

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**LA MALA ADMINISTRACIÓN Y EL CONCURSO O QUIEBRA DE UN CÓNYUGE
COMO CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL(*) (941)**

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

SUMARIO

I. Cuestiones previas. 1. Importancia de la disolución de la sociedad conyugal. 2. Causales de disolución de la sociedad conyugal. 3. Ubicación y delimitación del problema estudiado. 4. La derogación tácita de las leyes. 5. Interpretación de las leyes no derogadas por otras que disponen sobre temas afines o íntimamente vinculados. II. El artículo 1294 a partir de la vigencia de la ley 11357. 6. La ley 11357 no derogó tácitamente el artículo 1294. 7. Interpretación del artículo 1294 en función de la ley 11357. 1º) Mala administración. A) La causal en el Código Civil. B) La causal después de la ley 11357. 2º) Concurso o quiebra. A) La causal en el Código Civil. B) La causal después de la ley 11357. III. El artículo 1294 a partir de la vigencia del decreto - ley 17711/68. 8. El decreto - ley 17711/68 no deroga tácitamente el artículo 1294. 9. Interpretación del artículo 1294 en función del decreto - ley 17711/68. 1º) Mala administración. 2º) Concurso o quiebra. IV. La "mala administración" de un cónyuge en el derecho nacional proyectado y en la legislación extranjera.

El artículo 1294 protagoniza una historia muy singular en el conjunto del articulado del Código Civil: original del codificador permanece inalterado a través de reformas legislativas que afectaron decididamente otras disposiciones que constituyeron su engarce lógico en la redacción de Vélez Sársfield. A su alrededor fue dos veces modificado el régimen de gestión de bienes de los cónyuges (por la ley 11357 de 1926 y por el decreto - ley 17711 de 1968), cambió una vez el sistema de responsabilidad de los mismos por deudas (por la ley 11357) y se sucedieron cuatro distintas reglamentaciones de los concursos y quiebras, posteriores al Código de Comercio de 1862 (establecidas en las leyes 2367 de 1890, 4156 de 1902, 11719 de 1933 y en el decreto - ley 19551 de 1972). A estas reformas deben agregarse las acaecidas en materia de capacidad de obrar de la esposa y la influencia que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

progresiva incorporación de la mujer a todas las formas de la actividad socio - económico - jurídica, ejerce en el intérprete del derecho positivo. Tan variable contexto torna comprensible que jueces y juristas ofrezcan un panorama vacilante sobre la interpretación del artículo 1294, y el tema cobra renovado interés dado lo relativamente cercano de las últimas reformas sobre la sociedad conyugal y los concursos y quiebras.

I. CUESTIONES PREVIAS

1. Importancia de la disolución de la sociedad conyugal. - Ninguna de las reformas posteriores a 1871 ha alterado la esencia del sistema de bienes de los esposos establecido por el legislador argentino. A través de las reformas se mantiene la tipificación del régimen patrimonial matrimonial de comunidad, entendiéndose por éste el que distingue una masa de bienes exteriorizada a su fin, sobre la cual corresponde un derecho actual a ambos esposos, tanto al que fue como al que no fue originariamente titular de los derechos sobre los bienes comunes, o sus respectivos herederos(1)(942).

Los regímenes de comunidad obedecen a reconocer que el enriquecimiento de los esposos, aparente resultado del esfuerzo individual, traduce en la realidad la colaboración que se prestan. Fundamentalmente trasuntan una concepción del matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial la comunidad de vida asumida al celebrarlo e integra los lineamientos de orden público en que se estructura, lo que justifica que el desecho a los gananciales perdure no obstante la separación de hecho, a favor del inocente (art. 1306, 3er. párrafo).

La forma como se actualiza el derecho sobre los bienes destinados a ser finalmente compartidos, como derechos sobre ciertos bienes indivisos, es decisiva para distinguir los regímenes de comunidad de los llamados "de participación", previstos en Alemania y Francia, en los cuales el cónyuge que se enriqueció menos durante la vigencia del sistema es titular de un crédito contra el que se enriqueció más en la medida exigida para equilibrar ambos enriquecimientos. En los regímenes de comunidad la masa compartida aparece, paradójicamente, cuando el régimen toca a su fin, sin perjuicio de que ese "destino común" campee sobre la actividad económico - jurídica de los esposos durante la vigencia de aquél, como medida de protección actual de un derecho futuro: no es otro el sentido de las restricciones impuestas por el decreto - ley 17711 a los poderes de disposición de los cónyuges.

Queda así subrayada la importancia del fin del régimen que da nacimiento a la masa común y abre las etapas de su liquidación y partición. Es obvio destacar, por lo tanto, la trascendencia de las causas jurídicamente eficientes para determinarlo.

2. Causales de disolución de la sociedad conyugal. - La enumeración de causales que se formula a continuación no comporta definirse por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

anticipado sobre el tema en estudio: sigue los textos y responde al principio de la igualdad jurídica de los esposos conjugada en el vigente régimen de gestión de los bienes, por ejemplo, en lo que respecta a atribuir al marido el ejercicio de las acciones previstas en los arts. 1289, 1290 y 1307.

Consideradas en sí mismas, las causas jurídicas que determinan la disolución de la sociedad conyugal pueden ordenarse de la siguiente manera(2)(943)a) causales que operan por vía de consecuencia (muerte del cónyuge, art. 1291; vencimiento del plazo de prenotación, art. 30 de la ley 14394; matrimonio del consorte del muerto presunto, art. 31 de la ley 14394; nulidad del matrimonio putativo, art. 1291; divorcio, art. 1306) y b) causales que operan por vía de principal (mala administración, concurso o quiebra de un cónyuge, art. 1294; curatela de un cónyuge por un tercero, arts. 1289 y 1290; muerte presunta en la hipótesis del art. 1307). Esta clasificación es útil para distinguir las causales que no requieren instancia judicial previa, que son las tres primeras, de las restantes que sí la exigen.

Se hacen convenientes otros criterios de clasificación por estar acompañado el efecto principal de las causales, la disolución de la sociedad conyugal, por efectos secundarios. Así, a las causales que ponen fin a todo régimen patrimonial (muerte del consorte, matrimonio del cónyuge del muerto presunto, nulidad del matrimonio putativo, vencimiento del plazo de prenotación y muerte presunta en el caso del art. 1307), se oponen las causales que determinan el reemplazo del régimen de comunidad por el de separación de bienes (divorcio, mala administración, concurso o quiebra y curatela de un cónyuge por un tercero). Las tres primeras causales de esta enumeración provocan la extinción definitiva de la sociedad conyugal, es decir, sus resultados son irreversibles; las cinco restantes no obstaculizan la reconstitución de aquélla(3)(944).

3. Ubicación y delimitación del problema estudiado. - El art. 1294 está ubicado en el Cap. VII del Libro II, Sección III del Código Civil que se refiere a la disolución de la sociedad conyugal. Dicho capítulo integra el Título II donde se ha estructurado la institución con el detalle del limitado campo en que puede moverse válidamente la voluntad de los contrayentes, la clasificación de los bienes de los esposos, la determinación de las cargas comunes y del régimen de administración de aquéllos y precede al último capítulo destinado a reglar la restitución de ciertos bienes. Es innegable que armoniza con ese articulado entre los cuales subráyanse ahora los arts. 1275, 1276 y 1277 en su redacción originaria, artículos que se refieren a las deudas de la sociedad conyugal y a la gestión de los bienes, sin perjuicio de que el sistema se complete con normas incluidas en el mismo capítulo o establecidas en el ordenamiento de otras instituciones.

Sobre los textos citados han incidido las reformas del régimen de deudas y del régimen de gestión, según la ley 11357 y el decreto - ley 17711/68.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 9º de la ley de 1926 reviste particular importancia. En él se dispone: "Quedan derogadas las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente, la que formará parte de dicho Código".

Ni en la ley 11357 ni en el decreto - ley 17711 se mencionó el art.

1294. Este último tampoco derogó expresamente el art. 9º de la primera. Por lo tanto, decidirse sobre la vigencia de las causales de disolución de la sociedad conyugal configuradas por la mala administración o concurso o quiebra de un cónyuge, constituye un problema de derogación no expresa de la ley, y, eventualmente, un problema de interpretación integradora(4)(945).

4. La derogación tácita de las leyes. - La derogación de las leyes es expresa cuando la ley posterior dispone que cese la vigencia de la ley anterior. No es indispensable una forma sacramental, con mención de los números de las leyes o disposiciones que se derogan, por lo cual el ejemplo clásico de esta forma de derogación es la dispuesta por el art. 22 del Código Civil: "Todo lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial". El decreto - ley 17711 ofrece numerosos ejemplos de derogaciones expresas típicas (en su art. 1º sobre los arts. 4º, 5º, 6º, 1134, 1224, 2619, 3354, 3411, etc., etc.) y de sustituciones equivalentes (en el mismo artículo con respecto al art. 3º, al 17, al 43, etc., etc.).

Goldschmidt distingue dos posibilidades de derogación tácita, a saber: la derogación por incompatibilidad de contenido y la derogación por incompatibilidad de sistema (derogación orgánica). A modo de ejemplo de derogación por incompatibilidad de contenido presenta la fórmula de estilo incluida al final de ciertas leyes por la cual se deroga "cualquier disposición que se oponga a la presente ley" donde el autor citado ve una derogación tácita por incompatibilidad de contenido expresamente consignada. A su vez, la derogación orgánica es el resultado de una nueva ley que contiene la codificación de la materia a la que la ley anterior se refiere, "Como el anhelo de codificar una materia es incompatible con cualquier disposición que esté colocada fuera de la codificación, esta última deroga cualquier precepto anterior, aunque no hubiese incompatibilidad de contenido"(5)(946). Es posible distinguir, por lo tanto, en la derogación tácita por incompatibilidad de contenido la que, sin dejar de ser tácita, se consigna expresamente y la que sólo resulta de la mentada incompatibilidad.

La comparación de los textos del art. 22 del Código Civil y del art. 9º de la ley 11357 pone de relieve la forma de derogación establecida en la ley de 1926. El art. 22 deja sin vigencia "todo lo que no está dicho expresa o implícitamente en el Código", efecto susceptible de ser determinado mediante un simple cotejo o que puede reclamar esfuerzos interpretativos para detectar los contenidos implícitos en lo codificado,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero que no hace hincapié, en ningún caso, en la compatibilidad o incompatibilidad de contenidos entre la antigua legislación y el Código, sino solamente en que la materia cuestionada esté prevista en la nueva ley. Por eso es más claro el ejemplo ofrecido por el art. 1750 del Código de Comercio de 1862, citado por Salvat(6)(947): "Quedan absolutamente derogadas todas las leyes y disposiciones, relativas a materias de comercio". Idénticos efectos hubieran podido lograrse en ambos casos, mediante la derogación orgánica: la trascendencia de los cuerpos legales sancionados justificó que se la haya dispuesto expresamente.

Por su parte, el art. 9º de la ley 11357 remite a la incompatibilidad de contenidos. Su fórmula es la fórmula de estilo que menciona Goldschmidt, concebida con gran amplitud porque se basa en la modificación y en la oposición de contenidos. Aplicarla exige siempre interpretar la norma remota en función de la reciente, mejor aún, el conjunto de disposiciones que prestan a una y otra su auténtico sentido y alcance.

Aunque algunas reglas de interpretación parecieran constituir axiomas en la materia, como, por ejemplo, el principio fundamental de que la ley posterior deroga la anterior, nunca es razonable emplearla sin admitir matices. El recién citado principio cede cuando la ley anterior es especial y la posterior general y esta excepción, a su vez, si la ley general se refiere expresamente a la especial o existe insuperable repugnancia en la coexistencia de ambas(7)(948). También se entiende que "la derogación de un principio legal importa la tácita derogación de las consecuencias del mismo"(8)(949); que "es preciso extender la derogación a todas las disposiciones que descansan exclusivamente en la ley derogada"(9)(950).pero que no corresponden "las extensiones cuantitativas de la incompatibilidad: si lo incompatible es sólo una parte, subsistirá de la ley anterior la parte compatible"(10)(951).

López Olaciregui destaca la improcedencia de la aplicación mecánica de estas reglas, que reclaman "una o varias discriminaciones entre lo principal y lo accesorio, entre lo general y lo especial"(11)(952).

Por lo tanto, la ley posterior deroga a la anterior en caso de incompatibilidad absoluta(12)(953). Llambías sostiene que "basándose tal derogación en una interpretación de la omisa voluntad legislativa expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales para que el intérprete deba atenerse a esa complementación"(13)(954). La incompatibilidad absoluta supone identidad de materia y disposiciones diferentes o contrarias en las normas(14)(955) o una ley posterior que cubra con su enunciado totalmente el ámbito jurídico a que se refiere(15)(956). Tal el caso, por ejemplo, de la amplitud derogatoria de la regla establecida en el art. 133 del Código en su redacción de 1968, que atribuye a la emancipación "el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135. . ." haciendo caer toda excepción a esta capacidad emanada del carácter de emancipado (los arts. 1440 y 3465, inc. 1º, por ejemplo), mas no las incapacidades de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho establecidas en mira al negocio jurídico en sí mismo (la dispuesta en el art. 3614 con respecto a la edad para testar, por ejemplo)(16)(957)

No existe derogación tácita si falta la incompatibilidad absoluta. En la hipótesis, entonces, la labor del intérprete debe dirigirse a integrar los viejos y los nuevos textos en un esfuerzo conciliador. Esta solución se impone siempre, ya sea que las leyes cuestionadas integren o no un mismo cuerpo legal, pero principalmente cuando así sucede(17)(958).

Lamentablemente, en la historia del derecho positivo argentino son múltiples los ejemplos de deficiente técnica legislativa que han provocado problemas con respecto a los cuales fue y es casi imposible lograr unanimidad doctrinaria. El decreto - ley 17711 no trajo consigo una situación novedosa en tal aspecto. Y tal vez sea el Derecho de Familia el más afectado, como objeto de frecuentes reformas que han llegado a suplantar casi íntegramente el texto de la Sección II del Libro I del Código Civil. Recuérdense, a guisa de ejemplo, las dificultades planteadas por la ley 11357 sobre la capacidad de la mujer casada y el sistema de deudas de los esposos, o por la ley 14367 sobre los derechos hereditarios de los padres fuera del matrimonio y, en general, sobre el conjunto de las reglas que perfilan el status de padres e hijos no legítimos

5. Interpretación de leyes no derogadas por otras que legislan sobre temas afines o íntimamente vinculados. Descartada la derogación de una ley por la nueva ley, por no darse derogación expresa ni presentarse los extremos de la derogación tácita, el intérprete debe emprender la difícil tarea de armonizarlas. Para lograrlo, ha de ajustar el viejo precepto al nuevo, ha de encuadrar la antigua norma en el flamante sistema. Esto significa que el texto remoto debe ser leído junto al nuevo, en el nuevo sistema. No importa ya sino sólo como dato histórico, lo que quiso decir en el conjunto de otras normas o de una estructura modificada o sustituida: ahora se impone elaborar una interpretación nueva, recurriendo a todos los métodos. La nueva ley no ha derogado la antigua ley pero sí ha desplazado su antigua interpretación.

"En efecto, escribe Barbero, hay que tomar en cuenta que la actualidad legislativa está en continuo devenir. Toda nueva ley tiene su ratio, la cual, a su vez, afecta al conjunto de las mismas leyes anteriores, en el sentido de que les atribuye a ellas un nuevo espíritu, nuevas orientaciones sociales, aun dejándoles sin modificar su formulación literal; como una parte pequeña de sustancia colorante dejada caer en el líquido tiñe toda la masa de un nuevo color, así también. . . la nueva ley que cae entre las leyes preexistentes, puede determinar un cambio en todo el sistema normativo. Por eso, las leyes anteriores deben ser también reexaminadas a la luz de las nuevas y el resultado de la interpretación, el conocimiento del «derecho», será. . . un resultado de actualidad, de ningún modo anclado en la intención objetiva de quien hizo la ley en tiempos lejanos para nosotros, lejano de nuestro espíritu y de nuestras orientaciones"(18)(959)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El sugerente párrafo transcrito expone una norma general de interpretación que se transforma en regla ineludible en la circunstancia objeto de este trabajo, sobre todo cuando la antigua y la nueva norma forman parte del mismo cuerpo legal, como sucede con el art. 1294 y los arts 1276 y 1277 del Código Civil en su redacción del decreto - ley 17711/68(19)(960).

II. EL ARTÍCULO 1294 A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY 11357

El estudio de este tema es previo al de la actual vigencia del artículo 1294, ya que la derogación de éste por la ley 11357 lo tornaría superfluo, porque el art. 9º de la última no ha sido incluido entre las derogaciones expresas relativas a la ley de 1926 dispuestas por el decreto - ley 17711, a más de que se entiende que la derogación de la ley derogatoria no produce la reanudación de la vigencia de la ley derogada, salvo disposición en contrario(20)(961).

6. La ley 11357 no derogó tácitamente el art. 1294. - Observado ya que la ley 11357 no derogó expresamente el art. 1294, corresponde discutir si lo hizo tácitamente. Los siguientes argumentos permiten arribar a una respuesta negativa.

No existe identidad de materia entre el art. 1294 y la ley 1135 En efecto, ningún texto de la ley "de derechos civiles de la mujer" se refiere a la disolución de la sociedad conyugal. Con evidentes defectos de técnica, junto a disposiciones sobre la capacidad de la mujer mayor de edad no casada (art. 1º), emancipada (art. 7º), o cualquiera sea su estado (art. 8º) y a una norma reguladora de la patria potestad sobre los hijos naturales (art. 2º), incluye en el importante art. 3º un grupo de disposiciones que, ampliando la capacidad de la mujer casada mayor de edad, incidieron profundamente en el régimen de gestión de bienes de la esposa, mientras que en los arts. 5º y 6º modifica el sistema de deudas de los cónyuges. Nótese que el apartado c) del párrafo 2º del citado art. 3º hace referencia a los bienes provenientes de una disolución consumada de la sociedad conyugal.

No existiendo identidad de materia, mal puede considerarse que las disposiciones del art. 1294 son diferentes o contradictorias con respecto a las de la ley 11357.

A mayor abundamiento, el art. 9º establece que la nueva ley "formará parte del Código Civil", imponiendo la interpretación del art. 1294 en el contexto del Código constituido también por dicha ley.

El art. 1294 y la ley 11357 abordan, por lo tanto, dos partes integrantes de un sistema, estrechamente vinculadas entre sí pero no totalmente dependientes una de otra.

Por la no derogación tácita del art. 1294 en virtud de la diferencia de temas tratados por la ley 11357, se pronunciaron, como jueces, los Dres. Tobal(21)(962), Chute(22)(963), Foutel(23)(964), Perrone(24)(965)y, entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los autores, Zannoni(25)(966).

El Dr. Padilla se inclinó a favor de la derogación tácita del artículo 1294(26)(967). El fallo de la Corte Suprema de la Nación que cita en su apoyo, resulta inaplicable: no se duda de que "tratándose de dos leyes sucesivas que legislan sobre la misma materia, la omisión en la segunda de disposiciones de la primera importa seguramente dejarlas sin efecto cuando la nueva ley crea respecto de la cuestión un sistema completo más o menos diferente del de la ley anterior" y puede pensarse que "en tales condiciones no sería prudente alterar la economía y unidad de la ley nueva mezclando a ella disposiciones quizá heterogéneas de la anterior que ella ha reemplazado"(27)(968). Pero no es tal el panorama jurídico que ofrecía la coexistencia del régimen de gestión de bienes de los cónyuges según la ley 11357 y el de disolución de la sociedad conyugal según el Código Civil.

Mazzinghi también sostiene la derogación del art. 1294 por el art. 9º de la ley 11357(28)(969).

7. Interpretación del art. 1294 en función de la ley 11357. - El art. 1294 contempla dos causales diferentes de disolución de la sociedad conyugal, distinción que la costumbre de abarcarlas como aspectos de una sola ("la mala administración, concurso o quiebra...") ha contribuido a desdibujar. Sin embargo, resulta claramente de la redacción y puntuación, procediendo analizarlas por separado.

1º) MALA ADMINISTRACIÓN

A) La causal en el Código civil

El régimen de gestión de bienes de los cónyuges en el Código Civil responde a la esquematización que se formula en los párrafos siguientes(29)(970)

Gestión normal

Al marido correspondía la gestión: a) de sus bienes propios con plenos poderes; b) de los bienes muebles propios de la esposa con plenos poderes (art. 1257), pero respondiendo por su precio o estimación si no invertía en los términos del art.

1254; c) reducida a la administración, de los inmuebles de la esposa y de su dinero en depósitos públicos, pues ella estaba habilitada para enajenarlos y constituir derechos reales sobre los primeros y disponer de los segundos" con asistencia marital (arts.

1252 y 1253); d) de todos los bienes gananciales sin distinción de origen, incluidos por lo tanto los frutos de los bienes propios de la esposa, con la única limitación de requerirse el asentimiento conyugal o judicial para su donación, si inmuebles. A la esposa correspondía la gestión: a) de los bienes inmuebles o muebles propios reservados (arts. 1217, inc. 1º, 1226 y 1257); b) de los bienes recibidos por herencia, legado o donación con la condición de que ella los administrara, con licencia marital o judicial (arts. 1227, y 55 de la ley 2393); c) reducida a actos de administración en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el ejercicio de su profesión o empleo, o del "mandato doméstico" o del comercio (art. 56 de la ley 2393 y disposiciones del Código de Comercio)(30)(971)

Los bienes propios en condominio (art. 1264 u otras hipótesis) quedaban sujetos a las reglas propias de esta institución.

Gestión excepcional

A la esposa correspondía la gestión: a) de todos los bienes, propios de uno u otro y gananciales, si curadora del marido incapaz o penado (art. 1284, Cód. Civil, y disposiciones del Código Penal vigente, en su caso); b) de sus propios y de los gananciales durante el período de posesión provisoria siguiente a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (según el art. 123 del Código Civil y sus correlativos, reemplazados posteriormente por la ley 14394 de 1954) si no optaba por la disolución de la sociedad conyugal (art. 1307); c) de los gananciales y de sus propios durante el juicio de divorcio, si el marido era removido de la administración y ella designada en su lugar (art. 74 de la ley 2393). Sus poderes estaban restringidos por los arts. 1284 y 1287 a los mismos límites que los del marido y por el art. 1285, en cuanto a la enajenación de inmuebles, que requería autorización judicial sin sanción de nulidad. Finalmente, la esposa podía ser autorizada judicialmente para actos de administración en caso de impedimento accidental del marido (art. 1282).

A los efectos de completar el régimen, debe apuntarse que el tercero curador del cónyuge incapaz asumía la gestión de todos los gananciales, por lo que la esposa podía solicitar la separación de bienes (arts. 1289 y 1290).

Ante este panorama de la gestión marital es casi innecesario precisar las posibilidades de "peligro de perder sus bienes propios" en que se configuraba la causal de mala administración. La esposa podía encontrarse en dicho riesgo a través: a) de actos de administración sobre sus inmuebles propios celebrados por el marido (por ejemplo, arrendamientos si considerados actos de administración y a pesar de las limitaciones impuestas por el art. 1278); b) de actos de administración y/o de disposición sobre bienes propios muebles otorgados por el mismo; c) del deficiente cumplimiento de sus obligaciones como administrador, por ejemplo, en materia impositiva; d) incluso podía configurarse en el inconveniente asesoramiento marital para aquellos negocios de la esposa que requerían su asentimiento. Es importante señalar que el "peligro" podía surgir de una justificadamente temida insolvencia futura del marido, tomando en consideración los derechos de la esposa a reintegros y recompensas. Los propios del marido no estaban, a su vez, exentos de todo riesgos el que recaía sobre ellos a través de los actos celebrados por la esposa en su gestión normal que generaban deudas por las que respondía su consorte con los bienes gananciales pero también con los propios suyos (arts. 1281 y 1282 del Cód. Civil y 56 y 62 de la ley 2393). Se encontraba también expuesto a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

insolvencia futura de la esposa que le impidiera la satisfacción de las recompensas que le fueran debidas. Sin embargo, el derecho de solicitar la separación de bienes era atribuido expresamente sólo a la esposa. La doctrina entendió la separación de bienes como medida conservatoria "acordada no en mira de punir la mala conducta del marido, sino de proteger la dote". "El abuso o la dilapidación de los gananciales no autorizaría la separación, según Segovia, y la mujer sólo tendría la acción pauliana y demás recursos del derecho común"(31)(972).

En jurisprudencia se estimó que la causal exigía la existencia de bienes propios(32)(973). Pueden recordarse, no obstante, fallos que haciendo gala de un generoso sentido protector de la esposa a través de la amplitud para apreciar el riesgo corrido por su patrimonio, decretaron la disolución de la sociedad aunque el marido nunca había administrado bienes propios de aquélla y aceptando como causa la mala administración del esposo sobre sus bienes propios y su falta de condiciones para los negocios acreditada por el fracaso de cuantos había emprendido(33)(974). También fue admitida la figura de la "mala administración" en la venia marital concedida para actos que el marido consideraba perjudiciales "al capital social"(34)(975).

Pronunciándose porque sólo el riesgo de los bienes propios permite el ejercicio de la acción, escribió Lafaille " . . . la ley se ha quedado corta: debió establecer la misma solución cuando hubiesen mermado considerablemente los bienes gananciales" en defensa, sobre todo, de la "esposa desprovista de dote, cuyo patrimonio está formado por los bienes adquiridos durante la unión conyugal y que puede verse expuesta a que ellos desaparezcan por la mala gestión del administrador legal"(35)(976).

B) La causal después de la ley 11357

La ley 11357 incidió fundamentalmente en el régimen de gestión del Código (Civil, reconociendo a la mujer casada la facultad de administrar y disponer su peculio e incluso sus bienes propios.

La gestión de bienes de los esposos quedó organizada después del art. 3º, 2, de la siguiente manera:

Gestión normal

Al marido correspondía la gestión: a) de sus bienes propios con plenos poderes; b) de los bienes propios de la esposa mientras ésta no revocara el mandato presunto de administración, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil y sin la obligación de rendir cuentas; c) de los gananciales cuya gestión no correspondía a la cónyuge, también según el Código Civil, principio de particular importancia pues comportaba la gestión marital como regla.

A la esposa correspondía la gestión: a) de sus propios si había revocado el mandato presunto de que disfrutaba el marido, con la prohibición de enajenarlos a título gratuito sin asentimiento marital o del juez si el marido era emancipado; b) de los gananciales frutos de sus propios, en la hipótesis anterior; c) de su peculio y de lo adquirido con éste.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El régimen de gestión de los propios en condominio no experimentó modificación alguna.

Gestión excepcional

A la esposa o al marido, en su caso, correspondía la gestión: a) de los propios del otro y de la totalidad de los gananciales en ejercicio de la curatela, incluso del simple ausente (después de la ley 14314, art. 19); h) de todos los gananciales después de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento o muerte presunta (antes y después de la ley 14394), hasta la disolución de la sociedad. A la esposa correspondía la gestión de todos los gananciales durante el juicio de divorcio, de acuerdo a lo ya expuesto. El art. 1282 continuó rigiendo y el 4° de la nueva ley permitió que la mujer casada fuera judicialmente autorizada para disponer de los propios del marido y de los gananciales de administración del mismo en la situación de emergencia prevista.

El peligro sobre los bienes propios de la esposa se desdibujó, evidentemente, con un régimen de gestión que le concedía un medio más simple para protegerlos: revocar el mandato presunto de administración. De las hipótesis de riesgo señaladas en el número anterior de este trabajo, sólo subsistía claramente el peligro derivado de la insolvencia del marido para la satisfacción de las indemnizaciones y recompensas que le fueran debidas.

El riesgo sobre los bienes del marido se hizo, también, más remoto, dada la separación de deudas establecida en el art. 5° de la ley de 1926, permaneciendo la misma posibilidad de peligro para la satisfacción de sus créditos por indemnizaciones y/o recompensas.

La atenuación del riesgo sobre los bienes propios de la esposa motivó un movimiento doctrinario, con algunas manifestaciones jurisprudenciales, hacia la inaplicabilidad de hecho del art. 1294 que, llamada o no erróneamente derogación tácita, venía a producir idénticos efectos que ésta: "De modo que, escribe Guaglianone, 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 11367 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... La posibilidad de aniquilamiento por decisión unilateral de la mujer, del mandato presunto... unida a la limitación de responsabilidad creada para ambos cónyuges por los arts. 5° y 6° de la misma ley, logran en mejor forma el objetivo que perseguía el art. 1294 del Código, y han determinado que la doctrina sostenga que esa norma ha sido alcanzada por la derogación genérica dispuesta por el art. 9° del Estatuto reformador"(36)(977)

Lafaille, si bien no muy claramente, rechazó que fuera aplicable; Rébora estimó alejadas necesariamente las perspectivas de riesgo para la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esposa, en virtud del régimen "compuesto"; Borda calificó a la causal de "desaparecida", rehusándole el sentido de permitir a la esposa substraerse al deber de compartir con el marido los bienes que adquiriera a título oneroso después de la sentencia, propósito ajeno al Código que permite a éste oponerse a la separación ofreciendo los recaudos del art. 1296; es inevitable el recuerdo del aforismo latino *cessante razione legis, cessat ipsa dispositio*, que hace Mazzinghi, entre otros(37)(978).

La fundamentación de votos del Dr. Padilla resulta muy ilustrativa de esta actitud: pondera la mayor sencillez y practicidad de la revocación del mandato presunto comparado con el fastidioso y lento procedimiento de la separación de bienes, destaca los inconvenientes que comporta en un matrimonio en normal convivencia, la confusión a que conducía el intento conciliatorio del Código Civil y la ley 11357 y la inseguridad en que podían encontrarse los terceros que contrataran con los esposos ante la falta de publicidad del cambio de régimen de bienes(38)(979).

Otros autores sostuvieron que, revistiéndolo de menor importancia, la ley 11357 no había tornado " inoperante" el art. 1294, ni lo había hecho desaparecer(39)(980).

La más sólida argumentación a favor de la vigencia y efectividad práctica de la norma del art. 1294 fue expuesta, en jurisprudencia, por los Dres. Chute(40)(981) y Perrone y, en doctrina, por Zannoni, anotador del último(41)(982). Pueden distinguirse en la ley 11357, en efecto, dos medios para alcanzar el fin protector de la esposa: la separación de administración y la separación de responsabilidad, medios eficaces pero que podían no ser suficientes cuando no se trataba de prevenir mediante la revocación del mandato marital presunto sino que la mujer debía enfrentarse a una disminución de sus bienes ya consumada. "Entonces, en salvaguarda del patrimonio de la cónyuge, sólo cabrá válidamente hacer efectivas las medidas precautorias del art. 1295 que garanticen los reintegros o reprises que le son debidos en compensación por los valores malversados. Pero tales medidas precautorias sólo podrán hacerse valer en la acción de separación que, por ello, se impone sin duda como la más aconsejable y expeditiva", escribió Zannoni, y terminaba: "Como se ve, no existe incompatibilidad ni derogación de una norma con respecto a otra"(42)(983).

En síntesis, el sistema protector de los bienes de la esposa se articulaba sobre un medio o recurso de orden público (la separación de responsabilidad) y dos medios o recursos voluntarios optativos en materia limitada a lo patrimonial que no afectaba el orden público(43)(984). Estos medios eran distintos en sí mismos y en sus efectos: uno consistía en asumir la esposa la gestión de sus propios revocando el mandato presunto, sin afectar la subsistencia de la sociedad conyugal, continuando el marido en el gobierno de todos los gananciales excluido el peculio de la esposa, los frutos de los bienes propios de ésta y los subrogados a los mismos; el otro, en solicitar la separación de bienes por mala administración, lo que le permitía obtener

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el reintegro de la dote, efectivizar indemnizaciones y recompensas y aprovechar exclusivamente el enriquecimiento futuro. De ambos, sólo el último permitía las medidas precautorias del art. 1295 susceptibles de recaer sobre gananciales.

Perrone explicó el primer medio como protector de la esposa en su carácter de propietaria y, el segundo, en su carácter de acreedora potencial(44)(985).

En varias especies judiciales planteadas después de 1926 fue decretada la disolución de la sociedad conyugal por mala administración del marido. Bastó para configurarla, por ejemplo, el que éste no morigerara los gastos exorbitantes realizados por su mujer que pusieron en situación difícil a la sociedad(45)(986); el proyecto del marido en vías de concretarse, de hipotecar uno de los más valiosos inmuebles de la esposa(46)(987); el haber confundido los gananciales con la dote y la considerable reducción que acusaba el haber de la sociedad(47)(988). En muy particulares circunstancias, administrando la esposa sus bienes propios, fue tomado en consideración el deficiente gobierno del marido sobre sus propios y sobre los gananciales y su condición de inquilino de un inmueble propio de aquélla, residencia de la familia, cuyos alquileres no habían sido abonados durante largo tiempo, imposibilitando a la propietaria el cumplimiento de sus obligaciones, por impuestos y gravámenes(48)(989).

Opinión del autor

La fundamentación expuesta en último término es idónea para sustentar que el art. 1294 tuvo razón de ser en el sistema instaurado por la ley 11357. Otras consideraciones axiológicas y de orden práctico, en el mismo sentido, se indicarán oportunamente, pues son aplicables al problema en su formulación posterior al decreto - ley 17711.

Existiendo similar riesgo para el marido, que también podía resultar acreedor por recompensas y perjudicarse por la mala administración de la esposa, correspondió extenderle el ejercicio de la acción.

2º) CONCURSO O QUIEBRA

A) La causal en el Código Civil

El concurso o quiebra del marido constituye una causal distinta de la mala administración. En el Código Civil obedecía al riesgo sobre los bienes propios de la esposa, pero también al que corrían los gananciales que ella debía compartir al fin de la sociedad conyugal. Se vinculaba directamente con el régimen de deudas de los esposos.

En el sistema del Código Civil, el pasivo de la sociedad estaba íntegramente previsto en el art. 1275 donde se establecían las deudas por las cuales podían ser ejecutados bienes gananciales y que, abonadas con estos bienes, no generaban derecho a recompensa contra el cónyuge beneficiado con el pago. Es sabido, efectivamente, que entonces coincidían el pasivo provisorio y el pasivo definitivo de la sociedad conyugal, completándose el texto citado con los de los arts.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1281, 1282, 1284, 1285 y 1286 del Código Civil y 56 y 62 de la ley 2393, necesarios para precisar cuál de los consortes podía ser demandado por el tercero acreedor. Era evidente que las deudas del marido o de la esposa en los casos en que podía legalmente obligarse (inc. 3º), así como lo perdido por hechos fortuitos, pesaba sobre los gananciales. Las deudas contraídas por la esposa comerciante debidamente autorizada también recaían sobre éstos (art. 14 del Código de Comercio).

Las normas determinaban, por lo tanto, el cómputo de todos los gananciales en la masa del marido concursado o fallido o de la esposa comerciante fallida.

Ahora bien, la atribución exclusiva de la mujer de pedir la separación de bienes, no le permitía substraer su mitad de gananciales a la masa destinada a satisfacer a los acreedores. Para ellos, aparecía como un nuevo acreedor, posterior al auto declaratorio(49)(990) y el cónyuge no disfrutaba (ni disfrutaba) de preferencia alguna para el cobro de las recompensas (art. 1259) ni para obtener su porción de los bienes comunes.

En consecuencia, la separación de bienes no alteraba la situación de la esposa o del marido no fallido, en cuanto a que pudiera retener gananciales, pero sí permitía a la mujer exigir el reintegro de sus bienes propios, según lo dispuesto en los arts.

1317 y sigs. del Código. Al respecto, la ley de quiebras No 4156 ubica en la primera categoría de créditos, los de la mujer casada por los bienes que hubiere introducido al matrimonio y por los adquiridos posteriormente por herencia, legado o donación (arts. 92, 1370 del Código de Comercio en su época)(50)(991), siendo el texto paralelo al del art. 1258 del Código Civil.

Los efectos de la disolución sobre el enriquecimiento posterior de la cónyuge y los del concurso o quiebra sobre la situación jurídica del concursado o quebrado, proporcionaban otras finalidades al ejercicio de la acción de separación de bienes. Según el art. 71 de la ley 4156 (1449 del Código de Comercio), el fallido quedaba "de derecho separado e inhibido desde el día de la adjudicación de bienes o declaración de quiebra, de la administración de todos sus bienes, incluso los que por cualquier título adquiriese" mientras se hallaba en "estado de quiebra", sin embargo conservaba, según el art. 74 (1452 del Código) "la administración de los bienes de su mujer y de sus hijos"; pero los frutos o rentas que le correspondieran podían ser traídos a la masa de bienes, bajo condición de "atender debidamente a las cargas a que la percepción de esos frutos" se hallare afectada(51)(992). Estas normas comportaban la gestión de los gananciales por el síndico o el liquidador y subrayaban la incorporación a la masa de aquellos gananciales obtenidos posteriormente a la quiebra. incluidos los frutos de los bienes propios de la esposa. La separación de bienes decretada después del concurso o quiebra significaba para la consorte, la adquisición de esos frutos y de otros gananciales (su peculio, los obtenidos por azar, por ejemplo), con exclusividad según el art. 1301, y su gestión de los mismos con las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

limitaciones del art. 1302.

Sintetizando: la acción de separación de bienes ejercitada por la esposa de acuerdo a la causal de concurso o quiebra del marido, sin permitirle separar la mitad de los gananciales incluidos en la masa ni obtener la satisfacción de sus indemnizaciones y recompensas con preferencia a los acreedores, la beneficiaba inmediatamente con los reintegros que le fueran debidos y mediatamente por la no existencia de nuevos gananciales en el futuro y la asunción de poderes limitados de gestión con respecto a todos sus bienes.

B) La causal después de la ley 11357

Los arts. 5º y 6º de la ley 11367 modificaron totalmente el régimen de deudas de los esposos, con respecto a terceros. De acuerdo al art. 5º la esposa responde por sus deudas personales con sus bienes propios y los gananciales que adquiera, y el marido, por las suyas, con sus bienes propios y los gananciales que administre.

Según el art. 6º, un cónyuge responde por las deudas contraídas por el otro con los frutos de sus bienes propios y los frutos de los gananciales que administre, cuando fueron contraídas para atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes comunes.

La correlación de estas normas fundamentales con el citado art. 1275 provocó un interesante y fecundo debate doctrinario, en dos aspectos principales: su vinculación con el régimen de gestión y su aplicación a ambos pasivos, el provisorio y el definitivo(52)(993). Importa señalar que la jurisprudencia pudo reputarse definida por la independencia del régimen de responsabilidad del régimen de gestión(53)(994) y que las vacilaciones de la doctrina se refieren a la aplicación del art. 1275, en su integridad o parcialmente, al pasivo definitivo, cuestión que trasciende la problemática aquí planteada. Pero sí es conveniente aclarar que los frutos de los propios de la esposa administrados por el marido no debían verse afectados por las deudas de éste, a pesar de la eximición de rendir cuentas. El tema fue analizado por Spota, a través de variable doctrina y jurisprudencia sosteniendo que la exención de rendir cuentas solamente exteriorizaba el propósito de evitar conflictos entre el consorte supérstite y los herederos del otro, sin alterar el sistema de separación de deudas(54)(995). La conclusión fluía de la mentada independencia entre el régimen de deudas y el de gestión de los bienes, aunque debía admitirse la posibilidad de hecho de una confusión de esos frutos con el patrimonio del marido.

Por la separación de deudas, el concurso o quiebra de cualquiera de los cónyuges sólo comprometía sus bienes propios y los gananciales que administraba, esto es, si se trataba del marido, todos los gananciales menos el peculio de la esposa, los frutos de los bienes propios de ésta, si no había sido revocado el mandato presunto a su favor, y los subrogados a éstos, que son, a su vez, los únicos que entraban en el concurso de la mujer casada. Si entre los créditos a cobrar se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presentaban los casos incluidos en el art. 6° debía atenderse a su preceptiva, incluyéndose por todo su valor entre los exigidos al concursado o fallido que los había contraído, sobre la totalidad del patrimonio propio y del ganancial que administraba o, igualmente por todo su valor, al cónyuge no deudor, a elección del acreedor, pero entonces sobre los frutos de sus propios y de los gananciales que administraba. En caso de que fuera éste (el no deudor), el concursado o fallido, incluida la deuda en el concurso, parecía inexcusable distinguir en la masa, los frutos de propios y gananciales administrados(55)(996).

Teniendo en cuenta el régimen de gestión de bienes y el sistema de deudas establecido en la ley 11357 y la reglamentación de los concursos y quiebras de las leyes 4156 y 11719, las dos que se sucedieron entre 1926 y 1968, resulta que la disolución de la sociedad conyugal posterior al concurso o quiebra de un cónyuge:

a) No beneficiaba al otro consorte porque no le era posible sustraer gananciales de la masa ni obtener las recompensas debidas a su favor por la sociedad conyugal, con preferencia al pago de los acreedores, según lo explicado en párrafos anteriores.

b) Lo colocaba en el riesgo prácticamente inevitable de que la mitad de los gananciales adquiridos por el (o ella) quedaran incorporados a la masa porque la disolución provoca la simultánea indivisión de los gananciales sobre cuya mitad ideal adquiere derechos el cónyuge fallido, incorporándose automáticamente a la masa (art. 71 de la ley 1156 correspondiente al 1449 del Código de Comercio y arts. 107 y correlativos de la ley 11719)(56)(997)

c) Si el marido concursado se hallaba en ejercicio del mandato presunto de administración, la esposa se veía beneficiada mediante los reintegros, según los arts. 1317 y siguientes del Código Civil. El art. 127 de la ley 11719 era idéntico al 92 citado de la ley 4156 (1470 del Cód. de Comercio), con la única diferencia de agregar a su enumeración de bienes propios una tercera categoría, formada por "los bienes que hubiese adquirido (la esposa) de conformidad con la ley 11357", precepto inconciliable con el régimen de gestión que dicha ley organizó(57)(998). Pero este resultado podía obtenerlo la esposa igualmente revocando el mandato presunto y no se producía, innecesario es decirlo, cuando a la quiebra del marido, ella ejercía la gestión de sus propios mediante dicha revocación.

d) Los bienes adquiridos por la esposa posteriormente a la disolución a los que habría correspondido la calificación de gananciales de no mediar ésta, eran personales suyos y sujetos a su gestión de plenos poderes (extensión ineludible del art. 3°, 2° c], primer párrafo in fine de la ley 11357).

El art. 107 de la ley 11719 era también idéntico al art. 74 de la Ley 4156,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

salvo en una referencia final que deja a salvo lo prescripto en la ley 11357. Después de ésta, la mención de frutos y rentas sólo se justificaba en cuanto al usufructo paterno, no con respecto a los frutos de los bienes propios de la esposa, aun cuando el quebrado hubiera continuado administrándolos. Belluscio sugirió una mala interpretación de parte del legislador, que carecía de valor como interpretación auténtica por referirse la ley 11719 a materia distinta(58)(999).

Por lo tanto, la disolución de la sociedad conyugal por concurso o quiebra conservaba un único efecto favorable a la esposa (no al marido en su lugar y caso): el derecho exclusivo y definitivo sobre el enriquecimiento posterior a la sentencia, sujeto a su gestión sin restricciones y la correlativa sustracción del mismo a la masa.

Es decir, que serían gananciales distintos del peculio y los subrogados, venían a estar sujetos al mismo régimen de éstos: la esposa separada de bienes administraba libremente lo adquirido por azar, por ejemplo, y sobre ello no podían hacerse efectivas las deudas del marido.

Zannoni admitió la diferencia: el concurso tornaba "remota la utilidad de la acción de separación", mientras que la "mala administración" era un "supuesto plenamente relevante" para la esposa que no administraba sus propios(59)(1000).

Rébora encontró problemático el interés de la mujer, si abierto el "régimen compuesto", único en el cual se aplicaba la separación de deudas, según su personal interpretación. Borda, Belluscio y Gatti sostuvieron la desaparición de la causal. Guaglianone estimó que parecía de razón(60)(1001).

Lafaille y posteriormente Cornejo, se pronunciaron por su subsistencia a favor de la esposa(61)(1002).

La jurisprudencia extendió al concurso o quiebra la posición adoptada en materia de mala administración(62)(1003). En algún fundamento se sostuvo que la convocatoria de acreedores desistida o el cese de la actividad del establecimiento comercial constituían índices significativos de mala administración(63)(1004).

III. EL ART. 1294 A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL DECRETO - LEY 17711/68

El decreto - ley 17711 abunda en derogaciones expresas como ha sido ya ejemplificado, lo que corrobora la intención del legislador de no afectar la vigencia de las normas no mencionadas a tales efectos. El art. 1294 del Código Civil no figura en el extenso contenido del art. 1º del decreto - ley de 1968, mientras que en su art. 3º se dispone la derogación de los arts. 3º, 4º, 7º y 8º de la ley 11357 y se sustituye su art. 1º. Quedan en pie los arts. 2º, 5º, 6º y 9º de la "ley de derechos civiles de la mujer".

8. El decreto - ley 17711/68 no deroga tácitamente el art. 1294. El decreto - ley 17711 deroga y sustituye artículos del Código Civil relativos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal e incluye nuevas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

normas al respecto o que inciden sobre las vicisitudes del régimen patrimonial matrimonial. Es el caso de los arts. 1306, 1316 bis, 52 de la ley 2393(64)(1005). No puede decirse, por lo tanto, que no existe identidad de materia en forma absoluta entre el art. 1294 y los contenidos del decreto - ley 17711, ya que ambos se refieren a la disolución de la sociedad conyugal. Mas es indiscutible que las nuevas normas no cubren totalmente el panorama jurídico del fin del régimen de bienes de los esposos: nadie pretendería sostener que han sido afectados el art. 1291 o el 1307 interpretado de acuerdo a la ley 14394. El art. 1306 trata exclusivamente de una causal de disolución, el divorcio, pues sus restantes preceptos (influencia de la separación de hecho sobre el derecho a compartir los gananciales e imputación definitiva de los alimentos provisorios) enfocan aspectos de la liquidación de la sociedad. Dada por supuesto en el art. 1294 la inexistencia de divorcio, dotado de su especial proyección sobre el régimen de bienes aun en el Código Civil, no se encuentra motivo para discutir si son diferentes o contradictorios sus contenidos con respecto a los relativos a la disolución de la sociedad conyugal que prevé el nuevo art. 1306.

Los arts. 1294 y 1306 legislan sobre la disolución de la sociedad conyugal, se refieren a un mismo capítulo del régimen patrimonial matrimonial, pero lo hacen incidiendo sobre distintas facetas, sin que se plantee incompatibilidad lógica entre uno y otro. Debe concluirse negando la presentación de los extremos necesarios para admitir una derogación tácita del primero en virtud del segundo.

9. Interpretación del art. 1294 en función del decreto - ley 17711/68. -

A la diferenciación de dos causales en el texto del art. 1294 por razón gramatical, se une ahora la distinta repercusión que tuvo el decreto - ley 17711 sobre ellas, aumentando la necesidad de considerarlas por separado.

1º) MALA ADMINISTRACIÓN

El decreto - ley 17711 estableció un ordenamiento novedoso de la dinámica jurídica de los cónyuges según el cual la gestión normal u ordinaria de los bienes se distribuye entre éstos, correspondiendo al marido la de sus propios y gananciales que adquiere y la de los gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba; a la esposa, la de sus propios y gananciales que adquiere; a ambos, la de los propios en condominio y la de los gananciales adquiridos conjuntamente por marido y mujer. No es preciso mencionar bienes propios de origen dudoso o de difícil prueba porque constituirían una hipótesis imposible dada la presunción del art. 1271. La gestión excepcional permite la siguiente esquematización: corresponde a un cónyuge la de los propios y gananciales adquiridos por el otro en virtud de mandato (art. 1276), curatela del cónyuge incapaz o simple ausente (arts. 476 del Cód. Civil y 19 de la ley 14394) o autorización judicial si impedido accidentalmente (art. 1282); la de los gananciales adquiridos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por el muerto presunto mientras subsista la sociedad conyugal (arts. 30 de la ley 14394 y 1309 del Cód. Civil), y la que resulte al aplicarse el art. 74 de la ley 2393.

Según el art. 1277, la gestión del cónyuge titular de los derechos sobre los bienes requiere asentimiento del otro cuando se trata de disponer o gravar inmuebles, derechos o muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, de efectuar aportes de dominio o uso de los mismos a sociedades, así como para la transformación y fusión de sociedades de personas. También es preciso el asentimiento conyugal para disponer o gravar el inmueble "hogar conyugal" propio u originariamente ganancial. La falta de asentimiento produce la nulidad relativa y total del negocio, configurándose un acto anulable(65)(1006). Es susceptible de ser suplido judicialmente.

Resulta evidente que la gestión de un cónyuge no puede comprometer los bienes del otro. No obstante, es razonable sustentar que el art. 1294 posee sentido y finalidad práctica al integrarse en el contexto del vigente régimen patrimonial matrimonial, correspondiendo su ejercicio tanto a la mujer como al marido.

En efecto:

a) No existiendo gestión marital legal de los propios de la esposa, no proceden reintegros de bienes propios de ésta. La gestión excepcional mediante mandato (voluntaria, así sea a través de mandato tácito) se rige por las reglas de este contrato, con la excepción de rendir cuentas salvo convención en contrario(66)(1007).

Pero la disolución de la sociedad conyugal sigue siendo indispensable para abrir el juego de las recompensas debidas a los cónyuges, a determinarse en oportunidad de la liquidación. Pues bien, entre las que pueden resultar a favor de uno de los consortes, figuran las que compensan bienes propios del mismo empleados en ventaja de lo ganancial. Así sucede, por ejemplo, en caso de una deuda definitivamente común saldada con fondos propios (art. 1275, incs. 1º, 2º, 4º y 5º), o del bien propio que resulta ganancial por incumplimiento del art. 1246, o de bienes adquiridos con fondos de distinto origen a los que corresponde la calificación de gananciales o, en el muy frecuente, de la enajenación de bienes propios cuyo precio no fue invertido y se gastó en beneficio del matrimonio, etc. La mala gestión del consorte puede poner al otro en peligro de perder el valor de esos bienes propios suyos, ya que no se trata de pretender recuperarlos en especie, al arriesgar la integridad del patrimonio del que el cónyuge acreedor obtendrá sus recompensas, en efectivo o mediante procedimientos sustitutivos como la colación(67)(1008).

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

b) La mala administración compromete los gananciales y, entre ellos, si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

Pero tales peligros no recaen sobre bienes propios. ¿Es admisible una interpretación que fuerce las palabras de la ley, entendiendo también gananciales donde dice propios? ¿O que atribuya al término propios un sentido proyectado al futuro, viendo en ellos los que serán tales una vez liquidada la sociedad conyugal? Hacerlo parece reñido con los principios de una sana hermenéutica: los peligros que comprometen el porvenir económico del consorte y de la familia, pueden muy bien inspirar una aspiración de lege ferenda, pero no fundar una interpretación de lege lata(68)(1009).

Sin embargo, no es absurda la interpretación prospectiva si, como se dijo oportunamente, el artículo de 1871 ha de ubicarse en el contexto de 1968. Cafferata sostiene que "aceptada la vigencia actual del dispositivo (el art. 1294) ... y dado que cada cónyuge maneja sus bienes propios, es lógico concluir que hoy la situación contemplada en la previsión de la ley debe abarcar los comunes"(69)(1010). Y la posición cuenta con el valioso apoyo de Spota: "Aun la disolución de la sociedad conyugal por mala administración del cónyuge puede fundarse en una conducta que lleve consigo el peligro de lesionar los bienes gananciales y ello como legítima extensión analógica del art. 1294(70)(1011).

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

Además, está de por medio el interés de la familia, en particular de los hijos menores o incapaces, comprometido en la mala gestión de bienes destinados a un uso en común. Hasta los gananciales adquiridos por el otro cónyuge se verán disminuidos cuando, a la muerte del que no supo administrar, recaigan sobre la mitad de ellos las deudas del causante insolvente(71)(1012). Se ha remitido la solución de este planteo a la institución de la inhabilitación por prodigalidad (art. 152 bis)(72)(1013), pero la inhabilitación exige el requisito de haberse dilapidado una parte importante del patrimonio, lo que puede no haberse dado a pesar de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mala administración. Por otra parte, no es difícil sospechar que el cónyuge se resentirá más por su inhabilitación que por la separación de bienes que en nada afecta su actividad jurídica futura.

Otros argumentos contribuyen a favorecer la tesis sustentada:

La posibilidad de desinteligencias conyugales por razón de la actividad económico - jurídica de los esposos no ha desaparecido con el actual régimen de gestión que reemplaza unos motivos por otros. La necesidad del asentimiento para los negocios incluidos en el art. 1277 es uno de ellos, ante la reiteración de injustificadas negativas que obligan al trámite judicial: la concesión del asentimiento por vía jurisdiccional evidenciaría la "mala administración" del consorte que lo niega. La dificultad planteada por la separación de hecho de los esposos se apartaría con la separación de bienes, eludiéndose el divorcio y siempre que se demostrara el extremo exigido por el art. 1294.

El número de medidas protectoras de la actividad económica y el patrimonio de los consortes queda completado al proveérseles de acciones de ejercicio menos complejo y de más fácil satisfacción de los requisitos probatorios. La acción de simulación y la acción pauliana no reúnen estas características y, en cuanto a las especiales previstas en los arts. 1297 y 1298, su atribución depende de la separación de bienes(73)(1014): admitir ésta por mala administración de un cónyuge las hace procedentes.

La inmutabilidad del régimen de bienes es una cualidad del argentino, general en el derecho extranjero. Últimamente se han registrado modificaciones importantes en la materia, por ejemplo, las introducidas por la reforma francesa de 1965. Admitir la separación de bienes con causa y resolución judicial contribuye a la flexibilidad del régimen patrimonial matrimonial. Los intereses de terceros no se encuentran mucho mejor defendidos cuando la sociedad conyugal se disuelve por divorcio, sin perjuicio de que sea de desear un sistema adecuado de publicidad.

Cafferata ha invocado el abuso del derecho en que incurre el consorte por su gestión aun sólo imprudente o negligente(74)(1015). Compartida la conclusión, quedaría por establecer si es suficiente fundamento para una interpretación de lege lata del art. 1294, tal como la formula el autor citado. En principio, parece aceptable en cuanto el uso abusivo exteriorice la "mala administración" susceptible de justificar la disolución de la sociedad conyugal.

El tema de la disolución de la sociedad conyugal por mala administración fue objeto de estudio en las reuniones de comisión durante las V Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en el año 1971, sin que llegara a ser considerado en el plenario. El conjunto prestigioso de especialistas se pronunció en tal oportunidad por la vigencia actual del art. 1294(75)(1016).

2º) CONCURSO O QUIEBRA

El decreto - ley 17711 no alteró el régimen de deudas de los consortes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

según había quedado organizado por la ley 11357 con respecto al pasivo externo y provisorio. Para armonizarlo con lo dispuesto en el art. 1276 es preciso conceptuar los bienes cuyo origen no es susceptible de determinación fehaciente, que corresponden a la gestión marital. Las V Jornadas de Derecho Civil resolvieron que "la falta de mención por parte de la mujer en el acto de adquisición de un bien ganancial del origen de los fondos con que adquiere, no permite se lo considere incluido en el segundo párrafo del art. 1276"(76)(1017). Por lo tanto el "origen" de un bien ganancial está determinado cuando consta o puede probarse el nombre del titular de los derechos sobre el mismo. La doctrina y la jurisprudencia optan preferentemente por estos alcances, aunque se registra alguna disidencia.(77)(1018).

La separación de deudas establecida en el art. 5° de la ley 11357 responde a la siguiente estructura: la esposa responde por sus deudas con sus propios y con los gananciales que adquiera y figuren a su nombre; el marido responde por las suyas con sus propios, los gananciales que adquiera y figuren a su nombre y los gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba. Con los frutos de todos sus bienes responde uno de los consortes por las deudas contraídas por el otro en las hipótesis contempladas en el art. 6° de la citada ley. Ha de admitirse que los acreedores personales de la esposa ejecuten los gananciales de origen dudoso previa demostración de que su deudora es titular de los derechos sobre ellos.

Es decir que el juego del sistema regulador de la responsabilidad de los cónyuges permite que gananciales que de hecho pueden haber sido adquiridos por la esposa sean ejecutados por deudas del marido. Los "gananciales de origen dudoso" ocupan el lugar de los gananciales distintos del peculio femenino y de los bienes subrogados que eran siempre administrados por el marido, existiera o no revocación del mandato presunto, según la ley 11357.

También ahora existiría, entonces, un solo fundamento para apoyar la separación de bienes por concurso o quiebra: sustraer a la masa los adquiridos posteriormente por la esposa (no por el marido, en su lugar y caso) a los que hubiera correspondido la calificación de "gananciales de origen dudoso o difícil prueba". Pero esta razón se diluye ante la elemental conclusión de que la cónyuge puede obtener idéntico resultado proveyéndose de las pruebas necesarias para demostrar que es el sujeto de los derechos sobre tales bienes (dueño de la cosa, acreedor del crédito, etc.).

Es verdad que el concurso o quiebra puede constituir un índice muy claro de mala administración. No hay obstáculo a que el cónyuge interesado en la separación de bienes espere a la rehabilitación del quebrado, con lo que desaparece el peligro de tener que compartir con los acreedores no satisfechos los gananciales de su personal gestión, y solicite recién entonces el fin de la sociedad invocando la causal de mala administración. Pero en tal situación la causal es ésta y no el concurso o quiebra.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Decreto - ley 19551/72

En esta última etapa de evolución legislativa iniciada en 1968 tuvo lugar la sanción de una nueva legislación de quiebras, correspondiendo interrogarse sobre su posible influencia en la problemática estudiada.

La causal supone concurso o quiebra decretados por lo que no podría configurarse durante el concurso preventivo. Sin embargo, es oportuno acotar que durante el mismo el consorte no se encuentra afectado, por cuanto el sometido al trámite es hábil para prestarle los asentimientos requeridos(78)(1019).

El decreto - ley 19551 ha incurrido en defecto, por exceso y por omisión, al delimitar la situación del fallido, cuando en el art. 112 considera al margen de los resultados del desapoderamiento "la administración de los bienes propios del cónyuge" porque no se trata de bienes suyos (del quebrado) y porque a su gestión debe asimilarse la de los gananciales normalmente sujetos a la actividad jurídica del otro consorte. Ya se ha señalado que la gestión de propios y gananciales de un cónyuge por el otro es extraordinaria rigiéndose por las reglas del mandato o de la curatela según corresponda. La curatela cesa por la falencia (art. 398, 5º, del Código Civil aplicable por la remisión del art. 475), regla a la que no parece excepcionar la disposición comentada del decreto - ley 19551(79)(1020). El mismo decreto - ley dispone la cesación de los mandatos por la quiebra (art. 151), a lo que el apartado 4 del art. 112 comportaría una excepción expresa. Pero toda esta referencia a los bienes del consorte resulta confusa y oscura, debiendo tenerse presente también que el Código Civil no dispone indubitablemente el fin del mandato por la quiebra del mandatario, a pesar de los textos de los arts. 1894, 1896 y 1984 si se estima que el concursado o quebrado es capaz de derecho y de hecho restringido en sus poderes de disposición. Es innecesario recordar que ni los bienes del mandante ni sus frutos o rentas son ejecutables por las deudas del mandatario pero, para el caso (cónyuge apoderado de su consorte) no es menospreciable el riesgo de la confusión material de los últimos con el patrimonio de aquél, dada la exención del deber de rendir cuentas que estatuye el art. 1276 Cód. Civil, ineludible cuando el mandato es tácito.

De cualquier manera, como el mandato conyugal es revocable, el decreto - ley 19551 no ofrece elementos para variar la conclusión a que se arribó señalando la improcedencia de la disolución de la sociedad conyugal por concurso o quiebra de un cónyuge, en el estado actual del derecho positivo argentino.

IV. LA "MALA ADMINISTRACIÓN" DE UN CÓNYUGE EN EL DERECHO NACIONAL PROYECTADO Y EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Lo propuesto en los proyectos de reforma del Código Civil y lo establecido en leyes extranjeras puede contribuir eficazmente a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

definición de aspiraciones en la materia, si el régimen de gestión y de responsabilidad de los esposos que sustentan coinciden con los lineamientos del vigente en nuestro país. Nada aporta el reconocimiento de la acción de separación de bienes por mala administración, por ejemplo, en un régimen de comunidad de administración marital y unión de deudas porque el problema consiste en justificarlo en un régimen de separación de gestión y de deudas. Así, la causal figura en el Anteproyecto de Bibiloni (art. 739) y en el Proyecto de 1936 (art. 434~ 3° b), con régimen de gestión predominantemente marital, no alejado del establecido en la ley 11357, salvo diferencias de detalle, y con una separación de deudas sólo excepcional. En el anteproyecto de 1954 expresamente se autoriza a solicitar la separación de bienes "a requerimiento de alguno de los cónyuges que acredite la mala administración que el otro hiciese de todo el haber social, o de la mayor parte de éste" (art. 482, inc. 1°), con régimen de administración también similar al de la ley de 1926. En los tres proyectos se prevén otros recaudos protectores del haber ganancial: la administración del marido debe ejercerse dentro de los límites de una gestión "regular" (arts. 697 y 701 del primero, 418 y 420 del segundo, 477 del tercero) y ello influye en el ámbito de la responsabilidad por deudas (artículos citados)(80)(1021).

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 de común acuerdo pueden pedir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal sin expresión de causa, y el juez deberá decretarla (art. 69 de la ley 10783), desplazándose toda cuestión relativa a las razones que motivan la modificación del régimen.

Para el régimen francés de comunidad legal se ha previsto en el art. 1443 (redacción de 1965) que "si, por los desórdenes de los negocios de un cónyuge, su mala administración o su inconcusa, 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". El texto se aplica también a la comunidad convencional en virtud del art. 1497, salvo pacto en contrario. Pero la comunidad legal es de administración marital (art. 1421) y puede serlo la convencional por acuerdo de los interesados (art. 1497 citado). Por eso reviste mayor importancia constatar la existencia de la causal con el objeto de obtener la liquidación anticipada del crédito de -participación cuando el régimen es el de participación en los gananciales (acquets), que funciona como si los esposos estuvieran separados de bienes (art. 1569). A tales efectos se reproducen exactamente las mismas figuras previstas en el art. 1443 para autorizar por dichos motivos la liquidación anticipada (art. 1580).

En el régimen de participación alemán, cronológicamente anterior al francés, el "haber dilapidado patrimonio" (parágrafo 1375) autoriza a solicitar la compensación anticipada de ganancias si hace temer "que peligre considerablemente el futuro crédito de compensación" (parágrafo 1386). Este régimen es legal supletorio y se caracteriza por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administración autónoma de los esposos, con ciertas restricciones. La separación de bienes no es el régimen patrimonial matrimonial que refleja mejor la índole especialísima de las relaciones conyugales: se halla muy lejos del ideal. Las consideraciones que anteceden no pretenden desplazarlo de su lugar de recurso de excepción, respuesta extrema a problemas graves y medio para evitar soluciones más drásticas y difíciles de reparar.

LA MUJER Y EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS(*) (1022)

MARTA E. GOLDFARB y FLORA M. de KATZ

SUMARIO

I. Introducción. - II. Evolución histórica. - III. Régimen argentino: definición, caracteres y sujetos. - IV. Legislación comparada. - V. Conclusiones.

"Nada revela mejor la singular posición de la mujer en la historia que el hecho de que pueda hablarse de una historia de la mujer. Si empleáramos los términos de «Historia del hombre... en la Edad Media» notaríamos sin tardar lo sorprendente de esta expresión. La historia universal es la historia de los hombres y de su evolución. Sólo como un accidente aparece la mujer y la historia de su evolución".
Enrique Finke. La mujer en la Edad Media (1912).

I. INTRODUCCIÓN

El Año Internacional de la Mujer y nuestra particular vocación por el derecho nos estimuló a tratar este tema, con lo cual no pretendemos hacer una exégesis profunda del mismo, sino que aspiramos solamente a que la materia sobre los derechos de la patria potestad de la mujer sobre sus hijos sea modificada legislativamente otorgándole a ésta el ejercicio de este derecho conjuntamente con el padre.

En el devenir histórico la situación jurídica de la mujer en la sociedad ha tenido caracteres definidos y permanentes, ya nos ubiquemos en el derecho romano, época carolingia, derecho feudal y de la burguesía, en el ancien Régime o en la Revolución Francesa.

Las proyecciones prácticas no conciben con las teorizaciones sobre el tema. La puissance du mari, si bien presenta limitaciones, se mantiene más o menos firme a través de los distintos períodos históricos. La Revolución Francesa, que consagró la igualdad de todos los hombres, no la admitió entre el hombre y la mujer, y en consecuencia el legislador no la favoreció. Lo que ocurre es que, en general, las comunidades familiares dominadas por sentimientos afectivos por sobre intereses