



“El Proceso Concursal como causal de separación de bienes y su repercusión en el régimen patrimonial del matrimonio”

Universidad Empresarial Siglo 21
Isoardi Valentina
Abogada



El presente trabajo tiene por finalidad desarrollar el artículo 1694 del Código Civil, argentino, más específicamente, el concurso y la quiebra como causal de separación de los bienes y su repercusión en el régimen patrimonial del matrimonio.

Para desarrollar dicha causal es necesario armonizar, investigar y analizar dos ramas del Derecho argentino, como lo es el Derecho de Familia y el Derecho Concursal.

El Derecho es uno sólo, por lo que, una norma que no es interpretada teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir una norma aislada, puede llevar a una interpretación errónea de la misma. Es por ello que en el presente trabajo se han desarrollado los lineamientos básicos de cada una de las materias que son menesteres para la interpretación del artículo 1294 del C. Civil, y así poder con dichas herramientas elucidar el sin fin de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que trae aparejada la norma, elucidando el alcance de la misma la repercusión en nuestro régimen patrimonial-matrimonial.



This paper intended to implement Article 1694 Civil Code, Argentina, more specifically, the competition and bankruptcy as grounds for separation of property and its impact on the property regime of marriage.

To develop such motions must be harmonized, investigate and analyze two branches of Argentine law, such as family law and bankruptcy law.

The law is one; therefore, a rule is not interpreted taking into account the entire legal system as a whole, is a rule in isolation, may lead to misinterpretation of it. That is why in this work we have developed the basic outline of each of the matters that are necessities for the interpretation of Article 1294 of C. Civil, and so with these tools to elucidate the endless doctrinal discussions and jurisprudential rule that brings on, elucidating the scope of the impact on our matrimonial property regime .

AGRADECIMIENTOS

A todas las personas que me acompañaron durante todo este proceso de enseñanza académica, en especial a mi familia, amigos , familia política y profesores que colaboraron con este trabajo; y en particular a la Universidad Siglo 21 que me devolvió las esperanza de concluir con este proyecto de formación personal y profesional...

Índice

Sección Primera

Consideraciones Iniciales

Introducción.....	12
Objetivos.....	14
Planteo del Problema.....	15
Metodología.....	16
Estructura del trabajo.....	17

Sección Segunda

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Capítulo 1

Caracterización de Regímenes. Derecho Comparado y Derecho Argentino

1. Regímenes Matrimoniales.....	20
---------------------------------	----

1.1. Introducción.....	22
1.2. Acepciones de la voz: Régimen Conyugal, Patrimonio y Matrimonio.....	23
1.3. Clasificación de los regímenes y Derecho Comparado.....	25
1.3.1-Régimen de absorción de la personalidad de la mujer por el marido.....	22
1.3.2. Regímenes de unidad y unión de bienes.....	23
1.3.3. Regímenes de comunidad.....	26
1. Orígenes de la comunidad.....	26
2. Carácter distintivo de la comunidad.....	27
3. Tipos de comunidad.....	27
a- Universal.....	28
b- De muebles y ganancias.....	28
c- De ganancias.....	30
4. Clasificación de los Regímenes de comunidad según el modo de gestión de los bienes.....	29
De administración marital.....	31
De administración separada.....	31
De administración conjunta.....	31
1.3.4. Régimen de Separación.....	32
1.3.5. Régimen de Participación.....	32
1.3.6. Instituciones especiales.....	33
a- La dote.....	33

b-Los bienes reservables.....	34
c- Fondo patrimonial.....	34
d-Las prestaciones compensatorias.....	35
1.4. Derecho Argentino. Evolución.	
Introducción.....	35
1.4.1. La Reforma	
Introducción.....	37
1.4.2. Alcance de las leyes 17.711 y 23.515.....	38

Capítulo 2

De la Sociedad Conyugal

2.1. Introducción.....	41
2.2. El problema de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.....	42
2.3. Conclusión.....	49
2.4. La personalidad de la sociedad conyugal.....	49
2.4.1. Teorías sobre la personalidad de la sociedad conyugal.....	50
2.4.2. Conclusión.....	51
2.5. Jurisprudencia.....	52
2.6. Tipificación del régimen.....	54
2.7. Bienes de los cónyuges.....	55
2.7.1. Importancia de la clasificación.....	55
2.7.2. Clasificación de los bienes.....	56
1. Bienes propios.....	57

2. Bienes Gananciales.....	66
2.8. Disolución de la sociedad Conyugal.....	70
2.8.1. Causas que determinan la disolución. Enumeración y Clasificación..	71
2.9. Liquidación y partición.....	74
2.9.1. Concepto y contenido.....	74

Capítulo 3

El Concurso Preventivo y la Quiebra del cónyuge

3.1. Procesos Individuales y Colectivos. Diferencias entre ambos procesos de ejecución.....	78
3.2. Convergencia entre el sistema matrimonial y la ley concursal.....	79
3.3. Las situaciones concursales y los valores en juego.....	81
3.4. Las normas de la Ley de Concursos.....	82
3.5. Las normas de la Ley de Concursos. Efectos personales y patrimoniales de la declaración del Concurso y la Quiebra, sobre el deudor.....	85
3.6. La sociedad conyugal y el concurso.....	85
3.6.1. La voz de la Jurisprudencia.....	85
3.7. Concurso de la “sociedad conyugal”. Extensión de la quiebra a la pretensa “sociedad irregular”.....	85
3.7.1 Conclusión.....	106
3.8. El concurso de ambos cónyuges: posibilidad del concurso preventivo conjunto.....	107

Capítulo 4

El Concurso Preventivo y la Quiebra de un Cónyuge y la Disolución de la Sociedad Conyugal.

4.1. El artículo 1294 del Código civil. Causales.....	110
4.2. Acción de Separación de bienes. Presupuestos de la acción. Legitimación.....	111
4.3. Antecedentes y evolución del artículo 1294 del Código Civil.....	113
4.4. Alocución de la voz Concurso.....	117
4.5. Alcance del artículo 1294. ¿Protección “eventual” derecho del cónyuge “in bonis”?.....	118
4.6. Efectos del Concurso y la Quiebra sobre el carácter ganancial de los bienes.....	121
4.7. Derecho a la separación del “cónyuge in bonis”. Momento en que se considera disuelta la sociedad conyugal.....	122
4.8. Titularidad del bien.....	124
4.9. Ubicación legislativa.....	125
4.10. Problemas procesales que plantea la aplicación del artículo 1294 del Código Civil	
4.10.1. <i>El problema del fuero de atracción</i>	125
4.10.2. Acción de separación de bienes. Procedimiento para canalizar su petición.....	128
4.10.3. ¿Qué es lo que debe probar el cónyuge in bonis?.....	129
4.11. El artículo 1294 y la opinión de la doctrina.....	129
4.12. Ventajas y desventajas del art. 1294 del C.C.....	139
4.13. La causal en el Proyecto del Código Civil Unificado con el Código de Comercio.....	140
4.14. El Concurso o la Quiebra como causal de separación de los bienes	



en la "Legislación extranjera.....	141
Conclusión.....	143



Sección Primera

Consideraciones Iniciales

INTRODUCCION

En el presente trabajo, se tiene por objetivo relacionar dos materias que hacen a la currícula de la carrera de Abogacía y ellas son el “*Derecho de Familia*” y “*Concursos y Quiebras*”.

El “proceso concursal” como causal de separación de bienes y su repercusión en el régimen patrimonial del matrimonio reviste particular importancia en la actualidad debido a que en tiempos de crisis tanto por factores endógenos como exógenos la situación económica y financiera de los emprendimientos y empresas puede verse afectada y como consecuencia de ello, poner en peligro la economía familiar, ya que un proceso de crisis que no es diagnosticado a tiempo puede llevar a un proceso falencial, es decir, entrar en estado de cesación de pagos el que se revela como la impotencia de un patrimonio para hacer frente a las obligaciones que lo gravan.

Esta situación puede afectar el haber ganancial de los cónyuges, por eso se da la posibilidad a uno de ellos de hacer uso del artículo 1294 del Código Civil, que se constituye en un mecanismo destinado a proteger los el eventual derecho sobre bienes gananciales, en tanto que éste es el producto de un esfuerzo conjunto de los cónyuges y sustento material del grupo familiar.

Cuando se comenzó este trabajo de investigación, surgieron varios temas a que podían ser objeto de estudio, pero nos encontramos con éste, que en lo particular despierta gran interés debido a que ésta problemática es tratada en el derecho de Familia, no lo es en profundidad, pero tampoco lo es en el derecho Concursal.

De allí la elección, la curiosidad de relacionar ambas materias, y de aprender en forma acabada la regulación legal que contempla la cuestión. Es decir que hay varias razones para desarrollarlo, una de ellas, en primer lugar es relacionar el derecho de familia con los concursos y las quiebras, dado que a lo largo de la carrera hemos aprendido que el derecho es uno solo y que el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en su totalidad, para una acabada comprensión del mismo.

Otras de las razones de la elección, como lo hemos expresado anteriormente se debe al poco conocimiento que tiene sobre el tema, ya que existen un sin fin de

discusiones tanto doctrinarias como jurisprudenciales que escapan a los conocimientos que tenemos, de allí la intención de profundizar e investigar sobre ésta proposición.

Estos criterios que son los que nos han llevado a ésta elección, haciendo que entre ambas materias a relacionar, encontremos su punto de conexión, es decir, la proposición a conocer, analizar y a describir en este trabajo final de graduación, el cual se concentra en torno al artículo 1294 del Código Civil argentino, el que determina al concurso y la quiebra como causal de separación de bienes en la sociedad conyugal, desde que la falencia de uno de los cónyuges obliga a armonizar las disposiciones del régimen patrimonial del matrimonio con el derecho concursal.

Para que este trabajo pueda desarrollarse y alcanzar los objetivos que nos hemos propuesto es necesario analizar y comparar el actual artículo 1294 del C. Civil con su anterior redacción, para que de dicha comparación surja cuál ha sido la voluntad del legislador y cuál es el fin y alcance que persiga la misma.

Para ello es necesario también conocer y desarrollar los antecedentes, la clasificación, las diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, y otros temas afines al régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho argentino y el Derecho comparado.

Realizar una búsqueda exhaustiva de las diversas teorías que surgen en cuanto al tema propuesto, encontrando así los fundamentos en los que se asientan las mismas, con la intención de esclarecer los alcances del artículo 1294 del Código Civil y los efectos que dicha norma produce en el régimen patrimonial matrimonial argentino.

Es necesario también, dar a conocer los aspectos generales de la sociedad conyugal, es decir la naturaleza jurídica de ella y el sistema que adopta nuestra legislación, como así también indagar sobre los aspectos generales que surgen del régimen de concursos y quiebras, que permitirá comprender mejor al concurso y a la quiebra como causal de separación de bienes y su repercusión el régimen patrimonial matrimonial argentino.

OBJETIVOS

De lo anteriormente expuesto puedo, extraer lo siguientes objetivos:

Objetivos generales:

- Relacionar el Derecho de Familia con el Régimen de Concursos y Quiebras, dado que la falencia de uno de los cónyuges obliga a compulsar las disposiciones del régimen patrimonial matrimonial con las de la legislación concursal.
- Elucidar la finalidad y alcance que ha tenido el legislador, a la hora de introducir el artículo 1294 de Código Civil.
- Enrolarme en alguna de las posturas doctrinas que me he propuesto conocer y desarrollar.

Objetivos Particulares:

- Analizar el régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho Argentino y en el Derecho Comorado.
- Desarrollar el tema de la sociedad conyugal y cómo se articula en nuestra legislación.
- Comparar el anterior artículo 1294 y la reforma introducida por la ley 23.515.
- Conocer y desarrollar las diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales existentes en nuestro país, que surgen de la interpretación del artículo 1294 del Código Civil argentino.
- Examinar las normas que tienen vinculación con el mencionado artículo.
- Investigar e indagar los aspectos generales que surgen del régimen de concursos y quiebras, para comprender así dos de las causales que prescribe el artículo 1294 del código Civil como causal de separación de bienes.
- Examinar la reforma introducida a la ley 11.357(artículos 5 y 6).



PLANTEO DEL PROBLEMA

1. Puede un cónyuge “extraer” del proceso concursal de su esposo “su” 50 % sobre los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge concursado?
2. El artículo 1294 del Código Civil Argentino en cuanto prescribe “al concurso preventivo” como una de las causales de separación de bienes, ¿ha perdido sentido luego de la inclusión del artículo 5 de la ley 11.357? En caso afirmativo, ¿es necesaria “la modificación” o “derogación del mismo”?

METODOLOGÍA

La investigación comienza con la formulación de preguntas sobre determinados fenómenos. La mayor dificultad reside en elegir un método de recolección de información que sea apropiado para los interrogantes planteados.

La metodología que ha sido aplicada a este trabajo se enmarca dentro de los que se denomina “*metodología cualitativa de la investigación*”, utilizándose como técnicas la recolección de datos con su consecuente fichado y análisis de texto.

Hemos consultado un amplio, diverso y basto material bibliográfico, entre dichas fuentes de información podemos nombrar, entre ellas, al Código Civil Argentino, Ley de Concursos y Quiebras, libros de Derecho de Familia, de Concursos y Quiebras, Derecho comparado, material informático (extraídos y previamente calificados de internet), jurisprudencia argentina y comparada (extraídas no sólo de libros impresos, sino también de páginas especializadas en el tema de páginas y sitios web) .

Por otra parte, se hace necesario poner en conocimiento del lector, que este TFG (trabajo final de graduación) se encuadra dentro de lo que se denomina “*Proyecto de Investigación Aplicada*”. Es decir, se trata de una investigación que aborda una problemática determinada desde un cuerpo teórico y metodológico ya existente.



ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Este Trabajo final de grado se divide en dos secciones y cinco capítulos.

En la Primer Sección del trabajo se expone la introducción al abordaje del tema propuesto a desarrollar, describir y exponer, el planteo del problema, los objetivos particulares y generales a cumplimentar y por último la metodología aplicada. La Segunda Sección se encuentra dividida en cinco capítulos, los que a continuación se mencionan. El primero de ellos, está dedicado a la clasificación, caracterización y evolución de los diferentes regímenes patrimoniales matrimoniales, existentes en los ordenamientos jurídicos de otros países y el nuestro. El segundo capítulo, está dedicado a la “Sociedad conyugal”, en donde se exponen todos y cada uno de los temas que son menesteres para poder comprender el objeto de estudio propuesto y lograr un trabajo interdisciplinario e integrado. En el tercer apartado, es denominado el Concurso y la Quiebra del Cónyuge, es aquí donde comienza a desarrollarse e integrarse ambas disciplinas como lo es el derecho de familia y el concursal. El cuarto y último de los capítulos, se titula Concurso preventivo y Quiebra de un Cónyuge y disolución de la sociedad conyugal, en donde se exponen las causales de separación que prescribe el art 1294 del C.C y se desarrolla en especial la causal del concurso, con todas sus implicancias, obscuridades, divergencias y conflictos que trae aparejada la causal, las opiniones y teoría de grandes doctinarios y jurisconsultos.



Sección Segunda
Régimen Patrimonial del Matrimonio



Capítulo 1

Caracterización de Regímenes. Derecho Comparado y Derecho Argentino.

1. LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

1.1. Introducción

No puede afirmarse que exista un régimen patrimonial-matrimonial, porque una expresión de ésta índole presupondría la existencia de una rama particular dentro del derecho patrimonial, por un lado, o dentro, del derecho de familia por otro. Existen en cambio efectos patrimoniales que derivan de los actos jurídicos de emplazamiento en el estado de familia.

El matrimonio, que es el acto jurídico familiar esencial y fundamental, tiene como todo acto jurídico, efectos propios.

Es decir, que se llama régimen patrimonial del matrimonio al conjunto de relaciones jurídicas de orden o de interés patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre éstos y terceros.¹

De la definición propuesta se desprende un doble orden de relaciones, es por ello que se dice que la celebración del matrimonio produce dos tipos de consecuencias entre los esposos: una de carácter personal, otra de naturaleza patrimonial.

Entre las consecuencias de carácter *personal* se encuentran las “facultades y deberes recíprocos” que se deben los esposos como: el deber de fidelidad, de asistencia, cohabitación, alimento, etc. prescriptos en los artículos 198 a 200 del C.Civil.

Los efectos de naturaleza *patrimonial* también están vinculados a la vida en común, ya que es casi imposible que la convivencia no genere intereses económicos compartidos como lo son: los bienes que se adquieren, gastos que deben soportarse, etc. A ésta normativa de administración y disposición de bienes y responsabilidad por las deudas y cargas, regulada por la ley, se la denomina “**régimen patrimonial del matrimonio**”. De aquí se deriva su necesidad y contenido, ya que es indudable que el matrimonio origina una serie de modificaciones que atañen al patrimonio de los cónyuges y al acervo común. Es por esto, que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges deben ser regidas por disposiciones propias, pues como afirma Rébora, en lo inmediato debe asegurarse el interés económico de ambos cónyuges, por una parte, y el de no defraudar el de los terceros, por otra; y en lo mediato, el sistema que se adopte debe concertar con la economía general².

Sin embargo, autores como Planiol y Ripert y Nast negaron la necesidad del régimen en teoría pura y consideraron que las relaciones pecuniarias entre cónyuges podían quedar sometidas al derecho común. Pero estos autores, reconocieron que el

¹ Fassi – Bossert: “Sociedad Conyuga”, t I. p.3, citado, citado por Eduardo, Zannoni, en el tratado de Derecho Civil y de Familia, t I, 3ª Ed. Actualizada y ampliada, Editorial Astrea.

² Rébora, Juan .C. “Instituciones de Familia”. t II. p.12.

matrimonio crea necesariamente una comunidad de vida y como tal produce comunidad de intereses pecuniarios y hace nacer numerosas cuestiones que sólo conciernen a los bienes³.

Es por esto, que se dice que el régimen patrimonial-matrimonial debe concertar normas sobre la propiedad de los bienes que se aportan al matrimonio y el destino de ellos después de la celebración, a quienes pertenecen los bienes que se adquieren durante el matrimonio, su administración, su goce, su disposición, la graduación por las cargas del hogar, como finaliza el régimen y destino de los bienes.

Todo con justicia y equilibrio cuidando no solo la relación entre cónyuges, sino también el interés de los hijos, la familia y de los terceros⁴.

Se desprende entonces que las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí abordan tres tipos de cuestiones:

A-La calificación de los bienes, es decir en bienes propios o gananciales;

B- la gestión o administración de esos bienes; y

C-La contribución a los gastos comunes, tales como la educación de sus hijos, mantenimiento de hogar, etc.

En cambio, la regulación legal de las relaciones patrimoniales de los esposos con terceros persigue mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes han establecido con ellos vínculos de orden patrimonial como por ejemplo acreedores o quienes hayan adquirido bienes de los cónyuges.

Quedan excluidos del régimen patrimonial del matrimonio, aunque tienen un alto contenido económico, los siguientes aspectos, regidos cada uno de ellos por su normativa propia:

a) las relaciones jurídicas patrimoniales existentes entre los padres con sus hijos menores bajo patria potestad (por ejemplo la administración y el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores, responsabilidad extracontractual de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores respecto de terceros);

b) el derecho hereditario entre esposos, padres e hijos;

c) la indemnización a favor de un cónyuge por la muerte de otro a causa del hecho ilícito de un tercero.⁵

³Planiol, Ripert - Nast, "Traite Practique". t VIII. p.2.

⁴ Vidal Taquini, Carlos "Régimen de bienes en el matrimonio", Ed. Astrea 1995. Pág. 6.

⁵ Mauricio Boretto, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia de familia y Derecho Comercial, Directora Cecilia P. Grosman, ED Albeledo-Perrot, 2005. Pág.2-3.

1.2. Acepciones de la voz: “Régimen conyugal, Patrimonio y Matrimonio”

Siguiendo a Manuel Osorio, los significados son los siguientes:

A) Régimen conyugal: organización económica del matrimonio, regida su opción por el legislador, es lo que sucede en el derecho argentino. En cambio en el sistema español, a diferencia del anterior la organización económica es dejada a la libertad de los contrayentes, con régimen supletorio ante la indiferencia u omisión de los casados.

De la definición expuesta se puede extraer que existe una clasificación del régimen matrimonial en convencional y legal.

Es así que la ley puede imponer un régimen legal único, forzoso- el de la comunidad por ejemplo-, o en cambio, puede prever que, antes de la celebración del matrimonio, los contrayentes adopten, mediante convención prematrimonial, uno de varios regímenes patrimoniales. En este último caso, la ley puede regular los diferentes regímenes por los cuales pueden los contrayentes optar por uno o por otro, o puede en cambio también la ley dejar a los contrayentes una cierta libertad para pactar o convenir las cláusulas del régimen. La ley puede finalmente autorizar o no autorizar a los cónyuges, luego del matrimonio, a sustituir el régimen patrimonial.

El tema será ampliado en el apartado correspondiente a la clasificación del régimen matrimonial. (Apartado 1.2)

B) Patrimonio: este representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que son apreciables en dinero.

Se pueden mencionar cinco notas caracterizantes del patrimonio, ellas son:

-Sólo las personas pueden tener patrimonio, incluidas las de carácter ideal.
-Toda persona tiene un patrimonio, así se limite su activo a lo que lleve puesto y lo demás sean deudas.

-La mayor o menor cantidad y valor de los bienes no afecta a que sólo tenga una persona un patrimonio.

-Sólo cabe transmitirlo íntegramente por causa de muerte.

-Constituye la prenda tácita y común de todos los acreedores del titular o de los perjudicados por él.

C) Matrimonio: del latín madre, formado a partir de patrimonium (patrimonio), “carga de la madre”, porque es ella quien lleva, de efectuarse el matrimonio, el peso mayor antes del parto, durante el parto y después de él; así como el padre es, o era

mejor dicho en la antigüedad el sostén económico del grupo familiar, ya que por el progreso e importancia que ha tenido a lo largo de la historia el rol de la mujer en la sociedad con un posicionamiento cada vez más presente en todos los ámbitos sociales, gracias a los tratados internacionales, conferencias que han reconocido esos derechos, a la igualdad de trato entre el hombre y la mujer; han permitido junto a las propias mujeres lograr posicionarse en la sociedad en el mismo nivel del hombre.

Se define al matrimonio civil como la unión del hombre y la mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales, en cuanto al matrimonio canónico se refiere, se lo define como un sacramento propio de legos por el cual el hombre y mujer se enlazan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia.

De ambas definiciones, se puede extraer, un elemento común entre ellas que es la perpetuidad o carácter vitalicio del contrato matrimonial, concepto válido incluso para aquellos países cuyas legislaciones admiten el divorcio vincular, porque la duración ilimitada del enlace está referida al propósito que anima los contrayentes, y que es de exigencia legal, en el momento de la celebración; lo que no impide por esto, la disolución del vínculo.

Como se sabe, la finalidad del matrimonio es un tema cuyas soluciones no son coincidentes, pues mientras para algunos se trataría de la procreación de los hijos, para otros la finalidad del matrimonio es la ayuda mutua, moral y material, para otros la idea se centra en la satisfacción sexual.

Parecería que los tres aspectos en su conjunto conformarían el mentado objetivo de la institución, ahora bien pero como la primera y la tercera podrían lograrse sin estar unidos en matrimonio, es decir fuera de él, se puede concluir diciendo, por lo tanto, que el matrimonio tiene un fin social que consiste en servir de fundamento al grupo familiar que es, a su vez, la base de la organización de las comunidades, cuyo sistema de vida difiere de la llamada civilización occidental.

1.3. Clasificación de los regímenes y Derecho Comparado

1.3.1. Régimen de absorción de la personalidad de la mujer por el marido

Es, cronológicamente, el primer régimen típico, y tiene un valor meramente histórico, ya que no rige en el derecho positivo contemporáneo. En el derecho romano, en sus comienzos no se observó un régimen patrimonial-matrimonial. Ello fue consecuencia de las formas de la celebración del matrimonio. Si se lo celebraba

“**cum manu**”, la mujer al dejaba su familia **agnaticia**⁶, y se incorporaba como **alieni iuris**⁷ a la del marido de modo que, al menos en los primeros tiempos carecía de patrimonio y los bienes dotales que ella o un tercero hubiese entregado pasaban a ser propiedad del marido o del pater de familias si el marido no era un **sui iuris**⁸.

Es así que la celebración del matrimonio producía la concentración en manos del marido de todos los bienes de la mujer, cuyo patrimonio, como universalidad, pasaba a la propiedad de aquel.

Como único propietario, el marido era quien administraba y gozaba de ese patrimonio, del que podía disponer libremente, soportaba todas las cargas del hogar y era el único responsable de las deudas. A la disolución del matrimonio la mujer recibía alguna porción de los bienes, pero a título de herencia.

Éste régimen tuvo vigencia no sólo en el derecho romano, sino también en el derecho germánico y en el antiguo derecho inglés⁹

Según el common law, los cónyuges eran considerados una sola persona. La consecuencia es la gran restricción de la capacidad de la mujer casada. La mujer se

⁶Significado de “Agnaticia”, “Alieni iuris”, “Sui iuris” disponible [http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_\(Roma\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_(Roma)).

En el derecho romano se tenían cuatro acepciones para la familia:

a-Agnaticia: conjunto de personas bajo la misma potestad doméstica, o que lo estarían si el común pater no hubiese muerto, por línea del varón hasta el sexto grado.

b-Cognaticia: se entendía por **familia cognaticia** al parentesco por consanguinidad natural. Es decir, las personas vinculadas por la procreación y el nacimiento.

Se compone de un tronco común y dos líneas:

Línea recta: Aquellos que descienden unos de otros. Puede ser ascendente o descendente. Por ejemplo: padre, hijo, nieto, bisnieto, etc.

Línea colateral: Aquellos que no descienden unos de otros pero tienen un tronco común. Por ejemplo: hermanos.

c-Gentilicia: se entendía por **familia gentilicia** el conjunto de personas que tenían en común la misma base que la *familia agnaticia*, es decir, la gens. Sin embargo, se consideran grados más lejanos, con la condición de que los involucrados se sientan parientes.

d- Por afinidad: se entendía por **familia por afinidad** aquella compuesta por uno de los cónyuges y los *agnados* o *cognados* del otro. Para contar los grados, se cuenta como si un cónyuge ocupara el lugar del otro en su familia.

⁷Es una denominación utilizada por derecho romano para aquellos que se encontraban sometidos a la patria potestad de otro.

⁸En el derecho Romano, se denomina **sui iuris** a aquel que no se encuentra sometido al mando de otros, por ejemplo no estaban sometidos a la patria potestad de otro.

⁹Vidal Taquini, Carlos:, ob. Cit.; p. 11.

encontraba bajo la potestad protectora del marido. El patrimonio del marido se transfiere al marido y opera la unidad patrimonial de los esposos.

El origen del sistema se encuentra en el derecho feudal. Más el régimen se encontraba en parte atenuado por la *personal property* de la mujer, ya que pertenecía en su totalidad al marido, pero la *real property* de su mujer sólo tiene el usufructo, no pudiendo disponer ni gravar los inmuebles ni constituir derechos reales de carácter perpetuo, los cuales en el supuesto de constituirlos, se extinguían a la disolución del matrimonio.

El marido era deudor de todas las obligaciones de la mujer, respondiendo también con sus bienes propios. También respondía por los hechos ilícitos cometidos por ella. La *equity*¹⁰ suaviza este rigor por medio del *trust*, ya que los bienes donados de un trustee¹¹ antes o después del matrimonio pertenecen a la mujer como bienes propios. El régimen de absorción subsistió hasta el siglo pasado¹².

1.3.2. Regímenes de unidad y unión de bienes

Al igual que el régimen anterior, éste no tiene aplicación en la actualidad.

En el **régimen de unidad de bienes** se produce, como en el derecho romano, una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido a quien se transmiten todos los bienes de ella. El marido adquiere, virtualmente la propiedad de estos bienes, pero lo característico- y lo que lo diferencia del régimen de absorción – es que a la disolución del matrimonio, el marido o sus herederos deben restituir a la mujer su valor. De modo que la mujer con el matrimonio, pierde el dominio de los bienes que aporta al matrimonio y adquiere un derecho de crédito a su disolución, por tal valor.

Tuvo su origen en el derecho germánico y se combinó con el de unión de bienes, aplicándose para los bienes muebles. Hasta la sanción del Código Civil suizo subsistió en las antiguas leyes cantonales.¹³ Y ¹⁴

En el **régimen de unión de bienes**, a diferencia del de unidad, el marido no adquiere la propiedad de los bienes de la mujer sino sólo su administración y disfrute. A la disolución del matrimonio el marido o sus herederos deben restituirlos en

¹⁰ Conjunto de reglas morales por oposición al derecho que está compuesto por normas jurídicas. Deriva del antiguo poder del rey de administrar justicia a su discreción. Este poder se remonta más allá del siglo XVI, más tarde este poder pasa a ser un derecho de las personas.

¹¹ Institución que hace que una persona (trustee) investida de una propiedad, está obligada a tener una propiedad en nombre, interés o uso de otra persona.

¹² Vidal Taquini, Carlos:; Idem, p. 41, 42.

¹³ Vidal Taquini, Carlos:; Ibidem, p. 12.

¹⁴ **Cantón:** División territorial típica de las pequeñas regiones públicas federales, como Suiza. Disponible en el "Diccionario Jurídico de Cs: Jurídicas, Políticas y Sociales" de Manuel Osorio, 32ª Ed actualizada corregida y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta. 2006. Pág. 145.

especie.¹⁵ En éste a diferencia del anterior (el de unidad), se mantiene la propiedad de los mismos, pero se transfiere al marido el usufructo de ellos.¹⁶

Su origen también se encuentra en el derecho germánico, fue legal en Alemania hasta 1953. En Francia se lo contempló como régimen convencional bajo la denominación de *sin comunidad*, éste es el primer régimen separatista que regulaba el Código Napoleón. La doctrina francesa ha caracterizado este régimen como de comunidad sin bienes comunes, ya que no existía una masa común de bienes y de deudas. El marido, sin embargo, tenía la administración y el goce de todos los bienes con obligación de subvenir a las cargas del matrimonio con los frutos de los bienes. Cada cónyuge conservaba la propiedad de los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros¹⁷.

El Código Portugués lo denominó “simple separación de bienes”¹⁸. Aquí la mujer puede pedir la simple separación de bienes cuando por actos de administración del marido pelagra la parte de sus bienes e igual derecho tiene el marido cuando la administración del todo o parte de los bienes comunes está en cabeza de la mujer¹⁹.

1.3.3. Regímenes de comunidad

1. Orígenes de la comunidad

El origen histórico de la comunidad es sumamente discutido. En el derecho romano no existen antecedentes ciertos de la existencia de la institución, a pesar de que autores antiguos, como Laurière, creían encontrarlo en fragmentos del Digesto.

Lafevre sostuvo que el régimen se originó gracias a la concepción cristiana del matrimonio, sin dejar de reconocer una posible influencia, de haber sido así, la comunidad se hubiera adoptado en todos los países, lo cual no ocurrió.

Esta influencia cristiana es también sostenida por Viollet y Oliver- Martin. Para Viollet, gracias al cristianismo, la mujer germana fue elevada y recibía una dote constituida por el marido, ya que el matrimonio se formalizaba por compra.

Troplong, de acuerdo con Montesquieu, y teoría sostenida también por Roguin, Ripert y Boulanger, Farsi y Baudry Lacantinerie sostiene que el origen de la comunidad se remonta al derecho consuetudinario francés por aplicación de los principio de las sociedades tácitas, que estaban constituidas por un grupo de

¹⁵Zannoni, Eduardo Tratado de Derecho Civil y de Familia, Tomo I, 3ª ED Actualizada y ampliada, Editorial Astrea.

¹⁶Zannoni, Eduardo: ob. cit, p. 441, citando a Belluscio, voz regímenes matrimoniales, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t XXIV, p 415, nº 13; Vaz Ferreira, Tratado de la sociedad Conyugal, t I, p. 26; 17.

¹⁷Ripert- Bolouger, Tratado, t IX, citado por Vidal Taquini, Carlos:, ob, cit, p.83.

¹⁸ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p. 12.

¹⁹ Vidal Taquini, Carlos:, Ibidem, p.121.

personas, parientes o no, que vivían bajo el mismo techo, que se alimentaban con el mismo pan, al cabo de un año y un día de cohabitación. Esta sociedad era frecuente entre los villanos, pero no se daba entre la nobleza. Un gran número de costumbres hizo que la comunidad entre esposos comenzará pasados un año y un día de cohabitación, la que continuaba de pleno derecho después de la muerte de uno de los esposos, entre el sobreviviente y descendientes del matrimonio²⁰.

2. *Carácter distintivo de la comunidad*

La comunidad debe su nombre y su carácter distintivo a la existencia de una masa común, a un patrimonio común entre los cónyuges, que reviste él también el nombre de comunidad. Se distinguen tres masas: bienes de la comunidad, bienes propios del marido y bienes propios de la mujer. Esa masa común, que constituye una unidad, está conformada por los bienes y las deudas de los esposos.²¹

Suele decirse que el elemento típico de los regímenes de comunidad es la formación de una masa de bienes que pertenece a dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del muerto al disolverse.²²

En realidad debe tenerse en cuenta que la realidad no trasciende como cotitularidad de los bienes, sino en el derecho al goce común de ellos durante el matrimonio y en el de partir de común el conjunto de los bienes al liquidarse la comunidad.

Es decir, que la comunidad se caracteriza por conferir a ambos esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cualquiera de ellos, que serán partidos en general aunque no necesariamente en partes iguales al momento de la liquidación.²³

3. *Tipos de comunidad*

Teniendo en cuenta la extensión de la masa común, tradicionalmente se distinguen tres tipos de comunidad: a) Universal, b) de muebles y ganancias, c) comunidad de ganancias.

²⁰ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 14.

²¹ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p. 14,15.

²² Zannoni, Eduardo:, op. cit, p. 442, citando a Belluscio, voz regímenes matrimoniales, en "Enciclopedia Jurídica Omeba" ,t XXIV, p 415, nº 19 Vidal Taquini, Régimen de bienes en el matrimonio Pág. 14, infra 11.

²³ Zannoni, Eduardo:, op. cit, p. 442, citando a Guaglianone, Régimen patrimonial del matrimonio, t. I, nº 16 y 17.

A continuación se explicarán cada una de ellas y se incorporará a este tema derecho comparado²⁴.

a) *Universal.* En principio, todos los bienes presentes y futuros de cada cónyuge se hacen comunes. Se comprenden en la comunidad también aquellos bienes de que eran propietarios o titulares los esposos antes de contraer matrimonio, sin consideración a su origen, no obstante ello, ciertos bienes pueden ser excluidos. Correlativamente existe, también comunidad en las deudas.

En Holanda, Brasil, Portugal²⁵, en los cuales su legislación prevé la comunidad universal o también llamada comunidad general de bienes, el patrimonio común está constituido por todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges.

Quedan exceptuados los bienes: donados o recibidos por herencia a cualquiera de los esposos si el donante o testador así lo dispusiese, los objetos de uso personal de cada cónyuge, los libros e instrumentos para el ejercicio de su profesión, los bienes donados a uno de los esposos antes del matrimonio, y demás derechos personales; el usufructo, el uso, habitación las indemnizaciones debidas a uno de los cónyuges por hechos contra su persona y sus bienes; los seguros de vida o por riesgos sufridos en los bienes propios de un cónyuge; los objetos de uso personal y los recuerdos de familia.

También ciertas deudas pueden quedar excluidas de la comunidad como lo es en el caso de las obligaciones provenientes de hechos ilícitos.

b) *De muebles y ganancias.* En este régimen la comunidad se restringe a los muebles sin consideración a su origen y a las ganancias y adquisiciones de cualquiera de los cónyuges luego de la celebración del matrimonio. Bajo éste régimen se distinguen los bienes propios de cada cónyuge, como los inmuebles de que era propietario antes del matrimonio, o que luego adquiriese por herencia, legado o donación, y los bienes comunes o gananciales, es decir todos los muebles que cada esposo lleva al matrimonio y en general, todas las adquisiciones que la ley no repute propias del cónyuge adquirente.

La comunidad de muebles y ganancias es régimen legal en Bélgica, Mónaco, República Dominicana, Luisiana y Aragón. Lo fue en el Código Napoleón y en Quebec. Es convencional actualmente en Francia; lo era en el antiguo derecho escocés y en el Código alemán de 1900²⁶, pero fue eliminado por la ley de 1957.

Haré referencia de algunos de los regímenes nombrados anteriormente:

²⁴ Clasificación tomada del libro Zannoni, Eduardo:, ob. cit, p. 442, 443, complementando Derecho Comparado con Vidal Taquini.

²⁵ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 120.

²⁶ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p. 15.

En Mónaco se aplicó el Código Napoleón, promulgado en 1818 con algunas modificaciones. La comunidad de muebles y ganancias era régimen legal a falta de capitulaciones matrimoniales, que pueden realizarse con amplia libertad y con restricciones comunes adoptadas por las legislaciones de orientación francesa.

La mujer casada seguía siendo incapaz, no hay modificación de los derechos y deberes de los cónyuges, ni se siguió el ejemplo de la ley francesa de 1907²⁷.

La ley del 13 de julio de 1907, creó la institución de los bienes reservados de la mujer, quién tenía la libre administración de lo producido con su trabajo. La ley se aplicó cualquiera que fuese el régimen a que estuviesen sometidos los cónyuges²⁸.

La institución tenía el carácter de orden público.

La ley no protegía las ganancias provenientes del trabajo común de los dos esposos, ya que el trabajo debía ser personal de la mujer y separado de marido; debiendo la actividad de la mujer ser aceptada por el marido.

En Aragón el marido es el administrador y representante, dispone de los bienes comunes, pero son nulas las liberalidades, en cuanto a la mitad corresponde a la mujer. Sin consentimiento de la mujer no puede ejercer actos de disposición respecto de los bienes propios de ella.

En el Código Napoleón el legislador de 1804 no se basó ni en el derecho romano ni en el derecho canónico, sino en el derecho consuetudinario. Dejó subsistente la libertad para contratar y la elección del régimen por los esposos, donde el principio fundamental es la autonomía de la voluntad con restricciones derivadas del orden público.

Producida la elección por los contrayentes, ésta era irrevocable, es decir, elegido un régimen, es ya inmutable mientras subsista un matrimonio.

A falta de convención expresa el régimen legal era el de la comunidad de muebles y adquiridos, los esposos podían establecer diferentes tipos de de comunidad como: universal de muebles e inmuebles presentes y futuros o solamente presentes o futuros, o con exclusión de inmuebles, se podían también establecer cláusulas de separación de deudas, y cláusulas relativas a la partición²⁹.

En Quebec el régimen matrimonial del Código Civil de 1866, si bien se basó en el francés, difirió de éste, ya que no contempló el régimen dotal, dado que nunca fue practicado en Canadá.

²⁷ Vidal Taquini, Carlos:, Ibidem, p.102, 103.

²⁸ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 84,85

²⁹ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p. 79.

El régimen era de la comunidad de muebles y adquiridos determinando que “en defecto de convenciones o en ausencia de estipulaciones contrarias, se presume que los esposos se someten a leyes y costumbres generales del país”.

Se trataba de un régimen legal supletorio a falta de convenciones matrimoniales, se prohibían y se sancionaban con la nulidad, las convenciones sobre una sucesión no abierta; donación de un bien futuro y la institución contractual de otras disposiciones por causa de muerte.³⁰

c) De ganancias. Aquí, la comunidad sólo se integra con lo ganado por cualquiera de los cónyuges luego del matrimonio. Es decir, que en principio, los esposos conservan como propios todos los bienes que llevan al matrimonio, incluso los bienes muebles. Sólo serán gananciales los adquiridos y ganados durante el matrimonio, salvo, por supuesto, que se adquirieran con dinero o fondos propios, por herencia, legado o donación o por cualquier otro título, que la ley considere propios del marido o la mujer, como lo que sucede con la subrogación real.

La comunidad de gananciales es, dentro de los tipos de comunidad el más difundido. Actualmente es régimen legal en Francia, Portugal, España, Bolivia, Perú, régimen supletorio en Chile y Venezuela, y convencional en Guatemala.

El Código Civil peruano que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984 permite que antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges puedan optar libremente por régimen de gananciales o por el de separación del patrimonios, lo cual se debe otorgar por escritura pública, y a falta de ésta se debe entender que los cónyuges han optado por el régimen de sociedad de gananciales, permitiendo que durante el matrimonio puedan sustituir un régimen por otro a diferencia de lo que sucedía en otros países que una vez elegido el régimen era inmutable. Hallándose vigente el de gananciales cualquiera de los esposos puede recurrir al juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o con culpa³¹.

En Venezuela el Código Civil reformado por ley del 6 de julio de 1982, si bien previene que el matrimonio, en lo que concierne a los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la ley, impone legalmente la comunidad de ganancias, al determinar que entre marido mujer son comunes, por mitad, las ganancias y beneficios que se obtengan durante el matrimonio.

Se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges. Cada cónyuge

³⁰ Vidal Taquini, Carlos., Ibidem. p. 100-101.

³¹ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p.158,159.

administra los bienes de la comunidad que hubiese adquirido con su trabajo personal o por cualquier título legítimo. Se requiere e consentimiento de ambos para enajenar a título onerosos o gratuito o para gravar los bienes inmuebles gananciales³².

4. Clasificación de los Regímenes de comunidad según el modo de gestión de los bienes

Se conocen la comunidad de administración marital, de administración separada y de administración conjunta. A continuación brevemente se caracterizarán cada una de ellas, y como lo he venido haciendo, se puntualizarán los países en los cuáles han sido y son de aplicación estos regímenes.

a) De Administración Marital .Se corresponde con el régimen clásico del status de incapacidad de la mujer casada, en donde los bienes propios de ella y los comunes quedan sujetos a la administración del marido. Aquí el marido es el titular de la gestión de los bienes, aplicable al régimen de comunidad de muebles y ganancias, y a la comunidad universal, como también a la restringida de los gananciales.

Sin embargo la gestión marital suele reconocer algunas limitaciones como ser: la prohibición de disponer a título gratuito o gravar los bienes comunes sin el asentimiento de la mujer, o la inenajenabilidad de la dote.

Con el tiempo se fue ampliando el ámbito de capacidad civil de la mujer y se empezaron a sustraer d la administración marital ciertos bienes cuya gestión se confiere con exclusividad a la mujer. Se los denomina bienes reservados como los sueldos, honorarios, jornales, y los bienes que la mujer adquiriese mediante el empleo de esos fondos o ingresos, como así también los bienes personales.

b) De Administración Separada. La gestión separada no altera el régimen de comunidad n sí mismo, o sea de participación de ambos cónyuges en los bienes comunes, sino que, independientemente de la calificación, atribuye a la administración y disposición al cónyuge adquirente, fuere el marido o la mujer.

En cuanto a su origen, el Código Civil de Costa Rica fue el primero en establecer este sistema, fue adoptado por Uruguay, Colombia y por el Código Civil Italiano de 1942.

c) De Administración Conjunta. Por éste régimen los bienes comunes quedan sujetos a la gestión conjunta de marido y mujer. Ninguno de ellos podrá, en principio, administrar o disponer de los bienes por sí solo, sin el asentimiento del otro. Éste fue el régimen adoptado por los países soviéticos, Cuba en 1975 y el Código Peruano de 1984.

³² Vidal Taquini, Carlos:, Ibidem, p.163,164.

1.3.4. Régimen de Separación

Los regímenes de separación se diferencian completamente de los de comunidad, ya que no confieren a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos, Aquí el matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, ya que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente, por lo tanto cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido. A su vez, cada cónyuge responde individualmente por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados al pago de las mismas.

Por lo que se puede decir entonces, que este régimen implica absoluta separación de propiedad, gestión y responsabilidad³³.

En cuanto al derecho comparado, el régimen de separación era legal en el Código Civil italiano de 1942, pero la reforma de 1975 instituyó como régimen legal el de comunidad de adquisiciones, subsistiendo como régimen convencional el de separación. En Inglaterra fue plenamente válido éste sistema desde 1935, sucediendo lo mismo en los Estados Unidos de América. En el derecho continental europeo, Francia y España, Alemania y Portugal admiten la separación como régimen convencional, pero además Portugal lo impone como forzoso (a título de sanción), para quienes contrajeran matrimonio contraviniendo ciertos impedimentos matrimoniales. En América latina Chile y Guatemala lo instituyen como régimen legal, en cambio Brasil, Paraguay, entre otros, lo instituyen como régimen convencional.

1.3.5. Régimen de Participación

Se lo denomina también régimen mixto, porque operando como el de separación durante el matrimonio, acuerda derechos de participación entre los cónyuges, de allí su denominación, a su disolución.

Pero es importante resaltar, que éste no constituye una masa partible, que es lo típico de los regímenes de comunidad, sino que la participación se resuelve en un crédito a favor de uno de los esposos contra el otro para equiparar las ganancias ocurridas durante el matrimonio. De lo recientemente expuesto, se puede extraer que a la disolución del régimen no se constituye una comunidad o masa común con los bienes adquiridos o ganados por ambos cónyuges, sino que los patrimonios de cada cual mantienen su independencia, naciendo en cabeza de cada cual de ellos el derecho a obtener, mediante un crédito, una participación en las ganancias del otro,

³³Mendez Costa. María Josefa; Ferrer, Francisco, D´Antonio, Daniel Hugo: “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni. p. 28.

como lo denomina Belluscio un “crédito de participación, a efectos de lograr una paridad en caso que las de uno de ellos haya sido menor”.

Es decir, este régimen tiene por finalidad igualar los enriquecimientos logrados por uno y otro de los cónyuges a partir de la celebración del matrimonio, y a tales fines deben calcularse el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada uno, por lo que el cónyuge que se enriqueció menos se encuentra como titular de un crédito contra el que se enriqueció más, a los efectos de que ambos resulten enriquecidos de igual manera³⁴.

1.3.6. Instituciones especiales

Las instituciones especiales son cuatro: la dote, los bienes reservables, el fondo patrimonial y por último las prestaciones compensatorias³⁵.

a) **La dote:** tiene su origen en el derecho romano y después de las reformas en Francia de 1695 y en Italia de 1975, que eliminaron el régimen como convencional, prácticamente ha desaparecido de las legislaciones actuales. Sólo se mantiene en los Códigos de Portugal, Grecia, Austria y Brasil, siempre como régimen convencional.

La dote es una institución relacionada al matrimonio sine manu explicado anteriormente, en el cual la mujer seguía siendo propietaria de sus bienes, mientras que la dote pasaba a ser de propiedad del marido³⁶.

En sentido amplio se denomina dote, a los bienes entregados al marido por la esposa, parientes o tercero, para solventar las cargas del hogar. En sentido restringido, se llama dote al aporte de bienes entregados por la esposa al marido en propiedad o en administración y usufructo, para los gastos del hogar.

La palabra dote en el Derecho argentino y Uruguayo recibe un uso especial, pues se la emplea como sinónimo de bienes propios de la mujer.

La dote exige constitución expresa, es inalienable, imprescriptible e inembargable, y debe restituirse en valor o en especie según se haya transmitido al marido la propiedad o solo la gestión y el usufructo³⁷.

En el régimen de separación, o de comunidad de administración separada al que se integra la institución de la dote, implica en estos casos conferir al marido la administración de bienes de su mujer. Aquí corresponde hacer una distinción entre bienes dotales y parafernales. Según Méndez Costa se denomina parafernales a los bienes de la esposa que nos están constituidos en dote. El Dr. Eduardo Zanonni los

³⁴Méndez Costa. Maria Josefa; Ferrer, Francisco; D' Antonio. Daniel Hugo:, ob. cit. p. 27, 28.

³⁵ Clasificación seguida de Méndez Costa. Maria Josefa; Ferrer, Francisco; D' Antonio. Daniel Hugo:, Idem, p. 29,30; complementada con Vidal Taquini Carlos:, ob.cit.

³⁶ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p.15,16.

³⁷Méndez Costa. Maria Josefa; Ferrer, Francisco; D' Antonio. Daniel Hugo:, ob. cit, p. 29.

define como “aquellos bienes que la mujer administra, goza y dispone de acuerdo con las normas del régimen típico, estando el marido obligado, a la disolución del régimen, a restituir los bienes dotales”³⁸.

La dote acompañando a la separación de bienes tiene algún tipo de subsistencia en Grecia y en Austria. Ha sido expresamente suprimida en Italia por ley de 1975, y en España por ley de 1981.

b) **Los bienes reservables:** ésta institución se originó en los países escandinavos, Alemania y en algunos cantones suizos (ver referencia nº14) a fines del siglo XIX. Consiste en reservar la administración de algunos bienes suyos a la esposa, en los regímenes en que la gestión de todos ellos corresponde al marido³⁹.

Como señala Belluscio, consiste en la separación de determinados objetos de uso personal de la mujer, de las ganancias obtenidas con su trabajo, o de una porción de patrimonio, sobre la cual se reservan facultades de administración y goce generalmente ilimitadas, y de disposición también ilimitadas o con muy pocas limitaciones⁴⁰.

Ésta institución es testimonio de la evolución que sufre la capacidad de la mujer casada, sustrayéndose de la administración marital legítima los bienes que adquiere con el ejercicio de su profesión e industria⁴¹.

La institución de los bienes reservables integraba el régimen patrimonial matrimonial argentino conforme al Código Civil consagrado en los artículos 1277 inc.2º; 1226 y 1257; y también en el artículo 3º inc.2º, a y c de la ley 11.357⁴². A continuación se transcriben los artículos en mención.

El artículo 1277 de Nuestro Código Civil prescribe: *“Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.* (Texto conforme ley 17.711)

Con respecto al art.1226 dice lo siguiente: *“La esposa no podrá reservarse la administración de sus bienes, sea de los que lleve al matrimonio, o sea de los que*

³⁸Zannoni, Eduardo: ob. cit, p. 445.

³⁹Mendez Costa. María Josefa, Ferrer. Francisco, D´ Antonio. Daniel Hugo:, ob.cit. p.29.

⁴⁰Belluscio, voz “Regímenes Matrimoniales”, en Enciclopèdia Jurídica Omeba”, t. XXIV, p. 161.

⁴¹Zannoni, Eduardo:, ob. cit. p. 448.

⁴²Mendez Costa. María Josefa, Ferrer Francisco, D´ Antonio. Daniel Hugo:, Idem, p. 29.

adquiera después por título propio. Podrá sólo reservarse la administración de algún bien raíz, o de los que el esposo le donare”.

En cuanto al 1257 manifiesta:” *El marido puede enajenar los bienes muebles dotales, con excepción de aquellos que la mujer quisiere reservarse”.*

En cuanto a la ley 11.357, se puede decir, hoy en día que el art 3 fue derogado por la ley 17.711.

El Código Civil francés introdujo esta reserva de administración en 1907, en 1932 lo hizo Bélgica⁴³.

c) Fondo patrimonial: se trata de una institución del Derecho italiano. Es de constitución expresa y consiste en el aporte de uno u otro cónyuge o un tercero, de muebles (registrados o títulos de crédito) y/o inmuebles, destinados a solventar las cargas del hogar.

d) Las prestaciones compensatorias: Fanzolato sostiene que las prestaciones civiles compensatorias, por oposición a las provisionales que corresponden al Derecho Público⁴⁴, consisten en el pago de un monto global o de una cantidad periódica, generalmente mensual, temporaria o vitalicia, que uno de los divorciados debe abonar al otro para:

-Subsanar el desmedro en el nivel de vida económico-social que sufre a causa del divorcio;

-Compensarlo en aquellos aportes en servicios o en bienes que, que por su naturaleza, no pueden ser justipreciados ni saldados en operaciones de liquidación y partición del régimen matrimonial o de la comunidad vivencial.

El fundamento de estas prestaciones radica en que las relaciones patrimoniales matrimoniales no pueden concebirse, sino sometidas a la justicia distributiva y a la equidad.

1.4. Derecho Argentino. Evolución

Introducción

En el Río de la Plata no se practicaron la diversidad de regímenes que mostraba la legislación y el derecho foral explicados en el capítulo anterior, y que a su vez eran de uso corriente en el occidente continental europeo como consecuencia del fenómeno secular de la recepción del derecho romano frente al germánico⁴⁵.

⁴³Zannoni, Eduardo:, Idem, p. 448.

⁴⁴Son aquellas que pretenden que los dos cónyuges se beneficien con los aportes realizados individualmente durante el matrimonio.

⁴⁵Zannoni, Eduardo:, ob. cit, p.453.

Reiteramos en nuestro derecho el régimen patrimonial de los cónyuges es legal, imperativo en su origen, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de participación por mitades. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones, ya que existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen⁴⁶. ojo ver que luego concuerde esto con lo que pongo en clasificación.

El Código Civil hace una clasificación de los bienes que será explicada en el capítulo siguiente de la “sociedad conyugal”, y así se distinguirán los bienes que son propios de cada cónyuge (bienes propios de la mujer, a los que originariamente se los denominó dote y los bienes propios del marido), los bienes gananciales a los que el artículo 1271 define residualmente como aquellos “ *existentes a la disolución de la sociedad conyugal, 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*”. Tal norma crea lo que se conoce como presunción legal favorable a la comunidad⁴⁷.

Por el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, consecuencia del necesario reconocimiento de la plena capacidad de la mujer casada, se ha sostenido por un lado abolir la autoridad marital y, por otro, que la sanción del mencionado principio impone la forzosa modificación del régimen patrimonial-matrimonial.

El hecho de que en diferentes países la supresión de la incapacidad de la mujer casada haya sido acompañada de una modificación del régimen matrimonial, no implica la forzosa consecuencia, pues se trata de dos reformas diferentes. Esto no significa que algún régimen sea incompatible, pero no puede afirmarse que por haber sancionado la ley 17.711: “*la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil*”, está regla quedaría desvirtuada si no hubiese modificado también el régimen de bienes en el matrimonio⁴⁸.

En consecuencia, la reforma al régimen matrimonial no es producto del principio de capacidad plena de la mujer casada, pues el régimen de comunidad, vigente a la sanción de la ley 17.711, no era incompatible con aquel. Es pecar de ligereza afirmar que el régimen era un privilegio para el marido, cuando se asentaba en la idea de subsidiariedad de la mujer y la responsabilidad del marido en la conducción de la comunidad.

⁴⁶Mendez Costa. Maria Josefa, Ferrer Francisco, D´ Antonio. Daniel Hugo; , Idem, p. 67.

⁴⁷Zannoni, Eduardo; , ob. cit, p. 454.

⁴⁸ Como lo afirma Kaller de Orchansky, hay una mala redacción en el artículo, pues debió decir “cualquiera sea su estado civil, tiene plena capacidad”

La preeminencia del marido en el ejercicio de derechos personales ha desaparecido ante la nueva organización de la familia producto de las leyes 23.264 y 23.515. En los hogares bien estructurados rige el concurso de ambos cónyuges, en ellos la idea de cooperación ha reemplazado al viejo concepto monárquico de poder paterno, y la patria potestad se ejercía compartidamente en el hecho, lo cual en derecho es recogido por el artículo 264 inc1°, que en el caso de los hijos matrimoniales dispone que el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio anulado, presumiéndose que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo los supuestos contemplados en el art. 264 quater, o cuando mediere expresa oposición. Igual idea queda consagrada en el art.200 al precisar que los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

Quedando entonces, la mujer casada en condición jurídica de igualdad respecto del marido y aún cuando se pueda pregonar que han desaparecido incapacidades, esto no es así porque la igualdad es reconocimiento de la realidad que impulsa una organización jurídica de la familia diversa. Este nuevo ordenamiento es el que provoca la necesidad de dar un orden diferente a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, no solo para paliar los grandes defectos del régimen vigente⁴⁹.

La igualdad entre los cónyuges no trae consigo que deba consagrarse la independencia en la administración patrimonial-matrimonial, pues si aquella es compatible con el matrimonio, no lo es ésta. Por otra parte, la mujer ha confiado la gestión al marido y no por ello ha perdido su libertad. El matrimonio no se compadece con regímenes individualistas, que harían discutir a los cónyuges sobre lo tuyo y lo mío y no sobre lo nuestro.

Es por esto que el régimen patrimonial del matrimonio debe responder a la tradición y a la idiosincrasia de los pueblos. A nuestra tradición e idiosincrasia respondió la sociedad conyugal, sinónimo de régimen de comunidad. Borda sostiene que en “la Argentina en un matrimonio normal y bien avenido, hay en la práctica una completa confusión de patrimonios, marido y mujer se sienten dueños plenos de los bienes cualquiera sea su origen”⁵⁰.

1.4.1. La Reforma

Introducción

⁴⁹ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 286,287.

⁵⁰ Vidal Taquini, Carlos: Idem, p. 288.

El derecho es disciplina al servicio de la vida del hombre, como tal no puede ignorar la realidad social; por el contrario debe valorarla, combatirla, destruirla, tomarla para transformarse en realidad jurídica viva y no ser una formulación vacía sin contenido social.

Los cambios operados desde la vigencia del Código son profundos en las ideas, en los sentimientos, en las costumbres, los criterios y las condiciones de vida, tocantes a lo cultural, moral, lo económico. El derecho por tanto, no puede permanecer impasible dejando de reflejar esas profundas transformaciones. El derecho debe adecuarse a las necesidades de los tiempos. El Código Civil Argentino quedó atrás, en ello reside la necesidad la reforma, en la adecuación a la realidad social, política económica, de un tiempo y lugar determinado.

Reformar significa corregir la técnica, depurar el contenido, ampliar las instituciones o caracteres, sin embargo la esencia del Código debió conservarse porque responde aún a nuestra cultura, idiosincrasia, en definitiva a nuestra realidad social.

Se requiere sin duda en los tiempos de la reforma de una modificación total para poder llegar a obtener resultados positivos, porque cuando se pierde la visión del todo, del conjunto de la ley, cuando se introducen soluciones especiales que no se correlacionan con las del cuerpo que se reforma, aparece el desorden, la incertidumbre, la ambigüedad y la oscuridad, por lo que falta la guía conductora de los principios generales. No ha existido reforma parcial que no haya creado dificultades de aplicación graves y complejas, ejemplo de ello lo encontramos en la sanción a la ley 11.357.

La perfección depende siempre, de la proporción que las partes guarden con el todo y éste con aquellas.

1.4.1. Alcance de las leyes 17.711 y 23.515

La ley 17.711 no es un cuerpo separado. En general todas las leyes sancionadas como complementarias del Código formaron cuerpos separados sin directa referencia a los textos que se reformaron o se sustituían , con lo cual quedaba librada a la labor interpretativa la determinación de qué disposiciones subsistían y cuales habían perdido vigor.

Se ha tratado de mantener la unidad de la obra, sin embargo al no haberse derogado ni revisado artículos que se contradicen, el defecto se mantiene y queda por delante nuevamente la tarea de precisar que artículos han perdido vigencia.



Un solo principio general puede provocar la derogación casi total de un Código, como lo es el principio que establece ***“que la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil”***, forzosamente hubo que derogar todas las disposiciones de derecho positivo que se oponían a ese principio. Igual proceso se debió efectuar cuando se estableció 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”, principio este que no es una consecuencia forzosa del anterior.



Capítulo 2

De la Sociedad Conyugal

2.1. Introducción

El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar cosa alguna. En la nota al título “Del Matrimonio”, Vélez Sarsfield sostuvo que “el matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas y en la nota al título “De la sociedad conyugal”, expresó que la “sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio”.

El régimen patrimonial-matrimonial comienza con la celebración del matrimonio así lo prescribe el artículo 1261 del C. Civil, que reza:” *la sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que en principie antes o después*”.

El régimen organizado lo es sobre la base de la colaboración de ambos esposos en la vida matrimonial y en la conservación del hogar; donde media una subordinación del interés material al interés espiritual, ya que los esposos no se unen para acumular y compartir beneficios exclusivamente⁵¹. Surge así con claridad, que el propósito de Vélez fue el crear un régimen legal, forzoso e inmodificable por los cónyuges.

Esta concepción de obligatoriedad que impone el codificador a las relaciones personales emergentes del matrimonio se debe al carácter de institución social de éste, razón por la cual el régimen matrimonial que impone lo organiza totalmente presidido por el factor ético, ya que las relaciones de los esposos tienen contenido moral y en absoluto lo son de contenido económico. Por esto es que Vélez no concibe que los cónyuges sean simplemente dos socios con sentido especulativo, sino que son dos vidas que se sostienen y alimentan mutuamente.

Éste régimen legal, forzoso e inmutable por los cónyuges, recibe el nombre de sociedad conyugal, que reside en la unión efectiva de los cónyuges, en la comunidad de esfuerzos, en la convivencia, que supone la labor conjunta de los cónyuges, en la presencia del uno junto al otro.

Nuestro codificador le dio a la estructura de la sociedad conyugal, una fisonomía notable en relación con los regímenes que en el mundo existían, fue un hombre de avanzada en la organización de la sociedad conyugal. Como lo señala

⁵¹Fassi, Santiago C., La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal, citado por Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 170.

Bibiloni el régimen es conexo con el del matrimonio, es uno de sus efectos, es un régimen de orden público, concebido como necesario para mantener y precisar la unión entre los esposos, incitarlos a la cooperación y vincularlos en la prosperidad común⁵².

Vélez Sarsfield al legislar sobre la sociedad conyugal, en el Libro Segundo, Sección Tercera, Título II del Código Civil, adoptó el *régimen de comunidad*, como régimen legal único y forzoso.

Cuando la mujer, en lugar de encontrarse circunscripta a la misión de conservar, participe de la facultad de adquirir, cuando en lugar de estar separada de la comunión conyugal en lo que concierne al derecho de los bienes, sea elevada al rango de compañera y socia del marido, entonces desaparece ese límite ficticio, que divide la existencia de los esposos.

Lafaille sostenía que la denominación de sociedad conyugal no es del todo adecuada, porque induce a creer que existe un acuerdo de voluntades, cuando se trata, en cambio, de un estatuto forzoso impuesto por la ley, ya que no depende, en cuanto a su origen, su estructura y manera de desenvolverse de la intención de las partes⁵³.

Los términos sociedad conyugal, utilizados por Vélez tienen una valoración jurídica técnica, más específicamente que su voz, significa: “un régimen patrimonial-matrimonial, ese régimen es de comunidad y quien dice comunidad dice sociedad.

2.2. El problema de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal

La dilucidación de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal suele imponerse como medio para establecer qué principios y normas se aplicarán según la institución a la cual se la asimile.

A prima facie, Vélez asimiló el régimen patrimonial del matrimonio a una suerte de sociedad, sociedad que por formarse entre marido y mujer, denominó sociedad conyugal siguiendo al art.135 del Código Civil de Chile, que dice: “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal.

Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o

⁵² Vidal Taquini, Carlos: Idem, p.170.

⁵³ Lagomarsino, Carlos, A.R-, Salerno Marcelo, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, t III. Pág. 456-45

régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”.

El codificador legisló sobre el régimen patrimonial del matrimonio en el Libro Segundo, Sección tercera del Código, asimilándose a los derechos personales en las relaciones civiles, particularmente, las obligaciones que nacen de los contratos. Lo afirmado se corrobora con la disposición supletoria contenida en el artículo 1262 del Cód. Civil que reza: *“la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este título”*. En este contexto se ha sostenido que la sociedad conyugal es un auténtico sujeto de derechos, independientemente de las personas que lo componen, las cuales son meros titulares de créditos que se determinan al liquidar y dividir la sociedad⁵⁴.

Autores como Borda se rehúsan a aceptar esa tipificación, estimando un error en lo dispuesto en el art.1262 Cód. Civil, por la naturaleza tan diversa de ambas instituciones, que hace que resulte casi imposible aplicar a las sociedad conyugal las reglas del mentado contrato.

Según Mazzinghi⁵⁵, la asimilación de la sociedad conyugal al contrato de sociedad encuentra tres obstáculos en el Código, como lo son a saber: la falta de origen consensual, la falta de un capital social propiamente dicho y la falta de un fin lucrativo. Para Zannoni, la llamada sociedad conyugal no constituye un patrimonio que se impute unitariamente a un ente o sujeto y, en consecuencia el régimen patrimonial del matrimonio en nuestro derecho implica una suma de relaciones de diversa naturaleza que parten de la consideración del patrimonio de cada cónyuge en forma autónoma, sin perjuicio de aceptar la nomenclatura legal para el régimen mismo.

Freitas Ortiz de Rosas y Roveda⁵⁶ se preguntan si hay algo que pueda denominarse sociedad conyugal, lo que sí pudo tener algún sentido en el sistema originario del Código Civil, disminuyendo en tal sentido con la ley 11.357 y lo perdió totalmente después de la sanción de la ley 17.711, dada la dualidad de masas, cada una bajo la titularidad y administración del marido y de la esposa, también vigente en el campo de la responsabilidad de la ley 11.357⁵⁷.

Vidal Taquini⁵⁸ consignó en su obra “no hay más sociedad conyugal”. Esto se debe a que antes de la sanción de la leyes 17.711 y 11.357, la sociedad conyugal

⁵⁴Zannoni, Eduardo:, ob. cit, p. 463.

⁵⁵ Mazzinghi, Jorge. A., citado por Mendez Costa, María Josefa; Ferrer, Francisco; D’ Antonio, Daniel Hugo:, ob. cit, p. 69.

⁵⁶ Fleitas Ortiz de Rosas – Roveda, Eduardo. G: “Régimen de bienes del Matrimonio”, la ley, buenos Aires, 2001, cap. II, N° 4, citado por Mendez Costa, María Josefa; Ferrer, Francisco; D’ Antonio, Daniel Hugo:, ob. cit, p. 69.

⁵⁷Mendez Costa. María Josefa, Ferrer Francisco, D’ Antonio. Daniel Hugo: Idem, p. 69.

⁵⁸ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 289,290.

entrañaba unidad de masa, unidad de administración, y unidad de responsabilidad; masa destinada a partición y división ulterior a la disolución de régimen.

Del nuevo art.1276 que reza: *“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”*, emerge con claridad que no hay unidad de masa, existen en adelante dos masas de bienes gananciales, desaparece la unidad de administración y dividiéndose también las responsabilidades por los art, 5° y 6° de la ley 11.357, explicados en el capítulo anterior.

Como señala Vidal Taquini, durante el matrimonio el régimen es de separación de bienes, manteniéndose un único elemento “la división por mitad de los bienes que la ley califica de gananciales, los que quedan determinados al momento en que se produce la disolución del régimen.

Esta conjunción de regímenes (el de comunidad y de separación de bienes), hace que no se pueda, dice Vidal Taquini, seguir denominando al régimen como de comunidad de bienes. Hacerlo es crear un mito de sociedad conyugal, que ha desaparecido⁵⁹.

Actualmente las modificaciones introducidas por las leyes 11.357 y 17.711 permiten calificar al régimen patrimonial del matrimonio como comunidad restringida a los gananciales, con gestión separada y división de responsabilidad.

La variedad de elementos históricos, legislativos y las diferentes costumbres y modalidades que influyeron en el desarrollo de la comunidad conyugal, hacen de ella una figura controvertida y compleja.

Es por ello que se dice, que el régimen patrimonial de la comunidad se presenta con elementos diferentes y variables en el espacio y en el tiempo, adquiriendo importancia para el intérprete los caracteres con que es organizado por cada legislación positiva.

De allí, es que los elementos contradictorios que aparecen en los contenidos de la institución, así como los que surgen de su denominación y de la metodología empleada por Vélez, ocasionaron en la doctrina diversas posiciones al respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.

A continuación se expondrán las diferentes modalidades de comunidad conyugal adoptada por nuestro Código Civil, y las distintas posiciones sustentadas por la doctrina y la jurisprudencia argentina⁶⁰.

⁵⁹ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p. 289, 290.

⁶⁰ Hernández, Lidia, Beatriz, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, t III, Pág.698, Directores Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, coordinador Uriarte Jorge.

I-Sociedad conyugal como condominio. Es teoría fue sostenida por diferentes autores entre los cuáles se destacan Segovia y Borda.

Según Segovia, la sociedad conyugal es una comunidad de bienes que en lo que respecta a las cosas corporales constituye un verdadero condominio, puesto en acción por uno o más socios mandatarios, y únicamente para ese fin y de manera ficticia se la considera una entidad diferenciada de las personas que la componen. El autor construye esta teoría sobre la base del *art. 2703* del Código Civil, el que prescribe:” *Ninguna determinación será válida, si no fuese tomada en reunión de todos los condóminos o de sus legítimos representantes*”⁶¹

Borda sostiene que se trataría de un condominio que tiene un régimen legal propio, organizado sobre bases distintas del derecho real del mismo nombre, es decir de una copropiedad peculiar, de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar⁶². El autor delimita el concepto que expresa la idea de que “*la ley reconoce a cada uno de los cónyuges, al propio tiempo, un derecho de propiedad sobre los bienes que constituyen la sociedad conyugal*”.

Ésta teoría no es convincente, ya que el condominio de tradición romanista que recepta nuestro Código Civil, en el Título VIII, Libro Tercero, *art. 2673* y siguientes, implica la cotitularidad del dominio sobre cosas. En donde cada condómino es titular de una cuota que es indivisa.

El régimen patrimonial del matrimonio no supone la cotitularidad del dominio sobre los bienes. Esa titularidad pertenece exclusivamente al cónyuge adquirente del bien.

El condominio importa, para cada uno de los condóminos, la posibilidad de oponer *frente* a terceros, la cotitularidad indivisa del derecho real de dominio. Si nada de esto acaece, y los derechos de participación de cada cónyuge se actualizan recién a la disolución del régimen, mal puede asimilarse éste, durante su vigencia, al condominio⁶³.

II- Sociedad conyugal como patrimonio de afectación. Rébora después de descartar toda figura contractual, inclusive la sociedad, sostiene que una disposición como la del *artículo 3058 del Cód. Civil* que dispone que “*No habrá confusión de las dos calidades de dominante y poseedor del fundo sirviente, cuando el poseedor de uno de los inmuebles llegase a ser simplemente condómino del otro inmueble, o cundo la sociedad conyugal adquiriese un inmueble dominante o sirviente de otro inmueble*”

⁶¹ Hernández, Lidia, Beatriz:, ob. cit, p. 699.

⁶²Hernández, Lidia, Beatriz:, Idem, p. 700.

⁶³Zannoni, Eduardo: ob.cit, p. 467.

de uno de los cónyuges, o uno de los socios, a menos que disuelto el matrimonio, o disuelta la sociedad ambos inmuebles vengan a pertenecer a la misma persona” solamente puede ser explicada por el reconocimiento de la comunidad como una entidad diferente y en cierto grado sustantiva. Expresa que existe masa de bienes cuyo destino primordial la singulariza, con presidencia de todo sujeto individual determinado⁶⁴.

Este autor encontraba que la doctrina de los patrimonios de afectación da respuesta a las diversas situaciones patrimoniales que, entre los cónyuges y entre éstos y terceros, no pueden ser identificables con derechos puramente individuales.

La sociedad conyugal si bien carece de personalidad, dice el autor, se manifiesta en múltiples supuestos como un patrimonio distinto del patrimonio individual de cada uno de los cónyuges. O sea que ese patrimonio se sustantivaría por su *afectación al fin* por el cual el derecho le reconoce una entidad propia.

Ésta teoría es criticada porque, si bien en las relaciones entre los cónyuges pueden delinarse supuestos en que la masa de bienes comunes se afecta a determinados fines, como por ejemplo la satisfacción, en general, de las contribuciones en las cargas del matrimonio y las recompensas o compensaciones debidas a la disolución, no existe frente a terceros, un patrimonio distinto del individual de cada uno de los esposos, afectado a fines diversos. Respecto de terceros, los bienes propios y gananciales de que es titular cada cónyuge son unitariamente imputados a la esfera de acción patrimonial de éste, y cada bien, singularmente, atribuido al titular y no a una masa o patrimonio distintos⁶⁵.

También ésta teoría fue sostenida por Ripert-Boulanger, para quienes el régimen consiste esencialmente en una afectación de los bienes de ambos esposos a los intereses comunes del hogar y en la participación de los bienes comunes en el momento de la disolución del matrimonio. Mesineo considera la sociedad conyugal como un patrimonio colectivo de destinación dotado de autonomía imperfecta que corresponde por cuotas intelectuales a cada uno de sus titulares, quienes sin embargo, tiene prohibida la disponibilidad del derecho sobre la cuota misma⁶⁶.

III-Sociedad conyugal como un régimen de orden público. Lafaille⁶⁷ considera que la sociedad conyugal se impone legalmente como un estatuto forzoso, y si bien es cierto que se rige por las reglas del contrato de sociedad en cuanto se

⁶⁴ Hernández, Lidia, Beatriz:, ob. cit, p. 700.

⁶⁵ Zannoni, Eduardo:, ob. cit, p. 468.

⁶⁶ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 176.

⁶⁷ Lafaille, Héctor: "Curso de Derecho de Familia", compilado por Frutos y Arguelles, Buenos Aires, 1957, p. 77.

opongan a las contenidas en el título respectivo, existen una serie de disposiciones que precisamente resultan ser obstáculo para ello en diversos casos. No obstante, le parece claro que la sociedad es un sujeto de derecho con acervo propio, créditos y cargas.

Bibiloni niega el carácter contractual de la sociedad conyugal, considerándola como un régimen de orden público impuesto por la ley y concebido como necesario para mantener y estrechar la unión de los esposos, estimularlos en la cooperación y vincularles en la prosperidad común.

Ramella y Halperín también sostienen que la sociedad conyugal no es un contrato sino un régimen impuesto por la ley donde la voluntad de de los esposos es inoperante, pues se trata de una materia de orden público. Señalan que el régimen es conexo con el matrimonio, es uno de sus efectos, como es la unión personal de los esposos⁶⁸.

Comparten también esta teoría de sociedad como régimen impuesto por la ley, ajeno a los principios esenciales de los contratos, y que tiene como base el matrimonio, Vidal Taquini⁶⁹, López del Carril⁷⁰, Busso⁷¹ y Mazzinghi⁷².

IV-La sociedad conyugal como comunidad diferida. Guaglianone califica al régimen comunitario del Código Civil como comunidad diferida. Explica que el sistema se ha complicado por el hecho de mezclarse normas de la comunidad con otras que no se corresponden a sus rasgos esenciales. El régimen es perturbado por la incapacidad de la mujer o por el mandato presunto que se reconoce al marido al restituirse a la mujer su capacidad civil natural. Pero cuando los cónyuges son colocados por la ley en un mismo pie de igualdad, la esencia del régimen aparece con toda nitidez: cada uno administra y dispone de lo suyo, y cada uno tiene una mera vocación a transformarse en copropietario de lo que pertenezca al otro cuando la sociedad conyugal se disuelva⁷³.

V-La sociedad conyugal como contrato de sociedad. Parte de ésta teoría fue explicada en el apartado correspondiente a la introducción (remisión). Basándose en la terminología y en el método utilizado por el codificador, Fassi la considera como un tipo particular de sociedad civil, pues cree advertir en la comunidad conyugal los elementos genéricos de la sociedad, es decir, el carácter contractual que diferencia,

⁶⁸ Hernández, lidia, Beatriz:, ob. cit, p. 700, 701.

⁶⁹ Vidal Taquini, Carlos:, Idem, p. 195

⁷⁰ López del Carril, Julio: "Estudios de Derecho de Familia", p. 71, citado por Hernández lidia.

⁷¹ Busso, Eduardo: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, 1958, t II-A, p. 18, citado por Hernández lidia.

⁷² Mazzinghi, Jorge. A: "Derecho de Familia", Buenos Aires, 1972, t II, p. 125, N° 94, citado por Hernández lidia.

⁷³ Hernández, lidia, Beatriz:, Idem, p. 701.

aunque sean actos de contraer matrimonio, la “affectio societatis” superada por la “affectio maritalis” y el objeto lucrativo constituido por la unión de las partes para satisfacer las necesidades familiares y después distribuir los beneficios⁷⁴.

La doctrina societaria tiene apoyo minoritario en la doctrina contemporánea al régimen vigente entre ellos se menciona a Bossert⁷⁵, aparte del ya mencionado Santiago Fassi⁷⁶ y, al hacerlo, se la distingue de la sociedad civil, a la que no es semejante, configurándose como sociedad sui generis con los elementos del género “sociedad”, a saber como lo sostuvimos antes en la introducción, el origen contractual aunque necesario, que no tiene el matrimonio, el propósito lucrativo y el affectio societatis absorbido y superado en la affectio maritalis.

También entre los doctrinarios minoritarios, entre ellos Beluscio⁷⁷, se la considera a la sociedad conyugal, como una sociedad particular, por su denominación, su ubicación dentro de los contratos y la disposición del comentado artículo 1262 de Código, sociedad universal de todas las ganancias excluida de la prohibición del art.1651 que prescribe: “Es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, o de todas las ganancias que obtengan; pero podrá hacerse sociedad de todos los bienes presentes designándolos; y también de las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados negocios”, obligatoria para los cónyuges y de regulación imperativa.

No puede negarse, sin embargo, que se mantienen los elementos de la sociedad conyugal como sociedad en el sistema de Vélez Sarsfield, ya que la denominación no ha sido modificada, la ubicación dentro de los contratos subsiste, no se ha alterado el artículo 1262 y su origen voluntario reside en la voluntad matrimonial generadora de todos los efectos del vínculo.

La denominación de “sociedad conyugal” es aceptable, aceptable por una razón de fondo, porque la idea de sociedad es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar en conjunto, compartiendo igualmente riesgos y desventajas. Trasunta una concepción de matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial la comunidad de vida al celebrarlo y no es controvertible que la ley argentina acoja tal esfuerzo común y establezca responsabilidades comunes, aun cuando el patrimonio del marido y el de la mujer sean administrados por separado. Fundamentalmente,

⁷⁴ Hernández, Lidia, Beatriz:, Ibidem, p. 701.

⁷⁵ Bossert, Gustavo: “Sociedad Conyugal”, buenos Aires, 1977, t I, N| 90 y ss. , citado por Hernández, Lidia:, ob. cit, p. 701.

⁷⁶ Fassi, Santiago: “Estudios de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 1962, p. 305, citado por Hernández, Lidia:, Idem, p. 702.

⁷⁷ Beluscio, augusto César: “Manual de derecho de Familia”, 5° Ed., t II, p. 49 y ss. , citado por Hernández Lidia:, Ibidem, p. 703.

consagra la cualidad societaria al disponer que los beneficios sean compartidos en la forma más adecuada al respeto de dos personas que se han conjugado sin confundirse en la tarea común.

Así entendida, la expresión “sociedad conyugal” es sinónimo de régimen patrimonial matrimonial y la referencia al contrato de sociedad civil resulta innecesaria y que en todo caso, ese contrato será útil como fuente analógica⁷⁸.

VI-Comunidad de interés entre los cónyuges. Según Zannoni el régimen patrimonial del matrimonio implica una suma de relaciones de diversa naturaleza, a partir de la consideración autónoma del patrimonio de cada cónyuge; pero por ello no implica no reconocer que las relaciones jurídicas entre esposos están presididas por una comunidad de intereses que se traduce en relaciones de comunidad internas, que no trascienden en la cotitularidad de los derechos en las relaciones con terceros⁷⁹.

2.3. Conclusión

Hecho el análisis de las principales tesis sobre la naturaleza jurídica del régimen patrimonial del matrimonio, creo que no se puede hoy en día obtener real provecho de las distintas tesis que se han desarrollado. Porque, todas ellas, en última instancia respondieron, a las diferentes modalidades que mostraba la comunidad no en abstracto, sino en relación, a una época y lugar determinado. Es decir, en otras, palabras que cada derecho positivo organizó su régimen patrimonial en función al matrimonio.

Es cierto que Vélez parece adherir a la teoría social, teniendo en cuenta la denominación y la metodología empleada, pero lo cierto es que el sistema encontraría su razón de ser en la intención de superar los antiguos regímenes dotales, resaltando el carácter comunitario de su sociedad conyugal. Vélez lo que hace con la expresión “sociedad conyugal”, es destacar el aspecto fundamental de coparticipación en las ganancias obtenidas y de contribución en la deudas contraídas durante el matrimonio e insisto debe entenderse como reacción al sistema dotal romano, cuya idea básica era la inmutabilidad de la fortuna de la mujer y su conservación durante el matrimonio, independiente de las ganancias o pérdidas que pudiese obtener o perder el marido.

Así comprendida la sociedad conyugal, es sinónimo de régimen patrimonial-matrimonial y la referencia al contrato de sociedad civil resulta innecesaria, en todo caso ese contrato será útil como legislación supletoria, o será aplicable por analogía.

⁷⁸ Mendez Costa, Maria Josefa; Ferrer, Francisco; D´ Antonio. Daniel Hugo:, ob. cit, p. 69,70,71.

⁷⁹Zannoni, Eduardo:, ob. cit, p. 406.

3.4. La personalidad de la sociedad conyugal

Cabe advertir, que el tema de la personalidad de la sociedad conyugal, aunque vinculado, no se identifica totalmente con el de la naturaleza jurídica de la misma, ya que partiendo de una misma naturaleza, hay autores que le reconocen o le niegan personalidad.

Se puede decir, que la personalidad jurídica es un procedimiento de técnico un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas. La personalidad significa que la pluralidad de individuos que forman el sustrato, en sus relaciones entre sí y frente a los terceros, va a ser tratada por el derecho como una unidad⁸⁰.

Aquellos que ven a la persona jurídica como un concepto formal y técnico, la definen a la personalidad como “un centro de imputación de relaciones”, una mera forma de unificación de relaciones.

Nuestra legislación positiva vigente sigue un criterio amplio, y en el artículo 32 del Código Civil reconoce personalidad a todos los entes que la misma ley asigne aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Cabe agregar, dos conceptos previos para determinar la existencia de un ente con personalidad:

Todo sujeto capaz de derechos y contraer obligaciones que no es persona física, constituye una persona jurídica (art.32 del Cód. Civil⁸¹).

Son requisitos para la existencia de una persona jurídica que haya un patrimonio diferente del de los miembros que la componen (art.39 del Cód. Civil⁸²).

2.4.1. Teorías sobre la personalidad de la sociedad conyugal

Gustavino⁸³, Legón⁸⁴, Fassi, Allende⁸⁵ y Bossert⁸⁶, sostienen, como consecuencia de carácter societario que le reconocen a la sociedad conyugal, que la

⁸⁰Orgaz, Alfredo: “Personas individuales”, p. 10.

⁸¹ Artículo 32 del Cód. Civil: “*Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas*”.

⁸² Artículo 39 del Cód. Civil: “*Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella*”.

⁸³ Gustavino: “El sistema de indemnizaciones y recompensas de la sociedad conyugal” en revista de ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, N° 98 y 99, 1959, p.349, citado por Hernández, Lidia:, ob. cit, p. 705.

⁸⁴ Legón, Fernando: “naturaleza Jurídica del régimen de bienes del matrimonio”, “J.A.”, 466- 317, citado por Hernández, Lidia:, ob. cit, p. 705.

⁸⁵ Allende, Jorge María: “Bienes en parte propios con adquisición posterior ganancial”, Revista del notario, N° 658, p. 464, citado por Hernández, Lidia:, ob. cit, p. 705.

⁸⁶ Fassi, Santiago; Bossert, Gustavo:, ob. cit, p. 94, citado por Hernández, Lidia:, ob. cit, p. 705.

sociedad conyugal está dotada de personalidad. Señalan que la idea de la persona jurídica no se diseña en las relaciones de los cónyuges con los terceros, sino en las relaciones entre los esposos, y agregan que después de la sanción de la ley 17.711, la noción de persona jurídica es omnicompreensiva de todo ente que ostenta aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, poseyendo un patrimonio propio.

Lafaille, que se encuentra entre aquellos que reconocen la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, pero no reconocen su naturaleza como contrato social, señala que de las disposiciones legales imperativas surge, sin lugar a dudas, que la sociedad conyugal es un sujeto de derecho que tiene su patrimonio propio y es titular de créditos y cargas⁸⁷.

Lambías considera que siendo el matrimonio una institución, la sociedad conyugal se traduce en una verdadera persona de derecho, manifestada en la idea de empresa; un dispositivo de poder y una comunión en la idea familiar. La celebración del matrimonio origina el nacimiento de un tercer patrimonio no exclusivo del marido ni de la mujer, sino de una persona de existencia ideal⁸⁸.

2.4.2. Conclusión

Después de 1968, el artículo 33 reconoce expresamente la personalidad jurídica de carácter privado de las sociedades civiles y comerciales. Aplicándose el artículo 1262 del Código Civil, la sociedad conyugal gozaría de personalidad jurídica. Esta conclusión no es inatacable, ya que la sociedad comercial accidental o en participación, carece de personalidad jurídica según el artículo 361 de la ley 19.550⁸⁹. No es sujeto de derecho y de denominación social. Por lo que se deja entrever, que existe al menos una sociedad que no es persona y nada obsta a que la sociedad conyugal constituya otra excepción, dado que no tiene nacionalidad, ni nombre, ni domicilio, ni patrimonio distinto de sus miembros, ni es titular de derechos, ni es deudora ni es apta para estar en juicio.

Sólo como mero recurso práctico podría personalizarse a la sociedad conyugal a su disolución, exclusivamente con respecto a los cónyuges, permitiendo simplificar

⁸⁷Lafaille, Héctor: "Curso de derecho de Familia", Pág. 77 y ss.

⁸⁸Lambías, Jorge: "Tratado de Derecho Civil". Parte General, t. II, Pág.51.

⁸⁹Artículo 361 de Ley 19.550: "*Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor. No es sujeto de derecho y carece de denominación social; no está sometida a requisito de forma ni se inscribe en el Registro Público de Comercio. Su prueba se rige por las normas de prueba de los contratos*".

las operaciones contables requeridas para satisfacer el derecho de los esposos a los gananciales a través del juego de indemnizaciones y recompensas.

Se puede concluir entonces que la personalidad de la sociedad conyugal es sostenida por aquellos doctrinarios que postulan que la naturaleza jurídica de aquella es la de un contrato social, siendo rehusada, por lo tanto, por todos aquellos que desconocen la calidad societaria del régimen patrimonial-matrimonial.

2.5. Casuística Jurisprudencial

En este apartado se analizarán y en algunos casos se mencionarán los fallos en los cuales se refleja la falta de personalidad jurídica de la sociedad conyugal y además los pocos fallos según los cuales la comunidad es una sociedad con personalidad jurídica, intentando destacar que en todos aquellos podía haberse llegado a una solución diferente del litigio sin acudir a una personalidad inexistente y ficticia en el régimen legal argentino. En la mayoría de los casos que se tratarán a continuación, se invocó la personalidad de la sociedad conyugal como argumento de protección del interés de un cónyuge frente a otro, y en sólo unos pocos se la utilizó con el fin de evitar fraude a los acreedores.

Se registran varios fallos anteriores y posteriores a la ley 11.357 a favor de que la sociedad conyugal es una sociedad sui generis y dotada personalidad, se ha llegado a sostener que el sujeto sociedad conyugal es independiente de los cónyuges que la componen, quienes son titulares de crédito a determinarse al liquidarla y dividirla, y que sólo son titulares de la propiedad y el dominio de los bienes propios, mientras que la sociedad conyugal los es de los gananciales (STJ. De santa Fe, sala II, 8-8-41, L.L. 23.602; CNCIV, sala C, 10-10-60, L.L 101-78. Comentario ampliado sobre estos dos fallos en página siguiente). No obstante, la misma se rige por las reglas de Código Civil sobre el contrato de sociedad, en cuanto no contradigan expresamente lo establecido de manera específica (CNCIV., sala B, 11-8-58, L.L. 93-747-S). Pero también se ha sostenido que la sociedad conyugal no es un contrato, sino un régimen de bienes legalmente reglamentado (CFED. De Bahía Blanca, L.L. 35-432).

La Cámara Civil 1° de la Capital Federal⁹⁰, en febrero de 1935, reconoció la personalidad jurídica de la sociedad conyugal y rechazó la tercería de dominio intentada por la esposa en el juicio hipotecario seguido contra el marido respecto de los bienes hipotecados de origen ganancial, a fin de evitar posibles connivencias entre los esposos para defraudar a los acreedores. Se sostuvo en uno de los votos que

⁹⁰ C.Civ, Sala C, Capital federal, en "J.A.", 1961-VI-290, y "L.L.", 101-78.

funda el fallo, que el marido pudo hipotecar el bien ganancial sin consentimiento de la mujer puesto que en el derecho argentino no hay un verdadero condominio entre los esposos sobre los gananciales, sino que el Código Civil ha creado una entidad distinta de los cónyuges componentes y es a este sujeto a quien ha atribuido el dominio sobre los bienes, disponiendo dentro de su régimen la manera como debe ser administrada la comunidad.

Si bien la solución fue correcta, no pudo coincidirse con los fundamentos. En el régimen anterior a la sanción de la ley 17.711 el marido podía hipotecar los bienes gananciales que administraba, pero no lo hacía en interés de una tercera persona, sino a título de dueño, y se apropiaba de los frutos de los gananciales los que podía libremente gastar y reinvertir.

En otro fallo de 1969, se rechazó también la tercería de dominio promovida por el marido en la ejecución hipotecaria seguida contra su cónyuge. Entre otros fundamentos se sostuvo, que los gananciales no pertenecen con exclusividad a ninguno de los cónyuges, sino a la sociedad conyugal, ente sujeto de derecho, con capacidad civil e independiente de las personas que la componen.

Para la solución correcta del caso (rechazo de la tercería) no hacía falta aducir a la personalidad jurídica de la sociedad conyugal.

Otro precedente jurisprudencial donde se reconoce personalidad a la sociedad conyugal es en el fallo del Supremo tribunal de Justicia de Santa Fe⁹¹, sala II, del 8 de agosto de 1941, en el que se declaró válido el legado que hiciera el testador de un bien ganancial después de disuelta la sociedad conyugal. El Tribunal en uno de sus varias razones justificadoras del fallo alegó la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, razón innecesaria dado que ya se había disuelto la sociedad conyugal al otorgarse el testamento, por lo que no se trataba de un legado de un bien ganancial del testador, sino de un bien que integraba una masa indivisa. Además otras de las críticas que se le hace al Tribunal la cosa legada, aunque sea ganancial, es de propiedad del testador y no de una tercera persona llamada sociedad conyugal.

La Sala C. de la Cámara Civil de la Capital Federa⁹², el 10 de octubre de 1960 resolvió, en una excepción de litispendencia, la admisión como acción autónoma la rendición de cuentas contra la esposa sobre los bienes gananciales por ella administrados, distinguiéndola de la acción de separación de bienes ya entablada por la mujer. Se sostuvo que la sociedad conyugal era un sujeto de derecho y propietaria de los bienes gananciales, aunque tal afirmación, como sucedió en los fallos antes

⁹¹ “J.A.”, t. 75, p. 765.

⁹² “L.L.”, 1981-D-412, fundamentos de Mazzinghi, Eduardo: “Derecho de Familia”, t. 11, p. 208.

mencionados resultó irrelevante para la solución de la cuestión. Los argumentos que incidieron principalmente en el fondo de la cuestión fueron, sin duda, el régimen previsto por la ley 11.357 de administración bicéfala existente en ese momento y el principio de igualdad entre los cónyuges.

Sin embargo, diversos fallos han negado la personalidad de la sociedad conyugal, la jurisprudencial de los últimos decenios se define preferentemente porque carece de personalidad, así ocurrió con un fallo de la Cámara Civil, Sala B⁹³, del 11 de septiembre de 1980, que sostuvo que el régimen patrimonial matrimonial no está pensado con esencia “societaria”, ni sometido a las reglas de ésta índole. Por el contrario, se trata de una organización del dominio de los bienes y de su administración distinta de los de una sociedad civil y comercial. La sociedad conyugal no encuadra en el concepto de persona de existencia ideal, lo que es evidente, ya que carece de patrimonio en sentido estricto y no puede adquirir derechos y contraer obligaciones frente a terceros ni goza de aptitud para estar en juicio (CNCom., Sala C, 11-4-97, E.D. 174-147, sentencia destacable.), varios fallos son los que han negado a la sociedad conyugal su personalidad jurídica,

Como ha sucedido también en un fallo de 1891 que sostuvo que no existe la posibilidad de condominio entre un cónyuge y la sociedad conyugal, porque ésta, no siendo sujeto de derecho, no podría ser considerada un condómino.

2.6. Tipificación del régimen

Es útil ahora justificar la inclusión del régimen argentino dentro de uno de los sistemas patrimoniales típicos. Solucionar la cuestión no es un indispensable pero tampoco superfluo porque ayuda a su interpretación y a superar un vacío importante que afecta, al período comprendido entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición concluida, al cual Vélez Sarsfield apenas se refirió.

El artículo 1315 del Código Civil, ofrece la principal línea que orienta a encontrar la solución, el que dice que los gananciales se dividen entre los esposos por partes iguales aunque alguno de ellos nada a aportado. Sólo hay dos categorías de regímenes típicos en que todos los bienes o algunos de ellos se comparten: el régimen de comunidad y el régimen de participación.

Pero hay que considerar lo siguiente, el régimen de Vélez fue un régimen de comunidad y ahora se hace la siguiente pregunta ¿Será justificado sostener que la apertura a la dualidad de gestión y la separación de deudas de la ley 11.357 y, sobre

⁹³ “L.L.”, t. 130, p.779.

todo, la definida doble gestión, con sus restricciones, de la ley 17.711 hayan modificado la esencia del sistema?

Algunos autores así lo creen, entre ellos se encuentra Berta Kaller de Orchansky⁹⁴, y Vidal Taquini⁹⁵, los cuales se definen por la vigencia de un régimen que combina la separación de bienes mientras rige y la participación en los gananciales a su fin. Para ellos esta participación sería satisfecha una vez liquidados los dos patrimonios, al dividirse el excedente de los gananciales, adquiriendo recién aquí cada uno de los cónyuges el dominio o la propiedad de los bienes del otro que le hayan sido adjudicados en la partición.

Vidal Taquini en su libro “Régimen de bienes en el matrimonio” dedica un apartado que es necesario colocarlo en ésta parte del trabajo.

El autor citado, sostiene que “no se debe afirmar que en el régimen patrimonial-matrimonial argentino continúe la sociedad conyugal” después de la sanción de la ley 17.711, reconociendo, como lo hace Beluscio⁹⁶ quien sostiene “que durante la unión de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges funcionan como si hubiera separación de bienes”; en realidad no es como si hubiera, hay separación de bienes.

Cada cónyuge administra y dispone libremente de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. Cada cónyuge no responde por las deudas del otro y la única limitación es la responsabilidad derivada de los “oneramrimonii”.

Es que tan pronto como los bienes permanezcan en poder de cada cónyuge, se harán necesarios tantos administradores como núcleos deban ser administrados; y tan pronto como existan núcleos diferentes y actividades administrativas diferentes, las responsabilidades tendrán a organizarse según las mismas actividades. Y eso es, justamente, un régimen de separación.

En el actual régimen, cada cónyuge es propietario de sus bienes y el otro cónyuge no tiene derecho alguno sobre ellos, porque se está en presencia de un régimen de separación. A la disolución del régimen los bienes gananciales, si bien quedan indivisos, continúan siendo de propiedad del cónyuge titular del dominio. El derecho del otro es un derecho sobre la cosa ajena, que incluso puede no llegar a materializarse en orden a recompensas o compensaciones. Por lo tanto, no es verdad que los bienes, con posterioridad a la disolución, sean de propiedad a ambos

⁹⁴ Kaller de Orchansky, Berta: “Situación Jurídica de la mujer casada y régimen de la sociedad conyugal en las reformas del Código Civil”, citado por Mendez Costa, María Josefa...: ob. cit. p.73.

⁹⁵ Vidal Taquini, Carlos: ob. cit, p. 257, 256.

⁹⁶ Beluscio, Augusto. C: “El régimen matrimonial de bienes en la reforma al Código Civil”, “L.L.”,131-1458.

cónyuges. Un cónyuge adquiere, un derecho sobre el bien del otro que alcanzará la plenitud de dominio o no después de cumplida la partición.

En cambio otros autores como Zannoni⁹⁷, LLambías⁹⁸ y Guaglianone⁹⁹, se pronuncian por la subsistencia del régimen de comunidad. Encuentran fundamento a ésta subsistencia, la restricción a los poderes de disposición de los cónyuges, la separación de administraciones que establece el artículo 1276 del Código Civil se encuentra limitada por las restricciones del artículo 1277, incompatibles con el auténtico régimen de separación.

2.7. Bines de los cónyuges

2.7.1. Importancia de la clasificación

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

La importancia de la calificación encuentra fundamento en lo que hace a la actividad económico-jurídica de los cónyuges, la responsabilidad por deudas y el derecho a la participación una vez finalizado el régimen.

También es importante en materia sucesoria por el distinto destino hereditario que la ley impone a los bienes propios y gananciales en cuanto a los llamados a recibirlos y a las porciones que le corresponden.

La calificación participa de la imperatividad del régimen siendo una de sus manifestaciones la prohibición contractual que impide cambiar la titularidad y el carácter de los mismos. La justicia ha declarado que los cónyuges no pueden modificar la calificación dispuesta legalmente y que ésta puede determinarse, con su intervención, en cualquier momento que sea conveniente¹⁰⁰.

Como señala Mazzinghi “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, sino que dicha calificación resulta impuesta por el origen de las adquisiciones conforme a las previsiones de los artículos 1261 a 1274 del Código Civil”¹⁰¹.

En el régimen anterior a la reforma de la ley 17.711 se distinguían tres masas de bienes: a) bienes propios del marido; b) bienes propios de la mujer y c) bienes gananciales de administración y disposición del marido. El nuevo artículo 1276 provoca la desintegración de la masa ganancial, por la cual cabe distinguir tres clases

⁹⁷ Zannoni Eduardo:, ob. cit, p. 74.

⁹⁸ Lambías, Jorge. J.: “Estudio a la Reforma del Código Civil. Ley 17.711. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires. 1969. P. 370, citado por Mendez costa; Ferrer y D’ Antonio: ob.cit, p.74.

⁹⁹Guaglianone, Aquiles H: Régimen patrimonial del matrimonio”, Ediar, Buenos Aires, 1968, t. I, Cap. III, citado por Mendez costa; Ferrer y D’ Antonio: ob.cit, p.74.

¹⁰⁰ Mendez Costa, Maria Josefa, Ferrer, Francisco; D’ Antonio. Daniel Hugo: Ibidem, p.79, 80,81.

¹⁰¹CNCiv, Sala D, 9-2-84, ED. 109-331 y L.L 1985-A.495.

de bienes, pues aparte de los bienes propios de cada cónyuge existen ahora: bienes gananciales del marido y bienes gananciales de la mujer¹⁰².

1) **Bienes propios de titularidad del marido:** conforme al artículo 1263 son los que “éste introduce al matrimonio, o que en adelante adquiera por donación, herencia o legado”.

2) **Bienes propios de la mujer:** como lo expresa el artículo 1243, formados por “todos aquellos bienes que la mujer lleva al matrimonio, y los que durante él adquiera por herencia, legado o donación”.

Además de los bienes enumerados por estas dos normas, también serán propios de cada cónyuge los bienes adquiridos después del matrimonio, pero por un título o causa anterior, como lo son: los aumentos materiales de los bienes propios y los que ingresan al patrimonio de cada uno de los esposos por subrogación real de un bien propio, los productos de los bienes propios; las indemnizaciones percibidas por daño o pérdida de cosas propias; las jubilaciones; las pensiones; el derecho moral de autor y las indemnizaciones de los daños físicos sufridos por cada uno de los cónyuges.

3) **Bienes gananciales o comunes, de titularidad de cualquiera de los esposos:** son aquellos que constituyen “el haber de la sociedad conyugal”. Surge de lo prescripto por los artículos 1271¹⁰³ y 1272¹⁰⁴ del Cód. Civil. Sobre estos bienes los cónyuges tiene expectativas comunes y a la disolución de la sociedad conyugal se dividen entre ellos, o sus herederos, en parte iguales, en virtud de que el sistema de comunidad se basa en la colaboración mutua de los componentes de la misma por razón del matrimonio¹⁰⁵.

¹⁰² Vidal Taquini, Carlos., ob. cit, p. 315.

¹⁰³ Artículo 1271 del C. Civil: “Pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, sino se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación”. Es lo que se conoce como presunción legal de ganancialidad, aplicándose una presunción iuris tantum (que admite prueba en contrario) y que se aplica a toda clase de bienes.

¹⁰⁴ Artículo 1272 del Código Civil Argentino: “*Son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos, adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, legado o donación, como también los siguientes:*

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

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

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.

Los que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio.

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.

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”.

¹⁰⁵Viano, Carlomagno, María Marcela, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, t III, Pág.701-Directores Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, coordinador Uriarte Jorge.

El mantenimiento de la clasificación en bienes propios y gananciales de cada uno de los cónyuges sólo responde al destino diferente que tendrán dichos bienes luego de la disolución del régimen, produciéndose una integración por conversión, al mantenerse el artículo 1315 del Cód. Civil, que se manifiesta en el momento de la liquidación y partición que pone fin a la indivisión sobreviniente al hecho que se traduce en causal de disolución¹⁰⁶.

2.7.2. Clasificación de los bienes

1. Bienes propios¹⁰⁷.

1. A. Bienes aportados al matrimonio.

Si bien, en la actualidad, todos los bienes de los que son propietarios cada uno de los esposos al momento de celebrarse el matrimonio son bienes propios de ellos, antes de sancionarse en 1968 la ley 17.711, al menos para cierta parte de la doctrina y jurisprudencia, no era necesariamente así. En efecto, hasta ese momento se encontraba vigente el art. 1224 del C.C que prescribía: *“Si no hubiese escritura pública o privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que éste se contrae, haciéndose comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos; y disuelta la sociedad, se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de los muebles y cosas fungibles que durante el matrimonio adquieran marido y mujer, por herencia, legado o donación”*.

A la luz del texto citado, a falta de escritura, la celebración del matrimonio comportaba la comunidad de todos los bienes muebles de que eran propiedad de los esposos hasta ese momento.

Hoy la mentada divergencia, que planteamos líneas más arriba, no puede tener lugar, puesto que la ley 17.711 ha derogado el art 1224, por lo que, todos los bienes de los que son propietarios los esposos al momento de la celebración, son bienes propios de cada uno de ellos.

Así, podemos decir, que: 1) los que pertenecen a los cónyuges a la celebración del matrimonio, por ejemplo: las joyas que la esposa recibió, siendo novia, del marido, los regalos de boda, el capital social aportado por la esposa a la sociedad que se constituyó antes del matrimonio; 2) los incorporados al patrimonio de los

¹⁰⁶ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 315.

¹⁰⁷ Clasificación seguida de Costa. Maria Josefa, Ferrer. Francisco, D´ Antonio. Daniel Hugo:, ob. cit. Complementada por otros autores.

cónyuges después de la celebración del matrimonio en virtud de un título o causa anterior a ésta.

El Código incluye algunos casos particulares que aplican la regla sentada tácitamente en el artículo 1267, a saber: es propia la cosa y no cosa, adquirida onerosamente durante la vigencia de la sociedad conyugal si la causa o título de adquisición ha extinguido antes de dicha vigencia y el precio ha sido pagado con bienes de uno de los cónyuges.

1.B. La regla del artículo 1267.

Teniendo en cuenta el régimen de comunidad de ganancias, el codificador estableció en el artículo 1267 del C. Civil la *regla* de que “los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal por causa o título anteriores al nacimiento de ésta deben reputarse propios, enumerando en las normas subsiguientes, casos específicos derivada de esta regla.

Vélez tomó como fuente inmediata de esta norma el art.1736 del Código Civil Chileno, y como fuente mediata el artículo 220 de la Coutume de París, excluyendo de la comunidad los bienes no constitutivos de ganancias obtenidas durante la sociedad conyugal, agregando además a la norma una frase que no se encuentra en estas fuentes: “y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges” creándose alrededor de este agregado diferentes interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales:

1-La posición sostenida por la doctrina mayoritaria y por gran parte de la jurisprudencia afirma que la exigencia de que el precio sea pagado con fondos propios del adquirente es superflua, basándose en que todo bien adquirido mediante subrogación real de fondos propios es propio, y considerando, en consecuencia, que no es necesario el pago con fondos propios (total o parcialmente) , ya que entonces la norma carecería de sentido, bastaría con la regla del artículo 1266 del Cód. Civil para que el bien fuera propio. Ésta teoría es sostenida por Gustavino, Lafaille, Machado, Beluscio, Cornejo y Vidal Taquini¹⁰⁸.

2-Una postura más estricta, sostenida por Llerena, considera indispensable para calificar al bien como propio que el precio sea oblado con fondos propios del cónyuge adquirente.

3-Otra parte de la doctrina exige que se haya pagado, al menos parcialmente, el bien con fondos propios del cónyuge adquirente, ya que si se pagara

¹⁰⁸ Gustavino, Lafaille, Machado, Beluscio, Cornejo y Vidal Taquini, citados por Viano Carlomagno, María Marcela:, ob. cit, p. 644, 645.

todo con fondos gananciales, el bien se reputará ganancial a pesar de la causa o título anterior al matrimonio. Sostiene esta teoría Guaglianone.

4-Zannoni, sostiene que el agregado por Vélez significa que le ha otorgado preponderancia la principio de subrogación real sobre el cual califica la naturaleza del bien sobre la época en que fue adquirido el bien o en que nació el derecho de adquisición, pero aclara que si el adquirente, con anterioridad al matrimonio, ha pagado parte del precio, el posterior empleo de bienes gananciales para completar el pago no altera la calificación de propio, porque esos pagos “representan el cumplimiento de una contraprestación que se debe en función de un derecho que ha tenido principio de ejecución con anterioridad a la celebración del matrimonio mediante el empleo de bienes propios del titular del derecho”.

5-Mazzinghi sostiene que el requisito de la última parte del artículo debe ser cumplido, pero no importa si los fondos son propios o gananciales del adquirente, logrando así la calidad del bien propio que prescribe el artículo¹⁰⁹.

La norma también se refiere a la “*causa*” o “*título*” de adquisición como sinónimos, pero en realidad se trata de los dos extremos de una alternativa de hecho posible, dada la identidad de sus consecuencias. En donde se dice que “*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. Por “*Causa*” se entiende, según la descripción del artículo 499, en el sentido de causa de la obligación, todo hecho lícito o ilícito, relación de familia o civil apta para generar una obligación. Un claro ejemplo de esto lo constituye el boleto de compraventa que no es título de adquisición del dominio porque no reemplaza a la escritura pública, pero si es causa de la adquisición, porque genera la obligación de escriturar y de efectiva trascendencia en la calificación propia si el boleto tiene fecha cierta. Es decir, que antes del matrimonio ya existía, para el cónyuge adquirente, un derecho a la adquisición fundado en la obligación válida de transferir. Ésta opinión es generalizada en la doctrina Nacional.

1. C. El argumento de la subrogación real

El fundamento de la norma se sitúa en la subrogación, en el patrimonio del cónyuge, del derecho a obtener la transmisión del dominio de la cosa por el derecho real sobre la misma. Si aquel derecho existía al momento del matrimonio, era propio, por lo tanto, también es propio el bien adquirido como consecuencia de la efectivización de ese derecho¹¹⁰.

¹⁰⁹Viano Carlomagno, Maria Marcela:, ob. cit, p. 644-645. Directores Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, coordinador Uriarte Jorge.

¹¹⁰ Mendez Costa, Maria Josefa; Ferrer, Francisco; D´ Antonio. Daniel Hugo:, ob cit, p. 84.

Revisten por lo tanto el carácter de bienes propios, lo bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o con el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos. Su función consiste, para el caso de enajenarse o perderse uno de esos elementos, en trasladar, salvo los intereses de terceros, de pleno derecho o por voluntad de las partes, al bien adquirido en su reemplazo, las calidades extrínsecas que el ordenamiento jurídico le confiere, que tenía el bien sustituido. Ese mecanismo por el cual se transfieren las calidades extrínsecas es lo que se denomina subrogación real. Entre dichas calidades figura el carácter de propio o ganancial atribuida por la ley a los bienes de los cónyuges.

En virtud de ese traslado económico, los nuevos bienes deben tener el mismo carácter que los anteriores.

Vélez Sarsfield estableció mediante los artículos 1246¹¹¹ y 1247¹¹² del Código Civil, los requisitos para que los inmuebles adquiridos con dinero de la mujer fueran propios de ésta: a) declaración del marido que adquiere para la mujer; b) consentimiento de la mujer en la adquisición; c) especificación o designación de cómo le pertenece. Sin embargo con la sanción de la ley 11.357 no se derogó el artículo, sino que al permitirle a la mujer actuar por sí misma, sólo quedaron sin efecto los dos primeros requisitos, subsistiendo el último.

Ante la reforma de la ley 17.711, por la cual quedan comprendidos en la administración de cada cónyuge sus bienes propios, Vidal Taquini sostiene “que la mujer debe cumplir con la exigencia del artículo 1246” a saber: la determinación de que se adquiere con bienes propios y de cómo los obtuvo, a fin de poder destruir la presunción de ganancialidad. Para Vidal la norma se aplica exclusivamente a la mujer en la compra de inmuebles efectuada con su dinero para o por ella, en cambio el marido, en caso de que no realice la especificación, podrá probarlo por todos los medios de prueba.

Para Beluscio, en cambio, el artículo 1246 no está en vigencia porque es incompatible con la ley 17.711.

La postura sostenida por las V Jornadas de Derecho Civil de Rosario, de 1971, el artículo 1246 debe ser interpretado con amplitud, reconociendo por igual al marido y a la mujer la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra de bienes inmuebles. Tal manifestación implica una presunción iuris tantum

¹¹¹Artículo 1246 del Código Civil Argentino: “*Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que lo adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer.*”

¹¹²Artículo 1247 del Código Civil Argentino: “*Corresponde también a la mujer lo que con su consentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresándose también el origen de los bienes que ella diere en cambio.*”

sobre el carácter del bien adquirido. Borda, también adhiere a esta postura, sosteniendo que la norma debe extenderse al marido, en virtud de la igualdad jurídica de los cónyuges.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria establecieron que permaneció inalterable el principio de que debe constar en la escritura que se “adquiere el bien con dinero propio, y la prueba de ese origen. Si tal designación es omitida, implica que el bien es de carácter ganancial¹¹³.

1.D. Adquisición en subasta pública.

La adjudicación del bien subastado a una persona soltera que después contrae matrimonio, determina su calificación como propio aunque el remate no se encontrara aprobado a la celebración de las nupcias, o si, estándolo, sólo después de éstas se otorga e inscribe la escritura, por otra parte, innecesaria ante la excepción que prescribe el artículo 1184 que prescribe: “Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión;3) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;4) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote;5) Toda constitución de renta vitalicia;6) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;7) Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;8) Las transacciones sobre bienes inmuebles;9) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres”.

4. **Artículo 1268:** Se refiere a los bienes adquiridos antes del matrimonio por un título viciado que se perfecciona después de la celebración, por ejemplo: un bien adquirido

¹¹³Viano Carlomagno, María Marcela:, ob. cit, p. 642,643.

por un incapaz de obrar que lo confirma una vez obtenida o recuperada la capacidad¹¹⁴.

5. **Artículo 1269:** contempla el supuesto de los bienes que se incorporan al patrimonio del cónyuge por nulidad o resolución del contrato o revocación de la donación en cuya virtud habían salido de él¹¹⁵.

6. **Artículo 1270:** considera al usufructo que se consolida con la nuda propiedad vigente el régimen patrimonial y los intereses devengados antes del matrimonio y saldados después¹¹⁶.

7. **Artículo 1274:** incluye la donación remuneratoria por servicios que dan acción contra el donante, prestados antes del matrimonio, recibida durante la vigencia del régimen patrimonial¹¹⁷.

1.E. Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen.

1. Los bienes incorporados al patrimonio del cónyuge por herencia, legado o donación, aunque el legado o donación hubiera sido efectuado para satisfacer las necesidades del hogar. Es decir todas las adquisiciones gratuitas, excepto los bienes obtenidos por hechos fortuitos, que no sean literalmente gananciales.

1.1. Lo donado con cargo, sin perjuicio de la recompensa que pueda resultar por haberse soportado el cargo con bienes gananciales.

1.2. Las donaciones remuneratorias por servicios que no confieren acción contra el donante. Las donaciones que son a la vez remunerativas y no remunerativas, porque exceden la remuneración equitativa de los servicios, se consideran gananciales con recompensa a favor del donatario por el excedente o, si la desproporción es grande, desaparece el carácter remuneratorio con recompensa a favor de los gananciales.

¹¹⁴Artículo 1268 del Código Civil Argentino: "*Tampoco le pertenecen los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal*".

¹¹⁵ Artículo 1269 de nuestro Código Civil: "*Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación*".

¹¹⁶Artículo 1270: "*Ni el derecho de usufructo, que se consolida con la propiedad durante el matrimonio, ni los intereses devengados por uno de los cónyuges, antes del matrimonio y pagados después*".

¹¹⁷Artículo 1274 del código Civil Argentino: "*Las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges, o a ambos por servicios que no daban acción contra el que las hace, no corresponden al haber social, pero las que se hicieron por servicios que hubiesen dado acción contra el donante, corresponden a la sociedad, salvo que dichos servicios se hubieran prestado antes de la sociedad conyugal, pues en tal caso la donación remuneratoria no corresponde a la sociedad, sino al cónyuge que prestó el servicio*".

1.3. Casos no expresamente previstos que se deducen de la regla de gratuidad, a saber por ejemplo: la renta vitalicia a favor de un cónyuge constituida por un tercero.

1.F. Bienes que reemplazan a bienes propios (subrogación real)

Son bienes propios:

1. Los comprados o permutados con bienes propios, tanto bienes muebles e inmuebles.
2. Los que por cualquier otra causa reemplazan a los bienes propios por ejemplo: indemnizaciones por pérdidas o destrucción de un bien propio, crédito por el precio de venta de un bien propio, indemnización por expropiación de un bien propio.

1.G. Bienes que resultan de la evolución o transformación de bienes propios

El principio general surge de la máxima de que lo “accesorio sigue la suerte de lo principal”, establecida por el artículo 2571 que expresa: “*se adquiere el dominio por accesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial*”; así el artículo 1266 prescribe: “*los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando el mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación, u otra causa, pertenecen a quien correspondía la especie principal*”.

Es decir que los aumentos materiales que experimentan los bienes propios, sea que provengan de hechos de la naturaleza (aluvión, avulsión y adjunción), o debidos a la mano del hombre (mejoras o plantación), serán propios.

Vidal Taquini, en cambio, no distingue entre mejoras separables e inseparables, considera que “siempre las mejoras realizadas con fondos gananciales sobre bienes propios del otro cónyuge, por el principio de accesoriedad, acceden a la cosa principal, generando una recompensa a favor de la sociedad por el mayor valor adquirido por el bien”.

Cuando el bien propio aumenta su valor sin necesidad de realización de mejoras, por la mayor valoración de la zona o por la construcción de una ruta por ejemplo, este mayor valor será propio del titular del bien¹¹⁸.

1.G. Bienes que son propios por disposición legal expresa

El artículo 1272, último párrafo, dispone que “*los derechos intelectuales, patentes de la invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor,*

¹¹⁸Viano Carlomagno, María Marcela: ob. cit, p. 643.

pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial". Es decir, comprende la propiedad intelectual, patentes de invención y modelos de utilidad.

La solución legal toma la teoría de que la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales es dual, es decir que se divide, en dos aspectos uno de carácter extrapatrimonial (derecho moral de autor o inventor), y otro, de carácter patrimonial (explotación económica de la obra o creación artística o científica).

1.H. Bienes que son propios por aplicación de principios de otras instituciones o de principios generales del ordenamiento jurídico

Son propios los siguientes bienes:

1) *Los productos de los bienes propios*, a falta de disposición que establezca lo contrario y porque forman parte de la cosa productiva a la cual disminuyen al retirarse y con excepción de los productos de una mina propia, que son gananciales por disposición del Código de Minería (artículo 344).

2) *La indemnización por daño personal y por daño moral sufridos*, porque lesionan la integridad de la persona y repercuten en su capacidad laboral, salvo el caso de una incapacidad transitoria, que para algunos autores como Mazzinghi, Beluscio y Roveda, reviste el carácter de ganancial en reemplaza el ingreso del trabajo durante su duración.

-Revisten el carácter de bien propio también, según la ley 24.557 (Aseguradoras de Riesgo del Trabajo), el pago de las indemnizaciones por incapacidad laboral en forma de pensión.

-Las indemnizaciones por muerte de un tercero percibida por uno de los cónyuges es propia, pero en cuanto repara gastos (gastos de farmacia, atención médica, gastos de sepelio) tiene la calidad de los bienes empleados en satisfacerlos por subrogación real.

-La indemnización recibida por un esposo por la muerte del otro.

3) *El derecho a la jubilación o pensión*, en general, a las prestaciones previstas en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, y a alimentos.

4) *Los objetos de uso persona*, como lo son, los papeles personales (cartas, originales de una obra intelectual del autor, diplomas, condecoraciones, etc), los anteojos, el bastón, audífonos, sillas de rueda, la vestimenta, las joyas.

5) *Los útiles o instrumentos de trabajo*, aquí se encuentran incluidos los libros de uso profesional, en cambio, los libros de uso no profesional son propios, salvo que constituyan una inversión por su valor económico.

6) *Los premios por seguro de vida*, algunos autores como Borda y Beluscio sostienen que del artículo 14 de la ley 17.418, se desprendería que el capital adquirido por el beneficiario casado es propio suyo, pero ésta postura es criticada, ya que la interpretación que hacen los autores excede al norma, porque de ella sólo se desprende que pertenece al beneficiario. La postura que se considera más razonable, sostiene que lo adquirido por el beneficiario es propia por una extensión analógica a las indemnizaciones y al objeto de una donación o legado, porque la institución del beneficiario es un acto de última voluntad revocable hasta la muerte del asegurado, pero si la institución de beneficiario es onerosa o es el propio beneficiario quien paga las primas, el capital recibido es ganancial. Cuando el asegurado es un cónyuge a favor del otro, el carácter propio o ganancial queda fuera de toda discusión, dado que al adquirirse el beneficio la sociedad conyugal ya se encuentra extinguida.

7) *Los establecimientos comerciales, rurales, etc.*, llevados al matrimonio, son propios.

8) *La renta vitalicia constituida a favor de uno o ambos esposos por un tercero que recibió como contraprestación bienes propios.*

9) *El derecho de preferencia de acciones propias.*

1.1. Bienes propios en condominio

No hay ningún problema legal para que los cónyuges revistan el carácter de condóminos o de copropietarios. Si adquieren conjuntamente empleando bienes o fondos propios de uno y de otro, el objeto adquirido será un bien propio en condominio, si se trata de una cosa, o en copropiedad, si se trata de un derecho, se encuentra el caso contemplado tácitamente en el artículo 1264 que dice lo siguiente: "Los bienes donados, o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donante o testador, y a falta de designación, por mitad a cada uno de ellos.

2. Bienes Gananciales¹¹⁹

Se habla de gananciales, en principio, cuando cada esposo tiene algún derecho, actual o potencial, sobre bienes adquiridos por el otro, lo que es típico en los regímenes de comunidad y de participación, pero siempre que la comunidad sea restringida, lo cual no ocurre en la comunidad universal en donde todos los bienes tienen un destino común.

Cabe mencionar que el fundamento de la ganancialidad se confunde, a su vez, con la razón de ser de los regímenes de comunidad, a saber: *“el reconocimiento del esfuerzo en común empleado para lograr los bienes y la solidaridad que el matrimonio crea entre los esposos”*.

Para definir el carácter de ganancial en nuestro ordenamiento jurídico, se definen de tres criterios a tener en cuenta: el primero hace a la época de incorporación del bien al patrimonio del cónyuge; el segundo, se refiere al carácter oneroso con que se produjo; y por último se tendrá en cuenta el destino común que habrá de concretarse a la finalización de la sociedad conyugal. Se requiere la concurrencia de los tres requisitos, dado que cada uno de ellos aisladamente, resultan insuficientes para atribuible al bien el carácter de ganancial.

Del artículo 1272 del C. Civil articulado con los artículos 1263 y 1271 del C. Civil, podemos extraer una definición de bienes gananciales, por lo que se dice entonces que son gananciales *“los bienes incorporados al patrimonio de los esposos, vigente el régimen patrimonial matrimonial, por causa distinta de la herencia, legado o donación, en términos generales onerosamente, pero siempre que no corresponda calificarlos como propios, presumiéndose la cualidad de gananciales en todos los bienes existentes a la terminación del régimen”*¹²⁰.

El anterior artículo 1271 contempla, lo que se denomina la **“presunción de ganancialidad”**, por el cual se establece *“que a la disolución de la sociedad conyugal, serán reputados gananciales todos los bienes existentes, si no se prueba que son propios de alguno de los cónyuges”*. Sentándose en consecuencia el principio general **“in dubio pro communitate”**.

Los bienes gananciales constituyen el haber de la sociedad conyugal, el activo de la comunidad, sobre éstos, los cónyuges mantienen un derecho en expectativa que se concreta a la disolución de la sociedad conyugal, ésta comunidad

¹¹⁹ Clasificación seguida de Viano Carlomagno, María Marcela, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, tomo III, Pág. 649/666, Complementada con Costa. María Josefa, Ferrer. Francisco, D´ Antonio. Daniel Hugo, “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo II, Ediciones Rubinzal-Culzoni. Pág.98-99.

¹²⁰ Costa. María Josefa, Ferrer. Francisco, D´ Antonio. Daniel Hugo, “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni. Pág.98-99.

de ganancias, vuelvo a reiterar es una comunidad de afectos, intereses, aportes y esfuerzos, de lo cual se concluye diciendo que *“los bienes gananciales son los frutos del esfuerzo realizado en comunidad”*.

A continuación se harán algunas precisiones con el fin de determinar y caracterizar aquellos bienes a los cuáles le son atribuibles el carácter de ganancialidad:

A) Adquisiciones a título oneroso. El artículo 1272 del C. Civil establece que son gananciales: *“los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno sólo de los cónyuges”*.

Son gananciales todos los bienes que emergen de la comunidad de vida, aunque tengan como antecedente una actividad individual, es decir, de uno de los cónyuges con excepción por ejemplo de los bienes subrogados de bienes propios.

Pero cabe hacer una aclaración el artículo anterior debió decir que son gananciales las adquisiciones onerosas durante la vigencia de “la sociedad conyugal” y no “del matrimonio”, ya que puede disolverse la sociedad conyugal sin que se disuelva el matrimonio.

B) Bienes adquiridos por hechos fortuitos. El 2º párrafo del art. 1272 del C. Civil, dispone que “los bienes adquiridos por hechos fortuitos son también gananciales”. El fundamento del principio sentado por Vélez, es que los azares de la fortuna sean compartidos por ambos cónyuges, abarcando a los juegos como a las apuestas, entre ellos se mencionan: las ganancias obtenidas de un bono contribución, de concursos radiales, televisivos, organizados por revistas o por marcas en los que hayan intervenido elementos aleatorios para la obtención del premio. Cualquiera sea la importancia del premio, éste es ganancial.

Existe en la doctrina una divergencia que gira en torno al billete de lotería o de rifa que hubiese sido adquirido por el cónyuge ganador antes de la celebración del matrimonio. Para Fassi, Bossert y Belluscio¹²¹, el premio será reputado ganancial, porque lo decisivo para la calificación, no es la posesión del billete, sino el hecho fortuito de difícil realización. En cambio para Vidal Taquini el premio obtenido durante la sociedad conyugal, pero cuyo billete fue adquirido antes de la celebración del matrimonio, es propio por lo dispuesto en el art.1267 que reza: *“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 presidido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”*.

En cuanto al hallazgo de un tesoro por el marido o la mujer en el predio de uno u otro, o la parte que le correspondiese al propietario del tesoro hallado por un

¹²¹ Fassi, Bossert y Belluscio, citados por Viano Carlomagno, María Marcela:, ob. cit, p. 652.

tercero en predio del marido o mujer, corresponde a ambos como gananciales decir que el hallazgo de un tesoro es un hecho fortuito porque se encuentra caracterizado por el azar, por la dificultad en su hallazgo.

C) Frutos civiles y naturales de los bienes. Son bienes gananciales los frutos de los bienes comunes o propios de los esposos que se devengaren durante la vigencia de la sociedad conyugal (inc. 3° del art.1272 del C. Civil).

El art.2424 define a los frutos naturales como las producciones espontáneas de la naturaleza, y a los civiles como las rentas que una cosa produce.

Pero cabe hacer una distinción entre frutos y productos, *frutos “son los que la cosa produce regular y periódicamente sin alteración ni disminución de su sustancia”*; y por *productos se debe entender “los que se separan de la cosa o se sacan de ella, y que una vez separados la cosa ya no los produce, es decir, se caracterizan por disminuir o alterar la sustancia”*.

Entonces por el inc. 3° del 1272, quedan excluidos de los bienes gananciales los productos de los bienes propios, que acceden a la calidad de bien principal del cual son extraídos, la excepción se encuentra descritos por el art 344 del Cód. de Minería, el que prescribe: “ *los productos de las minas particulares de cada uno de los cónyuges, pertenecen a la sociedad*”.

Por lo que se concluye diciendo que son gananciales, los frutos civiles y naturales percibidos durante la vigencia de la sociedad conyugal, y los frutos civiles devengados y los frutos naturales pendientes al momento de la disolución de la sociedad conyugal, pues siguen la suerte del principal, en cambio los frutos de los bienes propios son gananciales, por surgir de la actividad individual de los cónyuges en razón de la comunidad de vida basada en la asistencia moral y material recíprocas.

D) Dividendos de acciones societarias. Resulta indiscutible que las utilidades percibidas durante la vigencia de la sociedad conyugal por la propiedad de acciones de una sociedad comercial son gananciales, sean las acciones propias o gananciales, en virtud de lo desarrollado en el punto antecedente (inc. 3° del art.1272 del C.Civil), puesto que son frutos civiles devengados durante la sociedad. Los dividendos revisten la calidad de frutos civiles por la calidad de “regularidad y de periodicidad” que configuran dichas rentas.

E) Crías de ganado. Éste apartado constituye, por la falta de normativa específica, otra de las discusiones doctrinarias y es la que gira en torno a la calificación de las crías producidas por los vientres aportados en carácter propio por uno de los cónyuges, o que adquiere por herencia, legado o donación durante la vigencia de la sociedad conyugal. Es por ésta razón que la doctrina se encuentra

totalmente dividida, y cada una encuentra una norma diferente en la cual fundar la solución al problema, justamente por la laguna legislativa en cuanto al tema.

Borda, Mazzinghi y Arias¹²², a fin de evitar la ganancialización del capital propio aportado por cónyuge propietario del ganado, fundándose en la subrogación automática de las crías en lugar de cabezas de ganado perdidas, sostiene que el principio establecido por el inc. 3° del 1272 se aplica solamente a las cabezas de animales que exceden el número aportados por uno de los cónyuges a la sociedad conyugal, sin necesidad de prueba alguna.

En cambio Vidal Taquini sostiene que deberá estarse a la aplicación del principio establecido por el art.1271 del C. Civil (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), reputándose gananciales todas las cabezas existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal, dicho principio podrá ser dejado de lado en el supuesto de que uno de los cónyuges pueda probar de que algunos de los animales tiene el carácter de propio. Tampoco tendrá derecho a recompensa alguna en caso de pérdidas o muertes de las cabezas apostadas.

Al igual que Vidal Taquini y Guaglianone¹²³, considero que el ganado sigue la suerte de cualquier otro animal de pertenencia privada de los cónyuges, y por lo tanto se hayan regidos por los principios generales del régimen: sus crías son gananciales. Otra de las razones que hacen que ésta postura sea sostenida y fundada en el art.1271, es que Vélez tan influido en materia de régimen matrimonial por el Proyecto español de 1851, al no transcribir el art.1236 del mismo demostró su pensamiento contrario, el que preceptuaba: *“cuando la dote o el capital marital se componga en todo o en parte de ganados que existan al tiempo de la disolución, se reputarán gananciales las cabezas que excedan a las aportadas al matrimonio”*.

F) Frutos de la profesión, trabajo o industria. Serán gananciales sólo los que se devenguen durante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque se perciban después de su disolución. Siendo también frutos, ya que integran en los regímenes de comunidad restringida, las conquêtes o ganancias, abarcando este concepto: los salarios, los honorarios, las comisiones y todo tipo de remuneraciones por los servicios prestados por cualquiera de los cónyuges, sea en su profesión, oficio o actividad lucrativa, habitual u ocasional.

Estableciéndose el carácter ganancial de los mismos por el momento en que se devengan, ya que si se perciben con posterioridad a la disolución, habrá que analizar si el derecho a la retribución nació durante la vigencia de la sociedad

¹²² Citados por Viano Carlomagno, María Marcela:, Idem, p. 656, 657.

¹²³ Citados por Viano Carlomagno, María Marcela:, Ibidem, p. 656, 657.

conyugal, en este caso habrá, por lo tanto, quedado incorporado al patrimonio ganancial el derecho a percibirla, aunque fuera oblada con posterioridad a la disolución.

Otra de las situaciones que pueden darse es que el trabajo se cumpla en parte durante la vigencia de la sociedad conyugal, la solución aquí es establecer proporcionalmente cuál será la parte ganancial y cuál la propia del cónyuge que realizó el trabajo o la actividad.

También se consideran gananciales por el principio sentado en el párrafo anterior: las indemnizaciones por despido sin justa causa y por falta de preaviso, por tener su causa en el trabajo cumplido durante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque sean pagadas con posterioridad a su disolución.

También son gananciales las sumas percibidas en concepto de jubilación durante la vigencia de las sociedad, por tener su causa en el trábalo y reemplazar a los salarios, pero el derecho a la jubilación es propio, por ser *intuito personae*.

G) Usufructo de los bienes de los hijos de un matrimonio anterior. Son gananciales por aplicación del principio sentado en el artículo 1272 primer párrafo, en concordancia con el art.1275 del C. Civil. También es aplicable este principio a los hijos extramatrimoniales por aplicación de la ley 23.264 que terminó con la desigualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

H) Mejoras realizadas durante la vigencia de la sociedad conyugal con fondos gananciales sobre bienes propios de uno de los cónyuges.

I) Inversiones realizadas con fondos gananciales en beneficio de uno de los cónyuges.

J) Subrogación real. Serán considerados gananciales los bienes que ingresan al patrimonio de cualquiera de los esposos por permuta de otro bien ganancial, por la reinversión de fondos gananciales y las indemnizaciones cobradas por la pérdida o destrucción de bienes gananciales.

K) Aumentos materiales y mejoras realizadas sobre bienes gananciales.

2.8. Disolución de la sociedad Conyugal

En la economía de nuestra legislación, la disolución de la sociedad conyugal implica, para el futuro, la extinción, el fin del régimen de comunidad de gananciales entre los cónyuges. Es una situación jurídica que determina la extinción de las condiciones de ganancialidad respecto de las adquisiciones que, en adelante efectuare cualquiera de los cónyuges, en consecuencia de ello **“la mujer no tendrá**

parte alguna en lo que en lo sucesivo ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare”.

2.8.1. Causas que determinan la disolución. Enumeración y Clasificación

Hay que recordar, que la sociedad conyugal sólo se disuelve por las causales fijadas por la ley.

Hay causales de disolución que disuelven solamente la sociedad conyugal, subsistiendo por lo tanto el vínculo matrimonial, otras en cambio disuelven al mismo tiempo el matrimonio y la sociedad conyugal.¹²⁴

Las causales de disolución que establece el art. 1291 del Cód. Civil son las siguientes: “Separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los esposos”.

Estas causales pueden agruparse en tres categorías según los diferentes criterios que facilitan la caracterización de cada una de ellas¹²⁵.

a) Según la causa eficiente, directa o indirectamente sea determinante de la extinción del régimen patrimonial-matrimonial:

a.1- Causales que operan de pleno derecho: en esta clasificación se encuentran: la muerte, el vencimiento del plazo de pre-notación, el matrimonio del cónyuge del muerto presunto, nulidad del matrimonio putativo, separación personal.

a.2- Causales que operan a instancia de parte: por vía principal, por medio de la acción de separación de bienes (son los supuestos contemplados en el art.1290, 1294 y 1307 del C. Civil): mala administración, concurso de uno de los cónyuges, curatela de un cónyuge por un tercero y la muerte presunta.

b) Según los efectos particulares que produzca la extinción del régimen patrimonial del matrimonio según las distintas causales:

b.1- Causales que producen la extinción del régimen sin que sea sustituido por otro: muerte, matrimonio del cónyuge del muerto presunto, vencimiento del plazo de la prenotación, separación de bienes por muerte presunta, nulidad del matrimonio putativo.

b.2- causales que producen la extinción del régimen patrimonial matrimonial y su reemplazo por el de separación de los bienes: separación personal, mala administración, concurso, abandono de hecho y curatela de un cónyuge por un tercero.

¹²⁴ Boretto, Mauricio: “Revista de Derecho de Familia”, N° 12. Editorial Lexis Nexis.

¹²⁵ Méndez Costa, María Josefa, Francisco, Ferrer; Daniel Hugo D’ Antonio :, ob. cit, p. 244,245.

c) Según las posibilidades de reconstitución del régimen patrimonial matrimonial.

c.1- Causales que producen efectos irreversibles: muerte, matrimonio del cónyuge del muerto presunto, nulidad del matrimonio putativo y el divorcio.

c.2- Causales que permiten la reconstitución del régimen: vencimiento del plazo de prenotación, separación personal. Mala administración, concurso, abandono de hecho, curatela de un cónyuge por un tercero.

A continuación, se analizarán, las causales de separación judicial de bienes que no implican disolución del vínculo matrimonial y a su término las que implican disolución del vínculo. En el capítulo siguiente de este trabajo, se analizarán y expondrá de forma acabada y pormenorizada las causales que prescribe el artículo 1294 del C.Civil, como causales de separación judicial de los bienes, dentro del cual se encuentra el concurso, como objetivo central a examinar e investigar, determinando el alcance del mismo y su implicancia en el régimen patrimonial matrimonial argentino.

1. Causales que no implican disolución del vínculo matrimonial:

Separación personal de los esposos: la separación personal a diferencia del divorcio vincular, no disuelve el vínculo matrimonial; es decir, no autoriza a contraer nuevo matrimonio. Son causas de separación personal: el adulterio, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes; la instigación de uno de los esposos al otro a cometer delitos; injurias graves y el abandono voluntario y malicioso; las alteraciones mentales graves permanentes; el alcoholismo; la adicción a las drogas del otro cónyuge; si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

Separados por sentencia firme, cada uno de los esposos podrá fijar libremente su domicilio y residencia. A falta de acuerdo los hijos menores, quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor, los mayores de esa edad, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores quedarán sujetos a todas las cargas y responsabilidades respecto de sus hijos. Además el cónyuge que ha causado la separación, debe mantener al otro cónyuge en el nivel de vida económico del que gozaban antes de la separación, es decir en el momento de su convivencia.

Concurso o mala administración de un cónyuge: esta causal prescripta en el art.1294 de nuestro Código, posibilita que uno de los esposos, el cónyuge in bonis

(el que no administró mal), solicite y obtenga la separación de los bienes y la liquidación de la sociedad conyugal para evitar que la mala gestión o el concurso del otro lo prive de la parte correspondiente a los gananciales de la masa del cónyuge mal administrador o concursado.

En los capítulos venideros será tema de debate si el art 1294, abarca solamente al concurso o también a la quiebra, y otros temas de gran discusión y de importante y necesaria explicación, ya que de allí saldrán las conclusiones que permitirán resolver el planteamiento del problema de este trabajo final.

Abandono de hecho de la convivencia matrimonial: esto sucede cuando uno de los esposos interrumpe unilateral e injustificadamente la cohabitación y el esposo abandonado, puede, por lo tanto pedir la separación judicial de los bienes. Es decir que frente al abandono, puede no tener interés ni en separarse ni en divorciarse, pero sí en disolver la sociedad conyugal.

Nombramiento de un tercero como curador de uno de los cónyuges: el esposo del cónyuge, puede aquí, requerir la separación judicial de bienes si no desea mantener una comunidad de bienes que está compuesta por los gananciales de titularidad del interdicto, que serán administrados por un extraño al matrimonio.

2. Causales de disolución de la sociedad conyugal que implican disolución del vínculo matrimonial:

Nulidad del matrimonio: ésta deja sin validez el matrimonio, como consecuencia de la existencia de vicios de los cónyuges, o defectos de legalidad originarios, existentes al tiempo de celebración del mismo. Por ejemplo contraen matrimonios sujetos mediando impedimento de ligamen, en virtud de que uno está casado y su anterior matrimonio aún no se ha disuelto.

Muerte de alguno de los esposos.

Ausencia con presunción de fallecimiento: transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento del ausente, la sociedad queda disuelta y puede liquidarse. También sucede esto, si tras la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento fijada judicialmente, el cónyuge presente contrae nuevo matrimonio.

Divorcio vincular: aquí el vínculo se disuelve, adquiriendo los esposos nueva aptitud nupcial, cesando la vocación hereditaria. En el divorcio a diferencia de la separación personal, no procede por alteraciones mentales graves de carácter permanente, ni por alcoholismo o adicción a las drogas, sin perjuicio de poder solicitar la conversión de la sentencia de separación en un divorcio pasados los tres años; la

interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse, en el divorcio vincular, requiere de un término superior a tres años; la petición por presentación conjunta (por existir causas graves que hacen imposible la vida en común) requiere que el matrimonio tenga, como mínimo dos años de antigüedad¹²⁶.

2.9. Liquidación y partición.

2.9.1. Concepto y contenido

La liquidación de la sociedad conyugal consiste en el conjunto de operaciones que se realizan para posibilitar la partición de los bienes gananciales asegurando a cada cónyuge la satisfacción del derecho que les confiere el artículo 1315 de nuestro Código Civil¹²⁷.

Los bienes recientemente mencionados que existían al momento de la disolución del régimen son los que ingresan en el estado de indivisión. A ellos se les debe sumar los bienes que debieron adquirirse por uno de los cónyuges durante el régimen, lo cual acaece después de la disolución; los adquiridos por subrogación real; los créditos de cada cónyuge, y los frutos de los gananciales existentes.

Cuando la causa de disolución no es la muerte o la presunción de fallecimiento, no cabe la división de pleno derecho de créditos y deudas como ocurre con la indivisión hereditaria que lleva al cónyuge a exigir el pago del crédito en proporción a su parte, es decir que un cónyuge no se liberará pagando a un acreedor su parte de la deuda, ni el deudor se liberará pagando a un cónyuge la parte que le corresponde a un cónyuge sobre la deuda.

Todos los demás bienes que se adquieren con posterioridad a la disolución, además de los frutos civiles de la actividad laboral de cada cónyuge, quedan excluidos, porque la mujer no tendrá parte en lo que adelante gane el marido, ni éste en lo que ella ganare.

Una vez explicado en que consta el activo, resta explicar cómo se compone el pasivo.

El pasivo de la indivisión está constituido por deudas contraídas por los cónyuges que reconocen causa en la “*oneramrimonii*” no extinguidos y las obligaciones que nacen durante la indivisión y con motivo ella, por lo cual al efectuarse la partición se deberán separar los suficientes bienes para el pago de las deudas y cargas originadas, pudiendo los acreedores exigir que no se les entregue a los ex cónyuges la porción que a cada uno les corresponde, hasta no quedar satisfechas sus acreencias.

¹²⁶Clasificación tomada de Revista de Derecho de Familia N° 12 por Mauricio Boretto

¹²⁷Méndez Costa, María Josefa; Francisco, Ferrer; Daniel Hugo D’ Antonio: ob. cit, p.294.

La vocación a la mitad ganancial que a cada cónyuge tiene sobre los bienes de titularidad del otro, no significa que se transforme en titular de esa mitad, ni hay materialización de ella ni de cada bien en particular¹²⁸.

El proceso liquidatorio tiene por finalidad establecer con precisión la composición de la masa de gananciales a dividir.

Comprende fundamentalmente las siguientes operaciones:

- a-Determinación del carácter propio o ganancial de los bienes.
- b-Confeción de un inventario de los bienes gananciales y estimación de su valor.
- c-determinación y pago de las deudas de cada esposo respecto de terceros acreedores.
- d- Operaciones de compensación de lo que se adeudan entre sí las masas gananciales y propias.

En cuanto al procedimiento, se puede decir que no existe un procedimiento uniforme para liquidar la sociedad conyugal, las diferentes modalidades dependen de la causal de disolución. Por ejemplo, en los supuestos de divorcio vincular, separación personal y nulidad del matrimonio, las operaciones liquidativas se llevan a cabo en la etapa judicial de ejecución de la sentencia de divorcio, separación o nulidad. En cambio si la sociedad conyugal se disuelve por muerte, la liquidación se realiza normalmente en el proceso sucesorio¹²⁹.

¹²⁸ Vidal Taquini, Carlos:, ob. cit, p. 402/405.

¹²⁹ Boretto Mauricio: "Revista de derecho de Familia", Nº 12, Editorial Lexis Nexis, p. 6.



3.1. Introducción

Como hemos señalado en el capítulo 1, el régimen matrimonial de bienes en el derecho argentino es legal e imperativo; sus normas son de orden público en cuanto excluyen la posibilidad de opción y modificación del mismo por voluntad de los cónyuges antes o después de la celebración del matrimonio.

Se adopta un régimen de comunidad restringida a los gananciales de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas y de partición por mitades. En cuanto a la separación de deudas, cabe recordar la excepción a la regla que prescribe el artículo 6 de la ley 11.357, el que dispone: “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”.

La vida familiar impone satisfacer ciertas necesidades, que impelen cotidianamente a los cónyuges a la celebración de contratos con la consiguiente asunción de obligaciones, que pueden pasar inadvertidas por las personas que intervienen en esas operaciones. Así, los cónyuges asumen deudas que pueden ser personales, comunes o conjuntas y puede ocurrir que ante una situación de asfixia patrimonial, en la que los bienes del deudor se tornen insuficientes para hacer frente a sus obligaciones, uno o varios de sus acreedores soliciten la apertura del concurso preventivo o la quiebra del deudor.

Cuando el deudor está unido en matrimonio, es necesario observar la trascendencia que presenta la circunstancia de su estado civil cuando se ha solicitado el concurso preventivo o la quiebra.

Es por cuanto a lo recientemente explicado, que la relación que inicialmente vinculaba al deudor con el acreedor, se vuelve problemática porque puede ingresar un tercer sujeto a dicha relación, el “*cónyuge in bonis*”, y con ello producirse varios conflictos de intereses entre el cónyuge in bonis y los terceros acreedores del fallido.

De esta manera, confluyen dos normativas, a saber: la del régimen patrimonial del matrimonio y la del concurso o la quiebra. Aún cuando puedan parecer dos normas de imposible integración, pronto aparece la necesidad de su vinculación y aplicar el principio que hemos estado mencionando, el derecho es uno sólo y es necesario, por lo tanto abordar los temas íter-disciplinariamente¹³⁰. También es necesario tener en cuenta que un precepto legal, además de un sentido externo y gramatical tiene otro sutil y profundo que resulta de su confrontación con otros preceptos y con el

¹³⁰ Dr. Leiva Claudio, “La Quiebra Del Cónyuge”, Ediciones jurídicas Cuyo, Año 2001, Pág. 127/129.

ordenamiento jurídico todo. No hay que dejarse cautivar por la claridad puramente exterior de los preceptos, es preciso tomar en consideración el extenso mundo de los supuestos y de conceptos que se hallan detrás de las palabras de la ley y que contribuye a dar a ésta un sentido original y propio como voluntad normativa¹³¹

Las cuestiones interdisciplinarias han constituido normalmente áreas conflictivas en el ordenamiento jurídico, suelen constituir el punto de encuentro de paradigmas diferentes. Esta afirmación encuentra su razón de ser, cuando se advierte con notable claridad, las controversias que ha generado en la doctrina y la jurisprudencia argentina la integración del régimen patrimonial del matrimonio con los casos de insolvencia de uno de los cónyuges.

Dispuestas estas reflexiones, resulta menester, armonizar los preceptos jurídicos en cuestión (el régimen patrimonial matrimonial con el de concursos y quiebras), conjugándolos entre ellos y poder así, consecuentemente, dar al tema un estudio acabado e integrado del mismo.

3.2. Procesos Individuales y Colectivos. Diferencias entre ambos procesos de ejecución

Ante el incumplimiento del deudor, y la falta de efectividad de las reclamaciones tendientes al cumplimiento, el acreedor, tiene derecho de cobrarse en la quiebra con el producido de la venta de algún bien, de algunos o de todos los bienes de aquél. La legislación procesal determina los trámites a seguir para la aprehensión de ese o de esos bienes, su liquidación o venta judicial y la consecuente percepción de los fondos al acreedor.

La forma ordinaria, es a través, de los juicios ejecutivos individuales, en donde se enfrenta a cada acreedor con su deudor, puede ocurrir, que el mismo deudor enfrente varios juicios individuales promovidos por diferentes acreedores. En general, mientras los bienes ejecutados por los diferentes acreedores no sean los mismos, y existan bienes suficientes para que todos logren el cobro forzado, las diferentes ejecuciones individuales transcurren por cuerdas separadas y sin punto alguno de contacto.

Sin embargo, otras veces ocurre que los bienes del deudor son insuficientes para afrontar, con el producido de la venta judicial de los mismos, la totalidad de los créditos. Es posible, entonces, que luego de tramitarse separadamente dichas ejecuciones, se produzca la convergencia de las pretensiones de esos acreedores sobre el producto de la venta del bien o bienes liquidados en alguno de los juicios

¹³¹ Dr. Orgaz Alfredo, "Estudios de Derecho Civil", Pág.71.

ejecutivos. Esta convergencia da lugar a la concurrencia de varios acreedores que compiten sobre un mismo bien.

Cabe entonces hacerse la siguiente pregunta ¿Cómo se resuelve dicha competencia?

En primer lugar, se debe atender a la jerarquía de los diferentes créditos, según lo privilegios. En segundo término, se debe atender a la regla de reparto, es decir, a la regla de “primero en el tiempo, mejor en el derecho”, que es aquel acreedor que embargó antes que los demás el bien o bienes cuyo producido escaso se disputa.

Aunque todavía no hay concurso, sí hay, concurso en el sentido de convergencia de varios acreedores sobre un producto escaso, compitiendo para cobrarse con él.

Hay que tener en cuenta que las “**ejecuciones individuales**” tienen como presupuesto necesario de su iniciación al “incumplimiento de la acreencia”. Los acreedores cuya deuda, aún no es exigible, no pueden solicitar su ejecución ni participar del reparto del producido de los bienes.

También es dable señalar que las ejecuciones individuales están regidas procesalmente por el llamado principio dispositivo, en función del cual el acreedor ejecutante y el deudor demandado tienen amplias facultades de disposición del derecho de crédito y del proceso en sí.

Por lo tanto podemos decir que la ejecución individual, constituye una forma de tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos de créditos incumplidos, pero que resulta insatisfactoria, cuando hay pluralidad de acreedores que concurren sobre bienes escasos. Es entonces, cuando se hace menester otra forma de tutela de los créditos, a la que denominamos “*ejecución forzada colectiva*”, “*liquidación concursal*” o, simplemente, “*quiebra*”.

A diferencia de la individual, “**la ejecución colectiva**” el deudor debe enfrentarse con todos sus acreedores, los cuales persiguen el cobro de sus créditos o del mayor porcentaje de ellos, liquidando todos los bienes, dentro de un “*procedimiento universal*”.

Entonces cabe hacerse el siguiente interrogante ¿Cuál es la regla del reparto en la ejecución colectiva?

En primer lugar, ha de estarse a la existencia de privilegios, en segundo lugar los acreedores que no gozan de privilegios (llamados comunes o quirografarios el reparto se hace proporcionalmente o a prorrata. De ésta forma se efectiviza de manera real un principio que les es propio al proceso concursal y que es conocido como “**pars condicio creditorum**” (*igualdad o paridad de tratamiento de los créditos*).

Otra de las diferencias que encontramos es que en los procesos colectivos, el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra es el “*estado de cesación de pagos o insolvencia del patrimonio del deudor*”. Cabe mencionar que uno de los efectos propios de la quiebra es el vencimiento anticipado de las obligaciones con plazo pendiente a la fecha de quiebra. Dentro del territorio nacional no pueden existir dos procesos concursales contemporáneamente en relación a un mismo sujeto. En él, los acreedores deben obtener la verificación de sus créditos para poder cobrarlos y la posibilidad de realizar actos de ejecución forzada sobre los bienes del deudor en la quiebra se suspenden.

Mientras que en las “ejecuciones individuales” sólo entran en juego los intereses privados de acreedor y deudor, en la quiebra quedan comprometidos intereses de mayor generalidad. Esto explica la restricción del principio dispositivo en la ejecución colectiva, y la vigencia de ciertos aspectos del “*principio inquisitivo*”, que se traduce en mayores poderes del juez concursal y en algunas facultades del síndico. Todos los bienes del patrimonio del deudor demandado resultan incautados y entregados al síndico para su custodia y administración hasta la liquidación judicial. El quebrado pierde las facultades de disposición y administración de sus bienes, es decir, queda “desapoderado de pleno derecho” de los mismos, quedando inhabilitado personalmente por un cierto período, imponiéndole numerosas restricciones a sus actividades, sobre todo en la esfera comercial y empresarial¹³².

3.3. Convergencia entre el sistema matrimonial y la ley concursal

Las discusiones han girado en torno al modo de aplicación del régimen de bienes y responsabilidad separada, propio del sistema matrimonial argentino frente al principio fundamental en materia crediticia del que “*el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores*”.

La “**responsabilidad separada**” de cada uno de los cónyuges por sus deudas personales pero, morigerada por el sistema de control de los bienes gananciales (artículos: 1277, 1294 y 1298 del C.Civil) arroja una tutela de la comunidad patrimonial del matrimonio que ha requerido la *indagación acerca del significado y alcance que tiene la ganancialidad ante el concurso o la quiebra del esposo o esposa insolvente*. Surge, de este modo la necesidad de determinar el alcance del desapoderamiento falencial ante el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, que imponen una serie

¹³² Rouillon, Adolfo: “Régimen de Concursos y Quiebras”. 15° Edición actualizada y ampliada.2007. ED. Astrea, p.29/35.

de consecuencias jurídicas que podrían influir sobre el régimen económico de la familia¹³³.

En consecuencia es menester explicar los conceptos generales que rigen a la materia concursal y armonizarla con la sociedad conyugal. A continuación se desarrollarán los mismos.

3.4. Las situaciones concursales y los valores en juego

El patrimonio de una persona constituye la “**prenda común de los acreedores**”, en el sentido de que desempeña una función de garantía para éstos. Cuando ese patrimonio resulta insuficiente para satisfacer a todos los acreedores, éstos tienen la facultad de ejecutar los bienes del deudor en un juicio universal, que tiene por objeto el patrimonio mismo de su deudor.

El proceso concursal tiene por objeto la realizabilidad del activo del deudor, respetando el principio de la “*pars conditio creditoris*”¹³⁴.

Entonces aquí, el deudor se encuentra ante la imposibilidad de hacer frente de un modo regular al conjunto de sus obligaciones; su estado de impotencia patrimonial se revela con carácter general. Para estos supuestos, la ley prevé un proceso que es de carácter colectivo y que comprende la totalidad del patrimonio del deudor y la totalidad de los acreedores, el que se denomina “**juicio concursal o proceso colectivo**”.

Cabe aquí hacer una diferenciación, entre proceso colectivo e individual, en donde el primero de ellos, no tiene como presupuesto el mero “**incumplimiento de alguna obligación**”, como sucede en el proceso individual, sino un estado generalizado de insolvencia del deudor denominado “**estado de cesación de pagos**”.

El estado de cesación de pagos está establecido en el “artículo 1º”¹³⁵ de la ley 24.522, es definido como el “**presupuesto objetivo**” para la apertura concursal. Éste importa el desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos; cuando estos últimos se revelan insuficientes (de manera regular y con

¹³³ Junyent Bas Francisco: “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, Año 2010, p. 26.

¹³⁴ Leiva, Claudio,: “La Quiebra Del Cónyuge”, Ediciones jurídicas Cuyo, Año 2001. Pág.127/129.

¹³⁵ Artículo 1º de la ley 24.522: “El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecta, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69. Universalidad. El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”.

cierta permanencia) para atender a aquellos, se configura la impotencia patrimonial técnicamente llamada “**insolvencia**” o “**estado de cesación de pagos**”.

Es por lo tanto un fenómeno de impotencia patrimonial por el cual no se puede hacer frente, con medios regulares, a las obligaciones inmediatamente exigibles.

Tal estado patrimonial, se puede acreditar por cualquier hecho que exteriorice esa impotencia ello surge, sin duda del artículo 78 y 79 de la ley 24.522 que contiene una enumeración meramente enunciativa de los hechos reveladores de dicho estado, de lo que surge que el artículo 79 no tiene, por lo tanto, carácter taxativo.

Cabe en dicha oportunidad hacer una salvedad, cuando nos hemos referido al estado de cesación de pagos como el “presupuesto objetivo” para la apertura concursal, la parte final del primer párrafo del artículo uno prescribe “sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 68 y 69. Se refiere a los casos en los cuales puede existir concurso sin estado de cesación de pagos, constituyéndose así en una excepción a la regla; estos casos son los siguientes:

- Concurso en caso de agrupamiento (Art.66, LCQ).
- Acuerdo preventivo extrajudicial (Art.69, LCQ).
- Concurso preventivo del garante.
- Quiebra declarada con apoyo en sentencia concursal extranjera (Art.4, párrafo 1º, LCQ).
- Quiebra por extensión (Art. 160 y 161LCQ).

Estos procesos concursales pueden abrirse sin que exista, o sin que se demuestre, que hay estado de cesación de pagos, ya que la sola solicitud del deudor es judicialmente evaluada como confesión, prueba suficiente, de dicho estado patrimonial.

Cuando el artículo 1º en el segundo párrafo, habla de “**universalidad**”, (una de las características de los procesos concursales), se le atribuyen a la misma dos expresiones: una de “**carácter objetiva**”, que se refiere a los bienes comprometidos, y como bien señala el artículo se extiende a todo el patrimonio del deudor, y la otra de “**carácter subjetiva**”, que se refiere a los sujetos involucrados, es decir, a la totalidad de los acreedores.

Otra de las características que podemos nombrar de los procesos colectivos, además de los ya nombrados recientemente, es que se trata de un “**proceso único**”, ya que en nuestro sistema legal argentino, no pueden coexistir contemporáneamente y en relación con el mismo patrimonio de una misma persona, dos procesos

concursoales¹³⁶, ya que, un proceso es concursal cuando todos los partícipes del mismo quedan sometidos a un mismo sistema normativo.¹³⁷

Un solo órgano jurisdiccional, entiende en la totalidad de las pretensiones de contenido patrimonial contra el deudor concursado, es el denominado “**fuero de atracción**”. Este proceso colectivo atrae todos los juicios individuales que estaban iniciados contra del deudor, quedando exceptuadas las pretensiones que no tienen contenido patrimonial, tales como los procesos fundados en las relaciones de familia (juicios de filiación, divorcio, etc.).

Estas características, traen como consecuencia un sin fin de beneficios, a saber: un mejor control del deudor y de los acreedores entre sí respecto de cuales pretensiones crediticias pueden incorporarse al pasivo común, una mayor celeridad en la tramitación del juicio, mayor economía evitando gastos de justicia innecesarios. Otras de las particularidades de estos procesos colectivos, es la aplicabilidad del principio de la “*pars conditio creditorum*”, es decir donde todos los acreedores quedan sujetos a la regla de la igualdad, con excepción de aquellos supuestos en que la ley reconoce un privilegio en el cobro de sus créditos¹³⁸.

El proceso tiene carácter “**oficioso**”, como bien lo señala Tonón “en el juicio concursal el impulso del procedimiento está a cargo del tribunal que actúa de oficio, sin que sea necesaria la petición de los interesados”¹³⁹. Significa la activación de oficio de los órganos de la quiebra o concurso, se sustituye el impulso privado, donde la dirección del proceso está a cargo del juez, en tanto el síndico ocupa el lugar del deudor y los acreedores, ya que es quien administra el patrimonio, tiene la legitimación procesal del deudor respecto de los bienes que caen dentro del desapoderamiento y sustituye a los acreedores en lo relativo al cobro de sus créditos, acciones de ineficacia y responsabilidad¹⁴⁰.

El proceso tiene marcado corte publicístico, porque queda afectado el interés del comercio y la economía crediticia. El principio de publicidad comporta la posibilidad de que determinados actos del proceso sean conocidos incluso por quienes no participan en el mismo, ni como partes ni como funcionarios ni auxiliares.

La publicidad importa el control de la actividad jurisdiccional del Estado, lo que la enlaza con principios constitucionales de jerarquía institucional.

¹³⁶ Boretto, Mauricio:, ob. cit, p. 10.

¹³⁷ Garaguso Horacio. P. y Moriondo Alberto, “El Proceso Concursal”, Tomo I, Editorial Ad-Hoc, Año 1999, Pág. 33.

¹³⁸ Leiva, Claudio:, ob. cit, p. 133.

¹³⁹ Garaguso Horacio. P. y Moriondo Alberto:, ob, cit, p. 58.

¹⁴⁰ Leiva, Claudio:, Idem, p. 135.

Las publicaciones edictales de los artículos 27 y 89 de la ley 24.522, la correspondencia del art. 29, etc., exponen con evidencia la recepción del principio de publicidad¹⁴¹.

De lo expuesto surgen nítidamente los dos valores o intereses en juego de este tipo de proceso:

-El público: el interés del comercio y la influencia que este estado ejerce sobre la economía crediticia, la situación jurídica del fallido y la regulación de las situaciones jurídicas que el fallido ha mantenido con quienes ha estado vinculado.

-El privado: comprende el derecho que tiene el deudor de quedar liberado de sus obligaciones, y el derecho de los acreedores de poder satisfacer sus créditos.

3.5. Las normas de la Ley de Concursos. Efectos personales y patrimoniales de la declaración del Concurso y la Quiebra, sobre el deudor

Ante una situación donde los elementos activos del patrimonio de un sujeto resultan insuficientes para cancelar elementos pasivos que lo componen, corresponde diferenciar dos situaciones que prevé la legislación concursal, y de las cuales se derivan distintos efectos jurídicos respecto al sujeto y a los bienes de que es titular: el concurso preventivo y la quiebra¹⁴².

En el “**concurso preventivo**” el deudor mantiene la administración de su patrimonio, bajo la vigilancia del síndico, el desapoderamiento opera, por entonces, de manera atenuada, según surge del art.15 de la L.C.Q. Esto significa que el deudor continúa con su actividad productiva normal, pero sometiendo su actuación al control de la sindicatura y al sistema de autorización de determinados actos, según art.15,16 y 17 de la ley recientemente mencionada. No opera, por lo tanto, en el concurso preventivo el desapoderamiento de los bienes.

La Ley diferencia entre “**actos prohibitivos**” (art.16.L.C.Q¹⁴³), sujetos a autorización judicial (art.17¹⁴⁴), y “**actos permitidos**”, que son aquellos que encuadran dentro del desenvolvimiento ordinario de la administración, en tanto que no modifique, altere o perjudique la situación de los acreedores anteriores a la presentación concursal, sin perjuicio de la vigilancia del síndico¹⁴⁵.

¹⁴¹ Garaguso Horacio. P. y Moriondo Alberto:, Idem, p. 50.

¹⁴² Escuti y Junyent Bas Francisco, “Instituciones de Derecho Concursal”, Ed. Alveroni, Año1996, p. 201 y sgtes.

¹⁴³ Artículo 16 de la Ley de Concursos y Quiebras: “*El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación*”.

¹⁴⁴ Artículo 17 de la Ley de Concursos y Quiebras: “*los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el art. 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores*”. ...

¹⁴⁵Escuti y Junyent Bas Francisco:, ob. cit, p. 201 y sgtes.

Como se ha dicho, el concurso se encuentra sometido a la activa vigilancia del síndico que, si bien no puede intervenir en la gestión negocial, puede requerir toda la información contable y documental necesaria; y en caso de de duda requerir toda medida pertinente al juez para asegurar el control adecuado de la gestión del concursado¹⁴⁶.

De lo expuesto, se puede extraer, que la universalidad patrimonial del juicio concursal implica que el desapoderamiento sea atenuado o pleno, según se trate de concurso preventivo o quiebra, y conlleve una suerte de “separación jurídica” entre el patrimonio y el titular, de manera tal que el deudor sólo puede enriquecer el patrimonio pero no empobrecerlo¹⁴⁷.

Cabe aclarar, que la apertura del concurso preventivo produce efectos de diversa índole sobre el concursado. La mayoría de la doctrina como los: Maffía, Garaguso, Fanzolato, Roitman, etc., concuerdan en destacar que el concursado en forma preventiva no es un incapaz, ni aún relativo; pero indudablemente, la regulación de la ley en cuanto a los efectos personales y patrimoniales que el concurso preventivo conlleva, importa para el concursado un desapoderado relativo¹⁴⁸.

En esta etapa el concursado conserva la administración de su patrimonio, bajo la vigilancia del síndico, no pudiendo realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso y necesitando autorización judicial para realizar actos de disposición que impliquen una modificación sustancial de su patrimonio o importen la creación de un riesgo para el mismo. Se puede concluir diciendo respecto del concursado, que conserva la titularidad de sus derechos y su capacidad de obrar pero con importantes restricciones a sus poderes de disposición.

3.5.1. Efectos personales y patrimoniales de la apertura del Concurso, sobre el deudor.

A diferencia de la quiebra (cuyo efecto característico es el desapoderamiento) en el concurso preventivo el deudor queda al frente de la administración de su patrimonio. No prosigue la situación patrimonial del deudor, como antes, ya que sufre una serie de restricciones y también prohibiciones. Tres categorías de actos pueden distinguirse: a) actos prohibidos; b) actos sujetos a autorización judicial; y c) actos realizables libremente, aunque bajo la vigilancia del síndico; son estos los actos

¹⁴⁶ Junyent Bas Francisco, “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, Año 2010, p. 32.

¹⁴⁷ Junyent Francisco, “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, Ed. La LEY, Agosto 2010. p. 31.

¹⁴⁸ Pliner Marta, “Instituciones del Derecho Concursal”, Ed. Ad-Hoc, 1992, p. 173.

ordinarios de administración y los actos conservatorios; el deudor decide libremente su realización u omisión, sin que deba consultar al respecto con el síndico ni con el juez del concurso.

Sin embargo, aquél debe observar y *denunciar al tribunal la realización de actos en perjuicio evidente para los acreedores* o cualquier grave irregularidad que pueda llevar a la separación del deudor de la administración. (Art. 15 de L.C.Q).¹⁴⁹

La ley en su art. 16 prescribe, los actos prohibidos por el deudor, el que reza: *“el concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación”*.

Como se observa el artículo en cuestión, menciona dos tipos de actos: a) los actos prohibidos y; b) los actos sujetos a autorización. Dentro de la primera categoría se encuentra comprendidos los actos a título gratuito, o sea, todos aquellos que importen una disposición de bienes sin contraprestación correlativa a favor del concurso, por otro lado, también se encuentran en esta primera categoría los actos que importen alterar la situación de los acreedores anteriores a la presentación. Esto último, tiende a hacer efectiva la *“pars condicio creditorum”* y por ello prohíbe que el deudor pueda realizar cualquier acto que altere la situación en que se hallan los acreedores anteriores a la presentación en concurso, por ejemplo: la constitución de una garantía real a favor de un crédito quirografario anterior a la presentación, el pago a un acreedor anterior a la presentación. Dentro de la segunda categoría de actos, comprendidos en el art.16, encontramos a aquellos actos del deudor que requieren autorización judicial para poder realizarlos, se trata de actos no prohibidos, pero que exceden la administración ordinaria del giro del deudor. Luego de escuchado el consejo del síndico, el juez debe decidir concediendo o denegando la autorización. La resolución es inapelable.¹⁵⁰

La realización de tales actos por el deudor, acarrea como sanción su ineficacia de pleno derecho. El acto continúa siendo válido entre partes, pero es inoponible a los acreedores concurrentes., Como sanción por la comisión de los actos que prescribe el art. 16 de la L.C.Q, puede intervenir judicialmente la administración del concursado, graduándose tal intervención desde la designación de un mero veedor hasta llegar a la separación del deudor con el nombramiento de un administrador judicial en reemplazo de aquél.(Art.17 de L.C.Q).¹⁵¹

¹⁴⁹ Art.15 de la Ley 24.522, revisado y comentado por Rouillon, Adolfo A. N. , 15° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 77, 78.

Artículo 15 de L.C.Q: *“el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico.*

¹⁵⁰ Rouillon, Adolfo A. N.;, ob. cit. P 79, 80.

¹⁵¹ Rouillon, Adolfo A. N.;, ob. cit. P 83, 84.

Otro de los efectos que produce la apertura del concurso, es la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no este garantizado con prenda o hipoteca. Por lo tanto, las deudas del concursado anteriores a su presentación, cristalizan su importe a la fecha de la de la misma, oportunidad a partir de la cual dejan de producir intereses. Los créditos con prenda o hipoteca, constituye la excepción a la regla, ya que ellos continúan generando réditos después del concurso, pero los mismos sólo podrían, por ser posteriores a la presentación, cobrarse si para ellos alcanzara el producido de la venta del bien gravado. (Art. 19 de L.C.Q).¹⁵²

En cuanto a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, el deudor puede continuar con su cumplimiento, pero para ello debe en primer lugar existir prestaciones recíprocas pendientes y requerir autorización al juez, quien es el que va a resolver previa vista al sindicó. (Art.20. de L.C.Q).

El art. 21, regula ciertos efectos de la apertura concursal preventiva relacionados con los juicios del deudor, dichos efectos son los siguientes:

a) Suspensión del trámite de los juicios contra el concursado, en la medida que la pretensión tenga: 1) contenido patrimonial, y 2) se sustente en causa o título anterior a la presentación de concurso preventivo.

b) Fuero de atracción del Juez del Concurso, que obliga a radicar ante e respectivo juzgado concursal, todos los juicios suspendidos.

c) Prohibición de deducir nuevas acciones contra el concursado, en la medida que la pretensión tenga... (Remitirse a lo dispuesto en el punto a).

Estas reglas generales subsisten, hasta tanto subsista y exista concurso preventivo.

Sin embargo, es necesario destacar, que quedan excluidas de los efectos antes mencionados:

a) Los procesos de expropiación, los que se funden en relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales.

Artículo 17 de L.C.Q: “Los actos cumplidos en violación a los dispuesto en el art. 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores. ...”.

¹⁵² Rouillon, Adolfo A. N., ob. cit. P 84, 85.

b) los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por verificar su crédito.

c) Los procesos en que el concursado sea parte de un litisconsorcio pasivo necesario.

El art. 22 prescribe: “*son nulas las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en los art. 20 y 21*”. Esto es así, debido a que las normas concursales prevalecen sobre las comunes. También, por su carácter imperativo, tienen preeminencia sobre cualquier convención de parte que pudiera oponérseles.

El concursado, no podrá viajar al exterior, sin previa comunicación al Juez del concurso, haciendo saber el plazo de la ausencia, el que no podrá ser superior a cuarenta días corridos. En caso de ausencia por plazos mayores, deberá requerir autorización judicial. Estas limitaciones se fundan en la necesidad de asegurar el buen desarrollo del proceso concursal, para ello el deudor está obligado a brindar toda la información pertinente requerida por el juez o por el síndico, pero por importar esta norma limitaciones a la garantía constitucional de entrar y salir libremente del país, estas reglas no son susceptibles de extensión analógica, y han de interpretarse con carácter restrictivo. (Art. 25 de L.C.Q).

3.5.2. Efectos personales y patrimoniales de la declaración de la Quiebra, sobre el deudor.

En cambio, la “**quiebra**” produce efectos más drásticos, tanto de carácter personal como de índole patrimonial, que los que observamos en el concurso.

La situación en la quiebra, como lo hemos mencionado anteriormente, resulta definida por el “**desapoderamiento pleno**”.

Con la declaración de la quiebra, opera el desapoderamiento de los bienes del fallido, el deudor sigue siendo titular de los derechos que integran su patrimonio pero la disponibilidad, el goce, la administración y custodia recae sobre los órganos falimentarios a través de un procedimiento de sustitución. En virtud de lo establecido en el art.110 de la L.C.Q., “el concursado pierde la legitimación procesal en todo lo litigio referido a los bienes desapoderados”.

El efecto inmediato de la declaración de quiebra consiste, como lo mencionamos anteriormente, en el desapoderamiento de *pleno derecho* de los bienes del deudor sin que se pueda diferenciar entre bienes propios y gananciales, ya que ésta distinción sólo interesa a los cónyuges y no a terceros. Los acreedores tienen el patrimonio de su deudor como garantía, como prenda común.

El desapoderamiento tiene una finalidad tuitiva de los intereses de los acreedores del fallido: preservar la integridad del patrimonio del mismo con el objeto de mantenerlo en su función de garantía común de los acreedores¹⁵³.

El fallido y sus representantes, están obligados a prestar toda colaboración que el juez o el síndico le requieran para el esclarecimiento de la situación patrimonial y la determinación de los créditos. Deben comparecer cada vez que el juez los cite para dar explicaciones, pudiendo ordenarse su concurrencia por la fuerza pública si mediare inasistencia, art.102 de Ley 24.522.

En cuanto a las salidas, para viajar al exterior debe el juez autorizarlo debiendo el fallido fundar y justificar *prima facie* su urgente y justificada necesidad o, al menos, debe surgir de las constancias del juicio que su presencia no será necesaria para el desarrollo del proceso mientras dure la ausencia del país, art.103 de L.C.Q.

La correspondencia y las comunicaciones dirigidas al fallido deben ser entregadas al síndico, éste debe abrirla en presencia del concursado o en la del juez en su defecto, entregándose al interesado la que fuere estrictamente personal, art.114 de L.C.Q.

El fallido durante la declaración de la quiebra, conserva la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia, quedando sujetos a desapoderamiento, los ingresos que éste obtenga en dichas actividades.

Las nuevas deudas contraídas por el fallido, mientras no esté rehabilitado pueden dar lugar a un nuevo concurso, que sólo comprenderá los bienes remanes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución y los adquiridos después de la rehabilitación art.104 de L.C.Q.

Es importante destacar que, la muerte del quebrado no afecta el trámite ni los efectos del concurso, ya que son los herederos quienes sustituyen al causante, debiendo unificar personería. El juicio sucesorio y la quiebra son, ambos, procesos universales, no habiendo por lo tanto fuero de atracción entre ellos y como en ambos procesos podría disponerse medidas sobre los mismos bienes, el art. 105 establece prioridad del juicio concursal.

La incapacidad o inhabilitación del fallido, aún sobreviniente, tampoco afecta el trámite ni los efectos de la quiebra; su representante necesario lo sustituye en el concurso.

Los efectos personales propios de la falencia cesan con el fallecimiento del quebrado.

¹⁵³ Dres. Escuti y Junyent Bas Francisco:, ob. cit, p 201 y ss.

Una vez explicados los efectos personales, pasaremos a mencionar los efectos que produce la declaración de la quiebra sobre el patrimonio del deudor.

Como dijimos al principio de este apartado, la sentencia de quiebra cobra ejecutoriedad inmediata a su dictado, no siendo necesario que se notifique, ni que esté firme, para que produzca desde el momento mismo de la declaración, muchas de sus consecuencias jurídicas más típicas: desapoderamiento, fuero de atracción, etc. (Art. 106 de ley 24.522)¹⁵⁴

En nuestro sistema, la quiebra no produce una transferencia de propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores. Por el contrario la liquidación coactiva concursal, si llega a realizarse, se hace con los bienes en el patrimonio del fallido, es a los fines conservatorios y para asegurar la garantía común de los acreedores, que a partir de la declaración de la quiebra se “*desapodera al fallido*”. Esto implica que, desde el momento, y como efecto jurídico propio de la declaración falencial, el deudor *pierde la posibilidad de ejercer los derechos de administración y disposición de sus bienes* (salvo los excluidos del desapoderamiento).

El desapoderamiento, no debe ser confundido con la desposesión o incautación de bienes preceptuada por el art. 177¹⁵⁵ y sgtes. La incautación, consiste en un acto material para entregar al síndico los bienes y papeles del fallido, y es consecuencia del desapoderamiento. Pero este existe desde la fecha de la sentencia de quiebra, en tanto la incautación de bienes exige la realización de las diligencias previstas en el art. 177 y sgtes.

El desapoderamiento se extiende a todos los bienes actuales presentes en el patrimonio del fallido a la fecha de la sentencia de quiebra; más todos los bienes futuros, que ingresen en el patrimonio, por cualquier título de adquisición(onerosa, gratuita, mortis causa...), antes de la rehabilitación, más todos los bienes salidos del patrimonio del fallido, que reingresan, aún después de la rehabilitación, con motivo de las acciones de recomposición patrimonial del derecho común (acción de simulación, acción de fraude, etc.).¹⁵⁶

Sin embargo, el art.108 enumera aquellos bienes excluidos del desapoderamiento:

- a) Los derechos no patrimoniales.

¹⁵⁴ Rouillon, Alfredo A. N.:, ob. cit, p. 213.

¹⁵⁵ Artículo 177 de L.C.Q: “*Inmediatamente de dictada la sentencia de quiebra procede la incautación de los bienes y papeles del fallido, a cuyo fin el juez designa al funcionario que estime pertinente, que puede ser un notario*”. ...

¹⁵⁶ Rouillon, Alfredo A. N.:, ob. cit, p. 213, 214.

Artículo 107 de L.C.Q: “El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que se ejercite los derechos de disposición y administración.

- b) Los bienes inembargables.
- c) El usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas.
- d) La administración de los bienes propios del cónyuge
- e) La facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento.
- f) Las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona.
- g) Los demás bienes excluidas por otras leyes.

El síndico, aquí en la quiebra, tiene la administración de los bienes y participa de su disposición. Los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, así como los pagos que hiciere o recibiere son ineficaces, o sea inoponibles a los acreedores. (Art. 109 de L.C.Q).

Es necesario destacar, también, que el fallido en esta etapa pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico. Sin embargo, el fallido conserva la legitimación para actuar:

- a) Extrajudicial y judicialmente, requiriendo medidas conservatorias, en omisión del síndico o hasta tanto éste tome intervención (medidas para evitar prescripciones, caducidades, etc.)
- b) Judicialmente, en todos los pleitos relativos a bienes no sujetos a desapoderamiento.
- c) En todos los casos que la ley concursal le reconozca esa capacidad.¹⁵⁷

En relación a los bienes donados o legados al fallido con posterioridad a la declaración de la quiebra y hasta su rehabilitación, quedan incluidos en el desapoderamiento, y cualquier convenio o cláusula contractual, que disponga lo contrario será inoponibles para los acreedores, art.112 y 113 de L.C.Q.

Con respecto al objeto de estudio de este trabajo (situación del cónyuge en caso de concursamiento del otro¹⁵⁸), las normas que prevé la ley 24.522, son escasas.

¹⁵⁷ Art. 110 de Ley 24.522.

¹⁵⁸ La compleja problemática que se plantea en este trabajo, será tratado en el capítulo IV, con mayor profundidad. En éste capítulo, simplemente se presenta sucintamente el tema a los efectos de señalar los conceptos generales que hacen a la materia de Concursos y Quiebras, para formar la base necesaria, por la cual se abordará y desarrollará la problemática en cuestión.

Algunos autores, estudiosos en el tema, como Fanzolato y Roitman¹⁵⁹ sostienen “*que sólo existen tres disposiciones de la ley de Concursos que se encargan de abordar la implicancia del vínculo matrimonial en los procesos colectivos*”; a saber:

1-“*Concurso Preventivo*”: el art.45 de la ley expresamente excluye al cónyuge del cómputo de las mayorías en la votación del acuerdo preventivo al cónyuge del deudor.

2-“*Quiebra pedida por acreedor*”: el art. 81 de la L.C.Q prohíbe al cónyuge peticionar la falencia del deudor.

Se entiende que esta norma también es aplicable a la extensión de la quiebra, tema que más adelante desarrollaremos en el capítulo siguiente.

El fundamento de esta prohibición radica en la protección del grupo familiar, presente en todo nuestro plexo legal cuando se presenta una situación en donde se ponen en conflicto cuestiones patrimoniales y la armonía familiar, para evitar situaciones engorrosas en el seno de la misma.

En numerosas ocasiones, a los efectos de proteger la unidad de la familia y evitar situaciones que podrían hacer peligrar la misma, la ley priva a los cónyuges de ejercitar facultades, que cualquier otro sujeto, en las mismas circunstancias podría realizarlas¹⁶⁰.

3-La última norma, se refiere a los “*bienes excluidos del desapoderamiento*”: el art 108 de la ley de Concursos y Quiebras en sus incisos 2° y 7° declara excluidos del desapoderamiento: los bienes inembargables (entre los que se incluye el bien de familia, por deudas posteriores a su inscripción en el Registro de la Propiedad del Inmueble.) y la administración de los bienes propios del cónyuge in bonis.

¹⁵⁹Fanzolato, Eduardo y Roitman, Horacio, “Quiebra del Cónyuge”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni. p. 127 y sgtes.

¹⁶⁰ Cámara Nacional de Apelaciones de San Martín, Sala II, agosto de 19-1982, en “C. de V., M.C”. En el voto del Dr. Olcese, puede leerse: M.C de V sostiene que por razones jurídicas de equidad imponen la extensión de los alcances de este concurso con relación a su esposo, dado que el art.38 de la ley 19.551(derogada, por la actual 24.522.), en que el a quo fundamenta su resolución, tiene como objetivo la defensa del núcleo familiar y en modo alguno puede impedir que se produzca la referida extensión de la quiebra de la que ha resultado víctima como consecuencia de omisiones de su esposo, manifestando que debe colocarse a ambos cónyuges en pie de igualdad, decretando aún de oficio el Tribunal la concursamiento de su cónyuge en función de los elementos obrantes en la precedente causa. El síndico critica la resolución apelada, porque a su juicio, el tribunal no ha tenido en consideración determinadas circunstancias, que son suficientes para disponer el concursamiento; a saber: el fallido pide si propio concursamiento, existencia de confusión de patrimonio, existencia de una verdadera sociedad de hecho entre ellos. Más adelante, el síndico dice: “ si bien se guarda silencio de las personas que pueden peticionar la extensión del concurso o la quiebra, debe partirse de la base que pueden solicitar tal extensión todos aquellos que se encuentren legitimados para pedir la falencia de su deudor. Entre dichos acreedores se encuentra excluida la esposa del presunto fallido, fundándose dicha prohibición en razones de orden público con el fin de mantener la solidaridad de la familia, célula básica de la sociedad”. Finalmente, se procedió a revocar la sentencia por considerar que el síndico se encontraba legitimado para solicitar la extensión de la quiebra al cónyuge, devolviendo las actuaciones a la instancia de origen para que resolviera sobre el fondo de la cuestión.

3.6. La sociedad conyugal y el concurso

Como hemos explicado en los capítulos anteriores, la “*sociedad conyugal*” constituye el régimen patrimonial del matrimonio en nuestra legislación.

Cada cónyuge mantiene su independencia patrimonial, por lo que cada uno de ellos responde frente a sus acreedores con su patrimonio, el que puede estar integrado por bienes propios o gananciales. Esta distinción, cabe recordar, como lo hemos anteriormente aclarado, no es relevante para sus acreedores, salvo ciertas situaciones como lo es el fraude en la calificación de los bienes¹⁶¹.

El concurso que puede afectar a uno de los esposos no ejerce influencia directa en la sociedad conyugal, ni ésta sobre aquél. Producido el concurso o la quiebra de uno de los esposos, el régimen patrimonial del matrimonio no sufre, por sí modificación alguna¹⁶².

La normativa concursal demuestra estas aseveraciones y las que a continuación se mencionarán por parte de la doctrina (Fanzolato, Eduardo y Roitman, Horacio) en cuanto no regula específicamente situación alguna relativa a la sociedad conyugal. Sólo contienen normas aisladas que tienen en consideración cuestiones de orden familiar¹⁶³.

Fanzolato Eduardo y Roitman Horacio sostienen que “*el régimen económico del matrimonio no sufre virtualmente alteración alguna ante el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges en función de las características particulares del régimen matrimonial argentino y la virtual ausencia de normas en la ley concursal*”¹⁶⁴, es decir que la apertura del concurso o la declaración de la quiebra, en principio, no afecta, el régimen de gestión y responsabilidad separada de los bienes del matrimonio (art.5 y 6 de la ley 11.357 y 1276 y consecuentes del Código Civil).

Esta falta de incidencia reconoce su fundamento en el régimen de separación de la gestión patrimonial y en la asunción independiente de las responsabilidades de cada esposo, lo que lleva a que sólo los bienes propios y gananciales administrados por el esposo concursado o fallido queden afectados como patrimonio concursal¹⁶⁵. Estas afirmaciones de tan magnitud merecen ciertas matizaciones.

¹⁶¹ Leiva, Claudio:, ob. cit, 137.

¹⁶² Méndez Costa María Josefa, “*Influencia de la inhabilitación y del Concurso o la Quiebra sobre la Sociedad Conyugal*”, en L.L., 1973. p. 31 y ss.

¹⁶³ Ver punto 3.3.

¹⁶⁴ Fanzolato Eduardo y Roitman Horacio, op. cit, por Junyent Bas Francisco, “*Revista Derecho de Familia y de las Personas*”, Editorial La Ley, Año 2010, p. 27.

¹⁶⁵ Fanzolato Eduardo y Roitman Horacio, op. cit, por Junyent Bas Francisco:, ob. cit, p. 31.

Como se verá en el capítulo siguiente, “*el artículo 1294 del C. C en la redacción que le diera la ley 23.515 permite que el cónyuge in bonis solicite la separación de bienes ante el concurso o la quiebra del otro cónyuge*”.

Es por ello, que para un adecuado tratamiento de esta confluencia legislativa resultó necesario realizar una descripción del sistema patrimonial del matrimonio en capítulos anteriores, para luego conjugarlo con la ley concursal, descubriendo y confirmando la exactitud de los interrogantes que se fueran planteando a lo largo del desarrollo del presente trabajo, encontrando, de este modo, las respuestas a los interrogantes planteados.

3.6.1. La voz de la Jurisprudencia

La Cámara Nacional, Sala C, en autos “Granados, Ernesto M. s/ Quiebra”, ha dicho que durante la vigencia de la sociedad conyugal el carácter de ganancial de los bienes sólo tiene virtualidad entre los esposos, resultando irrelevante para los terceros acreedores, cuya prenda común se halla conformada por el patrimonio de su deudor., sin distinción entre propios y gananciales. En consecuencia, la quiebra de uno de los cónyuges no produce la disolución de la sociedad conyugal¹⁶⁶.

En otro caso, resuelto por la Cámara Nacional Comercial también, en autos “Manrique, Manuel Jorge- Malchiodi, María luisa s / Concurso preventivo”, se presentaron los cónyuges solicitando la formación de concurso preventivo de la sociedad conyugal integrada por ambos. El Juez de primera instancia, rechaza el pedido de ambos cónyuges. La decisión fue apelada. Allí la Cámara sostuvo “que más allá de las numerosas y divergentes opiniones existentes, tanto la doctrina como la jurisprudencia Nacional, en torno de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal y en particular, sobre si se encuentra dotada de personalidad jurídica, lo cierto es que nuestro sistema legal no parece encuadrar en la connotación de persona de existencia ideal en los términos del artículo 2 de la ley de Concursos y Quiebras, con aptitud para constituirse en sujeto concursal diferente de las personas individuales que la integran¹⁶⁷”.

La sociedad conyugal se concibe, entonces, como un régimen patrimonial especial, legalmente establecida con carácter forzoso para determinados bienes, lo cual si bien engendra una suerte de sociedad, por así llamarla, en la relaciones entre los esposos, que ha llevado a numerosos autores, como hemos desarrollado en el apartado 3 de este trabajo, a dotarla de personalidad jurídica, esa personalidad sólo rige, reiteramos, en el ámbito interno de esas relaciones y no trascienden a las de ellos

¹⁶⁶ Cámara Nacional Comercial, Sala C, junio 14-1991. Publicado en la Ley, 1993.Tomo C.

¹⁶⁷ Remisión. “Personalidad Jurídica de la Sociedad Conyugal”. Capítulo 2, apartado 2.2.

con los terceros, con quienes los cónyuges se relacionan individualmente sin intervención de ente.

Por otra no es menos importante advertir que de posibilitarse la concursabilidad de la sociedad conyugal se daría lugar a una indebida superposición de regímenes patrimoniales de orden público, como lo son el matrimonial y el concursal, afectando así la finalidad para la cual el legislador ha concebido cada uno de esos regímenes¹⁶⁸.

3.7. Concurso de la “sociedad conyugal”. Extensión de la quiebra a la pretensa “sociedad irregular”

Los efectos de la presentación y planteo de este tema, y antes de cualquier consideración al respecto, deben tenerse en cuenta, dos premisas básicas; por una parte, el principio de separación de deudas de los esposos y la consiguiente irresponsabilidad de uno de ellos por las deudas contraídas por el otro, y por otra parte, la imposibilidad de declarar el concurso preventivo o la quiebra de la sociedad conyugal como tal, por carecer de personalidad jurídica que permita encuadrarla en las previsiones de la Ley de Concursos y Quiebras.

Teniendo en cuenta, la evolución acaecida en la conformación de la familia, la cotidianeidad presenta innumerables situaciones en que el proyecto de vida en común que emprenden los cónyuges trasciende el mundo que se desenvuelven el hogar familiar, y alcanza actividades que tiene por objeto, el sostenimiento económico de la familia, y que, ambos cónyuges se embarcan en ese cometido, resultando, diversos los matices que pueden revestir¹⁶⁹.

En primer lugar cabe aclarar que la sociedad conyugal, propiamente dicha, no tiene personalidad y, por ende, no es sujeto de derecho, tema que hemos analizado en capitulas anteriores. En ésta línea y en especial referencia a la ley concursal, resulta evidente que la sociedad conyugal, por carecer de personalidad, está excluida del art.2 de la ley 24.522.

En consecuencia, los cónyuges no pueden pretender el concurso preventivo de la sociedad conyugal, ni esta puede ser declarada en quiebra como entidad distinta a los esposos¹⁷⁰.

“La sociedad conyugal no es concursable, sólo pueden concursarse los esposos”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Cámara Nacional Comercial, Sala C, 22 de abril de 1997, en E.D., Tomo 174. Pág. 174.

¹⁶⁹ Leiva Claudio:, ob. cit, p. 162, 163.

¹⁷⁰ Junyent Francisco, “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, ED. La LEY, Agosto 2010. Pág. 37,38.

¹⁷¹ La Sala C de la Cámara Nacional Civil entendió que por las especiales características de la sociedad conyugal no permite asignarle la calidad de persona que prevé el art.2 de la ley 24.522 para ser sujeto de los concursos, pues no sería dicho ente, sino cada uno de los esposos individualmente quienes son

En consecuencia, y ubicados en la normativa concursal, declarada la quiebra de uno de los esposos surge una pregunta a saber: *¿puede extenderse los efectos de la quiebra al otro cónyuge?, y en caso de ser afirmativa la respuesta ¿en qué supuestos resulta procedente?*

El art.160 de la L.C.Q. regula el supuesto de extensión de la quiebra de la sociedad conyugal a los socios con responsabilidad ilimitada, en los siguientes términos: “La quiebra de la sociedad importa la quiebra de los socios con responsabilidad ilimitada” y que “también importa la de los socios con responsabilidad que se hubieran retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por la deudas existentes a la fecha a la que el retiro fue inscripto en el Registro Público de Comercio justificado en el concurso”¹⁷². La hipótesis del art. 160 requiere, en primer lugar, que el sujeto emisor, o sea la fallida sea una sociedad, o sea una persona jurídica con patrimonio propio y que los sujetos receptores sean solidariamente responsables con dicha sociedad. Como se ha dicho siempre, la sociedad conyugal no tiene personalidad, y por ende, en caso de quiebra de uno de los cónyuges no existe modo legal de propagar la responsabilidad.

El régimen de separación de deudas y de gestión del matrimonio no predica en ningún caso la solidaridad subsidiaria que engaste en la norma del art.160.

La sociedad conyugal no es un sujeto distinto de las personas que la componen y no puede ser declarada en quiebra. No puede constituirse en sujeto emisor. Tampoco puede seguirse el camino inverso, es decir de los cónyuges a la sociedad matrimonial, pues esta última carece de responsabilidad frente a terceros. Los bienes gananciales son de los esposos que forman esa comunidad y las deudas comunes sólo hablan de una relación interna que, se exterioriza según el art.6 de la ley 11.357 y pone al acreedor frente a dos deudores mancomunados pero nunca solidarios, ni fiadores entre sí.

La deuda común significa que el acreedor puede ir en contra de ambos esposos pero estos responden en forma diferenciada, el titular de la deuda con todos sus bienes, el otro esposo sólo con los frutos¹⁷³.

Autores como Junyent Bas Francisco sostiene *“que no puede configurarse de ningún modo entre los esposos la extensión de la quiebra del art. 160.”*

titulares de los bienes, créditos y deudas que integran el o los patrimonios que se pretenden someter a la situación concursal.

Se decidió que la petición de apertura de concurso preventivo de la sociedad conyugal debe ser desestimada, ya que, de lo contrario, daría lugar a una indebida superposición de regímenes patrimoniales de orden público, como lo son el concursal y el matrimonial, afectando la finalidad para la cual el legislador los ha concebido. (CNCiv., Sala C, 22-4-97,ED,174-147).

¹⁷²Leiva, Claudio:, ob. cit, 165.

¹⁷³Junyent Francisco:, ob. cit, p. 40.

Sin embargo la jurisprudencia, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado en el sentido de que, en ciertas condiciones, resulta procedente la extensión de la quiebra al cónyuge.

El juzgado de 6ª Nominación de Santa Fe de Primera Instancia se pronunció al respecto. Los hechos de la causa eran los siguientes: el síndico de la quiebra solicitó la extensión de la misma a la esposa del fallido, basándose en que “Villalón Empresa Constructora” tenía como titulares no sólo al Sr. Oscar Villalón, sino también a su esposa, Clero de Villalón, según la pruebas ofrecidas por el síndico, los esposos actuaban en la conducción y administración de la empresa, compartiendo personal y patrimonialmente las responsabilidades del giro del negocio; la esposa, por ejemplo, libraba los cheques para atender los pagos de la empresa, autorizaba los pagos y ordenes de entrega de mercadería a los proveedores, entre otros. El acreedor peticionario de la quiebra adhirió a los fundamentos del síndico a los mismos efectos. Aquí el Juzgado entendió, que en el caso se había configurado una sociedad de hecho entre los esposos, por lo que se resolvió declarar en estado de quiebra a la sociedad comercial de hecho constituida por los esposos¹⁷⁴.

La “existencia de una sociedad irregular” o “de hecho” entre los esposos es un presupuesto ineludible para que pueda procederse a la extensión de la quiebra de uno de ellos al otro.

Atento el régimen legal vigente en materia societaria, los cónyuges solo pueden integrar sociedad por acciones o de responsabilidad limitada.

Como señala María Josefa Méndez Costa “*la singularidad del régimen de nulidad de las sociedades comerciales estatuido por la ley 19.550 ha sido puesta de relieve por unánime doctrina*”. Los supuestos de las prohibidas entre cónyuges forman parte de las causales de nulidad por violación de las condiciones generales de validez del acto constitutivo en cuanto a la falta de capacidad específica de los sujetos. No existiendo acto constitutivo formal de la sociedad de hecho, corresponde atender a dicha falta de capacidad a la exteriorización de la actividad societaria a través de la gestión de los consortes, ya sea la inicial del ente o la posterior a la incorporación de ambos a uno ya actuante o de un cónyuge a aquel ya integrado por su consorte¹⁷⁵.

Cabe aclarar, que las sociedades entre esposos desde siempre han generado polémicas interminables.

Cámara sostiene, que la sociedad no constituida regularmente no es una de las sociedades típicas contempladas en el estatuto legal de la ley de sociedades, escapa

¹⁷⁴ “Villalón, Oscar p/Quiebra”, publicado en L.L. 1981, Tomo D, pág.214.

¹⁷⁵ Méndez Costa, María Josefa, “Sociedades de hecho entre cónyuges”, en L.L., Tomo D, Pág. 219.

a la limitación del art 27 de la L.S., pues en su opinión, esta norma solo se refiere a las sociedades típicas. En consecuencia, la sociedad irregular puede ser constituida por ambos cónyuges satisfaciendo los requisitos sustanciales, como el afectiosocietatis, aportes, etc. Aclara que la mera ayuda de la mujer no importa sociedad comercial; no existe sociedad irregular si, por ejemplo, se ha probado que las ventas se efectuaban siempre a nombre del esposo, en otros términos la prestación de acciones que solo traduce la circunstancia de ayudarse, socorrerse mutuamente, soportar el peso de la vida y dividir su destino común, no constituye regulación específica de situaciones económicas.

Méndez Costa sostiene que, debe apreciarse de manera estricta el tema de la prueba de la sociedad irregular o de hecho entre los cónyuges, dado que se está en frente de una sociedad prohibida y por las especiales relaciones que vinculan a los esposos entre sí. Destaca, al igual que Cámara, que la colaboración en la actividad comercial del consorte trasunta nada más que una manifestación normal del cumplimiento del deber de asistencia que impone el matrimonio¹⁷⁶.

Un sector de la doctrina, que sigue de cerca a Cámara, sostiene que si la sociedad de hecho entre los cónyuges estuviese alcanzada por la prohibición del art.27 de la ley 19.550, le sería aplicable la sanción de nulidad del art.29 con la consiguiente liquidación del ente social, lo que trae consecuencias absolutamente contradictorias con el sistema patrimonial, por lo que debe aceptarse la posibilidad de superposición de ambos regímenes y permitirse el concursamiento de la sociedad irregular.

Otro entiende que ante la manifiesta incompatibilidad del régimen matrimonial y el de las sociedades de hecho comerciales, debe preferirse el primero en razón del orden público propio de su formulación legislativa. La incompatibilidad de ambos regímenes es evidente a poco que se compare el esquema de gestión conjunta y responsabilidad solidaria de las sociedades irregulares (art. 21 a 26, ley 19.550) con el régimen de responsabilidad separada y gestión independiente que caracterizan al régimen patrimonial del matrimonio (arts. 1276 del CC y 5° y 6°, ley 11.357). Esto significa que no se puede solicitar la quiebra ni mucho menos el concurso preventivo de una sociedad irregular formada por los cónyuges.

Ambas posiciones encuentran respaldo doctrinal y jurisprudencial.

a- Jurisprudencia y doctrina que avala la posibilidad del concursamiento de una sociedad irregular formada por los cónyuges.

¹⁷⁶Méndez Costa, María Josefa:, Idem, p. 221.

El juzgado de 1° Instancia de concursos y sociedades N° 4 de Córdoba resolvió el 13/11/1986 que la nulidad decretada de oficio de la sociedad de hecho integrada por cónyuges no impide la declaración de la propia quiebra si concurre el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, debiéndosela extender a sus socios conforme el art. 164 de la ley 19.551 (Adla, XXXII-B, 1847). La declaración de nulidad y de falencia tienden a la liquidación, y si bien la segunda permite un acuerdo resolutorio, frente a la nulidad de la sociedad el acuerdo sólo puede ser ofrecido en tanto importe un modo de liquidación de la sociedad que sea más conveniente al concurso¹⁷⁷.

La decisión fue criticada. A continuación transcribiremos en gran parte la nota del fallo escrito por el profesor Romero porque contiene la mayoría de los argumentos que la doctrina vierte sobre el particular.

Resulta un absurdo, dice el jurista cordobés, que habiendo una comunidad de bienes impuesta por la ley de fondo en un régimen de orden público como es el matrimonial, que establece la forma en que cada cónyuge responde con sus bienes, se lo deje a un lado y se busque solución en normas previstas para situaciones de hecho, marginales y sancionatorias. El régimen de las sociedades de hecho pretende proteger la fe pública, beneficiar a los terceros, atento a la falta de una publicidad regular; pero estas normas no son aplicables a la sociedad conyugal que tiene un sistema ex lege, de orden público, frente al cual tiene poca envergadura la voluntad de las partes. Aceptar la existencia de una sociedad de hecho por la sola manifestación de los cónyuges, dice, importa tanto como posibilitarles, por su sola expresión, la violación del régimen protegido, todo lo cual constituye un sin sentido. La sociedad conyugal no configura un sujeto de derecho ni tiene un patrimonio independiente, ni aportes, ni divide utilidades. Por el contrario, el régimen de irregularidad societaria implica la existencia de un sujeto de derecho distinto de los socios, que adquiere derechos y contrae obligaciones y, esencialmente, constituye a los socios en codeudores solidarios y principales pagadores de todas las obligaciones.

Si como lo hace la sentencia, se entiende que existe una sociedad de hecho, los problemas serán de difícilísima si no imposible solución; en efecto, las distintas participaciones y consecuentemente la cuota de liquidación que corresponderá a cada uno de los socios, se determinarán en relación con los aportes realizados pues toda otra solución sería violatoria de la garantía constitucional del derecho de propiedad. Por el contrario, en la sociedad conyugal, la totalidad de los bienes se adquiere según

¹⁷⁷ <http://www.laleyonline.com.ar>.

su origen, que les confiere una calidad; esto determinará que en la eventual división de la sociedad conyugal se dividen sólo los bienes gananciales (no los propios) y no se hará la distribución en virtud de los aportes, sino que se repartirán por partes iguales. Parece entonces un recurso sin sentido distinguir entre una sociedad conyugal titular de los bienes y una sociedad de hecho titular de la gestión porque en verdad la finalidad última de cualquier instituto societario está constituida por la vocación de participar en las utilidades, esto es en la propiedad de los bienes mediante la partición de los beneficios. Así es que esta última consecuencia es francamente incompatible con el sistema legal de la sociedad conyugal.

Cuando todo este tema es traído a las situaciones de insolvencia la dificultad se agranda. Mediando una familia legalmente constituida, el legislador ha proporcionado una regulación precisa sobre los bienes, los derechos y las obligaciones. El nuevo ente que se pretende es de existencia imposible y por tanto no puede darse su quiebra".

En la misma línea que la sentencia anteriormente criticada, y sin mayores motivaciones, otro Juzgado Civil y Comercial de Córdoba resolvió que "resulta procedente la apertura del pequeño concurso preventivo solicitado por los cónyuges en su carácter de únicos integrantes de una sociedad de hecho, pues la peticionante un sujeto comprendido en las previsiones del art. 2° de la ley 24.522, y se ha acreditado la existencia de seis trabajadores en relación de dependencia, circunstancia que por sí sola es suficiente para calificar al proceso en los términos del art. 288 de citado cuerpo legal.

También se ha decidido que "teniendo en cuenta que ambos cónyuges son los únicos socios (en el caso la sociedad es nula por violación del art. 27 de la ley 19.550) resultan obligados solidarios por todas las operaciones sociales y la quiebra de la sociedad importa la de sus socios con responsabilidad ilimitada" (arts. 23, ley 19.550 y 164, 19.551). En el caso, se acreditó: que la empresa constructora tenía por únicos titulares al fallido y su esposa; que ésta conjuntamente con aquél actuaba en la conducción y administración, compartiendo personal y patrimonialmente las responsabilidades del giro de dicha empresa (por ejemplo, era la esposa quien libraba los cheques para atender los pagos de la empresa; autorizaba órdenes de entrega de mercaderías a los proveedores y recepcionaba certificados de obra); que la empresa no tenía otros bienes diferentes a los de los esposos y que el desequilibrio económico financiero de esa empresa llevó a la cesación de pagos a los esposos. El peticionante

de la quiebra adhirió al pedido de la sindicatura en cuanto a la extensión de la quiebra al cónyuge, y pidió que también se declarase la quiebra de la sociedad de hecho. El juez consideró acreditada esa sociedad y dijo que conforme el art. 27 la sociedad era nula, debiendo liquidarse, por lo que habiéndose cumplido los plazos legales debe procederse a su liquidación, pero no de conformidad con la ley de sociedades sino con las disposiciones de la ley de concurso. En consecuencia extendió la quiebra a los cónyuges y a la sociedad de hecho.

En este caso, la sentencia recibió comentario favorable de María J. Méndez Costa. La prestigiosa profesora santafecina parte de la separación de deudas previstas en los arts. 5° y 6° de la 11.357 y sienta la regla de la imposibilidad jurídica de que la sociedad conyugal, como tal, sea concursada o que el concurso o la quiebra de un cónyuge arrastre al otro, siendo ambas consecuencias de la insensibilidad del patrimonio sometido a la gestión de un cónyuge por las deudas del consorte. Sin embargo, dice, nada obsta a que los cónyuges lleguen a ser deudores conjuntos, simplemente mancomunados o solidarios, por intervenir como sujetos en idéntica posición en el negocio o incurrir en responsabilidad emergente de un mismo hecho ilícito. La relativa frecuencia con que se presenta la actividad conjunta de los esposos en la esfera patrimonial, obliga a plantearse la alternativa de que puedan probarse los presupuestos de una sociedad de hecho. Infiriéndose de hechos probados que las deudas han sido contraídas conjuntamente, la responsabilidad de los esposos será simplemente mancomunada, porque la solidaridad ha de provenir de la ley, de la sentencia o del pacto; por el contrario, los socios de la sociedad comercial de hecho quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales, siendo esta obligación además de ilimitada no subsidiaria (art. 23, ley 19.550). Es indudable que la sociedad comercial de hecho está vedada a los cónyuges porque escapa a la tipificación de las únicas sociedades permitidas por el art. 27, siendo innecesario subrayar que la ratio legis del art. 27 reside en impedir la presencia de los dos esposos con responsabilidad ilimitada y solidaria dentro de una misma sociedad por considerarlo incompatible con la separación de deudas consustancial a la sociedad conyugal. Por otro lado, explica, la doctrina ha puesto de relieve la singularidad del régimen de nulidad de las sociedades comerciales. A diferencia del Código Civil, la ley de sociedades admite la existencia y reconoce la gestión del ente cuya constitución registra el vicio que provoca la sanción legal. Es decir, la nulidad opera como causal de disolución en homenaje a la personalidad jurídica de la sociedad y por exigencias de protección de los terceros y del tráfico económico jurídico. De cualquier modo la apreciación de la prueba para demostrar la sociedad de hecho entre cónyuges debe ser estricta por

tratarse de una sociedad prohibida y por las especiales relaciones que vinculan a los esposos entre sí. Por eso, hay que conceder particular importancia al aporte de bienes, pero sin rechazar la evidencia que se desprende de una gestión comercial que excede los límites del deber de colaboración conyugal, todo sujeto a la cuidadosa e ilustrada apreciación del juzgador. El caso que se comenta es un interesante ejemplo de esa prudente valoración

En esta misma tendencia, respecto de la extensión de la quiebra, dice Otegui: "El art. 27 de la Ley de Sociedades dispone que los esposos sólo pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, siendo nula la sociedad que viole tal norma, la que deberá liquidarse de acuerdo a la sección XIII (art. 29, L.S.). Se ha sostenido que en tal supuesto, siendo la sociedad nula no corresponde la quiebra de la misma y extenderla a sus socios esposos, sino que hay que declarar la quiebra principal de tales socios esposos. Sin embargo, puede afirmarse que si la sociedad debe liquidarse conforme a la sección XIII de la L.S. y está en cesación de pagos, es un sujeto quebrable y, en tal caso, la quiebra debe extenderse a los esposos por ser socios con responsabilidad ilimitada (arts. 160 y 16, L.C.). En el caso de la sociedad comercial de hecho entre cónyuges son aplicables las pautas señaladas para la quiebra de la sociedad de hecho".

También respecto de la extensión se ha dicho: Dado que el proceso concursal no puede tener como sujeto pasivo más de una persona física o jurídica, no es posible acumular los procesos concursales de ambos cónyuges. Se admite, sin embargo que esa unificación opere cuando hay confusión patrimonial. O sea, puede ocurrir que las deudas hayan sido contraídas por los esposos, que no sea posible claramente deslindar la imputación de deudas y bienes; esto es propio de la quiebra, no del concurso. Pero esto no significará que existan dos quiebras distintas acumuladas sino que es una sola que se extiende al otro sujeto. "En este caso, se forma una masa única (sin distinguir bienes propios y gananciales) y los acreedores de ambos cobrarán con el producido de la venta del activo total".

b- Jurisprudencia y doctrina que no admite la posibilidad de superposición entre el régimen patrimonial matrimonial y la sociedad irregular.

Otras salas de la Cámara Nacional de Comercio niegan la posibilidad de apertura del concurso de una pretensa sociedad de hecho entre cónyuges.

La cuestión fue abordada por la sala D, ante un pedido del síndico de extender la quiebra al otro cónyuge por "confusión patrimonial" (El síndico sostenía que esa confusión había generado una sociedad irregular). El tribunal sostuvo que las constancias del expediente no permitían tener por cierta tal sociedad irregular; que la atribución de tareas a la cónyuge para lograr beneficios comerciales no importa que ésta forme otra comunidad patrimonial diversa de la sociedad conyugal; "la existencia de una sociedad irregular requiere aportes destinados a desarrollar la gestión económica, y en el caso, el tribunal no cuenta con prueba o indicio de que hubiese existido otro aporte de la cónyuge que no fuese la prestación del trabajo, conducta propia de alguien que integra la sociedad conyugal. En el derecho argentino los cónyuges pueden ser socios comerciales sólo en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada (art. 27, L.S). Una sociedad constituida en violación de esa norma sería nula". "La confusión patrimonial que justificaría la extensión a los términos del art. 165 inc. 3° también requiere de especial motivación. En el caso, el síndico la invocó, pero no explicó de qué modo esa confusión de bienes excede lo propio del régimen matrimonial en lo ganancial. En ese ámbito, no son exigibles libros ni registros de lo correspondiente a los consortes, siendo práctica social la administración promiscua del dinero. El funcionario no describió los impedimentos hallados para delimitar claramente el activo del cónyuge fallido; dicho en otros términos, no justificó discursivamente la existencia de confusión patrimonial inescindible de la mayor parte de los activos y pasivos que requiere la norma invocada".

Es difícil afirmar si el tribunal rechazó la petición porque entendió que ambas sociedades no son compatibles, o porque la sociedad de hecho no fue probada.

Más concretamente, desde la doctrina se ha expresado que "la sociedad irregular entre cónyuges es inexistente y sólo existe la sociedad conyugal con su propio régimen de bienes y su propio sistema de disolución y liquidación. No obstante, se admite como posible la extensión de la quiebra por confusión patrimonial (art. 161 inc. 3), aunque aclarándose que el caso es de difícil configuración, pues bajo un régimen imperativo de gestión separada, la eventual confusión no es fácil que se opere.

Una solución alternativa a la que adherimos.

En nuestra opinión, la tesis que admite la coexistencia de una sociedad de hecho con el régimen patrimonial del matrimonio de pasivos separados genera

muchos inconvenientes prácticos, pues lo cierto es que ambos regímenes son incompatibles, como se ha explicado más arriba.

En la decisión bajo comentario, se dijo que para aquellos supuestos en que el patrimonio de ambos cónyuges está comprometido con deudores comunes, es factible peticionar el concurso o la quiebra de ambos cónyuges y a ese procedimiento se le aplicarán las normas del concurso preventivo del agrupamiento (art. 66 LC).

Lo dicho en esa decisión ha sido explicado del siguiente modo: "la realidad negocial muestra que marido y mujer suelen actuar como socios ante terceros, hora por voluntad propia, hora obligado por las circunstancias. Puede suceder que hayan resuelto constituir una sociedad por acciones o una sociedad de responsabilidad limitada pero que no perfeccionen el trámite de constitución, por lo que mientras la sociedad así opere, será considerado irregular, con la consiguiente responsabilidad solidaria de los socios. Además, es práctica bancaria requerir la garantía del cónyuge en las operaciones comerciales que cierran con sus clientes; o bien, en casos de sociedades regularmente constituidas, que sean sus socios, los cónyuges, garantes en forma particular de las obligaciones de la sociedad. En estos casos, los cónyuges no pueden pretender el concurso preventivo de la sociedad conyugal. Una solución posible es recurrir al procedimiento de los arts. 65 y sgtes. de la L.C., no porque la sociedad conyugal constituya un grupo económico, que en sí mismo tampoco es un nuevo sujeto de derecho, sino porque por lo general los esposos serán garantes o fiadores o avalistas recíprocos. Seguramente la cesación de pagos de uno de ellos, dada las relaciones de solidaridad que trascienden las meramente comerciales, significará la cesación de pagos del otro. Difícil es que así no sea. No obstante, aunque ello no ocurra, tal circunstancia no es óbice por aplicación del art. 66 de la L.C. que sólo requiere la cesación de pagos de uno de los integrantes del agrupamiento.

Será esta la única forma de evitar que los acreedores agredan el patrimonio de quien permanece in bonis, pudiendo éste, encontrar sosiego en el hecho de que su garantía no sea ejecutada antes de quedar definido el destino concursal del deudor principal. En el supuesto de fracaso del concurso preventivo, los procesos liquidativos se seguirán en forma separada, respondiendo los bienes propios y gananciales de la mujer por sus deudas y los propios y gananciales del marido (y los de origen dudoso) por las suyas, salvo el supuesto del art. 6° de la ley 11.357, en que la responsabilidad se extiende a los frutos de los bienes del otro cónyuge, siempre que hayan sido verificados como tales; o los supuestos excepcionales de extensión de

responsabilidad, cuando se compruebe el concierto fraudulento de los cónyuges destinados a burlar a los acreedores de uno de ellos, inscribiendo un bien a nombre del otro, cuando en realidad se adquirió con fondos de aquél, siendo menester en este caso que se invoque y pruebe la simulación relativa; o los casos de responsabilidad compartida (garantías personales o reales, obligaciones solidarias o mancomunadas), respecto de los cuales se aplican las normas de la L.C. que regulan las relaciones entre concursos (art. 166 y ssgtes., L.C.)".

No puedo decir qué destino tendrá el nuevo camino abierto por la Justicia de mi provincia, pero en mi opinión, en un modo razonable de compatibilizar todos los intereses en juego.

Una decisión de la sala D de la Pcia. de Buenos Aire, parece contradecir este criterio pues resolvió que "la existencia de conexidad entre los procesos concursales (concursos de ambos cónyuges), no implica per se la existencia de un conjunto económico en sentido estricto, ni tampoco la existencia de algunos elementos en común afecta la autonomía procesal de cada una de las presentaciones concursales"; de este modo, rechazó el pedido de designación de una sindicatura única para ambos procesos y que ambos tramitaran por ante el mismo juez. Sin embargo, quizás fueron las circunstancias fácticas las que llevaron al rechazo de la solución. Efectivamente, el dictamen del Fiscal de Cámara, seguido por el tribunal, hace mención al incumplimiento del límite temporal previsto por el art. 68 de la L.C.; además, reconoce que las condiciones a demostrar cuando se pretende tener por configurada la existencia del grupo son complejas e implican el análisis de vastos elementos y un minucioso examen de ellos (aspectos relacionados con comunidad de administración y fiscalización, interdependencia en diversos aspectos, vinculación patrimonial, etc.), considerándose que, en el caso, los recaudos no fueron demostrados. Creo, entonces, que más que un rechazo de la doctrina judicial que sostengo, fue un rechazo de la pretensión por no haberse cumplido los requisitos.

3.7.1 Conclusión

Constituida una sociedad irregular o de hecho, o bien que se esté ante uno de los supuestos de nulidad de la sociedad entre cónyuges por el tipo no permitido por la ley, se aplica aquél régimen, que impone la responsabilidad solidaria de los socios respecto de las deudas sociales por aplicación de lo dispuesto en el art.160 de la ley de Concursos y Quiebras, puede estarse ante la extensión de la quiebra del fallido a su cónyuge.

3.8. El concurso de ambos cónyuges: posibilidad del concurso preventivo conjunto

Se ha visto en el punto anterior que declarada la quiebra de uno de los esposos, en determinadas circunstancias, puede extenderse la misma al cónyuge hasta ese momento in bonis. En este apartado se abordará la posibilidad de que ambos cónyuges se presenten y soliciten el concurso preventivo conjunto.

El Tercer Juzgado de Procesos Concursales de la Provincia de Mendoza, tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso en que los cónyuges se presentaron y solicitaron la apertura de su propio concurso preventivo. Desestimando dicho Juzgado la solicitud, fundando dicho rechazo en el art.65¹⁷⁸ de la L.C.Q., que prevé el concurso en caso de agrupamiento. En parte de la sentencia se dijo lo siguiente: “si son concursables los cónyuges, personas de existencia visible (art.2 de L.C.Q.), aunque su condición matrimonial poco o nada tiene que ver a su vez con la ley que regula los procesos universales. No obstante la realidad de los negocios nos informa, que por lo general, marido y mujer suelen actuar como socios frente a terceros, ora por voluntad propia, ora obligados por las circunstancias...”¹⁷⁹

La particularidad de este caso radica en que los cónyuges no constituían sociedad irregular o de hecho, sino que planteaba una situación que se observa en la realidad y que le toca vivir a muchos esposos, por exigencias, a las que muchas veces no pueden escapar.

Este Tema fue presentado en una ponencia en el IX Congreso Internacional de Derecho de Familia¹⁸⁰, en donde se sostuvo que la sociedad conyugal no es un sujeto concursable por carecer de personalidad jurídica ni estar expresamente contemplado en el art.2 de la ley de Concursos y Quiebras. El ponente, Héctor R. Fragapane, planteó la posibilidad de que en aquellos casos los cónyuges apareciesen frente a los terceros acreedores, deudor uno y avalista o fiador el otro, que ambos petitionaren su concurso preventivo en los términos del art.65 y siguientes de la ley concursal, que regulan, dichos artículos el concurso para los casos de agrupamiento, en virtud de lo dispuesto expresamente por el art. 68¹⁸¹ de dicha ley.

¹⁷⁸Art.65 de la ley 24.522: “Cuando dos o más personas físicas o jurídicas integren en forma permanente un conjunto económico, pueden solicitar en conjunto su concurso preventivo exponiendo los hechos en que fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización.

La solicitud debe comprender a todos los integrantes del agrupamiento sin exclusiones. El Juez podrá desestimar la petición si estimara que no ha sido acreditada la existencia del agrupamiento. La resolución es apelable”.

¹⁷⁹Lentini, Carlos Alberto y Miriam Edith Gandía de Lentini s/ Concurso Preventivo.

¹⁸⁰ IX Congreso Internacional de Derecho de Familia.

¹⁸¹Art.68 de la ley 24.522: “Quienes por cualquier acto jurídico garantizan las obligaciones de un concursado, exista o no agrupamiento pueden solicitar su concurso preventivo para que tramite en con el de su garantizado. La petición debe ser formulada dentro de los treinta días contados a partir de la

En este artículo la Ley Concursal dispone, que los fiadores y avalistas de un concursado pueden solicitar su concurso preventivo para que se tramite conjuntamente con el de su garantizado. La pregunta que se hace Fragapane, es si: ¿este artículo debe ser interpretado literalmente, o bien si puede considerarse de aplicación para el supuesto de codeudores.

Un beneficio que trae aparejada la propuesta, radica en que si se admite dicha interpretación extensiva, el requisito de la cesación de pagos sólo sería exigible a uno de los concursados, siempre que esta situación pueda afectar a los demás componentes. En consecuencia, el cónyuge in bonis podrá, a través de una presentación conjunta con el insolvente, detener aquellos acreedores de su cónyuge de los que es garante o codeudor, y lograr que la obligación en cuestión sea satisfecha por el obligado directo.

Pero considerando el régimen de deudas de los cónyuges de acuerdo a la ley 11.357, y la gestión separada de los bienes, proponen que se presenten informas individuales por separado de los créditos que se imputarán al pasivo de cada uno de los esposos conforme al proceso verificadorio individual, actual régimen, todo ello cuando no se esté en presencia de supuestos en lo que exista responsabilidad compartida, ya sea solidaria o mancomunada.

La ley 24.522 en los art, 65 y 68 dispone que en los casos de concurso de agrupamiento de unidad de sindicatura, o diversidad de procesos y un informe general consolidado del síndico. Por su parte, el art.67 en particular dispone que el Juez podrá probar el concurso preventivo del grupo económico aun cuando los concursados no hubieren alcanzado las mayorías de conformidades, imponiendo a los acreedores de este último el acuerdo votado por los acreedores de los otros concursados, en el caso del otro cónyuge.

Por último, Fragapane sostiene que, en el supuesto de no prosperar el concurso preventivo, la quiebra se declara en forma separada, siendo aplicables los principios de responsabilidad de los art.4 y 6 de la ley 11.357, debiendo seguirse las pautas de relaciones entre procesos falenciales (art. 166 y sgtes. de la L.C.Q.) en el supuesto de deudas que escapan a tales principios¹⁸².

última publicación de edictos, por ante la sede del mismo juzgado". Serán de aplicación las demás disposiciones de la sección V de la ley 24.522.

¹⁸²Ponencia presentada por Héctor R. Fragapane en el IX Congreso Internacional de Derecho de Familia. "El concurso preventivo del matrimonio: procedencia y conveniencia del concurso por agrupamiento. ¿un cramdown matrimonial?"



Capítulo 4

**El Concurso Preventivo y la Quiebra
del Cónyuge y la Disolución de la Sociedad Conyugal.**

4.1. El artículo 1294 del Código civil. Causales

El art. 1294 prescribe tres posibilidades de concurrencia de la separación de bienes a solicitarse por cualquiera de los esposos: **1-** la mala administración del otro, **2-** su concurso, **3-** haber incurrido en abandono de hecho de la vida matrimonial.

Sin embargo es dable aclarar, que la admisión del concurso como causal de separación de bienes fue siempre conflictiva, por un lado por la oscuridad y vaguedad que trae aparejada la norma, y por otro porque se sostuvo que la admisión de dicha causal se proyectaba contra los intereses del consorte “in bonis”.

Esta causal será desarrollada a lo largo del presente capítulo, nos remitimos al mismo, por lo que, seguidamente haremos un análisis de las restantes causales.

En primer lugar tenemos la “**mala administración del otro**”, que consiste en la gestión ineficiente de los bienes, causada por la falta de aptitudes o de diligencia del administrador por su actitud dispendiosa o por su ánimo de perjudicar al cónyuge, exteriorizados en actos determinados, que, aun sin causar la ruina del patrimonio, comporten un peligro serio y efectivo para el derecho del otro esposo a compartir los gananciales del administrador al extinguirse la sociedad conyugal.

Por lo tanto, “no necesariamente ha de ser dolosa, ni actualmente ruinosa”.

La ley no especifica sobre que bienes ha de recaer la deficiente administración, sin duda, que ha de serlo sobre los gananciales de propiedad del mal gestor y sobre los dudosos e inciertos. Y también sobre los bienes propios suyos, porque serán necesarios para saldar las recompensas destinadas a recomponer los gananciales.

Un solo acto de mala administración puede ser suficiente, pero exigirá valorar la administración en su conjunto, no en base a un acto aislado, salvo que este por su magnitud apareje el peligro que la ley quiere evitar.

Por lo tanto, la causal no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios, sino que esa causal requiere una conducta definida, que se exteriorice en una serie de actos y que en el contexto de una administración evidencien un obrar desaprensivo, de franca ineptitud.

Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁸³ conceptuaron a la causal de la siguiente manera: “la mala administración” implica, por un lado, un elemento objetivo que es la gestión inepta, evidenciada en gastos excesivos, disipación, insolvencia; y por otro lado, implica un elemento subjetivo que se traduce en la falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes¹⁸⁴.

¹⁸³ XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1999.

¹⁸⁴ Méndez Costa, María Josefa: “Código Civil Comentado”, ED. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 239-240.

En consecuencia se puede decir que el fundamento de ésta causal, no sólo es proteger el futuro derecho del cónyuge a compartir los gananciales (derecho en expectativa), sino un derecho actual que se manifiesta en la facultad de controlar la gestión del otro cónyuge durante la vigencia de la comunidad (sociedad conyugal).

En segundo lugar el art. prescribe al “**concurso**”, como causal de separación de los bienes.¹⁸⁵

Para la configuración de ésta causal, se requiere del auto de apertura del concurso y subsiste hasta la rehabilitación del fallido. Alcanza al concurso preventivo.

Esta causal es conflictiva, de allí que en este apartado no nos detendremos en ella, dado que su desarrollo se hará en profundidad a lo largo del presente capítulo, ya que en torno a ella, giran un sin número de interrogantes; que nos hemos propuesto responder, como objetivo.

En tercer lugar, y como última causal el artículo prevé: “**al abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge**”.

La causal de “abandono de hecho” se configura por la interrupción unilateral e injustificada de la cohabitación persistente hasta la sentencia que decreta la separación de bienes. Belluscio señala que la inocencia del abandono debe persistir hasta la disolución de la sociedad conyugal de manera que su facultad se pierde si, después de haber sido abandonado, incurre en causales de separación personal o divorcio. Para Barbero, en cambio esta opinión es rechazada, dado que admite integrarla con el abandono recíproco basado en el mutuo acuerdo de concluir la convivencia, dado que considera que la ley exige una determinada situación en el demandado pero no impone la misma para el actor.

En cuanto al fundamento de la causal, podemos decir, que el abandono de hecho priva de fundamento ético y económico a la subsistencia de gananciales entre los cónyuges al cesar la colaboración mutua en el marco de la convivencia matrimonial. La ley permite al cónyuge abandonado, para el futuro, evitar tener que compartir con el abandonante las adquisiciones que realice con su exclusivo esfuerzo o aporte.

Se concluyó, de lege ferenda, por mayoría en las “*XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*”, que la causal de abandono de hecho debiera sustituirse por la de separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo.

4.2. Acción de Separación de bienes. Presupuestos de la acción. Legitimación

El Código Civil argentino no contiene disposiciones relativas a la acción de separación de bienes. Corresponde aplicar lo establecido para la acción personal y de divorcio en los aspectos patrimoniales. No se trata de una acción de estado sino de una acción de ejercicio de estado, se desenvuelve y opera en forma similar a aquellas¹⁸⁶.

Dicha acción tiende a proteger al cónyuge no administrador de lo que puede significar una gestión desordenada, negligente y dispendiosa que afecte a todo el haber ganancial¹⁸⁷.

Como se observa la acción, intenta proteger a ambos esposos frente a la mala administración, o al concurso del otro, que puede importar no sólo la pérdida de los gananciales del esposo mal administrado, sino también, obligar eventualmente a dividir con él los gananciales adquiridos con el esfuerzo del cónyuge no administrador.

Desde ésta perspectiva, el art. 1294 intenta ser una norma de protección y contralor de la comunidad ganancial¹⁸⁸.

El presupuesto objetivo para poder ejercitar la acción de separación de bienes es que se haya celebrado matrimonio, es decir estén los cónyuges unidos por el matrimonio; y que se dé el presupuesto del concurso, que ponga en peligro los eventuales derechos gananciales del otro cónyuge.¹⁸⁹

En cuanto a quiénes pueden ser titulares de la acción, vemos que en su anterior redacción el art. 1294 "sólo conferida la acción de separación de bienes a la mujer".

La actual composición de la norma, atribuye la acción a cualquiera de los cónyuges, que se encuentre obviamente "in bonis".

El artículo 1294 consagra, en definitiva, la autonomía de la voluntad del cónyuge in bonis. El peticiona la disolución si quiere, la misma no puede serle impuesta.

La opción es exclusiva del esposo buen administrador, es de carácter personal, no puede ser ejercida por vía subrogatoria por los acreedores del cónyuge concursado, ni por el síndico, desde que no tienen en qué posición jurídica subrogarse, porque el concursado no tiene tal acción. Tampoco lo tienen los acreedores del cónyuge no concursado, pues se trata de una acción personalísima,

¹⁸⁶ Méndez Costa, María Josefa: "Código Civil Comentado", ED. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p.243-244.

¹⁸⁷ Junyent Bas, Francisco: "Revista de Derecho de Familia y las Personas", ED. La Ley, Buenos Aires, 2010, p.36,37.

¹⁸⁸ Ugarte, Luis .A: "La separación de bienes por mala Administración", ED. La Ley, 1988-D, citado por Junyent Bas, Francisco: ob. cit, p.36.

¹⁸⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, "Albornoz, María Edith c/ Bocchio, Oscar Rubén", 05/07/2007, LLBA, 2007-904, AR/JUR/3423/2007.

por lo demás, ellos no están perjudicados, ya que los patrimonios están separados¹⁹⁰. A pesar del carácter personalísimo de la acción, ello no obsta a que, iniciada por el cónyuge legitimado y producido el fallecimiento, pueda ser proseguido por sus herederos.

Si ello no se permitiera, el cónyuge concursado o fallido se vería beneficiado, porque, no obstante haberse producido la disolución de la sociedad conyugal por muerte, los bienes que hubieran ingresado en el patrimonio del cónyuge accionante entre la fecha de iniciación de la demanda por separación de bienes y la fecha de fallecimiento revestirían carácter ganancial, lo cual constituiría una verdadera injusticia¹⁹¹.

En conclusión, se puede decir, que la acción reviste indudablemente carácter personal, es el cónyuge afectado quien debe decidir si ejerce o no la misma, y no una cuestión que pueda proponer un acreedor. El binomio matrimonio-patrimonio involucra intereses que deben ser evaluados por el cónyuge; de otro modo, se permitiría una perjudicial intervención de terceros en asuntos de índole estrictamente reservados a la esfera familiar.¹⁹²

4.3. Antecedentes y evolución del artículo 1294 del Código Civil

En su versión originaria, el art.1294 del C. Civil disponía que *“el derecho para poder pedir la separación de bienes sólo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga el peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores”*.

Una de las fuentes en la que se inspiró nuestro codificador fue el art.1443 del Código Civil Francés¹⁹³ en su antigua redacción. La doctrina francesa lo extendió a la parte de comunidad a la cual tiene eventualmente derecho la cónyuge y no sólo respecto de sus bienes propios.

Esta norma tenía congruencia en el contexto constituido por la sociedad conyugal en el Código de Vélez. Conforme al antiguo art.1276, en donde el marido era administrador legítimo de todos los bienes gananciales y los propios de la mujer. El derecho acordado por el art.1294 solo correspondía a la mujer respecto de *“sus bienes propios”*.

¹⁹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *“Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio”*. Publicado en: Acad. Nac. de Derecho 2001, 385.

¹⁹¹ Caparelli, Julio Cesar, *“La Mutación del Régimen Patrimonial en el art.1294 del C. C.”*, Sección doctrina Pág. 916.

¹⁹² Sin embargo, el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por Decreto 68595, prevé expresamente que la acción pueda ser ejercida por los acreedores del cónyuge *“in bonis”* por aplicación de la acción subrogatoria.

La separación judicial de bienes disolvía la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto por el art.1299. De allí en más, los bienes que ingresaran a los patrimonios de los cónyuges con posterioridad al acaecimiento de la causal, ya no revestirían el carácter de ganancial, siempre que esta calidad no les fuera atribuida por otro principio legal como “la subrogación real” o “la existencia de una causa o título de adquisición anterior a la disolución”.

Era entendible que la mujer pudiera solicitar la separación de bienes cuando el marido administrara mal y pusiera en peligro sus bienes propios (los de la cónyuge), y también en el caso en que se produjera una situación de asfixia patrimonial como lo es la representada por el concurso, creando de esta forma un peligro cierto para el patrimonio de la mujer¹⁹⁴.

Interesa también, examinar el origen de la norma, y por este camino, encontrar una orientación en la tarea interpretativa.

Belluscio presentó tres proyectos al Senado y de uno de ellos se pudo extraer lo siguiente; “**Artículo 1294:** *uno de los Cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales, y cuando mediare abandono por parte del otro cónyuge*”.

Como se advierte de la lectura del párrafo transcrito, Belluscio no hace mención de la causal prescripta en el actual régimen, cual es el concurso, el autor explica que tal ausencia radica, en que dicha norma había sido propuesta en el contexto de un anteproyecto que era completamente diferente del que fuera aprobado por el Congreso de la Nación.

El autor, al redactar de esa forma el art.1294, explica que quiso aprovechar la oportunidad de una reforma que tocaba algunos artículos referidos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, como el art.1306, a fin de establecer dos cosas: la primera, que la separación judicial de bienes puede ser pedida no sólo por la mujer; sino también por el marido; y la segunda, que la mala administración no acarrea el peligro de que la mujer pierda sus bienes propios o el eventual derecho a participar de la mitad, que le corresponderá en los bienes gananciales después de la disolución de la sociedad conyugal. Y dicho autor sostuvo “que no era necesario prever específicamente el concurso, porque si el concurso es una demostración de mala administración, no es necesario contemplarlo expresamente”¹⁹⁵.

¹⁹⁴Mazinghi, Jorge A, “El concurso como causa de separación de bienes”. En E.D, p. 237 y sgtes.

¹⁹⁵Dutto, Ricardo, “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”. ED. Ad-Hoc. Tomo IV. Pág. 48 y sgtes.

La fuente de este artículo como ya fue indicado en párrafos anteriores, se encuentra en el art.1443 del Código Civil francés, el cual no menciona el concurso ni la quiebra como causal para solicitar la separación judicial de bienes, sino la mala administración de uno de los cónyuges que ponga en peligro los intereses del otro¹⁹⁶.

Para seguir comprendiendo, la evolución que ha tenido este artículo desde sus comienzos hasta llegar a la redacción del actual artículo 1294 en nuestro Código Civil, es necesario también, ahondar y desarrollar la influencia que ha tenido en dicho artículo las Leyes: “11.357”, “17.711” y “23.515”.

Es así, que la sanción de la ley 11.357 tuvo una trascendente repercusión en el régimen patrimonial del matrimonio vigente hasta ese momento, en nuestra legislación.

El art. 3 inciso 2° de la misma establecía que “la mujer tiene el derecho a administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y los gananciales que adquiera con su trabajo personal”, con los recaudos exigidos en cuanto a la cesación del mandato presunto del marido para justificar el origen del dinero con que adquiriría los bienes en cada caso.

Los artículos 5 y 6 regulan la responsabilidad por deudas de los cónyuges, estableciendo “el principio de separación de las mismas”.

Introducir esta reforma sin que existiera una referencia explícita al artículo 1294 del C.C, no fue un gran acierto, dado que ello generó en la doctrina nacional discrepancias en torno a la interpretación del mismo, llegándose a “cuestionar su subsistencia en nuestro sistema”. Dicho tema, es el eje central a desarrollar y elucidar del presente trabajo, que se expondrán en los puntos que se siguen.

Adentrándonos en el tema que nos compete, podemos mencionar para introducir el mismo, las opiniones de algunos autores que giran en torno a este asunto. Es así que autores como Caparelli sostienen “que ante un caso de mala administración, la ley otorgaba a la mujer una opción entre revocar el mandato presunto o solicitar judicialmente la separación de bienes”.

María. J. Méndez Costa, sostiene que la ley 11.357 no derogó tácitamente el art.1291, ya que no existe identidad de materia entre ambas normas y propone una interpretación del art.1294 en el contexto del Código Civil que aquella ley también integra.

En cambio, autores como Padilla y Mazzinghi se pronunciaron “por la derogación tácita”, ya que se trata de dos leyes sucesivas que legislan sobre la misma materia.

¹⁹⁶Chechille, Ana María, “el concurso de uno de los cónyuges como causal para solicitar la separación judicial de los bienes”, en J.A, agosto 1998. Pág. 17.

Con respecto a la influencia que ejerce la ley 17.711, se puede decir que la misma introduce reformas radicales en lo que hace al régimen patrimonial del matrimonio. El art 1276 dispone la gestión separada de los bienes para cada uno de los cónyuges, con las limitaciones a la facultad de disposición según surge de lo prescripto por el art.1277 del C.C.

Cabe preguntarse, en consecuencia, si cada cónyuge administra los bienes de su titularidad, sean propios o gananciales, ¿resulta posible la vigencia del artículo 1294, teniendo en cuenta las reformas introducidas? Dada la contradicción de la norma con las reformas introducidas a nuestro régimen patrimonial matrimonial, no se hacen esperar las posturas, a veces precipitadas o tal vez de aquellos autores que sostienen que *“ya no hay modo para que la mala administración del marido ponga en peligro los bienes propios de la mujer por cuanto ella es quien los administra”*.

Cabe mencionar que el art.1258 otorgaba a la mujer en el supuesto de concurso del marido, una “acción de dominio” como acreedora por los bienes propios de ella que estuvieran en poder del marido, solución que consagraba la ley 11.719 de Quiebras, en concordancia con el régimen patrimonial del matrimonio vigente antes de introducirse la reforma de la ley 17.711¹⁹⁷.

Se sostuvo que dicha ley no otorgaba tácitamente el art.1294 del C.C, y, se dijo que *“la ley deroga y sustituye artículos del C.C relativos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal e incluye nuevas normas al respecto que inciden sobre las vicisitudes del régimen patrimonial del matrimonio”*. Es el caso de los artículos 1306, 1316 bis y 52 de la ley 2393. No puede decirse por lo tanto que no exista identidad de materias en forma absoluta entre el art. 1294 y los contenidos de la ley 17.711, ya que ambos se refieren a la disolución de la sociedad conyugal¹⁹⁸.

Con respecto a la ley 23.515, se puede decir, que no tenía por finalidad la modificación del régimen patrimonial del matrimonio, sino “implantar el divorcio vincular”, pero sin embargo incursionó en un aspecto de dicho régimen: modificando el art 1294.

El mismo quedó redactado de la siguiente manera: ***“Uno de los cónyuges puede pedir la separación judicial de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”***.

¹⁹⁷Caparelli, julio Cesar:, ob. cit, p. 912 en: L. L., 1998. Sección Doctrina.

¹⁹⁸Méndez Costa, María Josefa, “Estudios sobre la Sociedad Conyugal”. ED. Rubinzal-Culzoni. 1981. Pág. 285 y sgtes.

La doctrina concuerda en que se trata de una norma particularmente oscura y que su interpretación puede suscitar infinitas perplejidades, como lo venimos advirtiendo.

También, la jurisprudencia ha dejado entrever en numerosos fallos, opiniones en el mismo sentido, que serán oportunamente analizados en los apartados siguientes.

4.4. Alocución de la voz Concurso

Etimológicamente la palabra “concurso” proviene del latín, ya sea de concursare (o sea correr juntos) o del verbo concurro, concurris, concurri, concurrere, concursus (de “cum” y “curro”, o sea, de correr juntos, venir, concurrir, tener lugar a un mismo tiempo)¹⁹⁹.

Sin embargo, podemos decir, que la palabra “concurso” tiene varios significados. Uno de ellos alude a la reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas diferentes²⁰⁰. Ello es precisamente lo que ocurre en la disciplina concursal: un deudor cuyo patrimonio se encuentra imposibilitado para hacer frente en forma regular a las obligaciones que le son exigibles, recurre a un proceso en el que los acreedores concurren, como lo explicamos en el capítulo anterior, “pari y passu” a fin de participar en el mismo, juntamente con terceros que pretendan un derecho en el mismo y todos sometidos a un mismo estatuto normativo.

Desde el punto de vista económico concurso significa la existencia de una pluralidad de pretensiones actuando sobre un mismo bien y la insuficiencia del mismo para satisfacer aquellas pretensiones. Existe por lo tanto un desequilibrio entre un pasivo exigible y un activo realizable²⁰¹.

El concurso como proceso, entonces, involucra todo el patrimonio y todos los acreedores... se funda en que la concurrencia de todos los acreedores será beneficiosa para el trato paritético de éstos, salvo excepciones legales. Esto responde a los principios, ya nombrados en apartados anteriores, de universalidad y concursabilidad.

Otro de los interrogantes que se plantean es si la “causal del concurso”, prevista por el 1294 del C. Civil, es extensible a la quiebra?.

No cabe dudas que el concurso, al que alude la norma en cuestión, comprende al concurso preventivo y la quiebra; en este último caso “el peligro al que alude dicha regla está in re ipsa y no requiere prueba adicional”, porque la quiebra se halla

¹⁹⁹ Games, Luis María, citado por Garaguso Horacio. P y Alberto A. Moriondo: “El Concurso como Proceso” ED. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, p.35.

²⁰⁰ Diccionario enciclopédico Omeba, Bibliográfica Argentina, t.III, voz concurso, citado por Horacio P. Garaguso y Alberto A. Moriondo, ob. cit, p. 34.

²⁰¹ Horacio P. Garaguso y Alberto A. Moriondo, ob. cit, p. 34.

“enderezada prioritariamente a la liquidación de bienes”, recuérdese que el art. 1294 contempla “el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”²⁰².

Arianna sostiene que como en la quiebra del fallido, a diferencia del concurso, queda desapoderado de pleno derecho, no cabe duda alguna, que el art.1294 del C.C. comprende el supuesto de quiebra declarada²⁰³.

Esparza, en cambio, entiende que el artículo en estudio sólo comprende el supuesto de concurso preventivo, excluyéndose de su ámbito de aplicación la quiebra.

Hay que considerar, que dicho autor, sostiene que la declaración de la quiebra produce de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal, sin necesidad de petición de parte; en tanto que el art.1294 contempla sólo el caso del concurso preventivo, y es necesario que la disolución de la sociedad conyugal sea solicitada por alguno de los esposos²⁰⁴.

Los Proyectos de Reformas del Código Civil elaborados por la Comisiones designadas por los decretos 468/92 y 685/95, incluyen expresamente ambos supuestos (al concurso preventivo y la quiebra).²⁰⁵

4.5. Alcance del artículo 1294. ¿Protección “eventual” derecho del cónyuge “in bonis”?

Es preciso indicar que no es simple la tarea de determinar el alcance del artículo 1294 del C.C.

La declaración de la quiebra implica el desapoderamiento de los bienes del deudor, entre los cuales se incluyen los gananciales de que fuera titular. Si en el desapoderamiento no se incluyen más que los bienes de titularidad del concursado, sean propios o gananciales, no se comprende que se lograría pidiendo la separación de bienes una vez abierto el concurso y después de efectivizado el desapoderamiento, aquí, el cónyuge pediría la separación de los bienes cuando los gananciales del concursado ya hubieran sido absorbidos por la masa del concurso. Si de alguna forma se pudieran perjudicar los derechos de los acreedores del concurso, con el pretexto de otorgar la mencionada protección al cónyuge no concursado, ello colisionaría con el principio general de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores; ¿en que podría consistir esta protección?. Una de las respuestas a este interrogante es que el artículo en cuestión, persigue la protección de los “derechos

²⁰² Cámara civil y Comercial de Rosario, Sala I, 5/03/93, “Vicentini de Bacala”, J.A.1994-II-167.

²⁰³ Arianna, Alberto: “Disolución de la sociedad conyugal” citado por Lagomarsino, Carlos y Salerno Marcelo. T: “Enciclopedia de Derecho de Familia”, ob.cit, p.906.

²⁰⁴ Esparza, Gustavo: “Ley de Concursos y Sociedad Conyugal”, ED. Depalma, Buenos aires, 1999, p. 77 y 171; citado por Leiva Claudio:, ob. cit, p. 193.

²⁰⁵ Leiva Claudio:, ob. cit, p. 193.

eventuales". Esta protección al cónyuge *in bonis*, no puede entenderse como un perjuicio a los acreedores del cónyuge fallido. De esto resulta otro interrogante ¿Quién debe prevalecer en el conflicto?, encontrando una respuesta sencilla a este interrogante, se puede decir que sólo podría efectivizarse dicha protección desprotegiendo a los acreedores²⁰⁶.

El cónyuge no titular de los bienes gananciales tiene sobre los adquiridos por el otro, "el derecho eventual" que el texto menciona, y que sólo se hará efectivo al producirse la disolución de la sociedad conyugal, teniendo siempre presente la causal en cuestión, depende siempre para su funcionamiento de la voluntad del cónyuge *in bonis*.

En tal sentido, es que la teleología de la causal en estudio apunta a evitar en definitiva la lesión de los derechos que, sobre los bienes gananciales adquiridos por uno solo de los miembros de la sociedad conyugal, le corresponden al otro al disolverse ésta. El fundamento de esta previsión radica en el eventual detrimento producto de una autoritaria gestión ejercida por el consorte adquirente.

La tutela del derecho con respecto a esta categoría de bienes gananciales se configura como un derecho actual en cuanto defensa tendiente a salvaguardar la parte que habrá de liquidarse con la disolución de la sociedad conyugal.

Sin embargo, la finalidad que subyace en la voluntad del legislador reside en el carácter tuitivo encaminado a preservar el haber ganancial en tanto éste es el producto de un esfuerzo conjunto de ambos cónyuges y sustento material del grupo familiar. En todo caso, "*la eventualidad*" a la que hace referencia el artículo, no recae sobre los bienes, sino que se refiere a "*la liquidación de la sociedad conyugal*"²⁰⁷.

En una interpretación literal del artículo 1294, dentro del juicio concursal, debería entonces liquidarse la sociedad conyugal incorporando a la masa las mitades de gananciales del concursado y dejando fuera de ella las del otro cónyuge, cuyo derecho eventual quedaría de esa manera protegido.

Jorge. A. Mazzinghi afirma lo siguiente, "*que si el desapoderamiento originado por el concurso extingue el "derecho eventual", porque los bienes quedan afectados al pago de los créditos y gastos del juicio, es obvio que el pedido de división de bienes en su momento sería, por lo tanto, inútil*". Además sostiene que esta solución iría en contra del régimen establecido por la ley 11.357 respecto de las deudas de los cónyuges, porque si cada cónyuge responde con los bienes propios y gananciales por él adquiridos, frente a sus acreedores (en juicio individual o colectivo) resultaría que el

²⁰⁶ Mazzinghi, Jorge A, "EL Concurso como causa de la separación de Bienes", en E.D., p. 240.

²⁰⁷ María Eleonora Cano, "*El Concurso y los Derechos del Cónyuge*", citando al Dr. Beluscio Augusto. C. "*El Régimen Matrimonial de Bienes en la Reforma al C.Civil*". LL. Pág. 1466.

artículo 1294 en la interpretación analizada, alteraría la responsabilidad del concursado en cuanto el otro cónyuge pidiera la liquidación de la sociedad conyugal. Este “*encogimiento*” de la garantía de los acreedores se produciría en este caso retroactivamente, dado que la declaración del concurso será siempre anterior al pedido de separación de bienes basado en dicha causal.

Otras de las respuestas al interrogante de cuál es la “*finalidad del artículo 1294*”, es como lo sostiene Belluscio, “***la protección de los derechos del cónyuge no concursado para el futuro***”.

Eduardo Zannoni sostiene que la reforma introducida a este artículo protege a los cónyuges frente a la mala administración o el concurso del otro, que puede importar sólo la pérdida de los gananciales de la masa del esposo mal administrador o concursado, sino, además, obligar eventualmente a dividir con él los gananciales adquiridos con el esfuerzo del otro exclusivamente. Para este autor, la norma permite separar los bienes y liquidar la sociedad conyugal existente hasta ese momento si la mala gestión de uno de los cónyuges causa al otro un perjuicio cierto. Siguiendo ésta interpretación, no es comprensible la razón por la que el cónyuge concursado podría obligar al otro a dividir sus gananciales. Ocurriría esto si sobreviniera algún otra causal de disolución de la sociedad conyugal.

El texto legal es oscuro y ambiguo, como lo hemos explicado al principio de este capítulo, se requiere una interpretación integrada de todo el ordenamiento jurídico para encontrar la finalidad del mismo. Una interpretación correcta del artículo, se encuentra, entonces, siguiendo los principios que ordena nuestro régimen jurídico, uno de ellos es el que sostiene que “la prenda común de los acreedores es el patrimonio del deudor”. Es así que el cónyuge no concursado podrá solicitar la separación de bienes frente al concurso de su cónyuge, pero a los efectos deberán tener lugar, respetando los derechos de los acreedores y la sentencia que declara la quiebra que constituye el presupuesto para la sentencia de separación de bienes.

Autores como Gowland, Freitas Ortiz de Rosas, Borda, sostienen que lo que no puede hacerse es pretender la prevalencia de los “*derechos del cónyuge in bonis*” sobre los derechos de los acreedores. Caso contrario los únicos perjudicados serán aquellos a quienes debe darse protección en razón de la situación patrimonial que atraviesa el deudor. Los perjudicados serían, entonces los acreedores a quien se le encogería la garantía sobre la cual deben hacer efectivas sus acreencias.

Entonces para estos autores, entre otros, el derecho del cónyuge no concursado no puede prevalecer sobre el derecho de los acreedores, sólo cabría aquí

como solución, estiman los autores, la liquidación de la sociedad conyugal una vez que los acreedores hayan sido satisfechos.

Es así que se puede concluir, adhiriéndonos, a lo que el Mazzinghi sostiene, “que se trata de uno de los aspectos del régimen de bienes del matrimonio que aguarda una reforma de fondo, precedida por un estudio serio, a través de la cual se establezca congruencia entre el perfil actual del matrimonio civil argentino y el sistema patrimonial que le es ajejo”.

4.6. Efectos del Concurso y la Quiebra sobre el carácter ganancial de los bienes

El concurso, que puede afectar a uno de los esposos no ejerce influencia directa en la sociedad conyugal, ni ésta sobre aquél. Producido el concurso o la quiebra de uno de los esposos, el régimen patrimonial del matrimonio no sufre, por sí modificación alguna²⁰⁸.

La normativa concursal demuestra estas aseveraciones y las que a continuación se mencionarán por parte de la doctrina (Dres. Fanzolato, Eduardo y Roitman, Horacio) en cuanto no regula específicamente situación alguna relativa a la sociedad conyugal. Sólo contienen normas aisladas que tienen en consideración cuestiones de orden familiar²⁰⁹.

Fanzolato Eduardo y Roitman Horacio sostienen que “ *el régimen económico del matrimonio no sufre virtualmente alteración alguna ante el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges en función de las características particulares del régimen matrimonial argentino y la virtual ausencia de normas en la ley concursal*”²¹⁰, es decir que la apertura del concurso o la declaración de la quiebra, en principio, no afecta, el régimen de gestión y responsabilidad separada de los bienes del matrimonio (art.5²¹¹ y 6 de la ley 11.357 y 1276 y consecuentes del Código Civil).

Esta falta de incidencia reconoce su fundamento en el régimen de separación de la gestión patrimonial y en la asunción independiente de las responsabilidades de cada esposo, lo que lleva a que sólo los bienes propios y gananciales administrados por el esposo concursado o fallido queden afectados como patrimonio concursal²¹².

²⁰⁸ Méndez Costa María Josefa, “Influencia de la inhabilitación y del Concurso o la Quiebra sobre la Sociedad Conyugal”, en L.L., 1973. Pág. 31 y sgtes.

²⁰⁹ Ver pág. 70, 71. & 4.3.

²¹⁰ Dres. Fanzolato Eduardo y Roitman Horacio, op. Citada por el Dr. Yunyent Bas Francisco, “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, Año 2010, Pág. 27.

²¹¹ Art.5 de la ley 11.357: “los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que el administre responden por la deudas de la mujer”.

²¹² Dres. Fanzolato Eduardo y Roitman Horacio, op. Citada por el Dr. Yunyent Bas Francisco, “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, Año 2010, Pág. 31. / C.Civ. y Com. Córdoba, 2da, 29/08/07, “Rao Carmelo s/ Quiebra propia simple-Recurso de Revisión: “Zángara, María y otros”.

Concluimos diciendo, por lo tanto, que el carácter ganancial de los bienes sólo tiene virtualidad en las relaciones entre los cónyuges, pero resulta irrelevante para los terceros acreedores, cuya garantía común se halla conformada por el patrimonio del deudor, sin distinguir entre bienes propios y gananciales. Por ende, esta clasificación sólo dará lugar a la aplicación de recompensas entre los cónyuges en oportunidad a la liquidación de la sociedad conyugal.²¹³

4.7. Derecho a la separación del “cónyuge in bonis”. Momento en que se considera disuelta la sociedad conyugal

La protección que brinda la norma, a ese “eventual” derecho a favor del cónyuge no concursado no puede ser entendido de manera que los acreedores del concurso puedan verse perjudicados.

El cónyuge no titular de los bienes gananciales tiene sobre los adquiridos por el otro, el derecho eventual, y sólo se hará efectivo al producirse la disolución de la sociedad conyugal.

Debe tenerse presente que la causal en estudio para su funcionamiento depende la voluntad del cónyuge “in bonis”, quien deberá por medio de la acción, solicitar la sustitución del régimen de comunidad por el de separación de bienes²¹⁴.

Sin embargo, cabe destacar y concluir con este tema, que la norma no implica que el cónyuge no fallido que obtiene la separación de los bienes por concurso o quiebra del otro, pueda lograr la mitad de los gananciales antes que se desinterese a los acreedores del fallido, pues ello implicaría convertir al “cónyuge in bonis” en una suerte de titular de derecho a la separación, o en un acreedor preferido a todo los demás. Esto no es posible dado que todo privilegio exige la existencia de una norma que le de tal jerarquía, cosa que en este caso no sucede, ya que no hay una norma que avale tal preferencia del no fallido²¹⁵.

El art. 1294, al igual que el viejo texto que sustituyó, silencia el momento a partir del cual se considera disuelta la sociedad conyugal; por lo tanto, se hace necesario con ello resucitar la antigua polémica. A continuación destacaremos las principales posturas que existen en rededor del mismo.

Una teoría sostiene que es la fecha de la demanda por separación de bienes, y encuentra fundamentos en el art.1445 del Código Civil Francés, que prescribe: “la

²¹³ CNCIV, Sala G, “M, M.B c/ C. M. O”, Expte. N°: G355522, 23/12/02, el Dial.com, AE1ACB.

²¹⁴ Leiva, Claudio:, ob. cit, p. 200-201.

²¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Albornoz, María Edith c Bocchio, Oscar Rubén”, 05/07/2007, LLBA, 2007-904, AR/JUR/3423/2007.

sentencia que pronuncia la separación de bienes se retrotrae, en cuanto a sus efectos, al día de la demanda”.

Otra sostiene que la disolución se produce en el momento de la notificación de la demanda. Gowland afirma en este sentido que, la sentencia que decreta la separación sólo puede retrotraerse al momento de notificación de la demanda y nunca al momento en que se decretó o se presentó el concurso.

Otras de las posturas se inclina por la fecha de la declaración del concurso como día en que se produce la disolución de la sociedad conyugal, porque considera que es el dato objetivo, concreto y con fecha cierta que marca la pauta para determinar esta causal.

Sin embargo respecto de terceros que pueden ver afectados sus intereses debido al desconocimiento de la separación de bienes, se propone la oponibilidad de ese estado a partir del momento en que quede firme la sentencia de separación de bienes.

Gowland refuta esta postura dado que dice “que si la sentencia de quiebra es el presupuesto de la sentencia de separación de bienes, nunca los efectos de la segunda podrían retrotraerse a fecha anterior a las causas de la primera²¹⁶.”

Otra de las teorías que se erigen en rededor de este tema, es aquella que postula con fundamento en el art.1299 nuestro Código Civil²¹⁷, que la sociedad conyugal se disuelve desde que la sentencia de separación de bienes adquiere autoridad de cosa juzgada. En la misma los autores que adhieren a ella, arguyen que el auto que declara la quiebra implica desapoderamiento de los bienes del deudor de pleno derecho a la fecha de la declaración.

Esto último trae consecuencia la imposibilidad de hacer prevalecer una sentencia de separación, que tiene como causa a la quiebra, por sobre los créditos cuya falta de satisfacción generó la cesación de pagos que condujo al decreto de auto de quiebra.

En conclusión podemos enumerar en abstracto los posibles momentos a partir del cual opera la disolución de la sociedad conyugal²¹⁸:

1-Día de apertura del concurso o la declaración de quiebra.

²¹⁶ Claudio Leiva, “La Quiebra del Cónyuge” citando a Gowland, Alberto Jorge, “El concurso: desafortunada reaparición de la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes”.Pág.206.

²¹⁷ Art. 1229 del C.Civil. Argentino: “En relación a los acreedores del marido, la confesión de recibo de la dote, no le es perjudicará, sino cuando constare ésta de las convenciones nupciales, o de otra escritura antes de la celebración del matrimonio, o cuando se probare por escritura pública, testamento, o particiones, o por instrumentos de igual autenticidad, que la mujer adquirió los bienes cuyo recibo confiesa el marido”.

²¹⁸Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio”. Publicado en Academia Nacional de Derecho. 2001.

2-Día de interposición de la demanda de disolución.

3-Día de notificación de la demanda de disolución.

4-Día en que la sentencia pasa a autoridad de cosa juzgada.

En nuestra opinión, al igual que las “XII Jornadas Nacionales de derecho Civil”, aceptamos la postura que sostiene “que la sentencia de disolución de la sociedad conyugal tiene efecto retroactivo al día de notificación de la demanda de disolución por concurso o quiebra, salvo los derechos de los terceros de buena fe”²¹⁹.²²⁰

4.8. Titularidad del bien

Cabe ratificar que la titularidad por parte del esposo fallido de un inmueble alcanzado por el desapoderamiento descarta la aplicación al caso del régimen de ganancialidad de bienes, como si se tratase de un condominio. El cónyuge no titular no es acreedor de dominio, ni adquiere el carácter de condómino por el solo hecho de decretarse la quiebra del esposo titular. Recordemos, que el carácter ganancial de los bienes sólo tiene virtualidad en las relaciones entre los cónyuges²²¹.

Durante el funcionamiento de la sociedad conyugal, cada cónyuge posee un derecho en expectativa sobre la mitad de los gananciales que son de propiedad del otro, porque recién con la disolución de aquélla, este derecho se actualiza²²².

Cuando se produce la disolución de la sociedad conyugal, sin alterar la titularidad originaria respecto de los bienes, la comunidad de derechos que se establece entre los cónyuges a efectos de la liquidación interesa sólo relativamente a ellos, sin ser oponible a terceros. Esto obedece, recordemos al régimen imperativo en nuestro derecho, de responsabilidades separadas.

Hasta la partición, los bienes propios y gananciales que integran la masa de la administración de un cónyuge, responde por las deudas por él contraídas con posterioridad a la disolución, sin perjuicio de las recompensas que éste adeudará en caso de producirse efectivamente la ejecución sobre un bien ganancial.

Kemelmajer de Carlucci, sostuvo en “De la Roza de Gaviola en Gaviola, Alberto. Suc.”, que producida la muerte o la quiebra, el acreedor anterior debe tener frente a sí los mismos bienes que tenía antes de la existencia del proceso colectivo. Es que el acreedor no contrató con una “sociedad”, sino con una persona casada que le

²¹⁹ Mendez Costa, M. Josefa, Dr. Ferrer. Francisco. y Dr. D’ Antonio. Daniel. “Derecho de Familia”. Tomo II. Ed. Rubinzal- Culzoni. Remisión infra 5.8.2 página116.

²²⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Albornoz, María Edith c Bocchio, Oscar Rubén”, 05/07/2007, LLBA, 2007-904, AR/JUR/3423/2007.

²²¹ CNCom, Sala D, 4/02/2008, “Sviastschi, Miguel Osvaldo”, citado por Junyent Bas, Francisco:, ob. cit, p 34.

²²² CNCom, Sala A, “Barot, Fernando. J,” 18/10/2004, citado por citado por Junyent Bas, Francisco:, ob. cit, p 34.

respondía con todos los bienes de su titularidad (propios y gananciales); la garantía de su crédito debe seguir siendo la misma mientras no exista publicidad de la real mutación de cada uno de los bienes.²²³

Cabe destacar, que mientras el cónyuge no titular no ostente la publicidad que haga su carácter de copropietario de los bienes ejecutados oponibles a terceros, no podrá objetar la acción de los acreedores. Así, tras la disolución de la sociedad conyugal por divorcio o separación de bienes cada masa soporta, frente a terceros, su propio pasivo, repartiéndose luego los esposos por mitades, los saldos activos que resten²²⁴.

Podemos concluir diciendo que les es dable liquidar a los cónyuges, la sociedad conyugal, pero no hay dudas de que antes de que esto ocurra y se inscriba en los registros pertinentes, tal partición es inoponible a terceros que ostenten un interés legítimo. Por lo que, la inscripción en el registro inmobiliario es imprescindible porque las modificaciones en la adquisición de derechos reales no son oponibles a terceros de buena fe antes de su inscripción en el registro de la propiedad²²⁵.

Cualquiera sea el modo de partición que los comuneros acuerden, tratándose de derechos reales sobre bienes registrables, la partición será por lo tanto, oponible a los terceros acreedores sólo a partir de su inscripción, por lo que en tanto continúe el dominio inscrito a nombre del cónyuge deudor, este bien seguirá respondiendo por sus deudas aunque haya habido separación de bienes²²⁶.

Por lo expuesto finalizamos este apartado diciendo, que los bienes gananciales adquiridos por uno sólo de los esposos, no son de propiedad común. Por ello, es suficiente que un bien figure adquirido por uno sólo de los cónyuges para excluirlos de la acción de los acreedores del otro. Es así, que la Jurisprudencia ha afirmado que el cónyuge titular del bien ganancial no tiene la carga de acreditar el origen de los fondos de adquisición para excluirlo de responder por las deudas personales del otro esposo, sino son los acreedores interesados los que tienen la carga de aportar los elementos acreditativos en la hipótesis de considerar la existencia de simulación o fraude²²⁷.

4.9. Ubicación Legislativa

El artículo en cuestión, aunque referido a la situación de concurso o quiebra, está ubicado en el Código Civil.

²²³ SC., Sala I, Mendoza, "De la Roza de Gaviola en Gaviola, Alberto. Suc.", 10/11/92. Citado por Junyent Bas, Francisco: ob. cit, p 34.

²²⁴ C.S.J.N. "L., M. M. v. D. M., R. O y otro", acordada 86122, 9/11/2005.

²²⁵ C.Civ. y Com. Córdoba, 2da, 29/08/07, "Rao Carmelo s/ Quiebra propia simple-Recurso de Revisión: "Zángara, María y otros"

²²⁶ C.S.J.N. "L., M. M. v. D. M., R. O y otro", acordada 86122, 9/11/2005.

²²⁷ Junyent Bas Francisco: ob. cit, p. 35. Revista n° 7 de Agosto de 2010.

Sin embargo algunos autores sostienen que debiera ser ubicado en la ley de concursos y quiebras, pues se trata de un tema referido al régimen patrimonial del matrimonio que excede la relación “inter partes”. En esta línea de pensamiento se afirma: “la acción del art.1294 es una típica acción concursal, tanto si se analiza desde el punto de vista material como procesal. Desde el punto de vista material. Porque tiende al principio de concursabilidad o colectividad, pues se da en el marco de un proceso concursal y con un sujeto legitimado activo que pretende hacer valer sus derechos frente a quienes son acreedores del otro concursado o fallido. Desde el punto de vista procesal, pues su campo está dado por la apertura de un proceso concursal y en el marco procesal de ese proceso. Aun cuando se sostuviese que es competente el juez civil, seguiría siendo una acción de naturaleza procesal²²⁸”.

Con independencia de cuál sea la naturaleza de la acción, lo cierto es que las normas de derecho de familia incluidas en la ley de concursos generan grandes problemas de interpretación, no debe extrañar entonces, que haya sido el código civil (ley residual) y no la ley concursal la que receptara la figura.

4.10. Problemas procesales que plantea la aplicación del artículo 1294 del Código Civil

4.10.1 .El problema del fuero de atracción

El art. 21 de la L.C.Q dispone que el concurso produce “*la radicación ante el Juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado*”.

Esto es lo que denominamos, fuero de atracción, que comprende a todos los acreedores, exceptuando los juicios de expropiación y los fundados en las relaciones de familia²²⁹.

Es menester, preguntarse en este apartado, ¿si la excepción del fuero de atracción del art.132 de la ley 24.522 subsiste respecto de la separación de bienes por el concurso de alguno de los cónyuges?

Dutto sostiene, que atento a la íntima conexión existente entre el concurso en sí y el supuesto de separación de bienes por concurso o quiebra de uno de los cónyuges parece más atinente que el fuero de atracción de la quiebra funcionara para

²²⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio”. Publicado en: Acad.Nac.de Derecho 2001, 385.

²²⁹ Art. 21. Inc. 2º de ley 24522.

esta cuestión, por lo siguiente: a) por no tratarse de una situación fundada en relaciones de familia, atento al carácter personal de los derechos contemplados en la enunciación; b) porque si el fin de la norma es mantener la unidad de las resoluciones dictadas con relación a los bienes de que fue desposeído el fallido, la que se adopte sobre el caso bajo el análisis necesariamente tendrá que ver con esos bienes; c) el concurso o la quiebra es prueba suficiente, por lo tanto el cónyuge afectado deberá presentarse en ese juicio y no en otro²³⁰.

Mendez Costa, M. Josefa sostiene que será competente para entender en la acción de separación de bienes el juez del último domicilio conyugal efectivo (último lugar de convivencia de los esposos) o el del domicilio del demandado, ya que sostiene que así lo dispone el art. 227 del C.C que determina esta competencia para todas las acciones “que versen sobre los efectos del matrimonio”²³¹.

Otros sostienen que se trataría de una pretensión incidental dentro del proceso de quiebra.

En cambio, otros autores sostienen que “donde la ley no distingue no puede el intérprete distinguir” y que todo juicio fundado en una relación de familia está exento de la atracción concursal. En esta línea, las acciones derivadas de los art. 1294 y 1298 del C. Civil al estar fundadas en relaciones de familia escapan al juez concursal.

Es así, que una corriente doctrinaria entiende que la redacción de los art. 21 inc. 2 y 132 de L.C.Q al fijar como excepción aquellas acciones que se fundan en relaciones de familia deja fuera a los juicios de contenido patrimonial. De tal modo, las exceptuadas son aquellas en donde se discuten relaciones familiares propiamente dichas, pero, si tienen contenido patrimonial, están alcanzadas por la atracción concursal²³².

A pesar del conflicto que pesa sobre dicho tema es necesario remarcar una cuestión de suma importancia, que es la necesidad de que en este tipo de acciones intervenga un solo juez, sea el del concurso o el juez de familia, ya que de lo contrario, se daría el posible impacto de sentencias contradictorias que conducirían, a una “irracionalidad sistemática”.

Sin embargo, en algunas provincias, como por ejemplo la de Mendoza, hay leyes que prevén que los Juzgados de Familia serán competentes en los procesos por separación judicial de bienes. Con normas como esta, se acabaría el conflicto o

²³⁰Leiva, Claudio: ob.cit, p. . 210, 211, citando a Dutto, Ricardo: “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”, en “J.A.”, 1991, t. IV.

²³¹Mendez Costa, M. Josefa, Dr. Ferrer. Francisco. y Dr. D’ Antonio. Daniel. “Derecho de Familia”. Tomo II. Ed. Rubinzal- Culzoni, p. 273, 274.

²³²Richard, Maldonado y Alvarez, “Suspensión de acciones y fuero de atracción en los concursos”, Ed. Astrea. 1994, p. 70/72.

discusión que gira en torno al fuero de atracción, es decir que juez es competente si el de familia o el del concurso.

Compartimos la postura sostenida por aquellos autores que consideran que el juez competente para entender este tipo de cuestiones, es el juez del concurso, dado que lo que se encuentra en juego es de contenido patrimonial, excediendo el ámbito de la relación familiar. Por lo que consideramos necesario una norma en la ley de Concurso y Quiebra que contemple esta situación, dado que el código Civil siempre ha funcionado como una ley residual, receptando normas que no han sido previstas en sus respectivos cuerpos normativos.

4.10.2. Acción de separación de bienes. Procedimiento para canalizar su petición

El Código no contiene disposiciones relativas a la acción de separación de bienes, por lo que corresponde aplicar analógicamente lo establecido para la acción personal y el divorcio en los aspectos patrimoniales (art.1306, párrafos primero y tercero)²³³. Si bien no se trata de una acción de estado sino de una acción de ejercicio de estado, se desenvuelve y opera de manera similar a aquellas.

Reiteramos la acción de separación de bienes no es óbice para que después de obtenida se entable la acción de separación o de divorcio; la primera carecerá de consecuencias patrimoniales ya producidas, la segunda pondrá fin a todo régimen económico patrimonial²³⁴.

Según lo establecido por los artículos. 301 y 302 de la Ley de Concursos, la acción de separación de bienes deberá seguir las pautas para los incidentes, éste será el procedimiento por el que se deberá canalizar la acción²³⁵.

El incidente, por lo tanto, constituye la vía para canalizar la acción de separación de bienes, se denominan así a los juicios que tramitan por vía ordinaria o sumaria, pero que por su conexión con el proceso principal (concurso) es atraído por éste. La ley 24.522 regula al incidente en su art.280 y ss., al que se someten todas las cuestiones que guarden relación con el objeto principal del concurso y no tengan asignado un procedimiento especial.

²³³ El artículo 1306 del C.C en el párrafo primero establece: "La sentencia de separación personal o el divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda o presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de terceros de buena fe".

El tercer párrafo dispone: "Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable".

²³⁴ Mendez Costa, M. Josefa, Ferrer. Francisco, D' Antonio. Daniel.;, ob.cit, p. 273.

²³⁵ Garaguso, Horacio P: "El concurso como proceso", ED. AD-Hoc, Buenos Aires, 2000, t.III, p. 195/218; 233/238.

4.10.3. ¿Qué es lo que debe probar el cónyuge in bonis?

El presupuesto necesario para que el cónyuge in bonis pueda ejercer la acción de separación de bienes es la existencia de una sentencia que declare el concurso o la quiebra del otro cónyuge. En consecuencia de ello, el cónyuge no concursado ve facilitada la prueba a su cargo, ya que existe un hecho (el concurso o la quiebra) declarado judicialmente; el resto de los medios probatorios desempeñan, en este caso, una función complementaria.

4.11. La voz de la jurisprudencia y el artículo 1294 del Código Civil Argentino

La Cámara Civil y Comercial de Venado Tuerto se pronunció sobre este tema en un fallo de 1990, en "Saint Martin, Ramón p/ incidente de separación de bienes". La esposa del fallido demanda la disolución de la sociedad conyugal, y la consiguiente separación de bienes, fundándose en el art.1294 del C. Civil.

El proceso concursal se encontraba en la etapa liquidativa y con sentencia de falencia firme. El síndico del concurso asume la representación del esposo concursado.

La sindicatura y la Fiscalía de Cámara solicitaron el rechazo de la petición, fundándose en la extemporaneidad de la misma.

El juez del concurso rechaza la demanda incidental y su fundamento se encuentra en la redacción del art. 1294 conforme la ley 17.711 y no en el dispositivo redactado por la 23.515.

Le esposa recurre dicha decisión.

Finalmente, la Cámara resuelve declarar la nulidad total del pronunciamiento de primera instancia, y hacer lugar a la demanda incidental planteada, considerando, en consecuencia, disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de declaración de quiebra.

Asimismo, fue rechazada la pretensión cautelar de la accionante de suspensión de remate de los bienes del concurso. En la parte resolutive de la sentencia, se dispuso declarar el derecho de la actora a percibir la mitad de los gananciales denunciados, para el caso de mediar remante, una vez que sean desinteresados todos los acreedores del cónyuge concursado²³⁶.

La Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala I, en autos caratulados "Vicentini de Balcala, Elsa Catalina c/ Balcala, Gabriel s/ concurso preventivo s/ separación de

²³⁶ Cámara. Civil y Comercial y Laboral. Venado tuerto, 6/11/90, "Incidente de separación de bienes en Saint Martin, Ramón -Quiebra-".

bienes”. La esposa del fallido, se presenta iniciando un incidente de separación de bienes, previo al concurso de su marido.

Existe un inmueble adquirido por el marido después de casado, que figura inscrito a su nombre, y unos pocos bienes muebles.

La esposa pretende separar de la masa el 50% ganancial del inmueble y la mitad del modesto patrimonio mobiliario. Ello, con fundamento en el art.1294 del C.Civil reformado por ley 23.515 que restableció como causal de disolución de la sociedad conyugal el caso del concurso del marido.

El síndico del concurso se opone diciendo que el inmueble ganancial inscrito a nombre del marido, responde en su totalidad, por las deudas de éste.

La cámara de Apelaciones en lo Civil y comercial resuelve declarando la separación de bienes, pero se desestima la pretensión de obtener, antes de la conclusión de la quiebra, el 50% de los bienes gananciales adquiridos por el demandado fallido²³⁷.

4.11. Artículo 1294 del C. Civil y la opinión de la doctrina

Puestos en la tarea de delimitar el alcance del artículo en cuestión, se observa en la doctrina diferentes criterios sobre el mismo.

Nuestra tarea, en este apartado del respectivo capítulo, será demostrar las diferentes corrientes doctrinarias que se erigen sobre el artículo 1294 de nuestro Código Civil, plasmadas en fallos jurisprudenciales que evidencien dichas posturas, para encontrar una respuesta al planteo del problema, punto de partida, de dicho trabajo. En este apartado seguiremos lo expuesto por la Kemelmajer de Carlucci Aída en “Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio” y al Leiva Claudio en su obra titulada “La Quiebra del Cónyuge”.

Para comenzar, es necesario hacerse el siguiente interrogante ¿Qué efectos produce la disolución fundada en el concurso o quiebra sobre los bienes gananciales que eran de administración del cónyuge fallido?

4.11.1. Tesis Mayoritaria

Autores, que se encuentran comprendidos dentro de la tesis mayoritaria y que han tratado el objeto de estudio de este trabajo, coinciden en **“que el cónyuge in bonis no es acreedor de dominio ni tercero regido por el art. 138 de la LC”**.

²³⁷ Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala I, 5/3/93, en “Vicentini de Balcala, Elsa Catalina c/ Balcala, Gabriel s/ concurso preventivo s/ separación de bienes”.

El concursado o fallido no detenta los gananciales en razón de que les fueron entregados por título no destinado a transferirle el dominio, sino que se encuentra en esa relación con los bienes en mérito a un estatuto económico previsto legalmente.

Más allá de la denominación, lo cierto es que ninguna norma concede al cónyuge un derecho para que su parte sea separada; en otros términos, no tiene "derecho a la separación".

No tiene privilegio para tomar el 50% de sus gananciales, porque como dijimos en apartados más arriba, los privilegios son legales, es decir, sólo pueden ser creados por la ley.

Las diferencias doctrinales residen en que mientras para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, para tomar el 50 % del valor de sus gananciales el cónyuge in bonis debe esperar que cobren todos los acreedores de su cónyuge, una posición minoritaria entiende que el cónyuge puede verificar su crédito y concurrir con el resto de los acreedores quirografarios para cobrar a prorrata. En otros términos, el crédito del cónyuge engrosaría el pasivo, disminuyendo de este modo las posibilidades de cobro de los acreedores del cónyuge fallido.

La jurisprudencia prácticamente unánime del país sostiene la primera posición. En tal sentido se ha resuelto que "de la formulación positiva del art. 1294 del CC a partir de la ley 23.515, no puede extraerse que el cónyuge no fallido que obtiene la separación de bienes por quiebra del otro pueda lograr la mitad de los gananciales (o el valor bruto de ellos) antes que se desinterese a los acreedores del fallido y del concurso, pues ello implicaría convertir al cónyuge in bonis en una suerte de acreedor de dominio ("un rectius" ,o sea, convertirlo en titular de un derecho a la separación, al estilo de los consagrados en los arts. 142, 143, 150, LC) o a un acreedor preferido a todos los demás acreedores del fallido. Esto último no es posible ya que el reconocimiento de tal jerarquía preferencial exigiría una norma clara y concreta, pues los privilegios no pueden crearse por analogía y, ante la duda, debe estarse en contra de su existencia, al ser éstos una excepción a la universalidad concursal y a la noción del patrimonio como garantía de todos los acreedores"²³⁸.

En otro caso de análogas circunstancias fácticas (la única variante es que la cónyuge había pedido la separación de bienes después de declarado el concurso y

²³⁸ C.Civ. y Comercial de Rosario, Sala 1° 5/03/93, "Vicentini de Balcala", "J.A.", 1994, II-167-.

pretendió su derecho a la ganancialidad en la quiebra posterior por incumplimiento del acuerdo), la sala E de la Cámara Nacional de Comercio resolvió que "en caso de solicitarse la separación de bienes por aplicación del art. 1294 del C.C. durante el trámite del concurso preventivo de uno de los esposos, la respectiva liquidación no podrá tener lugar hasta tanto no queden satisfechos los acreedores; sobrevinida la quiebra, el cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiese remanente, pues no puede pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor²³⁹.

Hacemos la siguiente pregunta ¿qué aplicación práctica tiene la norma en discusión?

El operador del derecho puede pensar que esta norma no sirve al cónyuge in bonis, pues la sentencia de disolución lo obligará a llevar a la masa del cónyuge concursado el 50% de los bienes que eran de su administración exclusiva y, en cambio, tomará el 50% de los bienes que eran de administración de su cónyuge (hoy fallido) tarde, mal y nunca, pues cobrará sólo después que hayan sido satisfechos todos los acreedores del concursado.

Se trata de una verdad parcial. Efectivamente, un cónyuge in bonis que tenga muchos bienes gananciales de su propia administración no pedirá la disolución de la sociedad conyugal, pues inmediatamente de producida "se achica" la masa de su administración al tener que aportar al concurso el 50% que correspondió a su cónyuge en la partición.

En este sentido Caparelli sostiene "que es beneficioso sólo en el supuesto en que el no concursado no tenga en su patrimonio bienes gananciales que partir y pretenda que cese la calificación de gananciales de aquellos bienes que adquiera en el futuro". Este autor considera que la separación judicial de bienes ha sido establecida en el ordenamiento jurídico de otros países, siendo necesario su diferenciación con la modificación del régimen patrimonial matrimonial por voluntad bilateral donde se consagre la libertad de los cónyuges para optar por el régimen patrimonial que consideren más conveniente²⁴⁰.

Sin embargo, la acción puede tener interés para el cónyuge in bonis que no tiene demasiados bienes gananciales de su administración porque:

²³⁹ Cámara Nacional Comercial, Sala D, 28/488, "N.J.A.E", E.D. 131-242-.

²⁴⁰ Leiva Claudio:, ob. cit, p. 196, citando a Caparelli: "La mutación del régimen patrimonial en el artículo 1294", en "L.L.", 1998, Sección Doctrina.

- Cesará, para el futuro, el régimen de ganancialidad. Puede ocurrir que un cónyuge no tenga bienes de su administración y titularidad al momento de solicitar la disolución, pero tiene en miras encarar una actividad económica de la que puede aguardar beneficios²⁴¹.

- Administrará los bienes que adquiera en el futuro sin las restricciones del 1277.

- Si hubiese algún remanente en el concurso del cónyuge, recogerá todo o parte de sus gananciales.

- Abrirá el juego de las recompensas y la recomposición de los bienes propios empleados en ventaja de lo ganancial.

- Normalmente, esta sentencia permitirá concluir con los roces y desavenencias entre los cónyuges directamente causados por la gestión de bienes comunes.

Sin embargo, autores como Vidal Taquini sostienen que ejercer la acción puede resultar disvalioso para el cónyuge no concursado, en el sentido de que tendría que compartir los gananciales de su titularidad con el concurso, y si los bienes reconocieran titularidad del cónyuge concursado, nada recibiría por presunción de insolvencia del concurso.

Monti se pronuncia por la interpretación restrictiva del art.1294, si no se quiere afectar derechos de terceros, y considera más correcto recurrir al procedimiento del art 152 bis del C. Civil, el que reza: *“Podrá inhabilitarse judicialmente: a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere un cónyuge, ascendientes y descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener la inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes”* (art. 152. inc.3).

El mismo autor en un fallo, cuyos autos se carataron “Barbot, Fernando Juan s/ quiebra”. Sala Comercial C de la ciudad de Rosario, presentó discordancias con lo resuelto por la mayoría, José Luis Monti fundamentó su meditado voto, sustentando la estructura de su razonamiento en las siguientes premisas y conclusiones: 1) Del art. 5

²⁴¹ Mendez Costa, María Josefa, Código Civil Comentado: “Derecho de Familia Patrimonial”.

de la Ley 11.357 no necesariamente ha de inferirse que los bienes gananciales del cónyuge deudor puedan ser íntegramente afectados por los acreedores de éste; 2) no es dable afirmar que los derechos de los esposos sobre los gananciales sólo podrían cobrar operatividad al disolverse la sociedad conyugal; 3) el carácter tuitivo de las normas legales que rigen la materia; en especial, la ratio legis del art. 1277, cuyo norte apunta a “preservar el haber ganancial como desiderátum de la comunidad de esfuerzos”; 4) las limitaciones legales (en especial el art. 1277) no sólo rigen las relaciones internas de los cónyuges, sino que –cuando de bienes registrables se trata– resultan extensivas a los terceros.

De ello se sigue, el carácter relativo de la disponibilidad que, sobre estos bienes gananciales, detentará el cónyuge titular, en tanto requerirá el asentimiento de su consorte para llevar a cabo actos de enajenación o gravamen; 5) el derecho ínsito en la norma no configura una “mera expectativa”, ya que, aceptar esta calificación, implicaría una “renuncia” del no titular a favor del otro cónyuge (acto prohibido por los arts. 1218 y 1231 del Cód. Civil); 6) coherencia de la aplicación subsidiaria de las reglas del contrato de sociedad, en aquellos aspectos no contemplados específicamente para la sociedad conyugal –en especial los arts. 1754 a 1756–.

Zannoni por su parte, se refiere a que la norma brinda una protección para los derechos del cónyuge no concursado para el futuro: la norma tendería a evitar que se obligue a dividir con el cónyuge fallido los bienes adquiridos con el esfuerzo exclusivo del otro. Asimismo, se pronuncia por la falta de lógica de la previsión legal con el régimen patrimonial vigente.

Mendez Costa²⁴², destaca el cuidado con que la norma debe ser interpretada; constituyendo el único razonamiento válido para fundar la desaparición de restricciones al poder de disposición al cónyuge no concursado, o sea, su total libertad para administrar y disponer los ex gananciales que le correspondan en la partición y los bienes que adquiera con posterioridad.

Mazzinghi destaca una importancia fundamental con el texto original. En el actual, se habilita para pedir la separación de bienes “cuando el concurso o la mala administración acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales...”. En el texto anterior, se limitaba al peligro de perder los bienes propios de la mujer, que administraba el marido. Lo que nos parece una diferencia más aún radical, que la que Mazzinghi señala entre el texto actual y el original, es la

²⁴² Mendez Costa, Mará Josefa, “Código Civil Comentado”, p. 239 y ss.

modificación y el cambio que introduce la ley 23.515, que es la que reconoce administración en manos de la mujer.

Grosman considera como el “espíritu comunitario”, al lado de los artículos 1277, 233, 1295 y 1298 del C.Civil y el art.6 de la 11.357, en contraposición con aquellas que guardan un “espíritu separatista”. El espíritu comunitario se hace presente en el sentido de que está ordenada como contracara la necesidad de una gestión apropiada que respete el interés del otro cónyuge y la familia; reafirma esta conjunción de autonomía e independencia, dentro de la unidad.

Fassi y Bossert sostienen que debe concluirse con las posturas que sostienen con denegar la vigencia del art.1294, ya que resulta evidente que la gestión de un cónyuge no puede comprometer los bienes del otro, dada la vigencia de gestión separada. No obstante, es razonable sustentar que el artículo posee sentido y finalidad práctica al entregarse en el contexto del vigente régimen matrimonial, correspondiendo su ejercicio tanto a la mujer como al marido.

4.11.2. Tesis minoritaria.

Adelantamos que Esparza. Gustavo, en minoría, afirma que el cónyuge que ha disuelto la sociedad conyugal por la vía del art. 1294 tiene derecho "al porcentaje de gananciales netos, sin esperar el remanente que resta una vez desinteresados los acreedores del otro cónyuge". Dicho en otros términos, el cónyuge in bonis verifica y concurre con los acreedores quirografarios con quienes cobra a prorrata.

El art. 1° ley 24.522 dispone que el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados.

Puede considerarse, sin torturar los textos que los gananciales del otro cónyuge están dentro de estas exclusiones.

El concurso modifica los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, que deben ser interpretados conjuntamente con el art. 1294 del Cód. Civil. La modificación se produce porque los arts. 5° y 6° deben adecuarse a la nueva situación fáctica y jurídica dada por la apertura de un proceso concursal y el ejercicio de una acción que hace nacer el principio de concurrencia. Estas normas no hacen mención al concurso, por lo que no contradice su texto afirmar que esa especial situación jurídica modifica la solución que ellos prevén.

La doctrina civilista afirma que la disolución de la sociedad conyugal produce, por un lado, un encogimiento de la garantía de los acreedores (antes tenían el 100%

de los bienes que administraba su deudor), y por otra, un estiramiento de esa garantía patrimonial (pues después de la disolución han agregado el 50% que corresponde en la partición a su deudor y que antes estaban en el patrimonio administrado por el cónyuge).

El acreedor del fallido no ve disminuido los bienes sobre los que se va a cobrar; cobrará sobre los mismos bienes que tenía antes, pero tendrá un acreedor más que concurrirá con él (el cónyuge de su deudor que optó por la disolución).

La situación es la misma de aquel acreedor que contrató con su deudor pero luego se encuentra que además de él hay otros acreedores cuyos créditos son posteriores a él.

El cónyuge acreedor también aporta bienes.

Es injusto que no pueda percibir su cuota sobre los bienes que el otro administra.

Las leyes se presumen conocidas también por los acreedores; éstos deben saber que si su deudor es una persona casada, hay otro que participa en el 50% de los adquiridos por título oneroso con posterioridad a la celebración del matrimonio.

El cónyuge in bonis es, entonces, un acreedor quirografario (art. 1259, CC).

Consecuentemente le alcanzan los efectos del concordato; pero, por expresa disposición legal, está excluido del cálculo de las mayorías y no puede votar.

Desde lo axiológico, la solución se justifica porque permite atemperar "algunos de los tremendos efectos que en toda relación de familia trae un concurso o quiebra, al menos abriendo la posibilidad de que el cónyuge no concursado conserve el 50% de los bienes para no dejar en la total indigencia a la familia. Un acreedor puede recuperarse de un avatar económico resultante de ver restringida su posibilidad de cobro. En cambio, una familia que pierde todos sus bienes, además del perjuicio económico, sufre un daño personal que difícilmente sea recuperable. Máxime que no estamos hablando de la gran empresa, sino de la pequeña y mediana empresa, como es generalmente una empresa de familia".

- No obstante lo expuesto, Esparza reconoce que: es "necesaria una reforma legislativa que contemple el problema en su adecuada importancia y dé una solución que fije inequívocamente la situación eliminando la incertidumbre".

La solución propuesta tiene un efecto negativo sobre el crédito porque en todo concurso, los acreedores tendrán que compartir los bienes con otro que se presenta con un valor equivalente al 50% de los bienes gananciales que pudieran estar en el patrimonio de su deudor.

Normalmente, ese porcentaje tampoco estará libre, porque el cónyuge in bonis ha firmado avales, fianzas, que también comprometen ese 50%.

La posición de Carreira González parece más extrema, pero no está claro para nosotros si sus argumentos son de lege lata o de lege ferenda, ni cuál es en realidad la solución que propicia para una futura reforma de la ley. Afirma que el art. 1294 ha preservado el derecho eventual del cónyuge no concursado sobre los bienes gananciales, y este derecho sólo puede ser protegido a costa del concurso. En su opinión, "la norma ha dado primacía al cónyuge y no al concurso sobre dichos bienes; el legislador quiso que el cónyuge no concursado pueda concretar el derecho eventual, separando la mitad que le corresponde en expectativa y aportando, en su caso, la mitad de los gananciales de los que fuese titular. Los términos fuertes del artículo suponen una atenuación al precepto de universalidad patrimonial establecida en el art. 1 de la ley concursal". Sin embargo, concluye diciendo que hay que modificar la normativa concursal y civil, armonizar sus preceptos, sopesar dos intereses tan caros a nuestra sociedad con justicia y armonía, y otorgar mayor rol al cónyuge in bonis en el concurso protegiendo realmente los derechos que tiene en expectativa. Dentro de esa armonización, propicia la derogación del art. 1294 puesto que "se erige frente al derecho de los acreedores concursales en protección del derecho larvario del cónyuge no concursado, lo que constituye un notorio desequilibrio".²⁴³

4.11.3. Crítica a la tesis minoritaria de Esparza

No se desconoce que el jurista persigue mejorar la posición jurídica del cónyuge que carece de bienes gananciales de su administración, y que en esa situación, aún en los comienzos del nuevo milenio, normalmente se encuentra la mujer.

No obstante el loable propósito perseguido, no es posible prestar adhesión a la tesis antes resumida pues, en opinión de los que sostienen la tesis mayoritaria, carece de todo apoyo normativo. Explican, de este modo, el por qué:

- Entre las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados mencionadas en el art. 1º de la ley 24.522 no se encuentran los bienes gananciales. He explicado que el régimen patrimonial del matrimonio argentino no genera cotitularidad entre ambos cónyuges, salvo que ambos adquieran bienes determinados en forma conjunta. Si el bien ha sido adquirido por uno solo de ellos, es esa titularidad y no el carácter de ganancial lo que decide la suerte frente a los acreedores.
- Es verdad que el tema del pasivo durante la indivisión post-comunitaria (etapa que va desde la disolución a la partición) ha torturado a la doctrina, pero respecto de las

²⁴³ Kemelmajer de Carlucci, Aída;. Ob.cit. p.32.

deudas contraídas durante la comunidad, se llega al mismo destino cualquiera sea la tesis que se sostenga desde que:

- No hay norma que expresamente disponga que los arts. 5° y 6° no rigen durante la indivisión para las deudas contraídas durante la comunidad.

- La limitación del derecho del cónyuge a los gananciales líquidos (es decir, lo que queda después de haber pagado a los acreedores) es también la solución que el código proporciona en materia sucesoria (arts. 3474. 3475 y concs); así, los acreedores del causante (en el caso, del fallido) tienen derecho a oponerse a la partición y a la entrega de los bienes mientras sus créditos no hayan sido satisfechos.

No hay razones normativas para que el divorcio u otras causales de disolución de la sociedad conyugal produzcan modificaciones a la garantía patrimonial que tenían los acreedores antes de ese hecho. Respecto de la muerte (una causal de disolución) decían los franceses: producido el divorcio u otra causal de disolución, el acreedor anterior debe tener frente a sí los mismos bienes que tenía antes de la existencia del proceso colectivo. Es que el acreedor no contrató con una sociedad, sino con una persona casada que le respondía con todos los bienes de su titularidad (propios y gananciales).

La garantía de su crédito debe seguir siendo la misma mientras no exista publicidad de la real mutación de cada uno de los bienes.

- El art. 1315 del CC concede al cónyuge no titular un derecho a los bienes, y no sobre los bienes; consecuentemente, previamente hay que deducir el pasivo.

El propio Guaglianone, autor de la metáfora del encogimiento y el ensanchamiento, explica cómo se desarrollan los efectos de su singular e inteligente teoría: "Las partes alícuotas emergentes de la disolución de la sociedad conyugal son indeterminadas, en el sentido de que, antes de concluirse la liquidación, su cuantía exacta se ignora y hasta puede ser cero.

Sólo el proceso de liquidación dará una cifra y sólo la partición las reflejará sobre bienes singulares". "Es esencial que se reconozca a los acreedores personales del ex administrador un remedio que los ponga a cubierto de las contingencias vinculadas con el sistema matrimonial patrimonial de su deudor; en otras palabras, un remedio por el cual, consultando el hecho de que esos acreedores contrataron teniendo en cuenta bienes que aparecían como de propiedad exclusiva del deudor, los acontecimientos y consecuencias suscitados por cambios en la situación familiar de éste tengan sólo una importancia interna, no afecten en general a los terceros que se habían edificado una seguridad sobre la situación patrimonial establecida antes de disolverse la sociedad conyugal".

Es verdad que los bienes que responden siguen siendo los mismos, pero es un eufemismo afirmar que la garantía patrimonial de los acreedores no disminuye cuando se incorpora un acreedor que puede llegar a tener un crédito equivalente al 50% de los bienes a liquidar.

Los acreedores conocen las leyes; saben que el deudor es casado y, por eso conocen que los bienes que administra, que son de su titularidad, aunque sean gananciales, responden en su totalidad y no en un 50%.

No se trata de volver a los viejos tiempos en los que los derechos de la mujer resultaban postergados frente a los acreedores del marido, pues el régimen legal argentino, como he dicho, permite que la mujer no comprometa los bienes gananciales que ella administra. En otros términos, la cuestión a debatir en la quiebra del marido no se vincula a los bienes gananciales administrados por la mujer (que también invocará en su favor los arts. 5° y 6°, ley 11.357) sino a los gananciales administrados por el marido por haber sido adquiridos por él.

El razonamiento de Esparza, en determinado momento parece dar un salto lógico, pues todos los argumentos van encaminados a sostener que el cónyuge puede separar el 50% de los bienes. Sin embargo, la solución que propicia, como he dicho, es la de permitir que el cónyuge participe a prorrata luego de verificar, como simple acreedor quirografario. La solución tampoco tiene base normativa desde que:

- El art. 1259 está derogado; sin administración marital, el texto carece de todo sentido.

- la verificación encuentra un valladar (no decisivo), cual es que no se trata de un crédito anterior al concurso pues el derecho a los gananciales recién se actualizó con la disolución y ella es posterior pues, justamente, la causal invocada para petitionar la disolución de la sociedad conyugal es “el concurso”.

4.12. Ventajas y desventajas del art. 1294 del C.C

Una de las ventajas, para el “cónyuge in bonis”, que puede inferirse del artículo es que tiene “derecho a los bienes gananciales” y no “sobre ellos”, ya que tiende a proteger los bienes de su titularidad que administrará en el futuro sin las restricciones previstas por el art.1277.

Otras de las ventajas que se advierte es que si el cónyuge no fallido que no tiene bienes de su titularidad y administración y tiene en miras realizar una actividad económica, le conviene hacer uso de la opción prevista en el art. 1294, ya que sustraerá de la masa de gananciales los beneficios que obtenga de dicha actividad, buscando con esto eliminar la ganancialidad hacia el futuro.

Por lo tanto si el cónyuge si el cónyuge in bonis posee bienes de su titularidad, la promoción de la acción de separación puede resultar disvalioso, ya que se vería obligado a dividir los gananciales de su titularidad con el concurso.

En cuanto a los acreedores del fallido o concursado, el art. 1294 prevé un mecanismo por el cual no pueden verse afectados, ya que el cónyuge in bonis, no tiene ningún derecho cuando ejerce la acción de separación de bienes a sustraer la mitad de los gananciales adquiridos por el quebrado antes de que fueran desinteresados los acreedores concursales, lo que implicaría con esto convertir al cónyuge no fallido en un acreedor de dominio o privilegiado.

En definitiva el cónyuge no fallido no adquiere ningún derecho automático sobre los bienes gananciales, que desplace, modifique o altere el régimen patrimonial del matrimonio. Los acreedores, no pueden por esto resultar perjudicados, ya que ellos contrataron teniendo en miras el patrimonio del fallido, como garantía de sus acreencias, sin serle a ellos oponibles las relaciones entre los cónyuges.

4.13. La causal en el Proyecto del Código Civil Unificado con el Código de Comercio

En la Sección Quinta, Capítulo II, establece las normas que regirán la extinción de la comunidad, y entre ellas, se encuentra el art.471 que regula la separación judicial de bienes en los siguientes términos:

“La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

- Si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.
- En caso de concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge.
- Si los cónyuges están separados sin voluntad de unirse.
- Si, por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero”.

El art 472 dispone: “la acción de separación de bienes no puede ser promovido por los acreedores del cónyuge por vía de subrogación”.

El art.473, establece la aplicabilidad de la medidas cautelares previstas por el 533 para la acción de separación de bienes.

El art. 474 determina como momento de la extinción del régimen de comunidad, el día de la notificación de la demanda (como lo sostienen y aplican en la jurisprudencia hoy en día) dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

Como características salientes de la regulación proyectada, podemos observar por un lado que aclara uno de los interrogantes que fuera planteado en este trabajo, que es que en la causal no sólo queda comprendido el concurso preventivo sino también la quiebra, disponiéndose en forma expresa, al igual que explicita y aclara otro de los conflictos que suscita el art.1294 que es el momento a partir del cual queda disuelta la comunidad entre los esposos.

Sin embargo no hay que dejar de destacar, que el proyecto no hace más que reproducir el sistema actualmente vigente, y que, los problemas interpretativos, por ende, que trae aparejado el artículo seguirán existiendo, hasta tanto los proyectos de reforma no terminen de resolver todos los puntos oscuros que hemos ido destacando a lo largo de este desarrollo, y que hemos ido salvando y llenando lagunas, gracias a la labor de la doctrina y jurisprudencia.²⁴⁴.

4.14. El Concurso o la Quiebra como causal de separación de los bienes en la “Legislación extranjera”

En el Derecho uruguayo, con el cual coincide en gran medida el sistema argentino en los aspectos de gestión y responsabilidad, cualquiera de los cónyuges o ambos pueden pedir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal sin expresión de causa, y el Juez deberá decretarla, desplazándose toda cuestión relativa a las razones que motivan la modificación del régimen.

En el Derecho boliviano, el régimen es el de comunidad de gananciales, de administración por ambos cónyuges pero en virtud de una gestión separada.

Entre otras causas la comunidad finaliza por separación judicial de bienes que uno de los esposos puede solicitar cuando se declara la interdicción o la ausencia del otro o cuando peligran sus intereses por los malos manejos o la responsabilidad civil en que pudiera incurrir este último, debiendo atender el Juez a los intereses de la familia y a que la separación no perjudique a terceros.

En el Código Civil venezolano de 1982 establece un régimen supletorio de comunidad, que se disuelve por la quiebra de uno de los cónyuges.

La comunidad ganancial de bienes, en Paraguay, puede disolverse por separación de bienes a pedido de uno de los cónyuges, por quita o concurso del otro o cuando los actos de éste signifiquen un peligro, dolo o fraude en detrimento de aquel.

En España, el art.1393 establece: *“También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, en alguno de los casos siguientes: haber sido el cónyuge... declarado en quiebra o en concurso preventivo de acreedores”*.

²⁴⁴Leiva Claudio:, ob. cit, p. 220/222 .

Para el régimen francés de comunidad legal, se ha previsto en la redacción de 1965 en uno de sus artículos, que “si, por los desórdenes de los negocios de un cónyuge, su mala administración o su conducta, resultara que el mantenimiento de la comunidad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste puede demandar la separación de bienes a la justicia y que toda separación voluntaria es nula.

En el régimen de participación alemán, el “haber dilapidado el patrimonio autoriza a solicitar la compensación anticipada de ganancias si hace temer que peligre considerablemente el futuro crédito de compensación”. Este régimen es legal supletorio y se caracteriza por la administración autónoma de los esposos.

El régimen italiano, es un régimen legal de comunidad de gananciales con gestión separada y requisito del asentimiento, o sea consenso, para los actos que exceden la administración ordinaria y la respectiva actuación en juicio, sustituible judicialmente. La disolución procede por separación de bienes y por falencia de uno de los cónyuges. La separación de bienes según el art.193 puede ser decretada por interdicción, inhabilitación de uno de los cónyuges o mala administración de la comunión. También puede ser intentada “cuando el desorden de los negocios de uno de los cónyuges o por mala administración de los bienes se pone en peligro los intereses del otro, o de la comunidad, o de la familia, y también cuando uno de los cónyuges no contribuye a las necesidades de ésta medida proporcional a su patrimonio y capacidad de trabajo”²⁴⁵.

Por lo que concluimos afirmando, que en todas las legislaciones está prevista la protección eventual de los derechos gananciales del cónyuge no fallido, por significar esta norma una protección no sólo frente a la pérdida de los gananciales del esposo mal administrador o fallido, sino también que se erige en una norma de contralor de la comunidad matrimonial. Además la norma en las diferentes legislaciones entraña un criterio de protección basado en la comunidad de intereses del matrimonio, fundada en el amor y en el esfuerzo mutuo, que permite separa los bienes y liquidar la sociedad conyugal, cuando peligra la ganancialidad de los bienes de uno de los esposos, pero que no disuelve el matrimonio, porque el art. 1294 prevé una acción de separación de bienes, que es facultativa para el esposo no fallido, pero que no constituye una causal disolución del matrimonio.

²⁴⁵ Mará Josefa Mendez Costa, Francisco Ferrer, Daniel Hugo D’ Antonio, “Derecho de Familia”, Tomo II. Ed. Rubinzal-Culzoni. p.258/260.

Conclusión

En conclusión podemos decir, que el sistema patrimonial del matrimonio ha sufrido una serie de sucesivas modificaciones que se hicieron a la gestión de bienes de los esposos y a la capacidad de la mujer casada, aspectos estos que influyeron decididamente sobre el sistema de responsabilidad por deudas de cada cónyuge²⁴⁶.

El sistema se compone con un ensamblamiento normativo donde concurren los art. 5 y 6 de la ley 11.357, de los derechos civiles de la mujer, conjuntamente con las modificaciones al Código Civil de la leyes 17.711 y 23.515, fundamentalmente en lo que hace a la gestión de bienes, art. 1276 y siguientes de dicho cuerpo legal. Esta norma, que hace a la administración de los bienes, se integra con el art.1271 del C.C que determinan como gananciales los bienes adquiridos a partir de la celebración del matrimonio y el art. 1275 que regula las llamadas cargas del matrimonio, conjuntamente con el sistema de los arts. 5 y 6 de la ley 11.357 que se regulan al régimen de deudas de los esposos.

La doctrina especializada afirma que el régimen de bienes del matrimonio se caracteriza por ser un régimen de comunidad restringida de división por mitades, en donde, disuelta la sociedad, la masa partible quedará integrada sólo con los gananciales líquidos, los cuales serán adjudicados por mitades²⁴⁷.

En este sentido se señala que es una “comunidad diferida” porque ésta se actualiza al disolverse el régimen matrimonial.

De lo dicho se sigue que para la ley concursal, la característica más importante es la que determina que, durante la vigencia del matrimonio, rige un régimen de separación, tanto en materia de gestión de bienes como de responsabilidad por deudas, que se proyecta ante la declaración falencial en protección de los acreedores del cónyuge deudor. A partir de la sanción de la ley 11.357 se organizó un esquema de separación de responsabilidades que tiende a que un cónyuge no se vea afectado por la ejecución de las deudas contraídas por el otro, estableciendo dicha normativa, que “un cónyuge no es responsable frente a los terceros acreedores de la deudas contraídas por el otro, aún por deudas de la sociedad conyugal”.

La reseña que hemos realizado sobre las conexiones entre el régimen patrimonial de los esposos y la normativa falimentaria demuestra, una vez más que uno de los problemas claves para la correcta aplicación de la ley, lo constituye la labor de integración de normas no siempre simétricas y que se estructuran partiendo de criterios paradigmáticos diferentes. Además esta labor de integración normativa pone de relieve dos aspectos importantes a saber: el primero de ellos, es destacar, una vez

²⁴⁶Mendez Costa María Josefa, *Las deudas de los cónyuges*, Ed. Astrea. Año 1979, p. 45 y ss.

²⁴⁷Belluscio, Bossert, Zannoni y la Dra. Mendez Costa, entre otros.

más, la importancia de la interdisciplinariedad en un mundo jurídico tan basto, con el objeto de comprender mejor la propia especialidad y entender la riqueza e importancia de la unidad del derecho que exige el necesario intercambio de conocimientos y una tarea conjunta por parte de los especialistas en orden a proyectar soluciones que otorguen coherencia al ordenamiento jurídico y doten de eficacia práctica a la ley; y en segundo lugar, pretender que, estas reflexiones sirvan de modo alguno para facilitar el estudio interdisciplinario y también propender a una labor conjunta entre civilistas y comercialistas.

En respuesta al primer planteo del problema, realizado en este trabajo, acerca de si un cónyuge puede sacar del proceso concursal de su esposo su 50% sobre los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge concursado, debemos decir, que la praxis profesional nos revela un error común en los abogados, quienes, asesorando a su cliente, le aconsejan presentarse en el proceso concursal abierto de su cónyuge y reclamar sin más “su” 50% sobre los bienes gananciales adquiridos por éste último.

Este consejo supone un desconocimiento del ordenamiento jurídico argentino, específicamente, de dos de sus ramas: 1) el derecho de familia y; 2) el derecho concursal. Es por esto que a lo largo del trabajo hemos insistido en el tema de la interdisciplinariedad, y la integración de ambos regímenes para una acabada comprensión del ordenamiento jurídico en su totalidad.

La controvertida redacción del actual artículo 1294 no transforma al cónyuge del fallido automáticamente en acreedor de dominio o privilegiado con pretensión a la mitad global de los gananciales adquiridos por el consorte, porque en primer lugar, la ganancialidad no es sinónimo de condominio; y por otro lado, porque la declaración de quiebra o la apertura del concurso preventivo no disuelven de pleno derecho la sociedad conyugal”, porque no opera ninguna causal de disolución, porque la sentencia de quiebra o apertura del concurso preventivo no producen la separación judicial de bienes, ya que solo afecta al desapoderamiento de los bienes propios y gananciales que administre el fallido. Otras de las razones es que la separación judicial de bienes, se traduce en una opción facultativa para el consorte ante el concurso o quiebra del otro, pero dicha separación queda supeditada a que queden desinteresados los acreedores del cónyuge.

Esta última afirmación se basa en que la disolución de la sociedad conyugal producida por demanda de uno de los cónyuges por concurso o quiebra del otro, no puede modificar la responsabilidad externa o frente a terceros de la sociedad conyugal, pues dichos bienes fueron considerados como prenda común del crédito por parte de los acreedores cuando contrataron con el cónyuge ahora fallido. Incluso

optada la disolución de la sociedad conyugal frente a la quiebra haría al cónyuge in bonis arriesgar los bienes gananciales que administre y someterlos a la quiebra del otro. Esto nos lleva a concluir que el ejercicio de la opción del art.1294 del C.C, en caso de quiebra, únicamente tendrá sentido cuando el cónyuge no fallido carezca de bienes gananciales bajo su administración y con el fin de que los adquiera en el futuro y antes de la rehabilitación de su cónyuge no queden afectados a la ganancialidad.

En respuesta al segundo planteo del problema, estamos en condiciones de decir que la norma no es obsoleta, ni requiere modificación ni derogación alguna. Esto es así para nosotros, ya que consideramos que una norma requiere ser interpretada e integrada con todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, porque es de tal interpretación de donde surge que el artículo 1294 prevé un mecanismo para proteger los eventuales derechos de los bienes gananciales, que si se integra e interpreta junto con el art. 5 de la ley 11.357, que prevé la separación de responsabilidades y cargas entre los esposos, es por ello, que estamos en condiciones de decir que nada prescriben en contradicción ambas normas, ya que el derecho que se protege con el 1294 del C.C es para el futuro, una vez que la acción ha sido ejercida, quedando la sociedad conyugal disuelta, por ende, dejando sin efecto el art. 1277 para el futuro, rigiendo la separación de deudas y cargas de la sociedad.

Ahora bien, si la norma es tratada aisladamente sin tener en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto, se puede cometer el error de pretender su derogación por considerar que la misma ha quedado en desuso por la incorporación al plexo normativo de leyes como la 11.357, 23.515 y 17.711.

Bibliografía Consultada

- Cano M. Eleonora, “*El Concurso y los Derechos del Cónyuge*”.
- Caparelli, Julio Cesar, “La mutación del Régimen Patrimonial en el art.1294 del C.C, en L. L., 1998. Sección Doctrina.
- Chechille, Ana María, “el concurso de uno de los cónyuges como causal para solicitar la separación judicial de los bienes”, en J.A, agosto 1998.
- Belluscio, voz “Regímenes Matrimoniales”, em Enciclopédia Jurídica Omeba, t. XXIV.
- Boletín interno de Jurisprudencia de la Cámaras Nacionales de Comercio, Junio de 1993.
- Bonelli, “Sindicatura de Recursos Mercantiles”. Ed. Depalma, 2001
- Boretto Mauricio, “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia de familia y Derecho Comercial”, Directora Cecilia P. Grosman, Ed. Albeledo - Perrot, 2005.
- Dutto, Ricardo, “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”. ED. Ad-Hoc. Tomo IV.
- Escuti y Yunyent Bas Francisco, “Instituciones de Derecho Concursal”, Ed. Alveroni, 1996.
- Fassi, Santiago C., “La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal”.
- Fragapane Héctor, en el IX Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El concurso preventivo del matrimonio: procedencia y conveniencia del concurso por agrupamiento. ¿Un cramdown matrimonial?”
- Garaguso Horacio. P. y Moriondo Alberto, “El Proceso Concursal”, t. I, Editorial Ad-Hoc, 1999.
- Garaguso Horacio. P. y Moriondo Alberto, “El Proceso Concursal”, t. II, Editorial Ad-Hoc, 1999.
- Garaguso Horacio. P. y Moriondo Alberto, Garaguso Guillermo, H, F. “El Proceso Concursal”, t. III, Editorial Ad-Hoc, 2000.
- Hernández, Lidia, Beatriz, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, t III.
- Junyent Bas Francisco, “Revista Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, 2010.
- La Ley on line.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio”. Publicado en: Academia Nacional de Derecho, 2001-
- LLambías, Jorge: “Tratado de Derecho Civil”. Parte General, t. II.
- Lagomarsino, Carlos, A.R-, Salerno Marcelo, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, t III.
- Leiva Claudio, “La Quiebra Del Cónyuge”, Ediciones jurídicas Cuyo, 2001.
- Lentini, Carlos Alberto y Miriam Edith Gandía de Lentini s/ Concurso Preventivo.
- Mazzinghi, Jorge A, “El concurso como causa de separación de bienes”, E.D., t. 131.
- Méndez Costa, María Josefa, “Sociedades de hecho entre cónyuges”, en L.L., Tomo D.



- Mendez Costa, María Josefa; Ferrer, Francisco; D' Antonio, Daniel Hugo, "Tratado de Derecho de Familia", Tomo II, Ediciones Rubinzal-Culzoni.
- Méndez Costa María Josefa, "*Influencia de la inhabilitación y del Concurso o la Quiebra sobre la Sociedad Conyugal*", en L.L.
- Mendez Costa María Josefa Código Civil Comentado: "Derecho de Familia Patrimonial", Ed. Rubinzal- Culzoni.
- Orgaz, Alfredo, "Personas individuales".
- Orgaz Alfredo, "Estudios de Derecho Civil".
- Planiol, Ripert- Nast, "Traite Practique". T. VIII.
- Ripert- Bolouger, Tratado, t IX, citado por Vidal Taquini, Carlos "Régimen de bienes en el matrimonio", Ed. Astrea, 1995.
- Rébora, Juan .C. "Instituciones de Familia" .t. II.
- Richard, Maldonado y Alvarez, "Suspensión de acciones y fuero de atracción en los concursos", Ed. Astrea, 1994.
- Rouillon Adolfo, "Régimen de Concursos y Quiebras". 15° Edición actualizada y ampliada. ED. Astrea, 2007.
- Viano Carlomagno, María Marcela "Enciclopedia de Derecho de Familia", t III.
- Vidal Taquini, Carlos: "Régimen de bienes en el matrimonio", Ed. Astrea, 1995.
- Villalón, Oscar p/Quiebra", publicado en L.L., t. D, 1981.
- Zannoni, Eduardo Tratado de Derecho Civil y de Familia, Tomo I, 3ª ED Actualizada y ampliada, Editorial Astrea.

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Isoardi Valentina
E-mail:	valeisoardi@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	El Proceso Concursal como causal de separación de los bienes y su repercusión en el régimen patrimonial del matrimonio
Título del TFG en inglés	The Bankruptcy Process as grounds for separation of property and its impact on marriage property regime
Integrantes de la CAE	José Ditullio - Adriana Warde
Fecha de último coloquio con la CAE	13 de Abril de 2011
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda.)

Publicación electrónica:
Inmediata

Después de cuatro meses

Firma del Alumno

