

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

*DE LAS DEUDAS COMUNES CONYUGALES CON RESPECTO AL
ACREEDOR(*) (68)*

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

SUMARIO

I. Deudas contraídas durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial 1. Caracterización. 1º) Son excepcionales. 2º) Se tipifican por la finalidad por la cual fueron contraídas. A) Interpretación de la expresión "deudas contraídas". B) Alcances de la distinción entre gasto e inversión. C) Interpretación de la expresión "bienes comunes". 3º) Su pago no genera derecho a exigir contribución durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial. 4º) Son distintas de las deudas conjuntas de los cónyuges. 5º) Naturaleza del deber jurídico del cónyuge no contratante. A) Tesis según las cuales existe orden de prelación entre los posibles demandados. a) La obligación del cónyuge no contratante es una obligación accesorio. b) El cónyuge no contratante es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsable sin ser deudor. La distinción entre deuda y responsabilidad. Antecedentes históricos. Análisis de la obligación. Posibilidad de disociación y de desigual extensión entre deuda y responsabilidad. Aplicación de la distinción entre deuda y responsabilidad a las deudas comunes conyugales. B) Tesis según las cuales uno u otro cónyuge puede ser demandado indistintamente. a) La deuda común conyugal ejemplifica una obligación de sujeto pasivo alternativo. b) La deuda común conyugal ejemplifica una obligación de sujeto pasivo plural. Simplemente mancomunadas. Solidarias. c) La deuda común conyugal ejemplifica un caso de obligaciones concurrentes. C) Conclusión. 2. Cobro judicial de las deudas comunes conyugales. 1º) Durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial. Influencia de la quiebra de los esposos. Quiebra del cónyuge contratante. Quiebra del cónyuge no contratante. Influencia de la tramitación del juicio de divorcio o de separación de bienes. 2º) Durante la indivisión postsocietaria. a) Si se dividen de pleno derecho a la disolución de la sociedad conyugal. b) Si el cónyuge que no la contrajo es responsable con todo su patrimonio. Caso de quiebra de uno de los cónyuges. c) Conclusión. 39) Después de la partición. II. Deudas contraídas durante la indivisión postsocietaria. III. Cargas comunes posteriores a la partición.

El régimen patrimonial matrimonial del derecho argentino (régimen legal imperativo apenas atenuado por el escaso ámbito en que se admiten convenciones nupciales y contratos entre cónyuges, inmutable dejando a salvo las hipótesis previstas de separación de bienes, de comunidad restringida a los gananciales que se administran separadamente aunque con importantes elementos de gestión conjunta para ciertos actos de disposición, y que se parten finalmente por mitades) se integra, como es lógico, con un elemento referente a las deudas contraídas por los esposos. Este elemento fue definido en sus rasgos esenciales por el artículo 5º de la ley 11357 que optó por la separación de deudas con respecto al acreedor, principio al que hace excepción el artículo 6º especificando los casos en que la satisfacción de la deuda contraída por uno de los cónyuges, a más de serle normalmente exigible, lo es también a su consorte.

La sencillez del esquema estructurado en estas normas es sólo aparente, por lo que es comprensible que hayan sido seguidas por un largo período de confusa jurisprudencia extendido hasta después de las modificaciones introducidas al régimen matrimonial de bienes por la ley 17711, que agregó una nueva problemática al incorporar la categoría de bienes gananciales de prueba difícil o dudosa. No siempre las interpretaciones contradictorias de los distintos tribunales se justifican como resultado de oscuridad o insuficiencia de los textos, pero es preciso reconocer que todo el sistema de relaciones patrimoniales de los esposos entre sí y con respecto a terceros, ofrece uno y otro defecto, en especial cuando se trata de la etapa comprendida entre la disolución y la partición de la llamada sociedad conyugal.

Por estas razones reviste interés continuar esforzándose por clarificar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conceptos de tan frecuente aplicación práctica. Las reflexiones siguientes se circunscriben a la consideración de las deudas "comunes" con respecto al acreedor.

I. DEUDAS CONTRAÍDAS DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

1. CARACTERIZACIÓN

1º) Son excepcionales

Lo demuestra la interpretación gramatical de los artículos 5º y 6º de la ley 11357. En el primero, en efecto, se empleó una fórmula negativa que enfatiza la regla de independencia de las deudas; en el segundo, lo excepcional encuentra doble asidero porque el adverbio "solo" califica tanto a las hipótesis en que la norma es susceptible de aplicación como a la limitación de los bienes sobre los cuales puede hacerse efectiva con respecto al consorte que no contrajo la deuda.

Las consecuencias del carácter de excepción son obvias: la enumeración es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de una razonable flexibilidad en la comprensión de cada categoría) y la cualidad de deuda común debe ser probada por el acreedor que la invoca(1)(69).

2º) Se tipifican por la finalidad por la cual fueron contraídas

Según el artículo 6º, un cónyuge responde por las deudas contraídas por el otro cuando lo han sido para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes. La finalidad debe presentarse ínsita en el negocio generador de la deuda, por lo tanto, desde el origen de ésta, bastando la exigencia del motivo determinante sin que indispensablemente deba concretarse en beneficio inmediato de ambos esposos y/o sus hijos(2)(70).

Es evidente que el fundamento del carácter común de la deuda se encuentra en el contenido patrimonial del deber de asistencia conyugal y paterno - filial, para las dos primeras finalidades enumeradas. La tercera recepta el beneficio que comporta para los dos cónyuges el uso y goce de los bienes gananciales y su destino común(3)(71).

No hay total coincidencia entre la comprensión de las deudas comunes conyugales y la de los alimentos. En efecto, por ejemplo, en los "gastos del hogar" exigibles al consorte que no contrajo la deuda, está incluida la asistencia a hijos legítimos de un matrimonio anterior, hijos extramatrimoniales y hermanos legítimos del cónyuge que la contrajo, si conviven con los esposos (todos estos casos en que no pesa obligación alimentaria sobre el no contratante) y la deuda común puede exceder los extremos generalmente restringidos en que se fijan las cuotas alimentarias.

La acción del acreedor que demanda al cónyuge que no contrajo la deuda no significa el ejercicio por vía subrogatoria de una acción por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alimentos o del cobro de las cuotas vencidas no pagadas. La acción por alimentos es personalísima y surge del incumplimiento del deber de asistencia, mientras que es con miras a la satisfacción de este deber, precisamente, que se contraen las deudas comunes. La reclamación del pago de las cuotas vencidas subrogándose el acreedor al alimentado, es procedente, pero supone una sentencia que obligue a pasarlas y las fije, que no es el caso contemplado en el artículo 6° de la ley 11357.

El deber de asistencia patrimonial conyugal es recíproco, a pesar de la admonitoria disposición del artículo 51 de la ley 2393, lo que es típico de los efectos del matrimonio y se confirma con la reglamentación legal de la obligación alimentaria que regula el mínimo de su satisfacción patrimonial (arts. 67 bis, 68, 80 L.M.C., 1306 y 1275 del Cód. Civil). El deber de asistencia de los padres hacia sus hijos pesa también sobre ambos, por razones de derecho natural a que no se opone el sistema de ejercicio de la patria potestad y que consagran los artículos 367 y 265, especialmente el último al disponer que el padre debe proveer a sus necesidades "no sólo con los bienes de ellos, o de la madre, sino con los suyos propios", ya que esta regla engarzaba en un régimen de gestión de bienes de los cónyuges en que todos los bienes de la esposa eran administrados por el marido, salvo excepciones que no es el caso considerar aquí. Finalmente, la reciprocidad del deber asistencial conyugal y la concurrencia en ambos progenitores del deber asistencial para con los hijos, son consecuencias de la igualdad jurídica de los cónyuges, sin que medien motivos naturales, racionales o legales para sostener un trato diferencial en la especie(4)(72).

El fundamento de la íntima solidaridad conyugal es extensible a las hipótesis en que la deuda fue contraída para satisfacer necesidades de personas a quienes únicamente el cónyuge contratante - está obligado a pasar alimentos.

A) Interpretación de la expresión "deudas contraídas" .

Encierra una referencia directa a las deudas de fuente contractual(5)(73). El contrato ha de ser la causa inmediata de la deuda aunque mediatemente la fuente de la obligación sea la ley misma a través del deber de contribución recién señalado. No están incluidas entre las deudas comunes conyugales, por ser de fuente inmediata legal, las deudas por impuestos que gravan bienes mencionados en el tercer supuesto del artículo 6°, equiparables a gastos de conservación de los mismos. La observación carece de trascendencia práctica porque los impuestos y tasas están garantizados por el bien que gravan y el fisco procurará cobrarse sobre ellos(6)(74).

B) Alcances de la distinción entre gasto e inversión

Mazzinghi efectúa cuidadosamente la diferenciación entre gasto e inversión porque entiende que "lo característico del gasto es el consumo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los bienes adquiridos mediante la asunción de la deuda - comida, vestido, etcétera - mientras que la inversión supone la incorporación de un bien que permanece en el patrimonio del adquirente. Así, por ejemplo, la deuda contraída por el precio de la casa habitación, o de un automóvil, no constituiría una necesidad del hogar, aun cuando se tratara de una familia de nivel económico desahogado"(7)(75).

Nótese que en los casos que se presentan como contrapuestos hay siempre una deuda contraída para la adquisición de bienes de consumo, sólo que algunos son tales que se agotan con el primer uso o con un empleo relativamente breve (alimentos, vestidos) y otros son casi inagotables aunque se desgastan (vivienda, automóvil). Distinto es plantear la oposición entre la deuda contraída para adquirir bienes de capital, tanto fijo (herramientas, maquinarias) como circulante (mercaderías destinadas a la venta y hasta inmuebles para quien hace de su compraventa un medio de vidas)(8)(76). Si es indudable que las deudas contraídas para adquirir bienes de consumo que no superan el primer uso o lo permiten por escaso tiempo, deben ser calificadas como comunes ¿es razonable excluir de éstas a las que se contraen para adquirir bienes de capital indispensables para el trabajo del consorte con el que atenderá las necesidades del hogar? ¿O cabe diferenciar la deuda por alquileres de la vivienda familiar de la que se contrajo para comprar el inmueble destinada al mismo fin? Jurisprudencialmente han sido estimadas deudas conyugales comunes la relativa a los alquileres del hogar conyugal y la deuda por el precio de compra de la vivienda familiar, no así la correspondiente al precio de maquinarias adquiridas por el marido(9)(77)

La equitativa interpretación del artículo 6º inclina a calificar como común a la deuda que responda inmediatamente a la satisfacción de las necesidades del hogar, requiriéndose sólo que la prueba de la finalidad del negocio que la causó sea exhaustiva cuando se trate de bienes de uso absolutamente prolongado. Fácilmente demostrable en el caso de la adquisición de la vivienda familiar, pues una simple inspección ocular o un acta de notoriedad notarial pueden hacerlo, resulta más dificultoso lograrlo cuando, por ejemplo, lo incorporado al patrimonio fue el automóvil para uso de la familia. Pero la dificultad de la prueba no exime de intentarla, especialmente ante una cuestión de hecho.

En lo que respecta a las deudas emergentes de la adquisición de bienes de capital fijo o circulante destinados mediatamente a la satisfacción de las necesidades del hogar, su inclusión entre las deudas comunes reduciría en un margen muy amplio la aplicación práctica del principio de la separación de deudas establecido en el artículo 5º. El carácter de excepción del artículo 6º indica que, en la hipótesis, ha de estarse a la regla, por lo que mentadas deudas se reputan personales.

C) Interpretación de la expresión "bienes comunes"

Es conocida la divergencia doctrinaria sobre el tema, susceptible de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sintetizarse en tres corrientes: amplia, intermedia y restringida.

Para la tesis de mayor amplitud de comprensión, todos los bienes de los esposos entran en la calificación de comunes del texto analizado. Es la posición de Mazzinghi, Borda y Cornejo. Se invocan en este sentido: el argumento histórico - legislativo que resulta del inciso 2º del artículo 1275 que reputa "carga de la sociedad conyugal" a las deudas contraídas para la conservación de los bienes particulares del marido y de la mujer(10)(78); el argumento lógico tomado del sentido de la norma, considerado preferible al gramatical dada la imprecisión de la terminología empleada en la materia(11)(79); argumentos lógicos derivados de la estructura y funcionamiento del régimen patrimonial matrimonial, ya que ambos esposos tienen el uso y goce de los bienes propios y que los frutos de éstos devengados durante su vigencia son gananciales(12)(80); el argumento valorativo de la mayor justicia de la posición adoptada(13)(81).

Para la tesis de comprensión intermedia, solamente se trata de los bienes gananciales. Belluscio la apoya en la interpretación gramatical técnica de la palabra "comunes", afirmada por similar alcance de otras normas del Código en las cuales se ha usado o usa dicho término (el art. 1224, derogado, y el 1311, vigente)(14)(82). Fassi y Bossert, por su parte, ubican el artículo 1275 y el tercer supuesto del artículo 6º de la ley 11357 en sus respectivos contextos. "La norma del inciso 2º del artículo 1275, escriben, partía de la base de que los bienes propios de ambos cónyuges se confundían en una masa confiada a la administración del marido, cuyos frutos eran gananciales. De ahí que la sociedad conyugal beneficiaria de los frutos, tuviera a su cargo el reparo y conservación en buen estado de los bienes particulares... Pero ahora, establecida la pluralidad de administración, las rentas de los bienes propios de cada cónyuge acrecen la masa ganancial de su titular. Siendo así, quien se beneficia efectivamente con los frutos es éste, y será quien cargará con el pago de los gastos de reparación y conservación en buen estado de sus bienes propios..."(15)(83).

La tesis de mínima comprensión pertenece a Guaglianone, para quien los "bienes comunes" del artículo 6º sólo pueden ser los bienes en estado de indivisión entre los cónyuges, por cualquier título, por ejemplo, objeto de condominio, de indivisión hereditaria, de un legado conjunto(16)(84). A los bienes propios en condominio - habría que agregar los gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos con fondos o cosas gananciales de su respectiva gestión, ya sea que se los considere en condominio cuyas partes indivisas son gananciales o que se estime que el régimen de aquella institución les es aplicable por analogía(17)(85). Guaglianone invoca la naturaleza jurídica de los bienes gananciales, bienes particulares de cada uno de los titulares administradores, con vocación de comunidad, por la que se actualizarán como bienes comunes "en sentido estricto, únicamente al tiempo de la disolución del régimen matrimonial"(18)(86)

Las tesis expuestas cubren todo el panorama de posibles soluciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

destacándose la fundamentación de la intermedia como la más atendible: existe total incompatibilidad semántica y lógica entre "lo común" y "lo propio"; que "comunes" significaba "gananciales" en el derogado artículo 1224 y qué significa "gananciales" en el artículo 1311, es innegable, y el argumento exacto de la imprecisión terminológica que campea en toda la materia, puede esgrimirse también para explicar por qué el legislador de 1926 no usó el término preciso de "gananciales". El vigente régimen de gestión de los bienes influye en la preferencia por esta posición intermedia como lo demuestra la acertada observación de Fassi y Bossert, a pesar de la vocación de comunidad que cubre a los frutos de los bienes propios, capitalizados o no, compensada por el hecho de que los bienes propios en si mismos no serán nunca compartidos. Finalmente, la sombra de injusticia que puede desprenderse del carácter ganancial de los frutos de los bienes propios desaparece ante la posibilidad de recompensa a favor del titular de los mismos si la deuda contraída para conservarlos fue saldada con fondos propios.

La ubicación de Guaglianone es gramaticalmente correctísima y perfectamente acorde con la naturaleza de los gananciales pero reduce a límites muy estrechos la aplicación de la última figura del artículo 6º, aun cuando se incluyera en su comprensión a los gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos. No se trata, por cierto, de negar hipótesis razonables y de base legal como la indivisión hereditaria entre los progenitores herederos del hijo difunto, el condominio resultante de la adquisición por ambos cónyuges de una cosa permutando o invirtiendo cosas o fondos propios de uno y otro, o el resultado del legado con los dos esposos como legatarios (art. 1264). Es que resulta difícil admitir que el legislador haya tenido en cuenta expresamente a estas hipótesis que corresponden a una sola especie o subcategoría de bienes propios o gananciales, en lugar de detenerse en las dos grandes categorías básicas, propios y gananciales. Y si ha de reconocerse prudentemente que no lo hizo, "comunes" sólo puede ser igual a "gananciales".

Es innecesario aclarar que los gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos ("gananciales de titularidad conjunta") son gananciales y que, por lo tanto, los gastos emergentes de su conservación están incluidos en el artículo 6º.

3º) Su pago no genera derecho a exigir contribución durante La vigencia del régimen patrimonial matrimonial

El fundamento de las deudas comunes justifica una conclusión de particular relevancia: la improcedencia de reclamar contribución al cónyuge que no pagó, es decir, de exigirle la mitad de lo abonado. Ello es así durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial y también una vez disuelto, pero entonces solamente si fueron cubiertas con gananciales porque la deuda es definitivamente común. La doctrina es unánime en este aspecto, acéptese o no la vigencia actual del artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1275, pero se diversifica ante la cuestión planteada por el pago de la deuda con fondos propios del cónyuge contratante o del que no la contrajo pero obró espontáneamente, al llegar el momento de hacer efectivas las recompensas.

El tema excede los planteos del presente estudio, que considera las deudas conyugales comunes con respecto al acreedor, sin perjuicio de que corresponda una breve referencia por su influencia sobre la caracterización que se ensaya. Negado todo derecho a recompensa por Mazzinghi(19)(87), Guastavino la acepta expresamente si un bien propio es vendido para pagar con su precio una deuda común o es dado en pago, fundándose en el pago con subrogación y en los artículos 1731 y 1713, aplicables por la remisión del 1262(20)(88). Igualmente Belluscio, si el bien propio se enajenó onerosamente y el precio se destinó al pago de expensas definitivamente comunes según el artículo 1275(21)(89). Es esencialmente la opinión de Borda en cuanto a lo gastado en "beneficio de la comunidad"(22)(90).

Obsérvese que aun pagada la deuda con bienes gananciales existe cierto modo de contribución porque se ha disminuido el haber destinado a ser compartido al fin del régimen.

4º) Son distintas de las deudas conjuntas de los cónyuges

La interpretación gramatical del artículo 6º demuestra que la situación que prevé es diferente a la de las deudas que los esposos contraen conjuntamente, es decir, interviniendo ambos como sujetos de idéntica posición en el negocio del cual surgen aquéllas. Las deudas conjuntas pueden ser personales, porque son ajenas a las finalidades previstas en el artículo 6º, en cuyo caso se rigen por los principios y normas de las obligaciones simplemente mancomunadas o solidarias, según corresponda(23)(91). Cabe, empero, la deuda contraída conjuntamente para satisfacer uno de los objetivos que determinan el carácter común, con lo que resultarían acumulados dichos regímenes y el de las deudas comunes conyugales. En tal supuesto, atenerse a la solidaridad si pactada o de fuente legal, significa mayor beneficio para el acreedor porque lo habilita a exigir a uno u otro la totalidad de su acreencia y ejecutar sus bienes sin las distinciones que impone el régimen conyugal. Si la deuda conjunta fuera simplemente mancomunada, el dinamismo específico de éstas beneficiaría al acreedor porque puede ejecutar bienes de sus deudores sin restricción por razón de su condición de esposos, mas el doble sujeto pasivo de la obligación le impide la mayor ventaja que le comportan las deudas comunes conyugales, ya que a ninguno de los esposos podría exigir el monto íntegro de lo adeudado porque la deuda no ha sido contraída exclusivamente por él. A su vez, desde el enfoque de los cónyuges, la asunción voluntaria del rol de deudores conjuntos obstaculiza la pretensión de cualquiera de ellos que quisiera limitar la garantía de los acreedores a los frutos de los bienes propios o gananciales que administra.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La pluralidad de sujetos pasivos simplemente mancomunados puede incluso inferirse de la actuación conjunta ostensible de los esposos como se ha aceptado en alguna especie jurisprudencial(24)(92).

5º) Naturaleza del deber jurídico del cónyuge no contratante

Constituye el aspecto de mayor interés doctrinario del tema de las deudas comunes conyugales, no exento de importancia práctica por la diferencia de efectos que acompaña a cada tesis. Las mismas se exponen a continuación agrupadas según el más importante de éstos, es decir, el referente a la necesidad o no necesidad de hacer excusión de los bienes del cónyuge que contrajo la deuda para que resulte viable exigirla al otro consorte.

A) Tesis según las cuales existe orden de prelación entre los posibles demandados

a) La obligación del cónyuge no contratante es una obligación accesorias. Para esta tesis, las deudas comunes son obligaciones con pluralidad subsidiaria de sujetos pasivos cuyo ejemplo típico lo constituye la fianza. El cónyuge contratante es el deudor principal, el no contratante, deudor ven subsidio, a quien sólo se puede exigir la prestación previa excusión de los bienes del primero (art. 2012, Cód. Civil).

Investigando la naturaleza del vínculo que une a dos sujetos que no han contratado entre sí, Rébora entiende que el principio de que cada uno de los cónyuges responde por las obligaciones que contrajere no parece compaginarse como complemento con la noción de obligación conjunta ni de obligación solidaria, que entrañan derogaciones del derecho común, necesitadas de formas expresas y explícitas y que comportarían riesgos para la autonomía de la mujer casada y la seguridad de su patrimonio al exponerla a que las deudas previstas en el artículo 6º pudieran serle cobradas antes que a su marido. "No parece, concluye, que sea posible poner en orden las nociones comprometidas por estos movimientos, como no sea con el auxilio de la obligación accesorias y, dentro de la misma, con la de una obligación de garantía que no pudiera ser exigida, como no pueden serlo las de su género, sino después de haber sido excutidos los bienes del deudor principal"(25)(93). La tesis fue adoptada en algunas sentencias, sin mayor explicitación de fundamentos(26)(94).

La crítica que Mazzinghi le opone se basa en tres argumentos principales: la complicación que de ella resulta para los acreedores; la ambivalencia que presenta para la esposa, pues le sería favorable si no contratante y desfavorable si lo es (ya que debería soportar la excusión de los bienes antes que el cumplimiento de la obligación fuera requerido a su marido), y, finalmente, lo inactual de referencias a medidas protectoras de la mujer, dotada de plena capacidad civil(27)(95). En la práctica, con su aceptación se trabaría la actividad económico - jurídica de los esposos, especialmente de la mujer casada, en la esfera tan suya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los gastos más comunes del hogar, pues el acreedor se encontraría presionado a tomar en consideración la solvencia personal del que contratara con él, perdiéndose en mucho la ventaja del respaldo patrimonial del otro cónyuge.

b) El cónyuge no contratante es responsable sin ser deudor. La presente tesis se ubica entre las aplicaciones de la conocida diferenciación entre deuda y responsabilidad, tan fecunda en la evolución de la teoría de las obligaciones a través de la erudita polémica que la rodea.

La distinción entre deuda y responsabilidad

Antecedentes históricos. Los antecedentes romanos de la distinción entre deuda y responsabilidad han sido expuestos, entre otros, por Pacchioni, sobre la base de antiguos textos seleccionados, de donde resultaría que la naturaleza jurídica y el objeto del vínculo iuris que los juristas más antiguos llamaban nexum y que los más modernos llamaron obligatio, era un "estado de sujeción física del deudor al acreedor, es decir, de un derecho del acreedor sobre la persona del deudor, constituido con el objeto de obtener del mismo deudor el dinero que éste le debía; derecho netamente distinto, incluso en cierto sentido contrapuesto, al deber o deuda, en el cual el deudor se encontraba frente al acreedor"(28)(96). Por lo tanto, el nexum era la sujeción de una persona a otra constituida en garantía de una deuda.

El nexum fue abolido por la ley Poetelia por la que sólo los bienes del deudor, ya no más su persona, podían ser convencionalmente obligados en garantía de las propias deudas o de deudas ajenas. A partir de entonces y a lo largo de un proceso de difícil comprobación histórica, el autor citado establece que si en los orígenes solamente se consideraban obligati (nexi) los deudores que hubieran concluido un nexum, "en la época histórica y clásica encontramos en cambio que eran considerados obligati, ya no en su corpus, pero sí en todos sus bona, aquellos deudores que hubieran contratado un débito ex contractu: todos aquellos, esto es, que hubieran dado vida a un negocio reconocido suficiente para crear, a un tiempo, el debitum y su garantía (obligación) sobre el patrimonio del deudor". Termina Pacchioni sosteniendo que los dos elementos, debitum y obligatio, separados en el antiguo derecho, se acoplaron combinándose para llegar al concepto de obligación de derecho privado patrimonial que es una relación de deuda, de contenido patrimonial, reforzada por la responsabilidad de todos los bienes del deudor o de quien asume la responsabilidad por él. "El elemento responsabilidad o garantía, escribe, era el que confería a este instituto sus características y su función económico - social; y por qué, queriéndose en seguida contraponer a las deudas garantidas económicamente sobre el patrimonio del deudor, aquellas privadas de dicha garantía, se escogió el término, ciertamente poco feliz, de obligatio naturalis, queriéndose significar con ello que la obligatio naturalis no era

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más que una relación de deuda privada de garantía, privada, por lo tanto, de aquel elemento positivo civil (la acción judicial) por la cual podía, a voluntad del acreedor, según la regla del proceso ejecutivo, ser transformada en un valor económico"(29)(97).

Han sido los autores alemanes los que profundizaron con máximo interés el problema. Demostraron que la obligación no era concebida en el antiguo derecho germánico ni como simple deuda ni como simple obligación, sino como deuda garantida con la obligación. He aquí los difundidos (y discutidos) conceptos de Schuld (deuda) y Haftung (obligación en sentido estricto o responsabilidad), concebidos como elementos separados y distintos.

Schuld, según las fuentes estudiadas por Amira(30)(98), es la relación de deber; Haftung es una relación de sujeción de una persona o cosa o patrimonio, a otra persona, en garantía de una deuda de la que es deudora la primera. Si Schuld corresponde al que debe, al deudor Haftung es responde al que responde con su persona o sus bienes por el cumplimiento de una deuda suya o ajena. A los efectos del tema aquí analizado importa destacar ciertos contenidos de la doctrina alemana en cuanto a las relaciones nacidas ex contractu: en ellas no hay responsabilidad sin deuda; disminuida la deuda, disminuye la responsabilidad mientras que la extinción de la responsabilidad no extingue la deuda porque ésta permanece hasta que la prestación debida haya sido cumplida. Por fin, de la independencia de los conceptos de deuda y responsabilidad resulta que una persona puede ser deudor sin ser necesariamente responsable y ser responsable sin ser necesariamente deudor y que "mientras el concepto de deuda (Schuld) presupone necesariamente una persona que deba alguna cosa, o a quien alguna cosa sea debida, el concepto de responsabilidad en cambio presupone indiferentemente ya sea una persona física, ya sea una cosa, o un patrimonio, que responde, ya que la responsabilidad es un estado de sujeción, que no presupone una actividad volitiva de quien responde, mientras que tal actividad es necesariamente presupuesta en quien se encuentra en estado de deuda o deber"(31)(99).

A los antecedentes romanos y germánicos que acaban de mencionarse harto sucintamente, se unen los del derecho franco aportados en la interesante obra de Fabio Konder Comperato, que resume así sus conclusiones: "Al comienzo, la independencia entre promesa y garantía (promesse et engagement) es total - «promettre et tenir sont deux» - y la garantía se agrega, por así decirlo, de lo exterior a la promesa por la constitución de un rehén o de una prenda, o de ambos a la vez. Por la generalización de las cauciones ficticias se llega a admitir la validez de la garantía en sí misma. Pero ésta permanece todavía autónoma en relación con la promesa, y una operación independiente de garantía es necesaria a fin de constituir verdaderas obligaciones. Es recién a partir del siglo XIII, y por lo tanto ya en el apogeo del feudalismo, que se entra en la tercera etapa: por una parte, el renacimiento del derecho romano, con la creación de las primeras universidades, tiende a rehabilitar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

práctica de los contratos consensuales, obligatorios en virtud del mero intercambio de consentimientos; la influencia creciente del cristianismo sobre los espíritus, por otra parte, contribuye a difundir el respeto de la palabra dada y a imponer la necesidad de investigar la intención de las partes en los actos jurídicos. La regla *solus consensus obligat* se impone definitivamente, lo que significa que el deber, de ahora en adelante, predomina sobre la garantía en las relaciones convencionales. La obligación moderna ha nacido"(32)(100).

Análisis de la obligación(33)(101). La obligación se presenta compuesta por dos elementos dando lugar a dos relaciones distintas y a dos parejas de términos correlativos. La primera relación es la de deuda, que incluye: a) el deber del deudor (estado de presión psicológica, que ha de impulsarlo a cumplir, por ley natural y positiva, configurándolo como sujeto pasivo; y b) la legítima expectativa del acreedor (esperanza o confianza jurídica) que no lo inviste precisamente del carácter de sujeto activo porque debe limitarse a esperar el cumplimiento espontáneo del deudor, aunque disfruta de facultades de control. La segunda relación es la de responsabilidad, que incluye: a) el estado de sujeción de una o varias cosas, o un patrimonio, del deudor o de un tercero (por lo que no existe sujeto pasivo); b) el derecho de agresión del acreedor consistente en su facultad de hacer valer esa sujeción cuando no se cumple espontáneamente con la satisfacción de la deuda; c) el objeto, cosas o patrimonio sometidos a la acción del acreedor. La relación de *debitum* se ubica en la esfera de lo espiritual, ético; las dos situaciones que ofrece, del deudor y del acreedor, surgen y permanecen en el ámbito de lo subjetivo. La relación de responsabilidad campea en lo objetivo - patrimonial, existiendo ab. inicio potencialmente y pasando al acto con el incumplimiento del deudor.

Ningún autor contemporáneo soslaya el problema del dualismo "deuda y responsabilidad", así no sea más que para explicarlas como dos virtualidades concomitantes(34)(102) o, tal vez, como dos fases lógicas y cronológicas(35)(103). Si perfiladas como elementos diferentes que se aproximan entre sí para componer la obligación moderna, síntesis de deber y garantía, se insiste en que, en el extremo pasivo, luce esencial diferencia entre lo que se debe cumplir y lo que se arriesga soportar por el incumplimiento, y en que, en el extremo activo, el derecho a aprovechar una prestación del deudor no se confunde con el poder de constreñirlo a ejecutarla. Las dos relaciones jurídicas son distintas por su objeto y su naturaleza: un comportamiento humano en un caso; la persona del deudor, su patrimonio o cosas determinadas que le pertenecen, en el otro. En la primera de las relaciones, deudor y acreedor están todavía en un pie de igualdad, se refinan sobre el mismo plano jurídico, en la esfera de la voluntad y de la libertad, mientras que en la garantía la posición de equilibrio y de igualdad entre las partes ha desaparecido pues la garantía nace directamente de la ley con independencia de la voluntad de las partes, especialmente del deudor(36)(104). "Deuda y garantía están soldadas en la obligación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

según un orden de subordinación. El deudor está sujeto a la ejecución porque debe cumplir la prestación, el acreedor se basa para poner en acción su poder de constreñir en que tiene derecho a dicha prestación. En la obligación moderna, el deber prima sobre la garantía"(37)(105).

Posibilidad de disociación y de desigual extensión entre deuda y responsabilidad. Distinguir entre deuda y responsabilidad es útil para penetrar la intimidad de la relación obligacional, para, por así decirlo, efectuar su disección, con positivo valor didáctico pero también axiológico. Su trascendencia no va más allá cuando coinciden en sujeto y extensión pero adquiere otra relevancia en dogmática jurídica cuando se disocian por presentarse una con exclusión de la otra o recaen sobre distintos sujetos con respecto a una misma prestación o varían en extensión(38)(106). Precisamente lo que importa a los efectos del presente trabajo es detectar la posibilidad de la doble falta de correspondencia para poder atribuir al cónyuge no contratante una responsabilidad nacida de la ley, sin deuda y limitada a determinados bienes de su patrimonio.

La deuda sin responsabilidad ha sido ya ejemplificada: es la obligación natural. La diferencia de extensión entre deuda y responsabilidad de un mismo sujeto aparece en hipótesis de fácil captación: las variadas figuras de responsabilidad limitada, por ejemplo, la del aceptante beneficiario de herencia. Comperato analiza como caso de poder de coacción más extendido que el crédito o de responsabilidad más extendida que la deuda, el de las obligaciones solidarias e indivisibles; como hipótesis de disociación relativa entre deuda y garantía en cuanto al sujeto activo, la estipulación por otro, y de la misma disociación pero absoluta, la representación necesaria. Como ejemplos de disociación relativa entre deuda y responsabilidad en cuanto al sujeto pasivo, señala la caución personal y la caución real, y finalmente, interrogándose sobre la posibilidad de una disociación total de este tipo, en la cual el acreedor se encontrara frente, a la vez, de un deudor no responsable y de un responsable no deudor, sugiere la deuda del asegurado y la responsabilidad del asegurador y también la deuda del dependiente incurso en hecho ilícito y la responsabilidad de su principal, pero califica la situación de disociación total entre deuda y garantía como extraña y al margen de la noción de obligación(39)(107).

Las enumeraciones expuestas por la doctrina extranjera favorable al reconocimiento de la importancia jurídica de la distinción entre deuda y responsabilidad, conducen a un extremo probablemente no deseado. En efecto, al ser tan amplias confunden sus límites con toda la teoría de la obligación, mostrando la imagen de un principio general, apto para tipificar el género como núcleo de donde partan las diferencias de detalle que permiten distinguir las especies.

En la doctrina argentina se mencionan como posibles ejemplos de disociación entre deuda y responsabilidad, además de la obligación natural (art. 515 Cód. Civil), la cláusula penal en seguridad de deuda ajena (art. 664), la promesa del hecho ajeno (art. 1163), la fianza (art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1986), la hipoteca o prenda en garantía de deuda ajena (art. 3121), la responsabilidad del tercer poseedor del inmueble hipotecado (arts. 3162 y ss.)(40)(108), las obligaciones de contenido ambulatorio que recaen activa y pasivamente sobre todo poseedor de una cosa (arts. 2736, 2726)(41)(109). Pero ni aun los ejemplos aparentemente más sólidos carecen de fisuras, y así, Messineo emplaza a la obligación natural fuera del área de lo jurídico(42)(110) y Llambías destruye uno a uno los ejemplos que menciona, o por existir en el presunto responsable no deudor una obligación de contenido peculiar, pero obligación al fin, con su contenido de deuda y responsabilidad, o por no existir deuda ni responsabilidad por no haber obligación sino que se presenta la normal derivación del funcionamiento de un derecho real(43)(111).

Sobre todo, es difícil rehusarse a reconocer la oposición lógica entre "no deber" y "sanción". "Es contradictorio, sostiene Llambías, admitir la imposición de la sanción que corresponde a la infracción del deber de satisfacer la prestación sin que exista tal deber a cargo del sujeto sancionado: en esta hipótesis la sanción está huérfana de razón suficiente"(44)(112). Y, por otra parte, nadie duda de que la ley es fuente de la que pueden nacer no sólo responsabilidades, sino también deberes jurídicos, entre ellos, el de satisfacer una determinada prestación: este deber constituye, esencialmente, una deuda.

Aplicación de la distinción entre deuda y responsabilidad a las deudas comunes conyugales. Guaglianone opina que el cónyuge no contratante se encuentra sometido por ley a sufrir ejecución de determinados bienes suyos sin ser deudor, sólo porque es responsable, fundándose en que no hay disposición o referencia legal alguna de la que haya de deducirse que el hecho de contratar uno de los esposos origine una obligación cuyo sujeto sea el otro consorte, con responsabilidad limitada. En consecuencia, no aparece el vínculo obligacional entre el acreedor y el cónyuge no contratante que es un tercero con respecto al que liga al acreedor y al cónyuge deudor, tampoco existe pluralidad de sujetos pasivo y la acción que compete al acreedor con respecto al no deudor es una acción dirigida a efectivizar su responsabilidad pero no una acción creditoria. Explica: "Esta acción dirigida a hacer efectiva la responsabilidad del cónyuge del deudor, es, en sí misma, un medio de ejecución de la otra, la creditoria. Y desde que ése es su carácter, no puede haber duda de que la primera presupone el ejercicio anterior o contemporáneo de la segunda. En otras palabras, sólo el progreso de esta última abre la posibilidad de que el acreedor se encuentre autorizado a dirigirse contra los frutos de los bienes del cónyuge deudor, lo cual crea una anterioridad lógica que no coarta el ejercicio simultáneo de ambas acciones, aunque el progreso de una se halle subordinado al de la otra".

La acción contra el cónyuge no contratante ofrece, siempre según Guaglianone, un atisbo de acción directa, con cuyo ejercicio el acreedor actualizaría el deber de cooperación del demandado, deber de cooperación que es el fundamento del carácter común de la deuda y que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituye una obligación civil, razonamiento por el cual el autor comentado vuelve al punto de partida, para decir ahora que "desde este punto de vista ya no sería en razón de una responsabilidad sin deuda por lo que el no contratante puede verse ejecutado en sus bienes, sino por virtud de una deuda personal, cuyo cumplimiento exigiría un tercero; en este caso, el acreedor de su acreedor"(45)(113).

También Spota invoca la distinción entre deuda y responsabilidad para explicar el poder de agresión del acreedor contra determinados bienes del cónyuge que no contrajo las obligaciones de objeto - fin previsto en el artículo 6º de la ley 11357(46)(114).

Traduciéndose principalmente la interpretación expuesta en un orden para el ejercicio de la acción del acreedor, primero contra el cónyuge contratante y recién después contra quien no lo fue, le son extensivas las críticas que recaen sobre la tesis que ve un fiador en este último. Doctrinariamente importa más, sin embargo, oponerle la crítica a la distinción misma entre deuda y responsabilidad, concebidas como entidades susceptibles de disociarse al punto de que pueda investirse el carácter de responsable sin ser deudor. El cónyuge no contratante es responsable porque es deudor, originándose su deuda en una disposición legal que le atribuye dicha responsabilidad, porque no cabe responsabilidad sin deudor. No es tampoco argumento despreciable el de la complejidad teórica y práctica que ofrecería la deuda común conyugal si se la estructura con un acreedor que enfrenta a un deudor - responsable (el contratante) y a un responsable no deudor (el no contratante), esto es, a dos responsables y a un solo deudor.

B) Tesis según las cuales uno u otro cónyuge puede ser demandado indistintamente

a) La deuda común conyugal ejemplifica una obligación de sujeto pasivo alternativo. Las obligaciones de sujeto pasivo alternativo son aquellas en que el deudor se halla indeterminado entre varios deudores determinados.

Son sus caracteres: unidad de causa; pluralidad originaria de vínculos; indeterminación originaria del deudor, a determinarse mediante la opción del acreedor; unidad de prestación; condicionalidad de la deuda con respecto a cada deudor indeterminado (en consecuencia, el pago de la deuda por uno de los deudores la extingue para él por el efecto normal del pago y para los otros deudores por el cumplimiento de la condición resolutoria a que estaba sujeta su deuda, y aun si aquél cumplió constreñido, aunque el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho, pues la elección del sujeto a demandar precisa definitivamente la figura del deudor); falta de interés asociativo entre los deudores, que permanecen extraños entre sí (el deudor que pagó carece de recurso contra los demás, salvo que justifique la causa paralela de su pretensión; por ejemplo, mandato)(47)(115).

La aproximación de estas obligaciones con la estructura y funcionamiento de la deuda común conyugal aparece en la pluralidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vínculos (del acreedor con uno y otro consorte), la indeterminación del deudor a demandar entre marido y mujer, determinable mediante la opción del acreedor, la prestación única y la extinción por el pago que libera a ambos esposos. Nótese, por el contrario, las decisivas diferencias: en la deuda común conyugal no hay unidad de causa y el pago parcial no comporta la extinción del derecho del acreedor a dirigir su poder de agresión por el saldo a su favor, contra el consorte no demandado originariamente.

b) Le deuda común conyugal ejemplifica una obligación de sujeto pasivo plural. Las deudas de sujeto plural obedecen a una causa única en cuya virtud dos o más personas asumen o quedan emplazadas en el carácter de deudores de una prestación con respecto al acreedor, dándose pluralidad de vínculos en una relación obligacional única. La unidad de causa priva en la calificación por sobre la importancia de la unidad de objeto porque ésta no es óbice a la independencia de las deudas, conexas por dicha comunidad objetiva, que han nacido de causas distintas. A su vez, la unidad de causa no excluye lo que es típico de la obligación mancomunada y configura la pluralidad de vínculos: la incorporación de cada sujeto a la relación es el resultado de un acto personal suyo independiente de los idénticos otorgados por sus compañeros(48)(116), o en su caso, le ha sido personalmente impuesta por la ley.

El paralelo entre las deudas mancomunadas y la común conyugal basta para negar a la segunda la naturaleza de las primeras. En efecto, el cónyuge - no contratante no ha obrado personalmente con resultado obligacional ni puede - sostenerse que lo hizo a través de su consorte que hubiera obrado simultáneamente en nombre propio y como mandatario suyo(49)(117). Esta última suposición es indefendible, no por improcedencia del mandato entre cónyuges, por supuesto, sino porque desplaza totalmente el régimen organizado que se basa como regla en la separación de deudas y señala a la ley misma como fuente directa del derecho del acreedor a dirigirse contra el consorte con quien no contrató. Spota enseña que la atribución que tiene un cónyuge de comprometer ciertos bienes del otro "no reconoce como fuente un poder representativo, sino una atribución legal" y que "no cabe hablar de exclusión o limitación del poder de un cónyuge por voluntad del otro, ya que esa atribución emana de la ley y no de un consentimiento presunto"(50)(118). Y por su parte, la obligación del consorte contratante se origina directamente en su acto jurídico y sólo mediatamente en la ley por el principio general de responsabilidad por las deudas contraídas. Ergo, falta la unidad de causa indispensable para configurar la obligación de sujeto pasivo plural. Pero es igualmente útil prolongar la consideración del tema en las dos hipótesis en que se diversifica. Simplemente mancomunadas. Es inaplicable a la deuda común conyugal el principio del fraccionamiento que rige en materia de obligaciones activa o pasiva simplemente mancomunadas. En caso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrario, el acreedor se vería obligado a demandar a ambos esposos para obtener plena satisfacción de su acreencia, aun cuando uno solo de ellos fuera solvente con respecto al monto íntegro de ésta. Mazzinghi subraya con exactitud que el texto del artículo 6° autoriza a exigir toda la deuda del cónyuge no contratante(51)(119). Además existe asociación de intereses entre uno y otro cónyuge, a exteriorizarse a la disolución de la sociedad conyugal, con los restringidos alcances expuestos ut supra(52)(120).

Solidarias. Su estructura y funcionamiento ofrecen un más amplio margen de similitud con los de la deuda común conyugal: la totalidad de la prestación es exigible a marido o mujer sin previa demostración de la insolvencia del contratante; la demanda contra uno de ellos no extingue el derecho a exigirla del otro si el primero resultó insolvente; el deber de contribución juega en los límites recién recordados. Pero está excluida la demanda conjunta no autorizada por las palabras del artículo 6° que considera al no contratante con la independencia de su cónyuge y, fundamentalmente, no aparece ni la estipulación convencional en "términos inequívocos" ni la norma legal expresa necesarias como fuente de solidaridad según el artículo 701(53)(121). Si alguna duda cupiera sobre la segunda afirmación, por entenderse que tal norma expresa es el mismo artículo 6°, es posible superarla comparando su redacción con las de otras normas que verdaderamente crean solidaridad, por ejemplo, los artículos 1081, 3870, o en el plano contractual, los artículos 1945, 2281, etc.

c) La deuda común conyugal ejemplifica un caso de obligaciones concurrentes. Doctrinaria y jurisprudencialmente se distinguen las obligaciones solidarias de otras que se les aproximan por ser exigibles en su totalidad a más de un deudor, diferenciándose luego por la inexistencia de vinculación entre los sujetos pasivos. Restringida la solidaridad a la perfecta, cuando creada y reglamentada a modo de única forma, como sucede en el derecho argentino, estas obligaciones se denominan con mayor acierto obligaciones concurrentes o in solidum. Consideradas las deudas comunes conyugales desde este punto de vista, marido y mujer aparecen como sujetos pasivos de dos obligaciones distintas, relativas a un único objeto y a un único sujeto activo (acreedor o acreedores). Ante la unidad de objeto y de sujeto activo, la dicotomía obligacional sólo puede tener un fundamento: cada obligación nace de una causa - fuente específica y distinta de la que origina la otra. Según Von Thur, la diferencia con la solidaridad "debe buscarse en que los créditos solidarios descansan en el mismo fundamento jurídico, mientras que los créditos concurrentes descansan en fundamentos jurídicos distintos"(54)(122)

La caracterización de las obligaciones concurrentes destaca sus diferencias con las solidarias: no involucran una vinculación entre los sujetos pasivos, no se aplica en ellas el principio de contribución ni el efecto subrogatorio del pago, sin perjuicio de que, en algunos casos, el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deudor que pago pueda recuperar lo oblado, pero entonces en virtud de reglas particulares de la deuda de que se trata(55)(123). Consecuencias de la distinción de las obligaciones son también la independencia de la prescripción, la incomunicabilidad de la culpa y de la mora y la insensibilidad de las restantes deudas a la extinción de una de ellas si resulta de un acto que no satisfaga al acreedor, porque si fue satisfecho mediante el pago, nada podrá exigir de los otros deudores por falta de causa(56)(124)

Mazzinghi ha efectuado sagazmente el mayor esfuerzo por explicar la deuda común conyugal por el régimen de las obligaciones concurrentes partiendo del argumento decisivo de la diversidad de causas: el negocio que celebró para el cónyuge contratante, la ley, para su consorte. Y lo corrobora con todo el sistema de deudas de los esposos y su evolución legal, pues, en el último aspecto, equilibra la situación del acreedor ante la disminución que significó para su garantía la supresión del artículo 1275, argumento incluso aceptable para la doctrina que lo considera subsistente, mas sólo aplicable al pasivo definitivo de los cónyuges. Reclamando la protección del acreedor la satisfacción in totam de su crédito, ante la falta de solidaridad legal expresa, Mazzinghi concluye en que el régimen de las obligaciones concurrentes proporciona la solución más razonable y equitativa(57)(125).

En apoyo de esta tesis debe aportarse la inexistencia del derecho a exigir la contribución del cónyuge que no sufragó la deuda; que las atenuaciones oportunamente señaladas no alcanzan a desplazar como principio sin excepción vigente la sociedad conyugal. En último caso, si se piensa que dichas atenuaciones bastan para demostrar que la contribución se da de hecho, ello procedería de lo específico de la deuda común sin mengua de la razón fundamental que hace a su calificación como hipótesis de obligaciones concurrentes.

En las deudas comunes conyugales luce muy claramente la insensibilidad de una deuda a la extinción de la otra por medio distinto del pago total. Quien hizo remisión de la deuda a uno de los cónyuges tiene la vía expedita para demandar al otro: no hace cosa muy distinta cuando opta por demandar a uno de ellos si lo hace acompañado por la certeza de su solvencia.

C) Conclusión

La insuficiencia de los textos legales problematiza al intérprete convocado a una toma de posición personal. De la redacción de los artículos 5º y 6º derivan dos puntos de apoyo: la deuda puede exigirse por su totalidad a uno u otro consorte y la causa de la obligación es distinta para uno y otro. El resto es materia de construcción jurídica en un esfuerzo por armonizar el régimen conyugal de bienes y el legítimo derecho del acreedor.

Por las razones esbozadas al exponer cada teoría, es dado inclinarse por la tesis de las obligaciones concurrentes que respeta las consecuencias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la razón de ser de la deuda común al señalar un deudor en el consorte que no contrajo la deuda. Tanto si paga espontáneamente como si paga porque es demandado o si ve sus bienes ejecutados como resultado de la acción del acreedor, el cónyuge no contratante debe sentirse moral y psicológicamente presionado a hacerlo o a soportarlo, porque cumple con un deber: es suya la típica figura del deudor responsable.

En síntesis: las deudas comunes conyugales son deudas concurrentes que se esquematizan en la convergencia sobre el mismo objeto con respecto al mismo acreedor, de dos obligaciones distintas, cuyos sujetos pasivos son un deudor con responsabilidad ilimitada (el que contrajo la deuda) y un deudor con responsabilidad limitada a los frutos de los bienes propios y de los gananciales que administra (el que no la contrajo)(58)(126).

2. COBRO JUDICIAL DE LAS DEUDAS COMUNES CONYUGALES

1º) Durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial

Una vez caracterizadas las deudas comunes conyugales es sencillo precisar los alcances de su cobro judicial en las etapas definidas por las vicisitudes de la sociedad conyugal.

Durante la vigencia del régimen de bienes, el acreedor que opta por dirigirse contra el cónyuge que la contrajo podrá ejecutar sus bienes propios y los bienes gananciales que administra, sin más límites que las dio posiciones especiales que excluyen de embargo a ciertos bienes (para el contratante, la deuda con finalidad prevista en el artículo 6º es una deuda personal que no se distingue de sus otras deudas personales). Si el acreedor opta por dirigirse contra el consorte que no contrajo la deuda, sólo podrá embargar los frutos de sus bienes propios y de los gananciales que administra, con idénticas excepciones. Existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial en extender la posibilidad de ejecución a la retribución por el trabajo personal (sueldos, salarios, honorarios, producido de derechos intelectuales) del no contratante mientras no hayan sido capitalizados, en decidida interpretación forzada de la ley impuesta por equidad.

Por lo tanto y dado el régimen de gestión instrumentado por los artículos 1276 y 1277 del Código Civil en su redacción de la ley 17711: el marido que contrajo la deuda responde por ella con sus bienes propios, los gananciales por él adquiridos y los gananciales cuyo origen fuera dudoso o de difícil prueba; la esposa que contrajo la deuda responde por ella con sus propios y los gananciales que ha adquirido; el marido o la esposa que no contrajo la deuda responde con los frutos de los bienes recién especificados para cada uno.

Importa precisar el concepto de gananciales de origen dudoso o de difícil prueba y los márgenes de ejecución de los gananciales adquiridos por ambos esposos empleando fondos o bienes gananciales de uno y otro ("gananciales de titularidad dudosa" y "gananciales de titularidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conjunta"). La prolongada e interesante controversia judicial y doctrinaria planteada con respecto a los primeros puede estimarse superada por el plenario de las Cámaras Comerciales de la Capital que se inclinó por la tesis de la titularidad, resolviendo que el hecho de que un bien figure como adquirido por uno de los cónyuges es suficiente para excluirlo de la acción de los acreedores del otro, es decir, es la duda sobre el nombre del titular de los derechos sobre el bien la que determina su sometimiento a la gestión marital, con todas sus consecuencias(59)(127). Con respecto a los gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos, la jurisprudencia parece decidida a inclinarse por aplicarles las normas del condominio, directamente o por analogía(60)(128), de las cuales deriva que la porción indivisa del cónyuge que contrajo la deuda es ejecutable por ésta. Fue así resuelto por el Juzgado de 1ª Instancia en lo Comercial de la Capital N° 23, en una especie en la que el doctor Atilio Aníbal Alterini dispuso la ejecución de la parte indivisa correspondiente al cónyuge deudor(61)(129).

Cuando se demanda al cónyuge no contratante, la ejecución sólo puede recaer sobre los frutos de los bienes indicados y si es éste de titularidad conjunta, sobre la parte proporcional que de ellos corresponda.

Tratándose de dos deudores independientes, ni marido ni mujer puede excusarse invocando que el otro posee bienes suficientes para saldar la deuda, y según lo ya expuesto, el cobro parcial no obstaculiza la acción contra el no demandado originariamente para lograr la plena satisfacción del acreedor.

Cabe preguntarse si es aplicable el artículo 6º en caso de que se haya fijado cuota de alimentos a favor del cónyuge y/o de los hijos. Es obvio que el acreedor puede embargar las cuotas vencidas del alimentado que contrató con él y que puede subrogarse para exigir el cumplimiento de la obligación por el alimentante. Pero ¿ queda privado del derecho a dirigirse contra éste, como cónyuge no contratante? La respuesta negativa se impone en principio porque el monto de la cuota alimentaria expresa un término medio prudencial adecuado a las necesidades del o los alimentados que no puede comportar para el alimentante la total liberación de sus deberes conyugales y paternos, cuando subsiste el hogar común, la apariencia de vida familiar normal. Parece razonable, sin embargo, que el cónyuge que pasa los alimentos pueda excusarse invocando que su contribución a los gastos del hogar ya ha sido concretada en la cuota, siempre que a juicio del Tribunal, realmente cubra el deber de asistencia patrimonial y sólo hasta la concurrencia de su monto. En la medida en que un gasto prudente según las circunstancias del caso, exceda dicho monto o lo reduzca haciéndolo insuficiente para otros gastos necesarios, el cónyuge no contratante alimentante es deudor y responsable por la deuda contraída por el otro. De rechazarse esta conclusión, bastaría el acuerdo de los esposos o la provocación que conduzca a la demanda por alimentos, para modificar el régimen de deudas imperativamente impuesto por la ley 11357.

Influencia de la quiebra de los esposos. Es imaginable el infrecuente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

planteo de la situación pues el acreedor optará por el deudor no sometido a concurso o quiebra.

Quiebra del cónyuge contratante. Las deudas contraídas con las finalidades del artículo 6° están sometidas al régimen de las otras deudas del quebrado que las contrajo, con privilegio general en los términos del artículo 271 de la ley 19551, para los créditos "provenientes de alimentos y demás necesarios para el consumo diario de la casa del deudor y las personas que viven con él; por los seis meses anteriores a la apertura del concurso" (art. 270, inc. 6] de la ley citada). La ley 20744 los ha ubicado con preferencia a los créditos laborales (art. 297 in fine).

El marido quebrado queda desapoderado de sus bienes propios, de los gananciales de su titularidad, de los gananciales de titularidad dudosa y de su porción indivisa de los gananciales de titularidad conjunta; la esposa, de sus bienes propios, de los gananciales de su titularidad y de su porción indivisa de los gananciales de titularidad conjunta.

Es innecesario aclarar que el cobro judicial contra el cónyuge deudor no es un "proceso fundado en relaciones de familia", cuyo trámite se suspende por la apertura del concurso preventivo y que queda fuera de la prohibición de deducir nuevas acciones y del fuero de atracción (arts. 22, 1.3 y 136 de la ley 19551). Los procesos a que se refieren las normas recién mencionadas son los de alimentos (con excepción de los adeudados por el fallido antes de la sentencia de quiebra que pueden reclamarse en el concurso, art. 160 de la ley 19551), litis expensas, rendición de cuentas por razones familiares, indemnizaciones o recompensas, los juicios emergentes de la aplicación del artículo 1277 del Código Civil, los procesos vinculados a la legítima(62)(130).

Quiebra del cónyuge no contratante. Por tratarse de obligaciones concurrentes, es indudable que las deudas comunes cuyo cumplimiento se exige al cónyuge no contratante han de plantearse en su concurso, si se optó por exigírselas en lugar de hacerlo a su consorte contratante. La dificultad surge de la limitación de responsabilidad de aquél, que obliga a una difícilísima identificación de los frutos de propios y gananciales en el trámite concursal y a calcular la proporción en que los créditos por deudas conyugales comunes han de ser satisfechos sobre tales frutos, para no afectar el interés de los restantes acreedores.

Influencia de la tramitación del juicio de divorcio o de separación de bienes. Los efectos disolutorios del divorcio sobre la sociedad conyugal no son retroactivos con respecto a los acreedores de buena fe (art. 1306 Cód. Civil). Por lo tanto, la influencia que del trámite de aquél puede derivarse para los acreedores sólo resultaría de las medidas precautorias que hubieran tomado los consortes, respondiendo a los principios generales en la materia.

2º) Durante la indivisión postsocietaria

La disolución de la sociedad conyugal produce la aparición del condominio y/o de la copropiedad, en su caso, sobre los bienes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gananciales. Este hecho modifica la constitución del patrimonio con que los esposos responden a sus acreedores, determinando lo que acertadamente ha calificado Guaglianone de "encogimiento" y "estiramiento" de la garantía de los mismos(63)(131). El patrimonio - garantía de cada cónyuge aparece integrado por sus bienes propios y una mitad del total de los gananciales con lo que se incrementa el patrimonio del cónyuge en la medida en que existen gananciales de titularidad del otro y disminuye en la medida en que debe compartir los de su titularidad. Los gananciales de titularidad dudosa aumentan el patrimonio de la esposa y disminuyen en el patrimonio del marido, y los gananciales de titularidad conjunta son regidos por la regla general correspondiendo por mitades a cada esposo cualquiera haya sido la medida de su participación al adquirirlos.

Si bien el riesgo del acreedor es uno más de los que normalmente corre, puede resultarle particularmente grave si su deudor personal carece de bienes propios. Aun el ingreso de gananciales del patrimonio del consorte al patrimonio de su deudor no le comporta una ventaja inmediata, pues las partes indivisas indeterminadas son inejecutables(64)(132). Es equitativo, entonces, que el condominio o copropiedad sobre los gananciales no le sea oponible mientras no haya sido publicitado mediante su inscripción, según dispone el Código Civil (art. 2505) y distintas leyes (decreto - ley 6582/58, leyes 17801 y 19550) y, tratándose de cosas muebles, mientras no se haya adquirido la posesión. El acreedor podrá anticiparse con medidas precautorias anteriores a la publicidad del condominio o copropiedad(65)(133).

Por lo tanto, el cónyuge responde por sus deudas personales anteriores o posteriores a la disolución y por las deudas comunes que haya contraído, con sus bienes propios y su cuota de gananciales, habida cuenta de lo explicado sobre la inoponibilidad al acreedor de la indivisión de los últimos.

El acreedor puede ejecutar los bienes propios de su deudor y, con respecto a la cuota de gananciales que le corresponde, debe esperar a la partición e inscripción de las hijuelas y puede subrogarse para pedir la partición o activar las operaciones pertinentes. Las deudas personales y las comunes contraídas por el consorte difunto quedan sujetas al régimen sucesorio.

La interpretación expuesta no contradice al artículo 5° de la ley 11357. Si la sociedad conyugal se disolvió en vida de los esposos, cada uno continúa respondiendo a sus acreedores con sus bienes propios y con los gananciales que administra, siendo conjunta la administración de los gananciales indivisos, ya sea que se aplique el artículo 3451 del Cód. Civil o las reglas del condominio. Se satisface al legislador que tomó en cuenta para establecer dicha norma la composición del patrimonio de cada cónyuge, exteriorizada en la administración susceptible de ser apreciada por el acreedor potencial(66)(134). Si la sociedad conyugal se disolvió por causa de muerte, el lugar del cónyuge administrador difunto es ocupado por sus herederos, y el del supérstite, si no ha asumido la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administración de la indivisión postsocietaria - hereditaria, por el administrador designado a tal fin.

Lo explicado no ofrece dificultades insuperables cuando se trata de las deudas personales. Pero las comunes plantean dos cuestiones que, en orden lógico, son las siguientes: 1º) Si se dividen de pleno derecho a la disolución de la sociedad conyugal; 2º) si la limitación de responsabilidad emergente del artículo 6º sigue en vigencia.

a) Si se dividen de pleno derecho a la disolución de la sociedad conyugal

Guastavino estima que la división de pleno derecho a la disolución opera por la aplicación de las disposiciones del libro IV del Código Civil, especialmente de los artículos 3490, 3491 y 3494, pero en cuanto al aspecto común, no al personal, es decir, el que contrajo la deuda responde por el total; el que no la contrajo, por la mitad, a diferencia de lo que sucede en materia hereditaria en que la división se produce para todos los herederos por lo que dicho distinto efecto tendría lugar siempre que no mediara el deceso del cónyuge contratante, pues entonces la división de pleno derecho y la no solidaridad se aplican con respecto a todos. "La yuxtaposición de deudas personal y común quedaría sin efecto por haber desaparecido el deudor personal"(67)(135).

Guaglianone, que entiende que la indivisión postsocietaria configura una universalidad jurídica comparable a la hereditaria sin serle idéntica, sostiene que "el contenido de la masa postcomunitaria se integra aun con los créditos y deudas objetivamente divisibles, pues la división de pleno derecho - expresamente dispuesta en el régimen sucesorio, aunque no sin problema - es una posibilidad no prevista por la ley y generalmente rechazada por la doctrina"(68)(136).

En primer lugar, ha de recordarse que la división de pleno derecho de las deudas del causante es criticada y objeto de divergencia doctrinaria en cuanto al momento en que ocurre, contraponiéndose el de la apertura de la sucesión y el de la partición concluida(69)(137). Para la sociedad conyugal, dichas fechas serían las de la disolución oponible a terceros y la de la partición societaria, incluso en la hipótesis de disolución por causa de muerte, dado que la liquidación del régimen conyugal de bienes es previo al de la herencia. Efectuada esta aclaración, es apropiado remitirse, a lo sumo, a la fecha de partición de la sociedad conyugal, si es que se juzga inevitable aplicar la regla sucesoria de la división de las deudas. La solución más equitativa reclama, en efecto, que las deudas comunes sean exigibles por el total a uno u otro cónyuge porque se compensa el perjuicio que puede experimentar el acreedor por el encogimiento del patrimonio de quien contrató con él, no se le requiere doble acción para satisfacerse y la división de las deudas no se proyecta como obstáculo a la actividad económico - jurídica de los casados por incorporar otro riesgo más que vendría a sumarse al de la muerte del deudor. Es, además, la solución más simple y más acorde con los principios generales que hacen del patrimonio del deudor la garantía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

común.

b) Si el cónyuge no la contrajo es responsable con todo su patrimonio

La aplicación del artículo 6° después de la disolución de la sociedad conyugal no es imposible porque no lo es identificar los frutos de los bienes propios del no contratante, vivo o difunto, devengados después de la disolución (extraños a la indivisión postsocietaria), ni los frutos de los gananciales que administra (con los alcances expuestos ut supra), que constituyen la mitad del total de gananciales. Los frutos de los bienes propios y de los gananciales de titularidad del no contratante devengados antes de la disolución, entran en la indivisión capitalizados y no responderían ya a la calificación del artículo 6°. Ha de tenerse en cuenta también aquí la inoponibilidad de la disolución a terceros que, en materia de condominio o copropiedad, está sujeta a los requisitos explicitados previamente y, en materia de sueldos, salarios, honorarios, depende de la fecha en que se produzca para terceros de buena fe, la que no coincide con la aplicable a los cónyuges en caso de divorcio o separación de bienes (art. 1306, Cód. Civil). Hasta que sea oponible a los acreedores, dichos emolumentos son gananciales, aunque ya no lo sean para los esposos (art. 1301, Cód. Civil) y no parece razonable excluirlos de la interpretación que los equipara a frutos a los efectos de la ejecución de las deudas comunes conyugales efectivizadas durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Caso de quiebra de uno de los cónyuges. Las soluciones son las mismas en caso de quiebra de uno de los cónyuges durante la indivisión postsocietaria o produciéndose ésta durante el proceso concursal. En el patrimonio desapoderado del quebrado entran la totalidad de sus bienes propios y su mitad indivisa de gananciales(70)(138). Para las deudas comunes conyugales exigidas al no contratante, habría que recurrir a la ahora doblemente dificultosa, casi imposible, identificación de los frutos de sus bienes propios y gananciales, absorbidos por la quiebra.

c) Conclusión

No escapa que la sencillez de las soluciones propuestas es engañosa y que contrasta con la enorme dificultad que ofrece el cobro judicial de las deudas comunes durante la indivisión postsocietaria, en la que convergen reglas de la partición hereditaria, de la liquidación de las sociedades comerciales por las remisiones de los artículos 1262 y 1777, del condominio e incluso de los Códigos Procesales. Belluscio, que opina que la limitación de responsabilidad del no contratante es más justa, objeta "que podría conducir a sostener que la partición debiese realizarse sobre los activos líquidos de uno y otro cónyuge; no es este el sistema legal, que lleva al cómputo del activo líquido de la comunidad mediante el cálculo del activo bruto total y la deducción de él de las deudas comunes, sean de uno u otro cónyuge". Compartiendo su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aspiración por una ley aclaratoria(71)(139), se estima que la interpretación aquí sustentada es armónica con la estructura y dinamismo del régimen conyugal de bienes y accesible de hecho, sin que ello signifique una irreductible contradicción con el sistema de su liquidación Y aun en el supuesto más complejo, el de la sociedad conyugal disuelta por causa de muerte, porque su liquidación es previa a la determinación de la masa hereditaria.

3° Después de la partición

Las deudas comunes conyugales a cobrarse judicialmente después de la partición concluida en vida de ambos esposos, son exigibles al cónyuge contratante o a su consorte, quienes responden con su patrimonio íntegro constituido por sus bienes personales, esto es, los ex propios suyos, los ex gananciales que le fueron adjudicados en la cuenta particionaria y todos los bienes adquiridos después de la disolución. En caso de partición de sociedad conyugal disuelta por causa de muerte se aplican las normas específicas de la sucesión mortis causa en lo que respecta al consorte difunto.

Pero la extensión de la deuda y la correlativa responsabilidad es distinta en esta etapa: al cónyuge contratante puede exigírsele el total por la necesaria yuxtaposición del aspecto personal y el aspecto común de la deuda(72)(140), esencialmente, porque la deuda común conyugal es deuda personal suya; al cónyuge no contratante puede exigírsele la mitad porque ahora es ineludible la regla de la división de las deudas (art. 3490 del Cód. Civil) de acuerdo a la remisión a la partición hereditaria que la ley argentina hace tanto para la partición de la sociedad conyugal disuelta por causa de muerte (art. 1313, Cód. Civil) como para la división del condominio (art. 2698, Cód. Civil) y de la sociedad civil (art. 1788, Cód. Civil). Aun la sucesión del consorte debe el total de la deuda común contraída por el causante, porque para él priva el carácter de deuda personal sobre el carácter de deuda común y sólo cuando predomina la cualidad de común (tal como sucede para el no contratante, vivo o difunto) es dado aplicar la regla divisoria. Nada obsta, por supuesto, a la división de las deudas del difunto entre sus herederos. Los artículos 5° y 6° de la ley 11357 resultan definitivamente inaplicables: ya no existen bienes propios y gananciales sino sólo bienes personales de uno y otro esposo o de un cónyuge y de los herederos del otro, en su caso.

II. DEUDAS CONTRAÍDAS DURANTE LA INDIVISIÓN POSTSOCIETARIA

Las deudas contraídas durante la indivisión Postsocietaria que tengan su origen en el dinamismo de ésta (conservación y administración de los bienes comunes, responsabilidad extracontractual vinculada a las cosas indivisas) son deudas sometidas a la reglamentación del condominio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(arts. 2687, 2688, 2689 y 2690 del Cód. Civil)(73)(141).

Dado que no coincide la fecha de la disolución entre los esposos y con respecto a terceros en caso de divorcio y de separación de bienes por mala administración de uno de los cónyuges o su curatela por un tercero, pueden darse deudas calificadas por las finalidades previstas en el artículo 6º de la ley 11357 que resulten contraídas durante la indivisión atendiendo a la fecha en que se produjo la disolución para los esposos (luego, no comunes según el artículo 1300, Cód. Civil), pero antes de ella para los terceros de buena fe (por ejemplo, contraídas entre la fecha de la notificación de la demanda de divorcio y la fecha de la sentencia, para algunos autores, o de la partición o de su publicidad, para otros). En cuanto a los acreedores, quedan equiparadas a las deudas comunes conyugales contraídas antes y se cobrarán como tales.

III. CARGAS COMUNES POSTERIORES A LA PARTICIÓN

Según el artículo 1300 del Código Civil "durante la separación, el marido y la mujer deben contribuir a su propio mantenimiento y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes".

La norma corresponde al régimen de separación de bienes en que se encuentran los esposos divorciados o separados de bienes por mala administración de uno de ellos o su curatela por un tercero.

La hipótesis escapa a las consideradas deudas comunes conyugales: son deudas personales de los esposos las que contraen para satisfacer las exigencias del artículo 1300. El cónyuge no contratante sólo podría ser demandado probándose su mandato expreso a favor del que contrató, o el tácito, inferible del hecho de que los esposos vivan juntos.