

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ARTÍCULO 1294 DEL CÓDIGO CIVIL() (429)*

OSVALDO DEVOTO

SUMARIO

I. Consideraciones generales sobre la condición jurídica de la mujer, antes y después del dictado de la ley 11357. - II. Ley 11357. - III. El artículo 1294 del Código Civil. - IV. ¿Ha derogado la ley 11357 el artículo 1294 del Código Civil? Jurisprudencia. - V. Opinión de los tratadistas. - VI. Reglas de procedimiento. a) Oportunidad en que debe ser deducida la acción. b) La mujer debe poseer bienes propios. c) Carácter de la acción. d) Medidas precautorias. e) Prueba. f) Derecho de terceros. - VII. Incidencia de la ley 17711. - VIII. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

MUJER, ANTES Y DESPUÉS DEL DICTADO DE LA LEY 11357

Aunque mi propósito no es detenerme en el estudio de todo lo referente al régimen de los bienes dentro del matrimonio - materia tan interesante y que ha motivado dispares opiniones en muchos de sus aspectos -, sino tan sólo lo relativo a la protección de los bienes propios que llevaré al mismo la mujer, antes de entrar en el punto considero oportuno efectuar algunas consideraciones.

La ley 11357, dictada el 22 de setiembre de 1926, introduce una reforma sustancial por lo que hace a los bienes de la mujer dentro de la sociedad conyugal,

Una es su situación antes de su dictado y muy otra con posterioridad al mismo.

Algo parecido, pero en medida por supuesto mucho menor, origina en nuestros días en la parte que es aplicable al tema las disposiciones de la ley 17711.

De acuerdo con las normas del Código Civil, la mujer carecía en absoluto de facultades, aun las de administración de sus bienes, ya fueren propios o provenientes del fruto de su trabajo personal.

Su subordinación a la autoridad del esposo era total, quien pasaba a ser su representante legal.

A título ejemplificativo recordaré que, además de lo dicho, no podía celebrar contratos, estar en juicio, adquirir o desprenderse de bienes.

Se llegaba hasta el absurdo de que en casos de segundas nupcias la mujer perdía la patria potestad sobre los hijos de su matrimonio anterior.

Por supuesto, a tantos años de la obra de Vélez Sársfield, que no hizo sino recoger el sentimiento existente sobre una forma de vivir de nuestra sociedad, una recapitulación de sus disposiciones hace pensar: ¿cómo recién en el año 1926 se pone término a una situación de inferioridad tan lamentable?

En "Condición jurídica de la mujer", E. Rivarola, Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. 16, pág. 264, nos transcribe parcialmente un fallo de nuestros tribunales que nos ilustra sobre el particular: "En este régimen de los bienes del matrimonio, en esta llamada sociedad conyugal, en que la voluntad de los contrayentes no obra para nada y todo lo encuentra hecho, el marido es el administrador legítimo y puede disponer sin contralor alguno. En esa sociedad *suis generis* uno de los socios lo tiene todo, el otro no tiene nada, es un desequilibrio completo de derechos que coloca a la mujer en una condición muy inferior, de persona no ya incapaz respecto de ciertos actos, sino de persona casi absolutamente incapaz. Es cierto que la mujer tiene el derecho de pedir la separación de bienes cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder los propios, pero es siempre muy difícil que la mujer, anhelosa de la paz conyugal, se decida a acudir a los jueces para defender intereses patrimoniales. La mujer que se casa se decide mansamente al sacrificio. Es esto lo frecuente, por razón de la educación que se da entre nosotros a la mujer soltera. Nada de protestas ni de escándalos: las lágrimas deben llorarse a puerta cerrada y la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resignación ante el mal presente se considera preferible a la preparación de nuevos motivos de desavenencias. Así se prepara a veces el camino de la ruina para muchos hogares que podrían vivir en la abundancia, porque el marido administrador puede jugar con desenfreno y dilapidar sin medida el capital de la sociedad sin que nada estorbe su obra desastrosa". "El temor de los pleitos posibles no justifica el régimen legal de los bienes del matrimonio", agregaba, refutando el argumento contenido en la nota puesta por el doctor Vélez Sársfield al título de la sociedad conyugal. "La paz se intenta a un duro precio, aunque se erige al marido en árbitro de todas las situaciones y se abandona a la mujer en un plano de inferioridad repugnante al espíritu de justicia". Como lo hace el profesor Juan Carlos Rébora en el Estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio, edición 1927, pág. 38, se lee: "El desastre no se hubiera evitado con la simple interposición de una demanda de divorcio y separación de bienes. Más aún: el desastre ha podido producirse a los ojos de la mujer sin que fuese permitido a ésta acogerse para bien del marido y de la sociedad conyugal a los beneficios de ciertas instituciones preventivas, y así, una de las salas de la Cámara de Comercio de esta Capital había declarado que durante la ausencia del comerciante que incurría en cesación de pagos, la mujer, su esposa, no podía pedir convocatoria de acreedores (doctrina del auto del juez Avellaneda, confirmada por la Cámara, en Gaceta del Foro, diciembre de 1920).

Otra de las salas de la misma Cámara decidió, con espíritu que parece diverso del que aquí comentamos, una cuestión de asunción de facultades por parte de la mujer.

En el auto respectivo se establece la siguiente doctrina: 1º Es arreglada a derecho la venia que se otorga a una mujer casada para adoptar, en caso de impedimento accidental del marido y en juicio que aun cuando sea seguido contra éste interesa a la sociedad conyugal, ciertas medidas de defensa; 2º La mujer que obrando en estas circunstancias trata de evitar que se mantenga el procedimiento judicial en la situación desventajosa que resulta de la ausencia del administrador de la sociedad conyugal, no hace otra cosa que reemplazar a éste dentro de circunstancias que imponen la adopción de medidas graves apremiantes (julio 2 de 1926, "de Sánchez c/Andrés", en Gaceta del Foro, julio de 1926, pág. 881).

Años más tarde, la ley de matrimonio civil, en el capítulo referente a efectos del divorcio, dispuso: "Si la mujer fuese mayor de edad podrá ejercer todos los actos de la vida civil".

Evidentemente, esto significaba una gran mejora para la condición civil de la mujer, si bien la interpretación jurisprudencial no fue uniforme.

En realidad se marcaron dos tendencias interpretativas: una, tradicionalista, que limitaba el alcance del art. 73 de la ley de matrimonio, y otra, liberal, que, aceptando la norma tal como había sido formulada, sostuvo que el art. 1302 sólo debía ser aplicado cuando mediara separación de bienes sin divorcio; pero preponderó la primera, por lo menos en la Capital Federal, cuyos tribunales, ampliando quizá la doctrina, la extendieron a juicios como el de división de condominio que es declarativo y no traslativo de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propiedad (argumento de la resolución de la Cámara Civil 18 publicada en Gaceta del Foro, septiembre de 1924, pág. 17, donde se citan los arts. 1291 y 1302 del Cód. Civil).

De modo que el art. 73, que en realidad pudo servir de punto de partida para una nueva y extensiva interpretación de las consecuencias del divorcio sobre el régimen de la comunidad, necesaria ante el silencio de la ley de 1889, vino a resultar condicionado por las disposiciones anteriores, relativas a la separación (Juan Carlos Rébora, ob. cit.).

Así un Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal de fecha noviembre 20 de 1913, Gaceta del Foro, enero - febrero de 1920, dejó establecido que: "La mujer divorciada y separada de bienes necesita autorización judicial para vender o hipotecar bienes raíces". "La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración, ni para enajenar sus bienes muebles; pero le es necesaria autorización judicial para enajenar los bienes inmuebles o constituir sobre ellos derechos reales". (Esta disposición, por ser del Código, es anterior a la ley de matrimonio cuyo art. 73, a nuestro juicio, la ha modificado.)

Fuera de las opiniones vertidas en los fallos judiciales, opiniones que en una de las Cámaras formaban mayoría en favor de la tesis que reconocía la capacidad de la mujer, pueden citarse estas otras:

I. "Con arreglo a nuestras leyes civiles, la mujer casada, mayor de edad, divorciada y separada de bienes, tiene capacidad para enajenar bienes raíces propios, sin necesidad de autorización del marido, ni de venia judicial supletoria de aquélla" (Méndez, Miguel G., "Capacidad de la mujer divorciada", en Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. 2, pág. 81).

II. En disidencia con esa tesis: Chabaliér, Adolfo, "La mujer divorciada ante nuestra ley civil", en la misma Revista, t. 7, pág. 307; Figueroa, Juan Angel, "Derechos civiles de la mujer", íd., íd., t. 16, pág. 400.

III. En contra de la tesis arriba expresada: Guichard (h.), E. B., "La mujer divorciada ante nuestra ley civil", íd., íd., t. 7, pág. 73.

Tal vez no podía esperarse otra cosa dentro de la sociedad donde, al decir de Sarmiento, hace un siglo había padres que no enseñaban a leer sino a los varones.

Comentando al respecto lo referente al artículo citado de la ley de matrimonio civil, algunos tratadistas sostuvieron que igual suerte jurisprudencial corrió el artículo 74 de la mencionada ley, que dice: "Si durante el juicio de divorcio, la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podrá pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan a cargo de otro administrador, o que el marido dé fianza del importe de los bienes. Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el título de la "Sociedad conyugal".

Se entendió hasta el dictado de la ley 17711 que en juicios de divorcio sólo el cónyuge inocente podía demandar la separación judicial de bienes.

Si bien injusto, a la luz de los textos legales esta interpretación es correcta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Así el doctor Guillermo A. Borda, en Derecho civil argentino, Familia, dice: "La sentencia de divorcio no supone la disolución ipso jure de la sociedad conyugal; en esta materia su único efecto es abrir un derecho al cónyuge inocente (e incluso a uno de los culpables, si ambos lo fueran) para pedir la separación de bienes. Esto significa que ni la acción de divorcio ni la sentencia que lo decreta tienen ninguna influencia en la fijación del momento de la disolución, que depende exclusivamente de la subsiguiente acción de separación de bienes. Si en algunos fallos se habla de que aquel efecto se opera el día de la demanda de divorcio, es porque ambas acciones - la de divorcio y la de separación de bienes - suelen interponerse conjuntamente". Hasta el dictado de la ley 17711, vuelvo a repetir, esto fue, si bien injusto, la solución dada por una correcta interpretación de los textos legales.

Pero la ley citada pone fin a este estado de cosas, y, modificando el antiguo texto del art. 1306 del Código Civil, ha dejado establecido que la sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

Así se pone término a una situación que hacía jugar los bienes con relación a la conducta de los cónyuges.

Solía suceder que, ganancioso en juicio de divorcio, el marido que no había demandado la disolución de la sociedad conyugal no hacía uso de ese derecho, por la muy sencilla razón de que no le convenía.

Él seguía siendo el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, y a su cónyuge sólo le quedaba el muy ilusorio derecho de demandarlo periódicamente por rendición de cuentas.

II. LEY 11357

Volviendo sobre lo que he dejado expuesto con respecto al régimen instaurado por el Código Civil, diré lo que obviamente todos conocemos, que la ley más conocida por "Ley de los Derechos Civiles de la Mujer" pone término a muchas de las dificultades que creaba en la vida de una mujer su situación de inferioridad y la falta de su debida protección legal.

Considero que esta ley de importancia fundamental, si bien ha merecido críticas, las mismas, como lo han reconocido diversos tratadistas, se refieren más a aspectos formales que a sus disposiciones de fondo.

En su art. 3º, inc. 2º), autoriza a la mujer para ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de esos bienes libremente.

Más adelante, en su art. 5º, establece que los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido.

Lo muy brevemente expuesto sobre materia de tanta importancia no lleva otra finalidad - como he dicho al comenzar este trabajo - que el de dejar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precisadas la muy distinta capacidad, antes y después del 22 de setiembre de 1926.

Por supuesto que la ley 11357 no significa en la hora actual un texto ideal y ordenado, que evite no solamente posibles injusticias en la condición jurídica de la mujer, sino también la reiteración de fallos y opiniones encontradas.

Pero es indudable que significó un avance de tal magnitud que los reparos demandarán muy poco esfuerzo del legislador para llegar a un régimen adecuado en la condición civil de la mujer.

Prueba de ello es la reforma que introduce la ley 17711 de reciente dictado y a la que me he referido en forma incidental precedentemente y sobre la que habré de volver en algún aspecto más adelante.

III. EL ARTÍCULO 1294 DEL CÓDIGO CIVIL

Dicho lo que precede, paso a ocuparme de lo que es materia del presente trabajo.

El art. 1294 del Código Civil contempla uno de los supuestos en que tendrá lugar la disolución de la sociedad conyugal, estableciendo: "El derecho para pedir la separación de los bienes, sólo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios o cuando hubiese hecho concurso de acreedores".

Este artículo ha motivado limitados pronunciamientos judiciales, lo que destaca el doctor Roberto E. Chute en el fallo que registra La Ley, t. 120, pág. 41, confirmatorio de la sentencia de primera instancia que decretó la separación de bienes de la sociedad conyugal, con las siguientes palabras: "Se debate en autos una cuestión realmente interesante que no ha sido materia de decisiones judiciales, según así lo he podido comprobar después de una minuciosa búsqueda en los repertorios judiciales, salvo el precedente mencionado por el doctor Guillermo A. Borda en su obra de Derecho civil, Familia, t. 1, pág. 311, N° 431. Se trata de establecer si el art. 1294 del Código Civil ha quedado derogado expresa o implícitamente con la sanción de la ley 11357 (ADLA, 1920 - 1940, 199), llamada de los Derechos Civiles de la Mujer".

También es cierto que los autores no manifiestan concordancia ni mucho menos, en cuanto a dejar establecido si esta disposición se mantiene vigente o si la sanción de la ley 11357 la ha derogado.

Todo ello, unido a la circunstancia de que las nuevas disposiciones que emanan de la ley 17711 no modifican a mi entender esa situación, me impulsa a efectuar un examen de las decisiones judiciales y de las diversas opiniones vertidas al respecto relativas a la materia, para extraer las debidas conclusiones.

Y es que dentro de un capítulo cuya importancia a nadie escapa, como es el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, el art. 1294 del Código civil reviste singular relieve, no obstante el limitado ejercicio que se ha efectuado del mismo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. ¿HA DEROGADO LA LEY 11357 EL ARTÍCULO 1294 DEL CÓDIGO CIVIL?
JURISPRUDENCIA

En fallos que citaré, nuestros tribunales han entendido que la ley 11357 no ha derogado la norma del Código Civil, aunque reconociendo que ésta ha perdido importancia, ya que la mujer puede, en virtud del dictado de aquélla, administrar y disponer de sus bienes propios (Cámara Civil 1ª, 9/12/929, Jurisprudencia Argentina, t. 32, pág. 165; Cámara Civil 2ª, 8/4/927, Jurisprudencia Argentina, t. 24, pág. 513).

En el fallo antes recordado (La Ley, t. 120, pág. 41) dijo el doctor Roberto E. Chute: "El hecho de que el art. 9º de la ley 11357 establezca «Quedan derogadas las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presenteno autoriza dicha interpretación, ya que si bien es verdad que la ley ha derogado el Código Civil y la ley de Matrimonio (ADLA, 1881 - 1888,497) en lo que atañe a la administración de la sociedad conyugal al atribuir a cada uno de los cónyuges la administración de sus bienes propios, el producido de ellos y de los gananciales que adquiera, no ha dejado sin efecto, en cambio, según mi parecer, los derechos acordados a la mujer por el art. 1294 al autorizarla a pedir la separación de bienes en los dos supuestos allí contemplados"

Cabe señalar, en ese sentido, que si la mujer, por motivos que sólo a ella competen, no ha efectuado oportunamente la manifestación del inciso c) del art. 3º de la ley, no puede verse impedida posteriormente de solicitar la separación de bienes si concurren los requisitos exigidos por el art. 1294, o sea, mala administración o concurso civil del marido.

Se dirá que igual resultado puede obtener efectuando la inscripción de su voluntad contraria en el registro especial o de mandatos, pero, en realidad, los efectos no son exactamente iguales, por lo menos en lo que a la independencia en la administración de los bienes gananciales se refiere. Así, Borda, que es tan terminante en afirmar que ha desaparecido la causal de mala administración o concurso del marido dentro del nuevo régimen creado por la ley 11357, reconoce que "podría sostenerse que aun en el régimen actual no ha desaparecido completamente el interés de la mujer en pedir la separación de bienes, desde que ello le permitiría negarse a compartir por mitades con el marido los gananciales que ella obtuviera", no obstante lo cual considera que ése no ha sido el espíritu de la ley.

En el mismo fallo, el doctor Foutel, a quien toca decidir la cuestión planteada, dice al respecto: "Recordaré que en votos anteriores (v. causas registradas en La Ley, t. 101, pág. 78, fallo 45689; y t. 115, pág. 238, fallo 52303) he sostenido en síntesis, que si bien es cierto que la ley 11357 al reformar el Código Civil dejó plenamente establecida la igualdad jurídica de ambos cónyuges, con innegable sentido progresista, no por ello significó que la estructura jurídica que sostiene la institución matrimonial, pendiente la unión conyugal y vigente el régimen que se originó por ella, sufriera reforma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de tal alcance y profundidad como la que podría advertirse si se sopesan sus repercusiones cuando los actos cumplidos por el marido que se aparta de ese ámbito pudieran sólo juzgarse esgrimiendo el arbitrio de la invocación del art. 9º de la ley 11357 citada, que declara derogadas las disposiciones del Código Civil y las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente".

El doctor Foutel agregó: "Se hace necesario, pues, precisar, una vez más, que la denominada Ley de Derechos Civiles de la Mujer, que reconoce también determinados derechos civiles a la que es casada, frente al eventual peligro que pudieran experimentar sus bienes por obra y gracia de la actividad marital con incidencia sobre ellos, contempla tangencialmente esa eventualidad y su punto de contacto con las disposiciones del código se encuentra en que la ley 11357 establece principios referentes a la administración de la sociedad conyugal (Código Civil, libro 2, capítulo VI, sección 3ª), y en cambio el art. 1294 del citado código dispone específicamente las causales de separación de esa sociedad, porque es menester recordar que la acción que esa norma acuerda a la mujer está destinada a disolver, pero no a extinguir, la unión o la sociedad conyugal según se quiera...; su disolución mediante el ejercicio de esa acción permitirá a la mujer - sin atacar o introducir factores de debilitamiento en la institución matrimonial - velar razonablemente por la protección de sus bienes. Por lo demás, como lo he hecho en ocasiones anteriores, toda restricción a un derecho debe examinarse con severidad, y en caso de duda, pronunciarse por la afirmación..."

También en los fallos registrados en La Ley, t. 6, pág. 48, y t. 90, pág. 385, se sostuvo la vigencia del artículo del código, conclusión a la que también arriba el doctor Gastón Federico Tobal en el fallo de Jurisprudencia Argentina, t. 32, pág. 165, donde dice: "Interpretado el texto del art. 1294 frente a la ley 11357, ha perdido su vigor desde que la esposa administra y puede disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial; pero la ley no ha modificado aquel artículo en el sentido de que la esposa pueda pedir la separación de los gananciales habidos en el matrimonio".

Cabe también citar que el fallo registrado en La Ley, t. 6, pág. 48, y Jurisprudencia Argentina, t. 57, pág. 383, que admitió la acción por separación de bienes deducida por la esposa a causa de la mala administración del marido, lo hizo pese a que aquélla reconoció que con anterioridad había anotado en el Registro de Mandatos su propósito de administrar personalmente su patrimonio.

Merece citarse la opinión en contrario de lo hasta aquí transcrito, vertida por el doctor Padilla en su voto en disidencia en el fallo que he recordado, registrado en el tomo 120, página 41 de La Ley. Dijo al respecto: "El art. 9º de la ley 11357 no sólo habla de oposición, sino también de modificación. La nueva ley, aunque restringiera los efectos de la separación de bienes, al acordar a la mujer la facultad de administrar los suyos prevé la mala gestión económica del marido. Vale decir, da un remedio distinto para salvar los riesgos que eventualmente pueda traer para la mujer la mala administración

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de su cónyuge. Es lógico suponer, entonces, que el nuevo recurso, el nuevo procedimiento precaucional, sustituye el anterior, o sea, modifica el antiguo. No se concibe, a mi modo de ver, que se haya querido conservar el sistema del art. 1294, pues de ser esa la intención se debió consignar en el texto de la ley la salvedad del caso".

Ateniéndonos a la recopilación de fallos citados, si bien no muchos por cierto, no es ajustada la afirmación del doctor Guillermo A. Borda en su Tratado de derecho civil argentino, Familia, pág. 312, en el sentido de que no se tengan noticias en nuestros tribunales de juicios iniciados por la mujer pidiendo la separación de bienes por mala administración del marido o concurso del marido, para abonar su opinión de que la disposición del art. 1294 "se justificaba en el régimen del código en el que el marido era el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal, incluso los propios de la mujer, que, naturalmente, podían verse envueltos en la mala administración o la bancarrota de aquél.

"Pero actualmente la mujer no tiene necesidad de entablar esa acción para administrar sus bienes propios y los gananciales que ella adquiera; además, la ley 11357 ha creado un sistema de separación de responsabilidades que elimina los peligros que justamente pretendían conjurar los arts. 1292 y siguientes".

Sin perjuicio de que el orden buscado en el presente trabajo es el de citar o transcribir primeramente las opiniones que se han vertido sobre la materia, dejando para más adelante las conclusiones que todo ello merece al suscripto, he de permitirme, con todo respeto, disentir con tan autorizada opinión en cuanto afirma, primero, la no existencia de casos judiciales, y segundo, que ello explicaría la falta de vigencia de la disposición del Código Civil.

Los tribunales han entendido en un número no despreciable de causas fundadas en la mala administración o concurso del marido, lo que, como dijo el doctor Roberto E. Chute, no hubiera ocurrido si la norma hubiera sido derogada.

Creo, más bien, que la poca tarea que ha tenido la justicia al respecto se debe a otras circunstancias.

Lo que el art. 1294 tutela es algo excepcional, o por lo menos, muy poco frecuente y harto discutible.

Los bienes propios no responden por los compromisos o deudas del otro cónyuge, pero sí sus frutos, que pasarían a ser bienes gananciales.

El mismo doctor Guillermo A. Borda reconoce en su obra citada (pág. 257) que la mujer ha hecho muy poco uso de su derecho de inscribir la revocación del mandato en el Registro respectivo, ya sea por no plantear cuestiones que pueden ser enojosas o no sugerir una desconfianza agravante para el marido.

Agrega que, salvo casos excepcionales, esa inscripción revela un matrimonio ya desarticulado.

¿Qué pensar, entonces, del caso de que la mujer debe ocurrir ante la justicia promoviendo una acción contra su esposo, fundada en las causales que precisa el art. 1294?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esas y no otras razones justifican a mi entender la muy escasa tarea que han tenido en la materia los tribunales.

Es decir, la mujer debe vencer una muy seria resistencia interior para ocurrir en estos casos en busca de amparo para sus bienes.

Debe demandar a su esposo y aportar las probanzas que demuestren el derecho que se asiste.

Subjetivamente asocia la imagen de este juicio con la de divorcio. Y en puridad de verdad, cuando ha llegado a necesitar de un remedio tan heroico, no será equivocado pensar que nos encontramos ante un matrimonio disociado.

No es fatal que así suceda, pero la verdad es que en el examen que llevo efectuado de los fallos relativos a este punto se advierte, unas veces más y otras menos, subyacente una cuestión que no se refiere exclusivamente a los bienes.

Más aún, en los fallos que registra Jurisprudencia Argentina, t. 37, pág. 714; t. 43, pág. 203, y t. 72, pág. 660, se dejó establecido que el acogimiento a lo preceptuado por la ley 11357 en su art. 3º, inc. c), sólo retira de la administración del marido los bienes de libre administración, pero no los demás gananciales.

Es decir (Jurisprudencia Argentina, t. 62, pág. 898), que para evitar que el concursamiento o la quiebra del marido alcance los bienes gananciales (debe entenderse como producido de los bienes propios), sólo le queda a la esposa hacer uso del derecho que le acuerda el art. 1294 y demandar la separación de los bienes.

En nota al fallo citado, el doctor Enrique Díaz de Guijarro dijo: "Tanto de acuerdo a los arts. 1299 y 1301 del Código Civil, como al art. 3º, inc. 2º, ap. c), ley 11357, la separación judicial de bienes implica la libre administración y disposición por parte de la esposa, con respecto a sus bienes propios y a los que le correspondan como liquidación de gananciales".

Luego, el concurso del marido no incide, en absoluto, sobre el patrimonio de la mujer después de la separación de bienes, aunque el matrimonio subsista en su plenitud y sólo haya disolución de la sociedad conyugal (arts. 1291 y 1292, Cód. Civil).

Ese criterio jurisprudencial uniforme encuentra también adhesión en lo que resolvió la Cámara Comercial de la Capital, fallo 10461, registrado en La Ley, t. 20, pág. 738.

Posiblemente se trate de un caso único. La esposa, en juicio que se sigue contra su cónyuge, se presenta como tercerista, alegando la propiedad sobre bienes embargados, por cuanto habiendo efectuado la inscripción en el Registro de Mandatos de acuerdo con la ley 11357 tiene la libre administración de sus bienes.

Agregó también que la sociedad conyugal había quedado disuelta en mérito a sentencia firme.

La sentencia de primera instancia, citando lo resuelto en fallos que se registran en Gaceta del Foro, t. 119, pág. 60; Jurisprudencia Argentina, t. 29, pág. 779, y Revista La Ley, t. 8, págs. 664 y 38, y t. 6, pág. 641, considera que las rentas de los bienes propios de la mujer deben ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consideradas como bienes gananciales y que los acreedores del marido pueden embargar la mitad, aunque el crédito no provenga de gastos por manutención del hogar.

Agrega que cuando la ley 11357 autoriza a la mujer para administrar sus bienes propios y aplicar libremente sus rentas, no ha privado a estas últimas del carácter de gananciales (La Ley, t. 8, pág. 664).

En apoyo de sus conclusiones cita otros fallos, para terminar sosteniendo que la manifestación efectuada por la esposa de acuerdo con la ley 11357 en manera alguna puede producir los efectos de la sentencia de separación de bienes, la que si bien en el caso se dicta, lo es con posterioridad a la acción de los acreedores.

Esta sentencia encuentra la confirmación del superior, que se detiene más bien en el análisis de las circunstancias de hecho que rodean al caso y en la aplicación del art. 1224, en cuanto que aun en el supuesto - que no era el de autos - de que la separación de bienes se hubiere operado, deberá estarse siempre a la prueba con relación a terceros del origen de los bienes.

Por eso dice: "Las constancias del juicio de disolución de la sociedad conyugal producida en agosto 5 de 1936. con posterioridad al embargo - marzo de ese año - no constituyen, asimismo, prueba en cuanto al hecho controvertido, porque se trata de litigio mantenido entre los esposos al cual son ajenos los terceros contratantes con cada uno de ellos, y atribuirles valor probatorio de la propiedad de bienes existentes bajo la vigencia de la sociedad conyugal importaría desvirtuar la finalidad perseguida por la disposición del citado art. 1224 y sus correlativas del 1271 y demás pertinentes".

En síntesis, y por lo que resulta de la compulsa efectuada de las decisiones judiciales, resulta evidente que nuestros tribunales se han inclinado por el criterio de sostener la plena vivencia del art. 1294.

No he encontrado en mi búsqueda decisiones contrarias o más votos en disidencia que el referido del doctor Padilla.

V. OPINIÓN DE LOS TRATADISTAS

Por lo que hace a la opinión de los autores que se han ocupado del punto, la situación dista mucho de guardar esta coincidencia.

Muy autorizadas opiniones han sostenido la derogación del art. 1294 del Código Civil, y otras igualmente autorizadas se han decidido por la subsistencia de la norma legal.

De acuerdo a lo dicho, el doctor Santiago Carlos Fassi en su trabajo: "De la disolución de la sociedad conyugal. Cuándo se produce", publicado en la Revista La Ley, t. 91, pág. 842, manifiesta: "Vigente la ley 11357, el marido sólo administra los bienes de la mujer en ejercicio de su mandato tácito que ésta puede revocar en cualquier momento; por ello, a tanta distancia de la reforma, no necesita de la acción de separación de bienes para evitar las consecuencias perjudiciales de la mala administración del marido, que si tienen lugar es por falta de diligencia de la mujer".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero como no hay al respecto un criterio uniforme (Rébora, Juan Carlos, Instituciones de la Familia, III, Buenos Aires, 1946, N° 5, pág. 378), consideraremos el supuesto.

"La mala administración no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios; requiere una conducta, exteriorizada en una serie de actos, en una administración. No nace, pues, de un acto determinado, salvo, tal vez, el caso excepcional del acto único realizado en fraude de la mujer, a que se refiere el art. 1277, si es de entidad como para poner en peligro la dote de la mujer. Tampoco puede invocarse la mala administración cuando es pretérita y el marido se ha corregido administrando juiciosamente. Por lo tanto, esa conducta, tomada en su conjunto, llega hasta el día de la demanda y la sentencia que la comprueba se retrotrae, pues, a la fecha de dicha demanda. Para entonces existía o no mala administración, sin que pueda valorarse lo sucedido durante el curso de la instancia".

El doctor Díaz de Guijarro, comentando uno de los fallos que he citado en su nota (Jurisprudencia Argentina, t. 62, pág. 898), dijo: "La separación de bienes solicitada por la mujer, en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 1294 del Código Civil, tiene un efecto fundamental: los bienes gananciales posteriores y que reconozcan origen en los bienes propios de la mujer o en actos de ella, no ingresan a la masa del concurso".

Enrique J. Quintana, en su Tratado de derecho de familia, pág. 214, dice: "En efecto, supongamos que una mujer poseedora de un cuantioso capital quiere evitar el despilfarro y mala administración del marido. De acuerdo con la ley 11357, hace uso del derecho de administrar sus bienes, es decir, separa al marido de la administración de la sociedad conyugal. Pero, el marido continúa contrayendo deudas, pues los frutos de los cuantiosos bienes de su mujer son gananciales y por lo tanto le pertenecen tanto como a ella. ¿Qué solución cabe en este caso? La única solución posible es la separación de bienes sin divorcio, pues la ley 11357 no remedia este mal". Rébora es terminante - dijo el doctor Chute - en el sentido de que la acción de separación de bienes de los casos del art. 1294 subsiste después de sancionada la ley 11357 (La Ley, t. 120, pág. 41).

En su obra El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio, el citado autor nos dice (pág. 360): "El remedio así otorgado ante el peligro que amenaza a los bienes de la mujer, no es solamente represivo sino también preventivo"; "El derecho de la mujer para ejercer la acción comienza desde que aparece como inminente el peligro de perder sus bienes propios y cualquiera de ellos". Luego, al referirse sobre la incidencia de la ley 11357, por el hecho de que la mujer puede asumir la administración de sus bienes propios, sigue diciendo: "No obstante sería arriesgado afirmar que no puedan presentarse casos en los cuales deba ser mantenida la doctrina que atribuye a la separación de bienes una función preventiva a la vez que represiva".

El mismo tratadista, en Instituciones de familia, pág. 486, comentando el fallo de la Cámara Civil 2ª del 8 de abril de 1927, Gaceta del Foro, t. 67, pág. 345, expresa la siguiente doctrina: "La posibilidad de apartar de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administración del marido los bienes que le pertenezcan como propios, creada a favor de la mujer casada por el apartado c) del inc. 2º, art. 3º, de la ley 11357, no obsta a que mientras esos bienes propios permanezcan en manos del marido y nazca para ellos el peligro supuesto por el art. 1294 del Código Civil, la mujer pueda obtener separación de bienes. Aplicación: La acción puede ejercerse desde que los actos del marido hagan temer, para lo futuro, tal perjuicio y no ha menester, por consiguiente, de la existencia de un perjuicio actual".

"Estábamos en lo cierto, nos mueve a decir este último fallo, cuando opinábamos que no obstante haber aparecido con la ley 11357 un expediente encaminado a poner al alcance de la mujer medios, los más eficaces, de atraer hacia sí sus bienes y conjurar de tal modo peligros que la acción de separación de bienes autorizada por el código vigente desde 1871 debía principalmente prevenir, habría sido arriesgado afirmar que la institución del Código Civil no estuviera destinada a conservar así su función preventiva como también su función represiva".

En su Tratado de derecho civil argentino, Familia, pág. 311, el doctor Guillermo A. Borda es concluyente y bajo el título de "Una causal desaparecida: mala administración o concurso del marido", expresa: "El Código Civil establecía en favor de la mujer la facultad de pedir la separación de bienes cuando la mala administración del marido le pusiera en peligro de perder sus bienes propios o cuando aquél se hubiere concursado (art. 1294); no era necesario en tales supuestos entablar la acción de división, pues la separación de bienes era posible aun subsistiendo la unión de personas (art. 1292). Este derecho reconociendo únicamente a la mujer (art. 1292) se justificaba en el régimen del código, en el que el marido era el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal, incluso los propios de la mujer, que, naturalmente, podían verse envueltos en la mala administración o la bancarrota de aquél. Pero actualmente la mujer no tiene necesidad de entablar esta acción para administrar sus bienes propios y los gananciales que ella adquiera, además, la ley 11357 ha creado un sistema de separación de responsabilidades que elimina los peligros que justamente pretendían conjurar los arts. 1292 y sigts."

Luego, el doctor Borda hace dos afirmaciones, que merecen nuestro comentario: Admite que el interés de la mujer en demandar la separación podría no desaparecer del todo, desde el momento que ello le permitiría negarse a compartir por mitades los gananciales que ella obtuviera, pero que lo descarta por cuanto no está en el espíritu de la ley, ya que el art. 1296 facultaría al marido dar fianzas que aseguren los bienes de su cónyuge. Y que ello explicaría la ausencia de fallos judiciales.

En cuanto a la primera observación, creo que desprecia el valor que significativamente tendría la aludida disposición legal, que sólo podría dejarse sin efecto cuando el marido otorgue las suficientes garantías.

Sin perjuicio de que surge de inmediato la observación de lo difícil que resultaría el funcionamiento de este régimen de protección, por lo demás y en mi conocimiento absolutamente desusado, es lógico suponer que serán

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

muy magras las garantías o fianzas que pudiera dar quien ha caído en insolvencia o en la causal de mal administrador.

Referente a la segunda observación relativa a la ausencia de fallos judiciales, ya me he referido a ello, negándole exactitud.

En su reciente tratado, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, el doctor Aquiles Horacio Guaglianone considera igualmente que el art. 1294 del Código Civil, de acuerdo con la doctrina, ha sido derogado por la ley 11357.

De modo que, si bajo el vigor del régimen instaurado en el código el único remedio para salvaguardar los bienes propios de la mujer se hallaba en la disolución de la sociedad conyugal, bajo la vigencia de la ley 11357 no es imprescindible a ella acudir a esa solución extrema, que obligaba a un juicio entre los cónyuges y, naturalmente, perturbaba las relaciones personales. Le basta ahora la simple inscripción en un registro, no condicionada a la demostración previa de que la gestión de su representante le es dañosa, y que puede concretarse al comienzo mismo del matrimonio.

Pero se plantea la duda en cuanto a que este estatuto pueda autorizar la disolución de la sociedad conyugal, si el otro cónyuge es declarado en concurso, para concluir diciendo lo siguiente: "De todos modos, si alguien entendiera - en desacuerdo con nuestra opinión - que una ley modificatoria del sistema de administración y responsabilidades no es apta para derogar, sin norma expresa, las causales que determina el cambio del régimen matrimonial - patrimonial y la consiguiente transformación de la titularidad de los bienes, por lo menos deberá aceptarse que el art. 1294 no es ya un privilegio de la mujer en caso de concurso del marido, sino una facultad de ambos cónyuges, fundada en la posibilidad que uno y otro tienen de administrar el caudal societario".

Las transcripciones efectuadas revelan, como lo he dicho al principio, que tocante al punto la doctrina dista mucho de guardar coincidencia.

Confrontadas todas las opiniones vertidas, es decir, las que han quedado expuestas en fallos judiciales y las que se refieren a las opiniones de civilistas de reconocida jerarquía, es evidente que la controversia, si bien puede no tener u originar dificultades de orden práctico repetido, refleja dos posiciones extremas, que sólo encuentran alguna coincidencia en un aspecto en la opinión del profesor Guaglianone.

Es evidente que la materia se preste a dudas.

De no ser así, la coincidencia hubiera sido plena y el acuerdo total.

No dudo que no pasará mucho tiempo sin que el legislador determine de manera clara y terminante la condición y suerte de los bienes propios de los cónyuges frente a las alternativas que han quedado analizadas.

Más, en la situación actual, es posible asegurar que las opiniones serán encontradas y que quizá la misma jurisprudencia varíe el rumbo mantenido hasta la fecha.

A mi entender, hay argumentos que deciden la cuestión por el criterio de que la norma del Código Civil se mantiene vigente y que la ley 11357 no la ha derogado.

Se ha dicho, y no puede rebatirse, que toda derogación a una norma legal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe ser expresa, de lo contrario, y de manera especial en la duda, debe estarse por su confirmación.

Es esto demasiado importante para ser olvidado, pero aunque se le quisiera dar a la ley 11357 una significación en el punto que no le reconozco, es evidente que ambas normas conducen en su aplicación a resultados distintos.

Ya hemos visto la duda de los profesores Borda y Guaglianone en cuanto a que no podría atribuirse a la ley 11357 el alcance de fundar la separación de la sociedad conyugal. Una cosa es la administración de los bienes. En ello estamos todos convencidos de que la ley 11357 da las pautas necesarias.

Pero, en cuanto a la división de la sociedad conyugal parece también claro que la ley 11357 no puede tener el alcance que se le quisiera dar por los partidarios de la tesis que sostiene la derogación de la norma del Código Civil.

La mujer seguirá, con el criterio de los que así piensan, ante el peligro que le significará compartir el producido de sus bienes propios que pasarán indiscutiblemente a ser gananciales.

Si es cierto que pretender, como lo sostengo, que debe recurrirse a la vía judicial en demanda de ese amparo, ha de significar, sin duda, posición de extrema violencia y de resultancias peligrosas.

Pero esto en manera alguna puede significar una observación a la prevalencia de una norma legal.

El otro camino, naturalmente más moderado, tampoco dejará de producir o exagerar situaciones desagradables.

Es acertado el criterio del doctor Roberto E. Chute cuando se refiere a estas situaciones, como la de dos derechos que no son excluyentes sino complementarios.

La norma del Código Civil llega con sus naturales consecuencias a la separación de la sociedad conyugal; la ley 11357 legisla sobre la administración y disposición de bienes propios y de los que la mujer adquiera con su oficio o profesión.

Cabe también preguntarse: ¿Qué pasaría mediando de parte del marido mala administración, con los bienes que por ser producido de bienes propios pasan a la categoría de gananciales? Es evidente que el marido seguiría siendo de éstos el legal administrador.

Por todo ello, considero necesario y harto prudente que la mujer ante casos similares a las situaciones previstas por las normas del citado artículo debe ocurrir ante la justicia en demanda de la separación de bienes.

VI. REGLAS DE PROCEDIMIENTO

a) Oportunidad en que debe ser deducida la acción

Puede darse el caso, y la jurisprudencia lo revela, que el marido nunca haya administrado los bienes propios de la esposa y que, por lo tanto, no se observe el peligro ni la necesidad de una acción judicial.

Sin embargo, esta situación no daría margen a enervar la acción de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mujer, por cuanto ni la ley ni la jurisprudencia supeditan el ejercicio del derecho que confiere el artículo a la circunstancia de que su cónyuge haya demostrado falta de capacidad en la administración de los bienes de la esposa.

Si ello no fuera así, es muy posible que la solución que la ley brinda sería remedio tardío cuanto ineficaz.

Es bastante con que la torpeza se haya demostrado en la administración de los bienes propios o bien en los que revisten el carácter de gananciales.

Pretender otra cosa, es decir, que el ejercicio del derecho por parte de la mujer quede supeditado a la demostración de una circunstancia que precisamente se quiere evitar, equivale tanto como pretender tomar una medida de naturaleza justamente precautoria, en algo totalmente ilusorio.

La mala administración puede resultar de las diversas empresas acometidas por el esposo, que han terminado desastrosamente, aunque nunca haya administrado los bienes propios de su mujer (Jurisprudencia Argentina, t. 16, pág. 647): El temor fundado ante la evidencia que expone el marido como administrador de lo suyo autoriza sin duda alguna a la esposa para demandar la adecuada protección de sus bienes; basta, ha dicho el fallo Cámara Civil 2ª, Jurisprudencia Argentina, t. 24, pág. 513, el peligro potencial de que la mujer pierda sus bienes propios.

Es claro que no podría justificar la interposición de una acción de esta naturaleza el mayor o menor acierto en una empresa o un quebranto accidental (Cámara Civil 1ª, Jurisprudencia Argentina, t. 32, pág. 166). La mala administración a que se refiere el texto legal no es ni puede ser el mayor o menor acierto en los negocios, porque si tal tesis prevaleciera, resultaría comprometido justamente el sistema que la ley se ha propuesto mantener, ya que ella ha prohibido que a este orden de cosas se pudiera llegar por el mutuo acuerdo de los cónyuges. No creo que una pérdida o quebranto accidental sea tampoco suficiente para decretarla.

A mi juicio, es preciso que se demuestre una tendencia manifiesta por parte del marido hacia la prodigalidad o la adquisición de hábitos ruinosos que realmente pongan en peligro el interés pecuniario de la mujer.

b) La mujer debe poseer bienes propios

La acción no podría prosperar, aunque disidencias aisladas en fallos judiciales lo hayan preconizado, a la separación existiendo solamente bienes gananciales.

Es cierto que la solución no parece justa.

La mujer podría perder todo lo que legítimamente le corresponde a título de tal, por la conducta ruinosa de su esposo.

Pero la ley no autoriza, por muy injusto que resulte su aplicación, otra solución.

Merece recordarse, en sentido contrario a lo que dejamos expuesto, el voto del doctor Salvat en fallo que registra Gaceta del Foro, t. 60, pág. 88: "a) Desde luego, debe observarse que el fin perseguido por el legislador al autorizar la separación de bienes por mala administración del marido, ha sido salvaguardar los intereses económicos de la mujer, expuestos a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjudicarse seriamente como consecuencia de aquélla. Este peligro existe, lo mismo en el caso de bienes propios estricto sensu, es decir, de bienes aportados como dote al matrimonio o adquiridos después de celebrado a título de donación o herencia, que en el caso de la parte de bienes que a la mujer deben corresponder a título de gananciales el día de la liquidación de la sociedad conyugal; estos últimos deben también algún día pertenecerle a ella exclusivamente y a este título, interpretados los términos ampliamente, esa parte de bienes son también propios y deben serle amparados". "b) En segundo lugar, el codificador cita como fuente del artículo que estudio, el 1443 del Código Civil francés, que al acordar la acción de separación de bienes, se refiere al caso en que la dote de la mujer se encuentre en peligro. Los términos de la ley francesa son, pues, equivalentes a los de la nuestra, que habla, como ya hemos visto, de bienes propios, y esta equivalencia nos autoriza a darle una especial importancia a la interpretación consagrada por la doctrina y la jurisprudencia de ese país. Y bien, puede afirmarse sin la más mínima duda que desde hace muchos años la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales han llegado a admitir el derecho de la mujer para demandar la separación de bienes, aun en los casos en que ella no tiene dote alguna y sólo existen bienes de la comunidad, como se había admitido también que ese pedido procedía en el caso de que la mujer poseyera un talento o una industria susceptible de producirle recursos propios".

Precisamente, en el fallo de Jurisprudencia Argentina, t. 46, pág. 143, donde se cita el voto aludido del doctor Salvat, la Cámara Civil, sosteniendo la interpretación uniforme, dijo: "Pienso pues, que la circunstancia de no haberse demostrado la existencia de bienes propios de la esposa, comprometidos por la gestión del marido, basta para determinar el rechazo de esta demanda, haciendo inocuo el pronunciamiento judicial sobre la mala administración que se imputa al marido, porque dentro del sistema argentino éste «puede administrar, comprometer, enajenar y disipar los bienes sociales» (que se hallen sometidos a esa administración) sin que la esposa pueda cercenar sus derechos por otros medios que los que la misma ley admite, invalidando las consecuencias del dolo o del fraude si lo hubiere, pero nunca imponiéndole su opinión o la opinión judicial para apreciar la eficacia de sus gestiones o para corregir y evitar las consecuencias de sus errores o desaciertos" (Gaceta del Foro, t. 60, pág. 87). "En los autos «Bianchi de Bianchi, Margarita c/Bianchi, José» sobre separación de bienes (Gaceta del Foro, t.60, pág. 87), actuando como juez, sostuve esa misma tesis que desenvuelve el doctor Sauze. Creo que el art. 1294 del Cód. Civil no permite otra solución, no obstante que con la inflexibilidad impuesta por la ley a esa regla, pueda negarse amparo a situaciones que la merecerían".

c) Carácter de la acción

La acción de separación de bienes es una acción personal, que debe deducirse en el domicilio del marido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es evidente que, no mediando divorcio, la notificación de la demanda deberá efectuarse en el domicilio conyugal.

De mediar el mismo o existiendo una separación de hecho, creo que el marido debe ser notificado en su real domicilio, aunque no fuera el conyugal e ignorándolo, habrá que recurrir a los medios supletorios que autorizan las leyes procesales.

No es éste el caso de la secuela, que como consecuencia del juicio de divorcio debería promoverse, habiéndose demandado la separación de bienes.

Vuelvo a repetir que esta situación no se plantearía actualmente, por cuanto el fallo que hace lugar al divorcio supone también la separación de bienes.

La cuestión puede discutirse cuando media concursamiento o quiebra del marido, por dos supuestos: A) ¿Tiene el esposo capacidad para estar en juicio? B) ¿Atrae la quiebra o el concurso el juicio que promueva la esposa?

Por lo que hace al primer supuesto A), debemos recordar que el art. 104 de la Ley de Quiebras en su primer apartado, nos dice que el quebrado queda inhabilitado desde el día de la declaración de la quiebra. Pero, la segunda parte de dicho artículo dice que, sin embargo, puede ejercer aquellas acciones que tengan por objeto derechos inherentes a su persona o que sean meramente conservatorios de sus bienes y derechos. Por eso, ha quedado establecido entre otros, La Ley, t. 92, pág. 165 - que el fallido carece de personería para intervenir en juicio en que se ventilen intereses que no sean estrictamente personales.

En un fallo interesante (La Ley, 305 - S), resolvió que la falencia del demandado no importa un estado de incapacidad de derecho, sino un desapoderamiento en los bienes del mismo.

En el mismo sentido: Jurisprudencia Argentina, t. 2, pág. 51, donde quedó establecido que el marido concursado conserva la administración de los bienes de la esposa, mientras ésta no pida la separación de bienes.

En igual sentido: Gaceta del Foro, t. 172, pág. 50. Se dispuso que por el artículo 107 de la ley de quiebras el fallido conserva la administración de los bienes de su mujer y de sus hijos, y el desapoderamiento de los bienes de la comunidad conyugal debe ajustarse a las normas de la ley 11357, máxime si existe juicio por separación de bienes.

Concordantemente, el fallo que cita el Repertorio de La Ley, N° 2, año 1959, pág. 190, de la Cámara Civil de Córdoba, resolvió que no siendo el concursado un incapacitado de hecho y pudiendo contraer nuevas obligaciones, con tal de que ello no afecte los bienes de la masa, nada impide que pueda estar personalmente en juicio, cuando se trata de la ejecución de tales obligaciones, pues como extrañas al concurso éste no las atrae.

A mi entender, el demandado quebrado o concursado puede estar válidamente; en juicio de la naturaleza del que me ocupa, siempre, claro está, que no se exteriorice que existen aspectos que hacen a sus bienes.

B) El otro supuesto sería si la quiebra o el concurso tienen fuero de atracción en el juicio por separación de bienes.

Si consideramos que esos juicios universales atraen los que se refieren a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los bienes del fallido y no otros, la respuesta debe ser negativa.

A nadie se le ocurriría que el divorcio debe entablarse ante el juez del concurso o la quiebra.

Más aún, se ha resuelto que el quebrado puede querellar en causa criminal (Jurisprudencia Argentina, t. 74, pág. 367); que puede estar en juicio cuando se trata de evitar una disminución de su activo y que puede accionar con ajuste al art. 1109 del Código Civil (La Ley, t. 16, pág. 119). Se ha resuelto también que el juicio de desalojo no está comprendido entre los que son atraídos, desde que la acción de desahucio no se relaciona con los bienes del fallido.

Y como argumento de definitiva importancia, debe citarse lo resuelto por la Cámara Comercial en fallo que registra Gaceta del Foro, t. 92, pág. 224: "El juicio por exclusión del marido fallido de la administración de la sociedad conyugal iniciado por la esposa, es de competencia de la justicia Civil y no de la Comercial que entiende en la quiebra de aquél".

Sin embargo, como opinión en contrario transcribiré lo que dice el doctor Díaz de Guijarro en la nota al fallo registrado en Jurisprudencia Argentina, t. 62, pág. 900: "Tal juicio de separación de bienes se tramitará, por cierto, ante el juez del concurso, ya que pueden suscitarse cuestiones en la liquidación social, que afecten a la masa, lo que demuestra la conveniencia práctica de que sea el mismo juez el que entienda en ambos procedimientos. Por idénticas razones, el síndico del concurso es parte en el referido juicio y la administración que ejerce continúa hasta tanto se decidan las articulaciones promovidas por la esposa sobre propiedad exclusiva de los bienes que han sido denunciados como de pertenencia del cedente".

d) Medidas precautorias

La demanda de la esposa, fundada en el art. 1294, la autoriza a pedir las consiguientes medidas precautorias, de acuerdo a lo que establece el art. 1295 del Código Civil que dice: "Entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad. Puede también pedir que se le dé lo necesario para los gastos que exige el juicio".

No podrá ser de otra manera, atento a que se trata de una acción preventiva.

La jurisprudencia en el punto es uniforme y numerosa.

Se explica porque ella es de aplicación en los juicios de divorcio.

Podrá demandar la esposa el embargo o la inhibición de bienes y referirse la medida precautoria tanto a gananciales como a propios de su cónyuge.

En la nota al fallo que registra Jurisprudencia Argentina, t. 24, pág. 513, el doctor Patricio Acevedo dijo: "La acción de separación desde sus orígenes tuvo un amplio carácter de protección y defensa, haciendo que la mujer la pudiera ejercer preventivamente cuando hubiere temor fundado que hiciera presumir la pérdida de sus bienes propios bajo la administración del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

marido".

La jurisprudencia francesa ha reconocido el carácter preventivo de esta acción y así lo han establecido sus fallos, que llegaron a esta conclusión: "La disipación de la dote y el desarreglo de los asuntos del marido son causa de separación de bienes, aunque la restitución de la dote haya sido garantida por un tercero mediante fianza hipotecaria".

e) Prueba

En esta clase de juicios el allanamiento del demandado carece de relevancia.

La actora deberá probar los extremos que invoca para demandar la separación de bienes (Jurisprudencia Argentina, t. 35, pág. 1288; Jurisprudencia Argentina, 1951 - IV, pág. 354). Ello por el carácter de orden publico en la sociedad conyugal.

f) Derecho de terceros

Restaría agregar lo que ya ha sido dicho de alguna manera en este trabajo, que todo proceso de esta naturaleza debe estar condicionado a no perjudicar intereses de terceros de buena fe.

Opuesta con posterioridad a determinados actos, la acción de separación no podría oponerse a los terceros acreedores.

De lo contrario, la burla sería demasiado fácil.

VII. INCIDENCIA DE LA LEY 17711

La ley 17711 ha introducido a los arts. 1276 y 1277 del Código Civil modificaciones sustanciales, que indudablemente deben correlacionarse con el punto que vengo comentando.

De acuerdo con el texto anterior del art. 1276, el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, sean dotales (propios) o adquiridos después de formada la sociedad, con las limitaciones y excepciones que el mismo código preveía.

Dicho texto es sustituido por la ley 17711 de la siguiente manera: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277"

En su tercer párrafo - luego de admitir en el segundo que en caso de duda en cuanto al origen de los bienes, es de incumbencia del marido la administración y disposición de éstos - nos dice que "Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le esté reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por este. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas".

Pienso que el texto se adecua íntegramente con la posición de los autores que han sostenido - como lo he transcripto - la idea de que la ley 11357 ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derogado el art. 1294 del Código Civil.

Por supuesto que ahora se fija con claridad una posición: la que se refiere a la administración de los bienes.

La mujer no tendrá ya en lo sucesivo que recurrir a registraciones especiales ni tampoco a juicios para entrar en la administración de sus bienes.

Repito: aquí no hay duda alguna, pero ello no es todo, ni siquiera - me atrevo a decir - la parte más importante de la cuestión.

Con su administración o sin ella, los frutos de esos bienes serán siempre gananciales y, naturalmente, volveremos a la situación que hemos dejado expuesta en cuanto a que a la mujer le puede interesar no compartir con esos bienes deudas de su esposo por mala administración de sus bienes, concursamiento o quiebra.

La modificación es importante, pero no puede a mi entender ir más allá de lo que su texto dice, por cuanto ello significaría admitir la derogación total del sistema tal cual está asentado aún hoy en el régimen patrimonial dentro del matrimonio.

En otras palabras: El artículo, para llegar a ello, debería haber dicho que en ningún caso los bienes gananciales que reconocieran el origen que se señala responderían en los eventos que prevé el art. 1294 del Código civil.

El art. 1277 del Código Civil, asimismo, es modificado por esa ley y guarda alguna relación también con lo que aquí se trata, por la muy sencilla razón que si bien habla de ambos cónyuges, la protección se da a la mujer que debe acudir a prestar su consentimiento para la enajenación de los gananciales o muebles de registro obligatorio, aporte de dominio, de transformación de sociedades, etc. Lo extiende inclusive para la enajenación de inmuebles propios cuando en él esté radicado el hogar conyugal si hubiese hijos menores o incapaces.

La desaprensión que en algunas circunstancias pudo usar libre y legalmente el marido para dejar totalmente desposeída a su esposa, hoy ya no será posible.

La práctica ha señalado ya alguna resistencia por parte de los interesados en el cumplimiento de esta exigencia.

Esto carece de significación, atento el justo criterio del legislador, que ha evitado la comisión de lo que la experiencia demostró en el común suceder.

VIII. CONCLUSIONES

Debo insistir aún en la situación actual, que, en mi criterio, la mujer que desee evitarse las consecuencias de los actos que han de conducirlas a participar de alguna manera en la torpeza, negligencia o mala fe de su esposo, no tiene camino más seguro que el acudir ante la justicia demandando la separación de bienes.

No escapa a mi criterio que en el punto deberíamos hallar una solución más simple y menos traumatizante que lo que supone la interposición de un juicio que puede ser consecuencia de otra clase de males, a veces peores de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se quiere remediar.

Pero entiendo que por el momento no queda a la mujer otro amparo que el judicial para preservar los intereses a que alude el art. 1294 del Código Civil, que considero se mantiene en plena vigencia y que, como hemos visto, ha dado lugar a encontradas opiniones al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil.

Ley 11357 : Derechos civiles de la mujer.

Ley 11719: De las quiebras.

Ley 17711: Reformas al Código Civil y leyes complementarias.

Condición jurídica de la mujer, E. Rivarola.

Derecho Civil argentino, "Familia", Guillermo A. Borda.

Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Aquiles Horacio Guaglianone. Instituciones de la familia, Juan Carlos Rébora.

El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio, Juan Carlos Rébora.

De la disolución de la sociedad conyugal. Cuándo se produce, Santiago Carlos Fassi.

Revista Argentina de Ciencias Políticas.

La Ley.

Gaceta del Foro.

Jurisprudencia Argentina.