerse a costa del adquirente incauto o de buena fe. La inoponibilidad, en cambio al dejar subsistente el negocio, no favorece al disponente sino sólo a su cónyuge... y, agregamos nosotros, en muy escasa medida.

Discrepamos con las críticas a las consecuencias de la nulidad y, a mayor abundamiento, estimamos remotas o muy limitadas las ventajas de la inoponibilidad para el “protegido” con el régimen tuitivo.

Planteos semejantes pecan de simplistas o parciales, puesto que ignoran cómo la buena fe, la apariencia jurídica y las consecuencias de los actos nulos en orden a la reparación de los daños, matizan o flexibilizan las consecuencias aludidas.

Señalamos, para comenzar, que de ordinario la disposición sin asentimiento no será el resultado de una maniobra dolosa de ambos cónyuges, sino el producto de un acto fraudulento de uno de los cónyuges en perjuicio del otro ⁽¹⁶⁾ —el ejemplo de la causa que comentamos es elocuente—.

Y si así acontece, el cónyuge inocente no tiene por qué soportar la validez del acto que, como enfatiza el vocal en minoría, mantiene sus efectos, “no sale el bien de su patrimonio (del adquirente) y el riesgo que corre en la operación que realiza con el cónyuge titular llega únicamente hasta el eventual perjuicio invocable, por el no titular, a quien además puede desinteresar”. La “especial protección” consagrada por el “régimen tuitivo” se limita, según el vocal doctor Giménez, a una presunción de perjuicio a favor del inocente, que le permite la ejecutabilidad del bien; empero este derecho queda en “suspense” hasta que la disolución de la sociedad conyugal lo precipita o concreta.

(16) La existencia de un fraude no conlleva necesariamente la inoponibilidad. Así para Fassi, calificado por Méndez Costa como “brillante expositor del fraude entre cónyuges”, el negocio celebrado sin el debido asentimiento conyugal o judicial en su defecto, es nulo de nulidad relativa. FASSI-BOSSERT, *Sociedad conyugal*, com. artículo 1277, párrafos 121, 122. En nuestra obra sobre los *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, nos manifestamos a favor de la sanción de nulidad (ed. Ediar, Bs. As., 1975, t. II, p. 118).

Y si el negocio no es nulo sino válido, incluso frente al inocente, salvo esta particular ejecutabilidad, harto condicionada, nos preguntamos, ¿qué hubiera pasado con el uso y goce del inmueble, de triunfar la tesis de la minoría?

No es verdad, por lo demás, que el disponente de mala fe pueda medrar o enriquecerse; el negocio nulo origina la responsabilidad precontractual, que obliga a resarcir los daños sufridos por el contratante de buena fe, que creyó en la apariencia, siempre que su error —acerca del estado civil de la contraparte— sea excusable, con base en la no reconocibilidad del estado verdadero ⁽¹⁷⁾.

4. LAS NULIDADES Y LAS INOPONIBILIDADES IMPLÍCITAS

Nos parece descubrir detrás de la tesis de la inoponibilidad tácita o como principio general un arma idónea, en manos de juristas diestros, para atacar ciertas soluciones incorporadas por la reforma de 1968 que no se comparten, en cuya utilidad o valor no se cree ⁽¹⁸⁾.

Hemos visto, muy sumariamente, que por la vía de la inoponibilidad, con todo lo que ella apareja, la protección del cónyuge normada por el 1277 queda reducida a muy poco:

- a) del consentimiento se pasó al asentimiento;
- b) del asentimiento a la afirmación, lisa y llana —que aparece en el voto minoritario— de que su voluntad “ni integra ni forma parte del acto de disposición”;

⁽¹⁷⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 358.

⁽¹⁸⁾ Puede no ser así respecto de ciertos juristas; otros, en cambio, convencidos de la inconveniencia del “asentimiento”, han encontrado en la tesis de la inoponibilidad el modo de reducirla a muy poca cosa.

- c) de allí a admitir que el negocio es válido sin el tal asentimiento;
- d) y que el asentimiento puede ser tácito y aun presumido;
- e) que no obstante todo ello “alguna consecuencia jurídica” debe producir su omisión;
- f) sin perjuicio de que el tercero también pueda pedir al juez la autorización supletoria;
- g) y que ésta no pueda negarse cuando la enajenación se ha realizado por un precio justo;
- h) la consecuencia de la omisión, buscada sin entusiasmo, es la ejecutabilidad del bien;
- i) empero, cuando la enajenación es a título oneroso, el que no asintió deberá demostrar la mala fe del tercero codemandado;
- j) y su derecho, que existe en suspenso, sólo podrá concretarse más adelante;
- k) debiendo mientras tanto admitir los actos del titular del dominio; etcétera, etcétera.

Y toda esta construcción, que traslada a la disposición sin el asentimiento exigido los requisitos y efectos de la inoponibilidad de los actos en fraude de los acreedores, “ha sido elaborada con el método inductivo...”, como lo reconoce Méndez Costa; sin mayores antecedentes en la doctrina nacional ni en la extranjera, que siempre se limitó a aplicar la inoponibilidad, partiendo del 965, para la explicación de soluciones consagradas en textos legales; de allí la afirmación “satisface una exigencia planteada por textos legales” (1°).

(1°) MÉNDEZ COSTA, *ob. cit.*, p. 146. En págs. 151 y ss., dice enfáticamente la eminente profesora santafesina: “La inoponibilidad no colma las exigencias del derecho ante un negocio que repercute sobre una ins-

La coherencia del procedimiento inductivo-deductivo, que partiendo de textos explícitos construye una doctrina —o jerarquiza determinadas soluciones con el mote de “principio general”— para luego descender y aplicar esa teorización a casos que para nada aluden a la inoponibilidad, nos parece harto discutible.

No es posible, por una parte, confundir la relatividad de los efectos contractuales, que sólo alcanzan a las partes, con la inoponibilidad como causal de ineficacia de los actos jurídicos. No es posible, en segundo lugar, asimilar al cónyuge, cuya voluntad integra el acto, con el mero “tercero”, interesado o perjudicado, al cual trata de proteger la inoponibilidad concretada por la ley, en algunos casos. Y, por último, no es posible obviar los requisitos específicos de la ley o las prohibiciones, con el recurso a la limitación de efectos o inoponibilidades ⁽²⁰⁾.

No nos parece que la regulación especial de ciertos actos jurídicos o la protección específica a terceros interesados pueda generalizarse por la vía de la teorización sobre inoponibilidad o de las inoponibilidades tácitas o la invocación de un principio general. La similitud con las nulidades tácitas no resiste la crítica. El artículo 18 del Código Civil es bien claro: “Los

titución de orden público, precisamente porque no asegura la vigencia integral de dicho ordenamiento”. Tampoco es partidario Guastavino de recurrir a la legitimación, concepto al que califica de “multívoco”, ni a las “facultades de disposición” ni al “poder de disposición”, *ob. cit.*, ps. 641 y siguientes.

⁽²⁰⁾ Reiteramos lo dicho acerca de la interpretación a *contrario sensu* de las normas dispositivas en orden a los requisitos estructurales del negocio jurídico. Puede leerse, con mucho provecho, el interesante artículo de LLOVERAS DE RESK, María Emilia, *La inoponibilidad: ¿Es un supuesto independiente de ineficacia de los actos jurídicos?*, en *Estudios de Derecho civil. Libro Homenaje a Luis Moisset de Espanés*, ed. Universitaria, Bs. As., 1980, ps. 515 y siguientes.

actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

5. LA VALIDEZ DEL NEGOCIO “CONTRA LEGEM”

Cuando el artículo 1277 dice que: “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 prohibiendo? Puede contestarse que si bien la norma no es “propiamente” 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 artículos 1042 y 1043 no dejan lugar a dudas acerca de que la dependencia de autorización o representación (asistencia) acarrea nulidad, así como también conduce a ella el otorgamiento del acto por persona a quien le está prohibido hacerlo (Guaglianone).

6. EL ARGUMENTO DE LA “CONSERVACION DEL NEGOCIO”

La conservación del negocio es un criterio interpretativo que, frente a supuestos de duda o hesitación, aconseja estar por el mantenimiento de los efectos, en consideración a razones de utilidad y lógica. Empero, este criterio debe compadecerse o armonizarse con:

- a) la existencia de una evidente *conditio iuris*, como es en el caso la “asistencia”; y,
- b) con los propios remedios allí considerados, la autorización por el juez previa audiencia de las partes, artículo 1277, primer párrafo, al final.

7. EL AFAN ACTUAL DE RECURRIR A LA INOPONIBILIDAD: EL ARTICULO 1051 Y EL 1277

Tanto la inoponibilidad como la inexistencia apuntan a ampliar, enriquecer y matizar el campo reservado hasta no hace mucho para las nulidades. No nos oponemos a ello, pero reclamamos prudencia y equilibrada consideración finalista o axiológica.

Para recordar otra hipótesis también muy actual, mencionamos el caso del artículo 1051; allí la disputa se plantea entre "apariencia jurídica" e "inoponibilidad". ¿Qué es más conveniente, extender las consecuencias del "error común" y amparar a quien de buena fe creyó en lo que se mostraba como realidad, aun para un hombre prudente y cuidadoso, o limitar las consecuencias de los negocios y con base en la idea del tercero extraño declarado inoponible al verdadero dueño?

También en esa hipótesis asistimos a la dialéctica: nulidad-inoponibilidad, puesto que el texto legal apunta a comprender a todas las hipótesis de nulidades, absolutas o relativas, aparentes u ocultas, siempre que ellas no desvirtúen la buena fe del subadquirente a título oneroso.

La inoponibilidad permite escapar a la nueva regla, la del artículo 1051.

Así como la inexistencia conduce a resultados particulares en materia de matrimonios fraudulentos.

¿Puede concluirse que la inoponibilidad es al "fraude a la ley" lo que la nulidad es al obrar *contra legem*? No es preciso recordar que el fraude a la ley es un proceder elusivo, oblicuo, que busca lograr resultados no iguales sino similares a los prohibidos. Que la persecución de lo vedado acarrea, sin más, una nulidad...

**8. LO VALIOSO Y LO DISVALIOSO DE LA INOPONIBILIDAD
EN EL CASO EXAMINADO**

Concluimos rescatando:

- a) Que la sentencia es buena muestra de las opciones o alternativas que, por lo normal, se presentan al juzgador;
- b) Que es también prueba cabal del valor de la doctrina y de cómo ella ilustra a los jueces en la creación del derecho del caso;
- c) Que evidencia, tanto en los votos en mayoría como en el minoritario, el afán denodado por hacer justicia en la situación concreta;
- d) Que muestra la preocupación por llegar a una conclusión valiosa, partiendo de una dogmática abierta o posibilitadora.

Nuestro derecho necesita de una mayor investigación en el campo de la invalidez y la ineficacia. Pensamos que el fallo hace su aporte y deseamos, por nuestra parte, despertar alguna inquietud en este aspecto de un tema tan polémico y debatido.