

Capítulo VI

EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Régimen Legal

I. GENERALIDADES

67. Caracterización	318
68. Sobre la naturaleza jurídica de la llamada sociedad conyugal	319
69. Sobre la tipificación del régimen	321

II. BIENES DE LOS CONYUGES

A) *Clasificación*

70. Importancia	323
-----------------------	-----

B) *Bienes propios*

71. Concepto	324
72. 1º) Bienes aportados al matrimonio	325
73. 2º) Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen	326
74. 3º) Bienes que reemplazan a bienes propios (propios por subrogación real)	327
75. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de bienes propios	327
76. 5º) Bienes que son propios por disposición legal expresa	328
77. 6º) Bienes que son propios por aplicación de principios de otras instituciones o de principios generales del ordenamiento jurídico	330
78. Bienes propios en condominio	330

C) *Bienes gananciales*

79. Concepto	331
80. 1º) Bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial	332
81. 2º) Bienes que reemplazan a gananciales (gananciales por subrogación real)	334
82. 3º) Bienes que provienen de gananciales	334
83. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de gananciales	335
84. 5º) Bienes gananciales por disposición legal	335
85. Gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos	335
86. Gananciales anómalos	337
87. Clasificaciones impuestas por el régimen de gestión de los bienes	337
88. Gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba	337
89. Tesis que sostiene la necesidad de mencionar el origen de los bienes empleados en la adquisición	338
90. Tesis de la "titularidad"	338
91. Doctrina y jurisprudencia	340
92. Terminología	341

D) *Bienes mixtos*

93. Generalidades	341
94. Análisis de algunos supuestos	342
95. a) Bienes adquiridos empleando simultáneamente bienes o fondos propios o gananciales	343
96. b) Bienes adquiridos empleando sucesivamente bienes propios y gananciales	343
97. c) Adquisiciones de partes indivisas inmobiliarias durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial	344

98. Síntesis	346
E) <i>Prueba del carácter de los bienes</i>	
99. Presunción de ganancialidad	346
100. Prueba del carácter propio de bienes muebles	347
101. Prueba del carácter propio de bienes inmuebles	347
III. DEUDAS DE LOS CONYUGES	
102. Los dos aspectos de las deudas	351
103. Derecho aplicable	352
104. Clasificación de las deudas	353
A) <i>Deudas personales</i>	
105. El artículo 5 de la ley 11.357	353
106. Caracterización de las deudas personales	354
107. Supuestos de deudas personales	355
B) <i>Deudas comunes</i>	
108. El artículo 6 de la ley 11.357	355
109. Caracterización de las deudas comunes	355
110. Supuestos de deudas comunes	360
C) <i>Régimen de cobro compulsivo de las deudas</i>	
111. Deudas personales	362
112. Deudas comunes	365

la consagración legislativa de su naturaleza jurídica, que debe resultar de los elementos y funcionamiento de la institución misma" (*Contrato de seguro*, p. 423) y aclara que no hay donación de las primas porque falta el *animus donandi*, pues el asegurado que obra satisfaciendo su deber alimentario en sentido amplio, cumple un deber moral. Tampoco se produce transferencia de bienes entre el asegurado y el beneficiario. Guaglianone considera básico el argumento comparativo entre la donación y el seguro poniendo de relieve que la primera determina una *transmisión irrevocable, como regla, en vida del donante*, en tanto que el segundo comporta una *designación revocable en vida del asegurado*.

D) 66. Sanción que recae sobre los contratos prohibidos.

La sanción que recae sobre los contratos prohibidos es la de nulidad absoluta. El negocio puede ser nulo (de nulidad manifiesta) o anulable (de nulidad no manifiesta) según aparezca o no aparezca manifiesto el carácter de cónyuge de los contratantes.

R E G I M E N L E G A L

I. GENERALIDADES

67. Caracterización.

En nuestro derecho *el régimen patrimonial de los cónyuges es legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades*. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones y existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen. A su vez, el inciso 3º del artículo 1217 prevé una convención nupcial que, por ser la única permitida, no constituye obstáculo suficiente para excluir el calificativo de *legal* atribuido al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. Tampoco lo es el limitado campo en que los consortes puede contratar entre sí. Por su imperatividad, el régimen patrimonial matrimonial es de orden público.

Se presentan dos cuestiones genéricas relacionadas entre sí en forma muy estrecha, casi confundiéndose y que bajo la apariencia de una importancia sólo teórica involucran importantes consecuencias prácticas. La primera puede encerrarse en esta pregunta: ¿es correcto seguir hablando de *sociedad conyugal* en derecho positivo argentino?; la segunda ubica ante la problemática de la tipificación del régimen patrimonial matrimonial actual.

68. Sobre la naturaleza jurídica de la llamada sociedad conyugal.

Antes de la ley 17.711, la naturaleza jurídica de la llamada "sociedad conyugal" había suscitado un amplio espectro de divergencias doctrinarias. Pavón, Fassi, Guastavino y Legón sostuvieron la tesis de su índole societaria. Escribiendo ya después de 1968, Belluscio estima que es preciso distinguir entre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal en sí y la existencia o no existencia de su personalidad ideal, concluyendo en que es una sociedad civil de todas las ganancias, impuesta por la ley y carente de personalidad jurídica (ver, sobre este tema en general, el completo estudio de este autor *Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal* en JA 5-1970, 866 y ss., en particular VIII).

En verdad, no puede negarse que se mantienen los elementos que la caracterizan como sociedad en el sistema de Vélez Sársfield y que recuerdan el autor recién citado y los que participaron de la concepción societaria antes de 1968: la denominación no ha sido modificada, la ubicación dentro de los contratos subsiste y no se ha alterado el artículo 1262 que la remite a la sociedad civil como estatuto subsidiario. Se conservan igualmente los caracteres de su especialidad: es un régimen de orden público, ajeno a la voluntad de los esposos y el origen voluntario peculiar de las sociedades reside en ella en la voluntad matrimonial generadora de todos los efectos de la unión conyugal.

La cuestión de la personalidad exige un renovado razonamiento después de 1968 porque es sabido que el artículo 33 reconoce ahora expresamente la personalidad jurídica de carácter privado de las sociedades civiles y comerciales. Aplicándose subsidiariamente a la sociedad conyugal lo prescripto para la sociedad civil, aquélla

gozaría también de personalidad jurídica. Pero Belluscio hizo notar, en su momento, que la doctrina consideraba privada de personalidad a la sociedad comercial accidental o en participación, lo que ha consagrado textualmente la ley 19.550: esta sociedad “no es sujeto de derecho y carece de denominación social” (art. 361). Ergo, existe al menos una sociedad que no es persona: nada obsta a que la sociedad conyugal constituya la otra excepción dado que no tiene nacionalidad, ni nombre, ni domicilio, ni patrimonio distinto al de sus miembros, ni es titular de derechos, ni es deudora, ni apta para estar en juicio. Esta es nuestra opinión; sólo como mero recurso práctico podría “personalizarse” a la sociedad a su disolución, exclusivamente con respecto a los cónyuges, permitiendo simplificar las operaciones requeridas para satisfacer el derecho de los esposos a los gananciales a través del juego de las indemnizaciones y recompensas.

Sin embargo, la personalidad de la sociedad conyugal constante régimen, sigue siendo aceptada: Llambías la sostiene en su comentario a la reforma escribiendo “La sociedad conyugal era —y lo sigue siendo— un sujeto de derecho distinto de las personas de los esposos” (*Estudio de la reforma del Código Civil*, p. 363/364), y dedica al tema una extensa nota para demostrar que es la solución congruente con el orden jurídico natural y respaldada por el derecho positivo, para lo cual menciona numerosos textos del Código sin detenerse en su interpretación. Este segundo aspecto es particularmente refutable aunque no puede negarse que muchos de esos artículos son de contenido ambiguo.

Fassi y Bossert, sustentadores de la tesis societaria con los alcances de una sociedad *sui generis*, reconocen igualmente su personalidad vigente el régimen, limitada a las relaciones entre los esposos. Por supuesto, no cabe ni el interrogante para la doctrina que, después de la reforma, rehusa admitir la sociedad conyugal como sociedad: Zannoni advierte que “carece de una sustantividad unívoca en nuestro derecho patrimonial” y que “el régimen patrimonial del matrimonio implica una suma de relaciones de diversa naturaleza a partir de la consideración autónoma del patrimonio de cada cónyuge” (*Derecho de Familia*, T. I, p. 424), aceptando la nomenclatura para designar al régimen mismo; Vidal Taquini de-

nomina al párrafo respectivo en la reciente segunda edición de su obra, con esta oración: "No hay más sociedad conyugal" (*Régimen de bienes en el matrimonio*, parág. 255), porque afirma, entre otros argumentos, no hay más unidad de masa, de administración, de responsabilidad (debe señalarse que identifica sociedad conyugal con régimen de comunidad). Para Mazzinghi "la desaparición de un patrimonio común, sujeto a una administración, y afectado por determinadas cargas, priva de todo sustento a la idea de que existe una sociedad conyugal" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 238).

En verdad, la denominación, "sociedad conyugal", es aceptable y no por fuerza de la inercia ni por su sencillez. Es aceptable por una razón de fondo: la idea de sociedad es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar en común, compartiendo igualmente riesgos y desventajas. Trasunta una concepción del matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial la comunidad de vida asumida al celebrarlo y no es controvertible que la ley argentina acoge tal esfuerzo común, establece responsabilidades comunes aun cuando el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer sean administrados por separado. Fundamentalmente, consagra la cualidad societaria al disponer que los beneficios sean compartidos en la forma más adecuada al respeto de las dos personalidades que se han conjugado sin confundirse en la tarea común.

Claro es que así entendida, la expresión "sociedad conyugal" aparece a modo de sinónimo de régimen patrimonial matrimonial. Con este alcance será empleada en adelante y la terminología propia de las sociedades debe entenderse adecuada al mismo (por ejemplo, "disolución de la sociedad conyugal" significa "fin del régimen patrimonial matrimonial"; "partición de la sociedad conyugal" significa "división de los gananciales").

69. Sobre la tipificación del régimen.

Es conveniente ahora justificar la inclusión del régimen argentino dentro de uno de los sistemas patrimoniales típicos. Solucionar la cuestión no es indispensable pero tampoco superfluo porque ayuda a su interpretación y a superar un vacío importante: el que

afecta al período comprendido entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición concluida, al cual Vélez Sársfield apenas se refirió así como apenas reguló la indivisión hereditaria.

El artículo 1315 ofrece la principal línea que orienta para lograrlo: los gananciales se dividen entre los esposos por partes iguales aunque alguno de ellos nada haya aportado. Sólo hay dos categorías de regímenes típicos en que todos los bienes o algunos de ellos se comparten: los regímenes de comunidad y el régimen de participación, los que han sido considerados supra en los números 23 y 24.

Ahora bien, el régimen de Vélez fue un régimen de comunidad. ¿Será justificado sostener que la apertura a la dualidad de gestión y la separación de deudas de la ley 11.357 y, sobre todo, la definida doble gestión con sus restricciones, de la ley 17.711, hayan modificado la esencia del sistema?

Algunos autores lo creen así: Berta Kaller de Orchansky, Vidal Taquini y Pulero, se definen por la vigencia actual de un régimen que combina la separación de bienes mientras rige y la participación en los gananciales a su fin. Esta participación sería satisfecha una vez liquidados los dos patrimonios, al dividirse el excedente de gananciales, adquiriendo recién aquí cada cónyuge el dominio o la propiedad de los bienes del otro que le hayan sido adjudicados en la partición. Hasta entonces debió continuar la gestión separada y la independencia de deudas. Vidal Taquini lo denomina régimen de participación en los adquiridos.

Guaglianone, Belluscio, Llambías, Zannoni se pronuncian por la subsistencia del régimen de comunidad. Opino incluso que ha sido reafirmado al restringirse los poderes de disposición de los cónyuges: la separación de administraciones que establece el artículo 1276 está limitada por las exigencias del artículo 1277, incompatibles con un auténtico régimen de separación. Y al fin de la sociedad conyugal, el destino común de los gananciales se realiza más eficazmente a través del reconocimiento de derechos comunes que a través del nacimiento de un crédito. Es el futuro dueño el que fue llamado a expresar su consentimiento en los más importantes negocios de su consorte, no un futuro acreedor.

En el aspecto práctico, se trata de un principio de complicada ejecución. Es un argumento más a favor de la tesis que sostiene la existencia de condominio o copropiedad de los gananciales durante el período que se extiende entre la disolución y la partición de la sociedad, armónico con el régimen de comunidad porque se configura sobre las cosas o bienes que la integran. Las múltiples dificultades y sus intrincadas soluciones son innegables pero no autorizan a apartarse de una concepción que se adecua mejor que otras a las exigencias de la asociación conyugal y al efectivo equilibrio patrimonial de los cónyuges que la ley 17.711 parece haber querido reforzar indirectamente con la nueva disposición del artículo 1316 bis (Confrontar la interpretación polifacética del régimen vigente que hace Julio J. López del Carril en *Los regímenes patrimoniales matrimoniales después de las reformas introducidas por la ley 17.711* en LL. 139-1189).

II. BIENES DE LOS CONYUGES

A) CLASIFICACION

70. Importancia.

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

La calificación reviste máxima importancia en lo que hace a la actividad económico-jurídica de los cónyuges, la responsabilidad por sus deudas y el derecho a la participación una vez concluido el régimen. Es asimismo importantísimo en materia sucesoria por el distinto destino hereditario que la ley impone a propios y gananciales en cuanto a los llamados a recibirlos y a las porciones que reciben. Incluso la calificación se toma en cuenta a efectos impositivos.

A su vez, esta simple distinción entre propios y gananciales se hace más compleja por efecto del régimen de su gestión y de la proyección de éste sobre el de las deudas. No era así en el sistema del Código Civil y de la ley 2393 porque aquella correspondía normalmente al marido (arts. 1276 y 52, respectivamente), pero se impuso por la ley 11.357 que atribuyó a la esposa la gestión de

los que constituyen su peculio y de los adquiridos con éstos, que le permitió asumir la de sus propios y que vinculó a la adquisición y administración la ejecutabilidad por las deudas (arts. 3, 2º, a, y c, y 5 y 6). Es indispensable en el sistema de la ley 17.711 en virtud de lo dispuesto en los artículos 1276 y 1277 y su actual relación con los recién citados artículos 5 y 6 de la ley 11.357.

Todos los bienes de los cónyuges se clasifican: cosas, derechos, porciones alícuotas en unas y otros, universalidades de hecho. Importa subrayar que pueden ser propias o gananciales las porciones de los cónyuges en bienes en condominio o copropiedad con terceros o de uno con el otro consorte.

Incluimos en la esquematización y desarrollo posterior los bienes en condominio entre los cónyuges con porciones propias de ambos o gananciales de ambos o propia de uno y ganancial del otro, a los efectos de aclarar su situación jurídica.

Un esquema completo que abarque la calificación en su aspecto estático y en su aspecto dinámico, es el siguiente

Bienes	{	propios	{	del marido	}	en condominio
				de la esposa		
de los	{	gananciales	{	del marido	}	en condominio (adquiridos conjuntamente)
cónyuges				(adquiridos por éste)		
				de la esposa (adquiridos por ésta)		
			{	de sujeto de adquisición dudoso o de difícil prueba		

Para la calificación dual (bienes "mixtos") ver infra nº 93 y ss.

B) BIENES PROPIOS

71. Concepto.

El concepto de bienes propios se deduce de los artículos 1263 y 1271 del Código Civil. Resulta de ellos que son bienes propios los llevados por los cónyuges al matrimonio y los que adquieren gratuitamente durante la vigencia del régimen patrimonial.

De acuerdo a distintas normas, pueden agruparse como se enumera a continuación.

72. 1º) Bienes aportados al matrimonio.

a) Los que pertenecían a los cónyuges a la celebración del matrimonio.

b) Los incorporados al patrimonio de los cónyuges después de la celebración del matrimonio en virtud de un título o causa anterior a ésta. El Código incluye algunos casos particulares que aplican la regla tácitamente sentada en el artículo 1267.

b.1.) Art. 1267: Considera la cosa adquirida onerosamente durante la sociedad conyugal “cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”.

La norma comprende dos requisitos, a saber, el derecho a adquirir la cosa preexistente en el patrimonio del cónyuge y su pago con bienes del mismo. El primer requisito es claro y obliga a remitirse al concepto de *título de adquisición* y de *causa de la adquisición*. Es obvio que *título de adquisición* es el contrato de compraventa y *causa de adquisición*, cualquier acto que origine el derecho a obtener la adquisición. Por lo tanto, tratándose de inmuebles, no hay título mientras la escritura traslativa del dominio no haya sido otorgada, pero si no lo fue antes de la celebración del matrimonio, el boleto de compraventa producirá idéntico efecto por que es *causa de la adquisición*, lo que es innegable a partir de la ley 17.711 pues genera la obligación de escriturar (art. 1185). Comparten esta opinión Belluscio, Zannoni, Fassi y Bossert pronunciándose en contra Mazzinghi, que no distingue entre causa y título de adquisición tomando ambas palabras como sinónimas con el alcance de la segunda, que admite excepciones según las circunstancias de los casos particulares. Nos inclinamos por la primera tesis siempre que el boleto tenga fecha cierta.

El segundo requisito es más conflictivo, sosteniéndose distintos criterios por parte de la doctrina. Ante la falta de otra precisión en el texto y siendo “bienes de uno de los cónyuges” tanto sus propios como los gananciales que adquiere, el bien será siempre propio si los emplea en el precio, sin perjuicio que pueda generarse un dere-

cho a recompensa a favor de la sociedad conyugal por los bienes gananciales de que dispuso. Esta es la conclusión sostenida por Machado, Lafaille, Guastavino, Cornejo, Vidal Taquini, Fassi, Bossert, Belluscio, Zannoni.

b.2.) Artículo 1268: Se refiere a los bienes adquiridos antes del matrimonio por un título viciado que se perfecciona después de la celebración (por ejemplo, adquirido a un incapaz de obrar que lo confirma una vez obtenida o recuperada su capacidad).

b.3.) Artículo 1269: Contempla el supuesto de los bienes que se reincorporan al patrimonio del cónyuge por nulidad o resolución del contrato o revocación de la donación en cuya virtud habían salido de él.

b.4.) Artículo 1270: Considera el usufructo que se consolida con la nuda propiedad vigente el régimen patrimonial y los intereses devengados antes del matrimonio y saldados después.

b.5.) Artículo 1274: Incluye la donación remuneratoria por servicios que dan acción contra el donante, prestados antes del matrimonio, recibida durante la vigencia del régimen patrimonial.

b.6.) Casos no expresamente previstos de aplicación de las consecuencias de la "*causa o título anterior*" son: el del bien adquirido por prescripción adquisitiva comenzada antes del matrimonio y terminada después; ya que la culminación del plazo es retroactiva a su iniciación; el bien adquirido bajo condición suspensiva, antes del matrimonio, cumpliéndose aquélla luego de la celebración del mismo; el que vuelve al patrimonio del cónyuge por el cumplimiento de un pacto de retroventa; los frutos de un bien de un cónyuge, salarios, sueldos, honorarios, devengados antes del matrimonio y cobrados después.

73. 2º) Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen.

a) Incorporados al patrimonio del cónyuge por herencia, legado o donación (arts. 1263 y 1271).

a.1.) Lo donado con cargo, sin perjuicio de la recompensa que pueda resultar por haberse soportado el cargo con bienes gananciales (art. 1265).

a.2.) Las donaciones remuneratorias por servicios que no confieren acción contra el donante (art. 1274).

b.3) Casos no expresamente previstos que se deducen de la regla de gratuidad: renta vitalicia a favor de un cónyuge constituida por un tercero; seguro de vida a favor de un cónyuge constituido por un tercero.

74. 3º) Bienes que reemplazan a bienes propios (propios por subrogación real).

Importante categoría basada en la aplicación de los principios de la subrogación real, según la cual son bienes propios:

a) Los comprados o permutados con bienes propios (art. 1266).

b) Los que por cualquier otra causa reemplazan a los bienes propios: indemnización por pérdida o destrucción de un bien propio, crédito por el precio de venta de un bien propio, indemnización por expropiación de un bien propio; acciones en que se concreta la revaluación del activo de sociedades y que corresponden a acciones propias.

75. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de bienes propios.

La regla se deduce de lo dispuesto en el artículo 1266, conforme con lo normado sobre la accesión como modo de adquisición del dominio (art. 2571).

a) Los aumentos materiales que acrecen a un bien propio, formando un solo cuerpo con él, por aluvión, edificación, plantación (art. 1266). Incluye, lógicamente, todo tipo de mejoras efectuadas en bien propio.

b) Los incrementos o aumentos de valor de los bienes por causas ajenas o no a la acción de los cónyuges; el mayor valor adquirido por acciones de sociedades, propias.

c) Las pertenencias que se adquieren por ampliación de una mina propia y el mayor valor adquirido por la misma (arts. 347 y 348 del Código de Minería).

76. 5º) Bienes que son propios por disposición legal expresa.

El artículo 1272, último párrafo, del Código Civil introducido por la ley 17.711, dispone que “los derechos intelectuales, patentes de invención y diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial”.

El texto ha sido precedido por una interesante labor jurisprudencial y doctrinaria, debiendo subrayarse la sentencia de la Cámara Nacional Civil Sala B, en la sucesión del escritor Roberto Arlt y los comentarios suscitados por la misma (LL 128, 905; JA 1968-IV, 303 y ED 21, 430). En esta especie se decidió que corresponde la calificación de bien ganancial al valor patrimonial de la obra intelectual publicada o representada pendiente el régimen de la sociedad conyugal, destacándose la apreciación aprobatoria de Guastavino en ED citado.

Los argumentos invocados a favor del carácter propio del derecho de autor aun en su faz patrimonial, hacen hincapié en que constituye una creación del espíritu, que involucra el respeto por la personalidad, siendo lo pecuniario un accesorio, y que la posición distinta plantea dificultades de muy difícil solución al tratarse la liquidación de la sociedad conyugal o una vez ya consumada la partición. Así, ejemplifica Borda, el autor cuya esposa fallece tendría que repartir los beneficios que su obra continúa produciendo en adelante, con los herederos de aquélla, y si volviera a casarse y a enviudar, tendrá que distribuir la mitad que le restaba con los herederos de la segunda esposa.

Los argumentos invocados a favor del carácter ganancial del derecho de autor en su faz patrimonial, dado que la obra haya sido lógicamente, producida durante la vigencia del régimen de bienes del matrimonio, son muy valederos e implican la crítica a la solución legal. Estimamos fundamental el basado en la *ratio legis* de la ganancialidad: lo que resulta del trabajo, del esfuerzo de un cónyuge, es ganancial. Esta es la solución que se desprendía directamente de la aplicación de los principios generales a que quedaban sujetos dichos derechos en virtud de la ley 11.723.

Las dificultades prácticas que esta solución puede presentar no son insolubles y, en todo caso, resultan insuficientes ante la justicia de reconocer en el trabajo intelectual el sello de la colaboración de los esposos. Por otra parte, los aspectos moral y económico son separables, la ganancialidad del segundo no implica olvido de la cualidad personalísima del primero, ni aquél debe ser tratado como accesorio de éste. Finalmente, como señala Mazzinghi, la amplitud de actividades y obras que cubre la ley 11.723, pone en evidencia lo injustificado de atribuirle el carácter de bien propio mientras que los honorarios profesionales, por ejemplo, se reputan gananciales.

Falta una importante aclaración que formular en cuanto a los alcances del texto del párrafo del artículo 1271 aquí analizado: el de precisar a qué se refiere el término “producido” aplicable a lo “ganancial” para distinguirlo de lo que es “propio”. Caben al respecto dos interpretaciones: para una, todo lo que el autor o inventor obtiene como contraprestación, ya sea en forma de precio unitario o de derechos devengados en el tiempo, es “producido” y, por lo tanto, ganancial; para otra, sólo el rendimiento periódico lo es. Aceptando esta segunda interpretación, el precio de la enajenación de la obra (caso de pinturas, esculturas, etc., pero también de la obra literaria o la patente de invención cuando los derechos son cedidos íntegramente), es bien propio del autor o inventor. Esta conclusión resulta de la interpretación gramatical de la ley porque, de lo contrario, la primera parte del texto respectivo quedaría privada de sentido. Así lo afirma Mazzinghi siguiendo a Llambías, explicando que no puede interpretarse que la afirmación “los derechos intelectuales... son bienes propios del autor...” sólo se refiere al aspecto moral de los derechos intelectuales, porque ese aspecto no es un “bien”, en el sentido del artículo 2312, ya que no es susceptible de valor. También se desprende de la interpretación en el contexto de la legislación pues sólo significa algo en cuanto excepciona a la regla de la ganancialidad. Es la opinión de Borda, Belluscio, Zannoni, Mazzinghi aunque, salvo el primero de los nombrados, lo hacen todos reservándose la crítica negativa con respecto a una norma inarmónica con el fundamento y el tratamiento general de los gananciales y que puede conducir a posibilitar el despojo del consorte

del autor o inventor. Según Llambías “La vinculación del derecho intelectual de contenido patrimonial, que debería conceptuarse como bien ganancial, con el derecho moral de autor, inherente a éste y sujeto a su ejercicio discrecional, no es obstáculo para dejar aquel derecho al margen de la sociedad conyugal. Sólo esa vinculación le comunica una nota de mayor incertidumbre, pero no impide la apreciación estimativa del valor pecuniario que pueda representar, al tiempo del cese de la comunidad y consiguiente partición de los bienes comunes” (*Estudio de la reforma del Código Civil*, p. 360-361).

En síntesis, es propio del autor o inventor lo que él recibe en consecuencia de su obra, invento o diseño industrial como precio por la enajenación total de los derechos que le corresponden. Borda y Belluscio ven aquí un caso de subrogación real: dicha remuneración ocupa el lugar del derecho intelectual, bien propio de su titular.

La calificación de los derechos intelectuales como bienes propios reviste importancia en cuanto a su negociación: a pesar de que son registrables, al no revestir el carácter de gananciales, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 1277 y no es necesario, al respecto, el asentimiento conyugal.

77. 6º) Bienes que son propios por aplicación de principios de otras instituciones o de principios generales del ordenamiento jurídico.

a) Los productos de los bienes propios son propios, a falta de disposición que establezca lo contrario y porque forman parte de la cosa productiva.

b) La indemnización por daño personal sufrido, incluso en accidente de trabajo.

c) La indemnización por el daño moral sufrido.

d) El derecho a la jubilación.

78. Bienes propios en condominio

No hay ningún obstáculo legal para que los cónyuges invistan el carácter de condóminos o de copropietarios. Si adquieren conjuntamente empleando bienes o fondos propios de uno y otro, el objeto

adquirido será un bien propio en condominio, si se trata de una cosa, o en copropiedad, si se trata de un derecho.

La ley contempla el caso tácitamente en el análogo del artículo 1264 del Código Civil: "Los bienes donados o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador o testador; y a falta de asignación, por mitades a cada uno de ellos".

En otros términos, se trata de bienes en condominio entre los cónyuges con porciones alícuotas propias de éstos.

C) BIENES GANANCIALES.

79. Concepto.

Denominados gananciales, ganancias o adquisiciones, no existen por sí mismos, sino en consecuencia de la existencia de ciertos regímenes matrimoniales. En principio, se habla de gananciales cuando cada esposo tiene algún derecho, actual o potencial, sobre bienes adquiridos por el otro, lo que es típico en los regímenes de comunidad y de participación, pero siempre que la comunidad sea restringida porque no se distinguen en los de comunidad universal, en los cuales todos los bienes son o, al menos, tienen un destino común. Siendo el régimen argentino un régimen de comunidad restringida a los gananciales, conforman uno de sus rasgos característicos. El fundamento de la ganancialidad se confunde, a su vez, con la razón de ser de los regímenes de comunidad: el reconocimiento del esfuerzo común empleado en lograr los bienes y la solidaridad que el matrimonio crea entre los esposos.

Para definir los gananciales en nuestro derecho se dispone de tres criterios de orientación: uno hace a la época de incorporación del bien al patrimonio del cónyuge (durante la vigencia del régimen); otro, al carácter oneroso con que se produjo; el restante, al destino común que ha de concretarse a la finalización de la sociedad conyugal. Cada criterio, aislado, es insuficiente. En efecto, el artículo 1272 del Código Civil es demasiado estrecho y, a la vez, en exceso comprensivo para conceptuar los gananciales y tampoco es totalmente correcto atenerse al criterio impuesto por el destino de

los bienes a dividirse porque hay gananciales que no se compartirán. No obstante, es el artículo 1272 el que proporciona la línea de orientación más segura por lo que los gananciales que no han de dividirse pueden calificarse de *anómalos*.

Por lo tanto, del contenido de este artículo relacionado con los artículos 1263 y 1271, resulta el concepto de gananciales como el de bienes incorporados al patrimonio de los esposos, vigente el régimen patrimonial matrimonial, por causa distinta de la herencia, el legado o la donación, en términos generales, onerosamente, pero siempre que no corresponda calificarlos como propios, presumiéndose la cualidad de gananciales en todos los bienes existentes a la terminación del régimen.

Las distintas especies pueden agruparse como se enumera a continuación, teniendo en cuenta también disposiciones legales ajenas al régimen de bienes de los cónyuges y los principios de éste y de otras instituciones.

80. 1º) Bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial.

a) Según el párrafo segundo del artículo 1272 son gananciales “los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges”. La exacta comprensión de este texto exige reemplazar la expresión “durante el matrimonio” por “durante el régimen patrimonial matrimonial” ya que el matrimonio subsiste en caso de separación de bienes de los esposos, con divorcio o sin él. Impone igualmente aplicarlo al supuesto en que no corresponda la calificación de propios por subrogarse a bienes propios, resultar de la evolución o transformación de bienes propios o encontrarse el origen de la adquisición en causa anterior a la celebración del matrimonio.

b) A esos bienes se equiparan los adquiridos posteriormente a la disolución de la sociedad conyugal en virtud de causa ubicada durante su vigencia, comprensión esta que es correcto dar al deficientemente redactado artículo 1273 guardando paralelismo con la solución análoga dada en materia de bienes propios.

c) Son gananciales los frutos civiles de la profesión, trabajo o industria de los cónyuges (párrafo 5º del artículo 1272), devengados durante la vigencia de la sociedad conyugal. Comprende jornales, sueldos, salarios, honorarios.

c.1.) En este apartado corresponde incluir el “producido” de los derechos intelectuales, de acuerdo a precisiones ya formuladas.

c.2.) También las cuotas de la jubilación correspondientes a la etapa de vigencia del régimen.

c.3.) Igualmente la indemnización que se recibe en reemplazo de la remuneración normal que el damnificado pierde por el acto ilícito de un tercero o accidente laboral.

c.4.) Es asimismo el caso de las donaciones remuneratorias por servicios prestados pendiente el régimen matrimonial y que dan derecho a accionar contra el donante (art. 1274).

d) El producido del usufructo de los bienes de los hijos menores de edad puede también ser ubicado en este apartado si se estima que, al menos con limitados alcances, tiene un sentido de retribución por la administración que de dichos bienes tiene el titular en ejercicio de la patria potestad y por sus deberes de contenido económico con respecto a los hijos. Es preciso distinguir entre el usufructo sobre los bienes de los hijos comunes del matrimonio de cuya sociedad conyugal se trata y el que corresponde al progenitor sobreviviente sobre los bienes de los hijos de su anterior matrimonio.

d.1.) El producido del usufructo de los bienes de los hijos comunes es ganancial que se incorpora al patrimonio del progenitor en ejercicio de la patria potestad.

d.2.) Con respecto al usufructo sobre los bienes de los hijos de un matrimonio anterior, la evolución legal registra tres etapas, a saber: la de vigencia del apartado 6º del artículo 1272, según el cual son gananciales incorporados al patrimonio del progenitor bínubo; la de la ley 11.357, art. 3, 2º, d), según el cual son propios del mismo; la actual, en que ha sido derogado el artículo recién citado por la ley 17.711. La alternativa doctrinaria se plantea entre el restablecimiento de la vigencia del párrafo citado del artículo

1272 (posición de Guastavino) y la sujeción del caso a los principios generales (tesis de Borda, Fassi, Bossert, Mazzinghi, Zannoni, Belluscio) con esta divergencia: para Borda, el producido del usufructo es propio porque es adquirido a título gratuito; para Mazzinghi, es propio por esta razón, unida a que constituye un aspecto del derecho personalísimo que es el ejercicio de la patria potestad y por motivos de equidad; para los otros autores (cuya opinión compartimos), es ganancial por aplicación de la regla general del primer párrafo del artículo 1272, por su calidad de frutos y por simetría con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1275.

81. 2º) Bienes que reemplazan a gananciales (gananciales por subrogación real).

El supuesto queda sobreentendido en el de adquisición onerosa vigente el régimen patrimonial, pero reviste importancia en el caso de que dicha adquisición se efectuara una vez concluido el mismo. Es asimismo útil en lo que respecta a ciertas hipótesis, como, por ejemplo, la del crédito por el precio de venta de un bien ganancial, o la de la indemnización por su destrucción o pérdida, o la de acciones que comportan el resultado de la revaluación de acciones gananciales.

82. 3º) Bienes que provienen de gananciales.

Los frutos de cualquier clase y los productos de los bienes gananciales son gananciales. El principio no requiere mayor fundamentación ya que los primeros siguen la condición de lo principal y los productos conservan el carácter de la cosa de la que fueron extraídos. El 4º párrafo del artículo 1272 contempla el caso de los frutos con una redacción poco clara: ha de entenderse que se refiere a los devengados durante la vigencia de la sociedad conyugal y a los "pendientes al tiempo de concluirse" la misma. Los dividendos de acciones de sociedades de capital, gananciales, son, obviamente, gananciales.

83. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de gananciales.

Son gananciales los aumentos materiales, las mejoras experimentadas y el mayor valor adquirido por bienes gananciales (interpretación analógica del artículo 1266 y principios relativos a cosas principales y accesorias).

84. 5º) Bienes gananciales por disposición legal.

a) Artículo 1272, párrafo 3º: considera las adquisiciones por hecho fortuito como lotería, juegos, apuestas, cualquiera sea el carácter de los bienes empleados en la adquisición de billetes o apostados. El hallazgo de un tesoro en predio de terceros ejemplifica otra posibilidad de caso fortuito.

a.1.) Artículo 2650: dispone que reviste carácter ganancial el tesoro encontrado por el marido o la mujer en predio de uno u otro, o la parte que correspondiere al propietario del tesoro hallado en predio del marido o de la mujer.

b) Artículo 1272, párrafo 4º: los frutos de los bienes propios devengados durante la vigencia del régimen son gananciales. Lógicamente, comprende los frutos naturales, civiles e industriales, y, entre los frutos, los dividendos distribuidos por acciones propias, ya sea en dinero o en nuevas acciones.

c) De los artículos 344 y 345 del Código de Minería resulta que los productos de las minas propias son gananciales si han sido arrancados y extraídos durante la vigencia del régimen.

85. Gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos.

Se presentan con frecuencia, en materia de inmuebles, pues ambos esposos suelen figurar como adquirentes en la escritura y, en materia de muebles, por la normal compra con dinero de ambos. Con respecto a su caracterización se sustentan dos tesis. En efecto, en las V Jornadas de Derecho Civil, se impuso como conclusión que "los bienes adquiridos por ambos esposos con bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen patrimonial matrimonial sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio" pero, a la consideración de la misma reunión cien-

tífica, se habían elevado ponencias que los remitían precisamente al condominio directamente o por analogía.

Claramente sentado que no se pretende que la naturaleza jurídica de los gananciales pueda explicarse como la de objetos de un condominio mientras subsiste la sociedad conyugal, procede preguntarse si la remisión que el artículo 1262 hace al régimen de la sociedad civil, es suficiente para fijar el aplicable a los gananciales adquiridos conjuntamente o, mejor aún, si el régimen patrimonial matrimonial se opone a la existencia de bienes en condominio entre los esposos cuyas partes alicuotas sean gananciales. Ello no es así conforme a los siguientes argumentos:

- a) El condominio entre cónyuges no está prohibido, la ley lo prevé para el caso del bien en el que los esposos sean propietarios de porciones alicuotas propias como se ha expuesto supra en el N° 78;
- b) Belluscio se apoya en la independencia patrimonial de los esposos, resultado de la gestión separada que les compete;
- c) La analogía y los principios generales del derecho lo confirman, a través de las soluciones del régimen de separación de bienes;
- d) La referencia al condominio, al menos analógicamente, resulta indispensable para resolver el problema de la satisfacción, sobre esos gananciales, de las deudas personales o comunes de los cónyuges;
- e) La división final por mitades no constituye obstáculo alguno en virtud del derecho de cada consorte a compartir la porción del otro.

Mazzinghi se pronuncia decididamente a favor de la tesis del condominio o copropiedad, tesis que ahora aceptamos modificando una opinión anterior a favor de la remisión de estos bienes al condominio por analogía.

86. Gananciales anómalos.

El destino final típico de los gananciales obliga a calificar como anómalos a los bienes que son tales pero que no serán divididos al finalizar el régimen. La anomalía es absoluta en los gananciales que nunca serán compartidos, a saber, los adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho a partir de su fecha (art. 1306, último párrafo, CC) y los adquiridos por los divorciados después de la fecha de la notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta (art. 1306, primer párrafo). Puede también hablarse de una anomalía transitoria con respecto a los gananciales cuya división se posterga hasta el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición legalmente previstos, supuestos del Bien de Familia, las indivisiones hereditarias impuestas por el cónyuge (art. 53 de la ley 14.394) y, generalmente, el inmueble objeto del derecho de habitación viudal.

87. Clasificaciones impuestas por el régimen de gestión de los bienes.

El régimen de gestión de los bienes de los cónyuges organizado en los artículos 1276 y 1277 del Código Civil carece de trascendencia en cuanto a los bienes propios: el marido tiene a su cargo la gestión de los suyos, la esposa de los que le pertenecen y los que poseen en condominio quedan sometidos a las reglas de esta institución.

Por el contrario, el régimen de gestión exige determinar cuáles son los bienes a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1276 los que, dada la incertidumbre que los rodea, no pueden ser sino gananciales.

88. Gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba.

Con respecto a los gananciales cuyo *origen* no se puede determinar o es de *prueba dudosa* se sustentan dos tesis cuyo enunciado y síntesis respectiva de fundamentos se exponen a continuación.

89. Tesis que sostiene la necesidad de mencionar el origen de los bienes empleados en la adquisición.

De acuerdo a esta tesis, el origen de un bien ganancial está determinado siempre que consta en el instrumento de adquisición, cómo le correspondieron al adquirente los bienes empleados en la misma. A *contrario sensu*, el ganancial es de origen dudoso o incierto en el caso opuesto. Los principales argumentos que se invocan a su favor son:

- a) la expresión "origen de los bienes" no puede reemplazarse por "titularidad de los derechos sobre ellos" o por "constancia del nombre del titular de tales derechos";
- b) el artículo 1276 supone que puede coexistir el origen dudoso y la constancia de la titularidad pues no excluye a los bienes de origen dudoso de la exigencia del asentimiento conyugal (art. 1277) que se impone en cuanto a bienes de titularidad evidente, porque son registrables;
- c) la falta de constancia de la titularidad sólo puede darse en bienes de escaso valor económico;
- d) la regla de la administración marital quedaría prácticamente desplazada de no admitirse esta tesis ya que la esposa puede administrar los bienes que posee de acuerdo al artículo 2412.

90. Tesis de la "titularidad".

Según esta tesis, el origen de un bien ganancial está determinado cuando consta quién es el adquirente, el titular de derechos sobre el mismo, sin que sea necesaria la mención de la procedencia de los bienes empleados en la adquisición. A *contrario sensu*, el ganancial es de origen dudoso o incierto si la certeza al respecto es imposible o difícil de lograr. Los principales argumentos invocables para sustentar esta posición, que sustentamos, son las siguientes:

a) *Resultantes de la interpretación gramatical del artículo 1276:*

a.1.) La redacción del texto se presta a divergencias interpretativas, alrededor fundamentalmente de las expresiones *origen de los bienes*, en el segundo párrafo, y de la especificación *trabajo per-*

sonal u otro título legítimo, usada en el inicial. Profundizando la primera, es claro que la ley se refiere al *bien* y no a los fondos empleados en la adquisición. *Título*, por su parte, significa tanto como causa fuente económico-jurídica de la asunción de derechos por el titular, de la cual el trabajo personal es sólo un ejemplo superfluo porque está sobrentendido en la generalidad de los *títulos legítimos* posibles. La mención del origen de los bienes es innecesaria y en nada modifica los resultados de la adquisición, resultados que únicamente serán distintos si no puede probarse con seguridad *cuál* de los esposos adquirió.

a.2.) La mención del origen de los bienes o fondos empleados no es extraña a nuestra legislación pues figura en los artículos 1246 y 1247 del Código Civil con relación a bienes propios y figuró en el artículo 3, 2º, a) de la ley 11.357 para el caso de la esposa que adquiriría empleando fondos de su peculio. Si se arguyera que tales fórmulas señalan una tendencia del derecho argentino, cabe responder que no han sido reproducidas, lo que no puede atribuirse a involuntaria omisión.

b) *Resultantes de la interpretación según la estructura y el dinamismo del régimen conyugal de bienes:*

b.1.) La oración inicial del artículo 1276 carecería de sentido si se hubiera querido confiar la administración de todos los gananciales al marido, pues comportaría entonces una excepción expresa a una regla tácita, cuando es obvio que el primer párrafo del artículo enuncia la regla y el segundo, la excepción.

b.2.) Con la interpretación opuesta, habría dos clases de gananciales adquiridos por la esposa, con mención y sin mención del origen de los bienes invertidos, distinción ajena al artículo 1276. Es verdad que los gananciales de origen dudoso o incierto constituyen también una especie dentro de los gananciales, pero tanto pueden haber sido adquiridos por la esposa como por el marido.

b.3.) El régimen de separación de deudas de los cónyuges impone por sí mismo esta interpretación puesto que, de no ser así, los gananciales a nombre de la esposa en cuya adquisición no se hu-

biese mencionado el origen de los fondos que empleó, entrarían en la garantía de los acreedores de la esposa porque *adquiridos* por ella y en la de los acreedores del marido porque él los *administra* (artículo 5º de la ley 11.257) con numerosas consecuencias incompatibles con las consagradas en materia de gestión y responsabilidad de los esposos.

b.4.) La remisión del párrafo comentado al artículo 1277 no está referida a bienes *registrados* en que pudiera dudarse del nombre del titular de los derechos sobre el mismo, sino a bienes *cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria*, pero que por una circunstancia de hecho *no han sido registrados* (por omisión o negligencia del dueño, por mediar alguna cuestión previa, etcétera).

c) *Interpretación en el conjunto de la legislación:*

c.1.) El artículo 1276 establece una regla igualitaria para ambos cónyuges en el aspecto patrimonial de sus relaciones, conforme con la orientación que en 1968 señaló la última etapa en el reconocimiento de la equiparación civil de varón y mujer, a la cual se opondría la exigencia a la esposa de un requisito que no se exige al marido, el de mencionar el origen de los gananciales con que adquiere. Belluscio estima que con ello se violaría el artículo 19 de la Constitución Nacional.

c.2.) Es innegable la calificación de fraudulenta, en el amplio sentido de la palabra, que corresponde a la conducta en que incurre el marido que efectivamente paga con fondos gananciales de su gestión lo que su esposa adquiere a nombre propio, a los efectos de substraer el bien a la responsabilidad del verdadero comprador. A más de que esta actitud ilícita puede revestir otras formas, *el interés de los acreedores queda suficientemente a salvo con las acciones de falsedad, simulación o fraude.*

91. **Doctrina y jurisprudencia.**

Ambas tesis cuentan a su favor con importante apoyo doctrinario y jurisprudencial. No obstante, puede decirse que la segunda predomina, de acuerdo a los siguientes elementos:

a) La recomendación aprobada por las V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971) que dice así: "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 que se lo considere incluido en el párrafo segundo del artículo 1276";

b) El plenario de las Cámaras Nacionales Comerciales del 19 de agosto de 1975 en el que se admitió esta tesis, estableciéndose 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, sin perjuicio de la ejecutabilidad de sus frutos en las hipótesis previstas en el artículo 6º de la ley 11.357 y de la posibilidad de demostrar que el bien ha sido ilegítimamente sustraído al patrimonio del deudor (LL 1975-D-70; ED T. 63, 496 y Revista del Notariado 743, 1696).

92. Terminología.

La opción por la tesis que se acaba de exponer conduce naturalmente al empleo del vocablo *titularidad* para calificarlo con el adjetivo de dudosa, es decir, la duda recae sobre quién es el titular de los derechos sobre el bien. Generalizando el empleo del término, los gananciales pueden diferenciarse según sean de titularidad del marido, de la esposa, de titularidad dudosa, y finalmente, gananciales de titularidad conjunta. Si bien la expresión ha sido criticada en cuanto puede inducir a confusión dado el alcance estrictamente técnico de la palabra *título*, lo encontramos útil desde el enfoque didáctico y lo emplearemos en adelante refiriéndonos indistintamente, por ejemplo, a gananciales adquiridos por la esposa o gananciales de titularidad de la esposa.

D) BIENES MIXTOS

93. Generalidades.

Se denominan bienes mixtos aquellos en que una porción alícuota es propia y otra ganancial, es decir, bienes que son en parte propios y en parte gananciales. La posibilidad jurídica de la calificación dual es discutible, a lo que se unen las dificultades prácticas

que acarrea. De ahí que se prefieran las calificaciones simples con tal de que no vulneren el derecho de los propietarios, en términos generales, siempre que respeten el régimen patrimonial matrimonial.

A los efectos de evitar la calificación dual no puede recurrirse a la presunción de ganancialidad del artículo 1271 puesto que la duda entre la calificación simple y la calificación dual resulta precisamente de la certeza que se tiene sobre el distinto carácter de los bienes empleados en la adquisición del bien a calificar. Pero la ley argentina provee elementos adecuados para sostener la calificación simple sin detrimento alguno del interés de uno u otro esposo. Dentro del régimen patrimonial matrimonial, se puede apelar a la importancia conferida a la época en que se produjo la causa o título de la adquisición (arts. 1267 y correlativos), a la subrogación real y a la accesión (art. 1266) y a la admisión de recompensas entre cónyuges que permiten restablecer el equilibrio patrimonial (artículos 1259, 1260, 1316 bis y correlativos). Dentro de la reglamentación de las cosas es invocable la distinción entre cosas principales y accesorias (arts. 2327 y 2328 y correlativos). El empleo de fondos propios y gananciales en un mismo objeto negocial es lícito e, incluso, no debe ser desalentado.

Los bienes que ofrecen la dificultad pueden haber sido adquiridos: a) por uno de los cónyuges empleando bienes propios y gananciales de su gestión (bienes de la esposa o bienes del marido); b) por ambos cónyuges, ya sea aportando bienes propios y gananciales de uno y otro o bienes propios de uno y bienes gananciales del otro: en estos supuestos, el bien adquirido pertenece en condominio a los esposos. Mazzinghi afirma acertadamente que la calificación de propio o ganancial no recae sobre la cosa objeto de condominio sino sobre las porciones indivisas, de manera que este condominio de naturaleza mixta por estar integrado por partes propias y partes gananciales no implica una calificación dual.

94. Análisis de algunos supuestos.

Sugeridos por Elías P. Guastavino en su trabajo *La calificación dual de bienes en el matrimonio* (LL 123, 1181), planteamos los siguientes problemas de frecuente presentación, relativos a inmuebles, tratando en todos los casos de evitar la calificación dual.

95. a) Bienes adquiridos empleando simultáneamente bienes o fondos propios o gananciales.

Primer caso: uno de los cónyuges compra un inmueble abonando el precio parte con dinero heredado y parte con dinero proveniente de honorarios profesionales suyos, en distinta proporción. Solución: el inmueble es propio o ganancial según que la mayor suma empleada sea propia o ganancial (opinión de Borda, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni y jurisprudencia reciente). Guastavino se funda en que el artículo 1266, al admitir la subrogación real para la calificación de los bienes, no exige igualdad matemática entre el precio de venta de un bien y el de compra del otro y también en la accesión a favor de la especie principal consagrada en el mismo texto, argumento reforzado por lo dispuesto en el artículo 2334.

Segundo caso: uno de los cónyuges compra el inmueble abonando el precio parte con dinero heredado y parte con honorarios profesionales suyos, en iguales proporciones. Solución: el inmueble debe reputarse ganancial admitiéndose la presunción de ganancialidad para este supuesto (arts. 1271, 1272) (en contra, se sostiene que la calificación dual resulta inevitable porque no habría cosa principal ni cosa accesoría).

Tercer caso: uno de los cónyuges adquiere pagando parte del precio con dinero y permutando una cosa por el valor equivalente a la otra parte de aquél. Solución: el negocio es permuta si la cosa permutada es de mayor valor que la suma de dinero y es compraventa en el caso contrario (art. 1356 y nota al art. 1485 C.C.), por lo tanto, el bien resulta propio o ganancial según la calificación de lo entregado de mayor valor (la cosa o el dinero). Es ésta la opinión de Guastavino y de Belluscio.

96. b) Bienes adquiridos empleando sucesivamente bienes propios y gananciales.

Primer caso: el futuro esposo (en vista o no del matrimonio) compra un inmueble, escritura, paga parte del precio y constituye hipoteca por el saldo. Posteriormente a la celebración del matrimonio, abona este saldo empleando honorarios profesionales quedando levantado el gravamen. Solución: el inmueble es propio del marido

por aplicación del artículo 1267 (es propio el bien adquirido en virtud de causa o título anterior al matrimonio).

Segundo caso: el futuro esposo celebra el boleto de compraventa de un inmueble y paga parte del precio con honorarios profesionales; después del matrimonio, escritura y abona el saldo también con honorarios profesionales. Solución: depende de la trascendencia que se atribuya al boleto de compraventa, considerándolo, o no, "causa o título" anterior al matrimonio. Estimamos que debe considerarse tal porque si bien constituye una promesa de vender el inmueble formalizando el negocio en escritura pública, esto va acompañado por efectos sustitutivos de decisiva influencia sobre el derecho a adquirir por el comprador, cuyo origen se remonta a la celebración del boleto. Por esta solución se inclinan Guastavino y Belluscio.

97. c) Adquisiciones de partes indivisas inmobiliarias durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial.

Primer caso: el esposo recibe en herencia la mitad indivisa de un inmueble y adquiere la otra mitad indivisa con honorarios profesionales. Solución: todo el inmueble es propio del marido porque, según Guastavino, "la adquisición de las partes indivisas por uno de los comuneros no debe interpretarse como la transferencia a su favor de nuevos derechos dominiales, sino como el *acrecentamiento funcional* de un derecho preexistente" (recién cit. N° 20), hipótesis análoga a la del *acrecentamiento objetivo* previsto en el artículo 1266 por responder a la misma *ratio iuris*. También invoca por analogía el artículo 1270 y el penúltimo párrafo del artículo 1272 en cuanto a que el bien propio del que se tenía la nuda propiedad, conserva ese carácter una vez consolidado con el usufructo, y a que siguen siendo propios los bienes afectados por derechos reales una vez extinguidos éstos con cualquier clase de bienes. En el mismo sentido afirma Mazzinghi: "Tanto en estos casos como en los de condominio, se produce una reintegración del dominio pleno" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 222) y Zannoni explica que la cuota parte indivisa no constituye el objeto de la relación jurídica determinada por el condominio ("sería algo así como que el condómino gozara la propiedad individual exclusiva que tiene por objeto su cuota") sino que

dicha cuota limita el contenido de un derecho que por ser indiviso entre condóminos “*se ejerce sobre la totalidad* de la cosa con las limitaciones que crea el derecho concurrente de los demás” (*Derecho de Familia*, T. I, parág. 342). Zannoni concluye sosteniendo que la calificación única resuelve el conflicto entre el *criterio económico* de la subrogación real (según el cual el acrecentamiento operado mediante inversión de gananciales sería ganancial) y el criterio de que *lo accesorio sigue a lo principal*, definiéndose a favor de éste, por lo que el acrecentamiento resulta propio del titular originario de una porción indivisa propia. La calificación propia de todo el inmueble es igualmente sostenida por Borda.

Segundo caso: el esposo y su padre compran un inmueble en condominio, empleando el primero el producido de sus derechos de autor devengados durante la vigencia del régimen patrimonial. Muere el padre y el marido recibe la otra porción indivisa por vía hereditaria. Solución: el bien debe reputarse ganancial. Así opina Mazzinghi en conclusión que compartimos, entendiendo que corresponde respetar la naturaleza de las primeras porciones alícuotas y Zannoni haciéndole extensivos los argumentos en que funda la solución del supuesto anterior porque “siendo la relación de comunidad un valor que responde en su contenido a adquisiciones hechas, habrá de reputarse ganancial (art. 1272, párr. 2º)” (recién cit.). Opinamos, también, que el artículo 1266 puede ser invocado analógicamente para sustentar la cualidad ganancial del bien en cuestión. En sentido opuesto, Guastavino sostiene que no corresponde la calificación única porque el caso no puede subsumirse en el artículo 1273 y no hay, en la ley una norma de unificación ganancial similar a las normas de unificación propia de los artículos 1266 y 1272, penúltimo párrafo, además de que los artículos 1263, 1271 y 1272 *ab initio* obstaculizan calificar como ganancial a la porción alícuota adquirida por herencia, legado o donación. Con este criterio, el bien sería en parte propio y en parte ganancial del marido (recién cit., Nº 22).

Tercer caso: el marido recibe por herencia la mitad indivisa de un inmueble. Su esposa compra la otra mitad empleando el producido de sus derechos de autor devengados durante la vigencia

del régimen patrimonial. Solución: el bien resulta en parte propio del marido y, en parte, ganancial de la esposa, fundamentalmente porque no hay acrecentamiento del derecho originario del marido ni unificación de la propiedad en el patrimonio de éste. Se trata, por lo tanto, de un condominio entre cónyuges con la particularidad de que la porción de uno es propia y, la del otro, ganancial.

Cuarto caso: el marido adquiere el bien en condominio con su suegro, empleando aquél honorarios profesionales devengados durante la vigencia del régimen patrimonial. A la muerte del suegro, la esposa hereda la porción indivisa del causante. Solución: es idéntica a la del caso anterior, por sus fundamentos, es decir, el bien es objeto de un condominio entre marido y mujer con porción ganancial de él y propia de ella.

98. Síntesis.

Reubicando los ejemplos analizados, resulta como único caso en que es más difícil evitar la calificación dual, el del bien en condominio con porción alícuota propia de un cónyuge y porción alícuota ganancial del otro. Participamos de la posición de Mazzinghi recordada al comienzo del tratamiento de este tema: por lo tanto, no admitimos la posibilidad de bienes mixtos, ya que dicho bien queda sujeto al régimen del condominio tanto en su totalidad como en las porciones indivisas, debiendo aplicarse el régimen patrimonial y el sucesorio a las partes alícuotas. Atribuir al objeto del condominio el carácter de bien mixto podría llevar al absurdo de calificar como mixto de un cónyuge el bien que éste tuviera en condominio con un tercero.

Autores argentinos muy prestigiosos se manifiestan más proclives a admitir la calificación dual, por ejemplo, Guaglianone.

E) PRUEBA DEL CARACTER DE LOS BIENES

99. Presunción de ganancialidad.

Atento al principio general *in dubio pro communitate*, el artículo 1271 establece la presunción de ganancialidad: "Pertenece a la sociedad conyugal como gananciales, los bienes existentes a

la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación”.

La presunción es *iuris tantum* por lo que la carga de la prueba recae sobre quien afirme que un determinado bien es propio de uno u otro cónyuge, debiendo interpretarse que el artículo 1271 no circunscribe las hipótesis de bienes propios a los que expresamente menciona sino que es extensivo a todos aquellos que revistan esa cualidad.

La oportunidad de la calificación puede presentarse desde la celebración del matrimonio hasta la partición de los bienes gananciales. Por ejemplo, es necesario determinar el carácter propio o ganancial de los bienes de un cónyuge cuando éste quiere enajenarlo o cuando sus acreedores pretenden ejecutarlo o cuando, concluida la sociedad conyugal, es preciso distribuir los que deben ser compartidos.

100. Prueba del carácter propio de bienes muebles.

Admite cualquier medio de prueba, entre ellos, el inventario a que se refiere el inciso 1º del artículo 1217.

101. Prueba del carácter propio de bienes inmuebles.

Impone distinguir los distintos supuestos de bienes propios.

- a) Aportados al matrimonio o adquiridos durante el régimen patrimonial por herencia, legado o donación: el medio de prueba es el documental pertinente del que se habrá tomado debida cuenta en el registro (hijuela hereditaria, testamento, escritura de donación).
- b) Adquiridos por compra o permuta durante el régimen patrimonial: ante la no derogación expresa de los artículos 1246 y 1247 del Código Civil, se plantea la cuestión de su vigencia actual.

Según el artículo 1246 “Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de propiedad de ella si la compra se

hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer”; según el artículo 1247 “Corresponde también a la mujer lo que con su consentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresándose también el origen de los bienes que ella diere en cambio”.

Es indudable que estos textos tienen su engarce lógico en el régimen de gestión de bienes de la esposa estatuido en el Código Civil, sistema en que dicha actividad era cumplida por el marido en el ejercicio de la representación necesaria de su esposa, incapaz de obrar con incapacidad relativa (artículos 55, 2º y 57, 4º derogados), con las únicas excepciones previstas en el inciso 2º del artículo 1217 (derogado) y 1226 (tácitamente derogado). Con el régimen de la ley 11.357, la esposa pudo asumir la administración y disposición de sus bienes propios revocando el mandato presunto de que disfrutaba su marido (art. 3º, 2º, c, derogado). Finalmente, después de la ley 17.711, dicha actividad económico-jurídica corresponde a cada consorte sobre sus bienes propios y gananciales (arts. 1276 y 1277). La subsistencia de los artículos 1246 y 1247, en un contexto tan distinto a aquel en que se presentaban originariamente, depende de que no sean absolutamente incompatibles con la separación de gestión y de que conserven algún sentido particular. Este sentido es el de preconstituir la prueba del carácter de los bienes empleados en la adquisición en el caso en que es necesaria, es decir, en materia de bienes propios, y no constituyen obstáculos para la separación de administración y disposición de los bienes siempre que los requisitos que establecen se hagan extensivos al marido conforme con la igualdad jurídica de los cónyuges. La mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de su exigibilidad actual e, incluso, se estima aconsejable aplicarlos para los bienes muebles registrables. Las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971) declararon: “El artículo 1246 debe ser interpretado con amplitud, reconociendo por igual a marido y mujer, la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra de bienes inmuebles. Tal manifestación importa una presunción *iuris tantum* sobre el carácter del bien adquirido. Este criterio debe

quedar reflejado con mayor precisión en una eventual reforma del texto vigente que incluirá también las cosas muebles registrables”.

Jurisprudencialmente se ha resuelto, en el plenario de la Cámara Nacional Civil del 14 de agosto de 1972, que “después de la reforma del Código Civil por la ley 11.357, respecto de terceros y para asignar el carácter de propio a un bien inmueble adquirido por la esposa, es de absoluta necesidad, que la escritura contenga la manifestación de que el dinero es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer” (LL 148, 163; ED 43, 516).

Guaglianone sostiene que los artículos en cuestión están tácitamente derogados; Risolía, que sólo conservan una influencia refleja y Belluscio considera que la manifestación del origen de los bienes carece de objeto dada la administración separada que hace innecesario proteger los bienes de la esposa frente a los acreedores del marido.

Requisitos exigidos: en los artículos 1246 y 1247 se exige expresar que se compra con fondos propios o que se permuta con cosa propia del adquirente y mencionar en forma precisa el origen del derecho sobre dichos fondos o cosa, especificando la causa-fuente jurídica de su propiedad por el consorte dueño de los mismos (por ejemplo, herencia o legado, con los datos que individualicen la sucesión y el respectivo juicio sucesorio; donación o enajenación de un bien propio, con la reseña de los respectivos actos jurídicos, protocolo en el que se otorgaron las correspondientes escrituras, etc.). No es indispensable la prueba de estos extremos.

En la práctica se incluye la manifestación de conformidad del cónyuge del adquirente, prudente arbitrio porque no será admitido a contradecirse posteriormente.

Los efectos de la manifestación y, en su caso, de su falta, ponen en evidencia la limitada importancia de las normas de los artículos estudiados.

Efectos de la manifestación: el bien se reputa propio del adquirente. Su cónyuge y, en su momento, los herederos del mismo, pueden demostrar la falsedad de la manifestación, salvo que me-

diare expresión de conformidad de parte del no adquirente. Los terceros que adquieran el bien calificado como propio, a título oneroso y de buena fe (art. 1051) no son afectados por la declaración de inexactitud de la manifestación. Los terceros acreedores del cónyuge no adquirente pueden demostrar que los fondos o cosas empleados eran propios o gananciales de su deudor, impugnando la declaración por vía de acción o de excepción a los efectos de que el bien integre el patrimonio que es garantía de sus acreencias.

Efectos de la falta de manifestación: el bien se reputa ganancial del adquirente. Este puede efectuar la manifestación omitida, en una época posterior, solicitando que sea asentada en el registro. Los terceros que adquieran el bien no serán afectados por esta manifestación tardía puesto que la enajenación debió efectuarse conforme al régimen de los bienes gananciales, que exige asentimiento conyugal (art. 1277).

Los acreedores del adquirente tampoco se verán afectados mientras subsista la sociedad conyugal ni por la falta de manifestación ni por la manifestación tardía, puesto que tanto los propios como los gananciales de su deudor constituyen su garantía, pero, una vez disuelta aquélla, pueden demostrar que el bien es propio si la manifestación no se ha hecho, a los efectos de que sea, en su totalidad, ejecutable por sus acreencias.

Los herederos del cónyuge adquirente, después de su muerte, pueden demostrar que los bienes empleados en la adquisición eran propios de su causante, modificando la calificación del inmueble con importantes consecuencias sucesorias, pero sin afectar los derechos de los terceros que lo hubieran, a su vez, adquirido a título oneroso y de buena fe (art. 1051).

Como muy bien se ha hecho notar, la manifestación depende de la voluntad del cónyuge adquirente, con lo que queda sujeta la calificación del bien a lo que él decida permitiéndosele donar a su cónyuge, por resultar ganancial, la mitad del bien verdaderamente propio suyo, aunque este resultado sólo se consume a la disolución del régimen y quede sujeto a la acción mencionada en el párrafo anterior.

III. DEUDAS DE LOS CONYUGES

102. Los dos aspectos de las deudas.

En casi todos los regímenes patrimoniales matrimoniales, las deudas revisten dos aspectos vinculados pero independientes entre sí: uno es el que atañe a la relación entre el cónyuge deudor y su acreedor (“cuestión de la obligación”), que respondería a esta pregunta “¿sobre qué bienes puede perseguir el acreedor el cobro de su crédito?”, pregunta que se plantea tanto vigente la sociedad conyugal como después de disuelta y hasta la efectiva partición. El segundo aspecto (“cuestión de la contribución”) concierne al derecho de un consorte a exigir al otro que asuma parte de la deuda, responde a la pregunta “¿qué bienes deben resultar definitivamente disminuidos por el pago de la deuda?”, interrogante que se plantea en la etapa de liquidación de la sociedad conyugal con la finalidad de asegurar a cada esposo la exacta participación por mitades en los bienes gananciales.

En el aspecto externo importan fundamentalmente dos elementos orientadores basados en las etapas marcadas por las vicisitudes del régimen de bienes, a saber, la de su vigencia y la que se extiende entre su fin (“disolución de la sociedad conyugal”) y la partición concluida, debiendo agregarse, como una más, aquella en que los cónyuges están separados de bienes. Las dos pautas orientadoras resultan de la etapa en que se originó la deuda y de la etapa en que se exige judicialmente su pago. Con sentido práctico puede sugerirse que, ante una cuestión concreta, el orden de los interrogantes es el siguiente:

1º) en qué época se originó la deuda;

2º) en qué etapa se exige compulsivamente su satisfacción.

Dado que este capítulo está destinado exclusivamente al estudio de la sociedad conyugal vigente, sólo se considerará el aspecto externo abarcando las deudas contraídas durante la misma y exigidas también en esta etapa. Los restantes asuntos sobre el aspecto externo y todo lo relativo al aspecto interno, serán analizados en el siguiente capítulo.

103. Derecho aplicable.

El régimen de deudas de los cónyuges ha evolucionado paralelamente a la gestión de bienes de los consortes y a la capacidad de obrar de la mujer casada.

El Código Civil dispone sobre las deudas de los cónyuges, principalmente, desde el artículo 1280 hasta el 1283 e incluye un amplio texto con varios incisos, el artículo 1275. En 1926 entró en vigencia la ley 11.357, con sus artículos 5 y 6, los que no han sido derogados posteriormente. En conjunto, las disposiciones cuya vigencia efectiva debe dilucidarse son todas las recién citadas, planteándose la dificultad más importante alrededor del artículo 1275. Existe, sin embargo, un elemento claramente definido y que permite arribar a la necesaria solución: los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 enfocan el aspecto externo de las deudas. Por lo tanto, todo aquello en que las normas del Código Civil se refieran al mismo aspecto y resulte incompatible con las disposiciones de dicha ley u otras posteriores, debe considerarse derogado. En nuestra opinión, los artículos 1280 y 1283 se encuentran en esta situación; los artículos 1281 y 1282 están prácticamente cubiertos por el mandato expreso o tácito previsto en el artículo 1276 en su redacción de la ley 17.711 y por la gestión de negocios sobreentendida en esta norma. En cuanto al artículo 1275, a veces por caminos diferentes, la mayoría de la doctrina ha arribado a una opinión favorable a su subsistencia pero sólo en relación con el aspecto interno. Sintéticamente, las diversas tesis sostienen: a) el artículo 1275 abarcaba ambos aspectos, en consecuencia, debe estimarse derogado tácitamente en el primero de ellos (Fassi, Bossert, Belluscio); b) los incisos 1º, 2º, 4º y 5º encaran el aspecto interno, el 3º el externo, lo que llevaría a la necesidad de coordinarlo con los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 (Guastavino); c) personalmente sostenemos que el artículo 1275 se ha referido siempre exclusivamente al aspecto interno de las deudas basándonos, entre otros argumentos, en que el artículo 1275 reproduce otros textos del Código relativos, indudablemente, al aspecto externo, lo que conduce a entender que el legislador quiso plantear idénticas hipótesis relativamente a consecuencias distintas: la con-

tribución conyugal en el artículo 1275 y la responsabilidad frente a terceros en otros textos (1280, 1281, 1282, 1284, etc.).

En conclusión, el derecho aplicable al aspecto externo de las deudas es el establecido en los artículos 5 y 6 de la ley 11.357.

104. Clasificación de las deudas.

Las deudas originadas durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial se clasifican en deudas personales y deudas comunes. La distinción se justifica por la doble razón de la gestión separada de los bienes (con plena capacidad civil de la mujer casada) y de la contribución a las cargas del hogar. Es razonable y justo que las deudas contraídas en el interés de los esposos y de su familia más próxima entren en la esfera de responsabilidad de ambos, cualquiera sea el contratante, y que las deudas ajenas a estos intereses compartidos afecten solamente la responsabilidad de quien las asumió. El que para solventar éstas sean también ejecutables bienes de destino común integrantes del patrimonio del deudor, protege a los terceros contratantes y amplía las posibilidades crediticias de los esposos.

Ripert destacó, a propósito del régimen francés anterior a la ley de 1965, la oscuridad de la noción de deuda común mediante una observación básica extensible al régimen argentino y que conviene anticipar: la sociedad conyugal carece de personalidad ideal, y, por tanto, "no tiene más posibilidad de ser deudora de las que tiene de ser acreedora o propietaria. En consecuencia, no existen deudas comunes propiamente dichas, las deudas son siempre personales del marido o de la mujer. La expresión deuda común está solamente destinada a explicar el régimen especial de ciertas deudas del marido o de la mujer" (Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tra-tado de Derecho Civil*, T. IX, N° 404).

A) DEUDAS PERSONALES.

105. El artículo 5 de la ley 11.357.

El artículo 5 de la ley 11.357 dispone: "Los bienes propios de la mujer y los gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer".

Se ha criticado el error de concepto que se desprende de la redacción puesto que responden las personas y no los bienes. Dado el régimen de gestión organizado por la ley 17.711 sería más exacto reemplazar el tiempo de verbo "adquiera" para la situación de la esposa, por "administre". Quedaría así perfectamente delineado el paralelismo con el artículo 1276 y superada alguna posible dificultad con respecto a los gananciales de titularidad dudosa que, pudiendo haber sido adquiridos por la esposa, son administrados por el marido, y ejecutables por sus deudas personales.

106. Caracterización de las deudas personales.

Las deudas de los cónyuges son personales como regla. El régimen argentino es de separación de deudas: esta conclusión se impone en virtud de la mera interpretación gramatical del artículo 5 de la ley 11.357, que emplea una forma negativa adecuada para enfatizar la regla de la independencia de deudas. Debe insistirse en subrayar que *todas las deudas originadas en cabeza de un cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal son personales*, cualquiera sea su fuente: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley, y cualquiera sea la finalidad del contrato de que nace, tanto consista en satisfacer una necesidad del consorte contratante o "atender a las necesidades del hogar", "la educación de los hijos" o "la conservación de los bienes comunes", fórmulas todas éstas del artículo 6º de la ley 11.357. En otros términos, *las deudas son siempre personales del cónyuge que las contrajo*, sin perjuicio de que, *algunas deudas personales son también comunes con respecto al acreedor*. Lo común es una cualidad de ciertas deudas personales. La distinción resulta pues, entre deudas *personales que sólo son tales y deudas personales que, sin dejar de serlo, son comunes respecto del acreedor*: éste es el sentido de las expresiones *deudas personales y deudas comunes*, respectivamente.

La calificación de deuda personal o común queda fija desde el momento de su origen.

Como consecuencia de la regla de separación, quien invoca el carácter personal de la deuda no necesita probarlo.

107. Supuestos de deudas personales.

Son personales: las deudas de origen contractual que no respondan a una de las finalidades previstas en el artículo 6 de la ley 11.357, las contraídas en el ejercicio de la profesión, industria o comercio del cónyuge, las resultantes de la conservación de los bienes propios del contratante; las emergentes de responsabilidad por acto ilícito doloso o culposo, las penas pecuniarias y multas civiles; las deudas de una sucesión aceptada sin beneficio de inventario o en que éste se ha perdido; la relativa al cargo de una liberalidad recibida; las originadas en el deber de prestar alimentos a parientes; las impositivas ya sea que estén gravados los ingresos, las actividades o los bienes propios o gananciales del contribuyente; las deudas por honorarios siempre que los juicios en que se devengaron no hayan tenido una finalidad susceptible de ser incluida en el artículo 6 de la ley 11.357; los accesorios de las deudas personales (intereses pactados o punitivos, deuda por cláusula penal, etcétera).

B) DEUDAS COMUNES.

108. El artículo 6 de la ley 11.357.

El artículo 6 de la ley 11.357 establece: “Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes”.

109. Caracterización de las deudas comunes.

a) *Son excepcionales.* Lo demuestra la relación entre los artículos 5 y 6 y el empleo del adverbio “sólo” en el segundo, que se refiere 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 cónyuge que no contrajo la deuda. Las consecuencias del carácter de excepción son obvias: la enumeración es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de una razo-

nable flexibilidad en la comprensión de cada categoría) y la cualidad de deuda común debe ser probada por el acreedor que la invoca.

b) *Se tipifican por la finalidad por la cual fueron contraídas.* Estas finalidades son las expresadas en el artículo 6.

c) *Son de fuente contractual.* La expresión “contraídas” solamente permite aplicarse a deudas nacidas de un contrato. No nos parece acertado distinguir entre gasto e inversión, como hace Mazzinghi, quien explica que cuando el objeto del negocio jurídico se agota de inmediato o en el primer uso, se trata de un “gasto”, mientras que cuando el objeto se incorpora al patrimonio del adquirente, se trata de una “inversión”, siendo común la deuda correspondiente a un “gasto” y personal la contraída en una “inversión”. Así sostiene, por ejemplo, que la deuda por el precio de compra de la casa habitación familiar o de un automóvil, no respondería a una necesidad del hogar aun cuando la familia destinataria gozara de un nivel económico desahogado. Opinamos en contra de esta interpretación porque tanto los alimentos o vestidos como el inmueble o el automóvil, constituyen bienes de consumo, si bien los últimos son de consumo prolongado, prácticamente inagotables aunque se desgastan.

d) *El contrato que determina la deuda común debe responder directamente a la satisfacción de las finalidades previstas por el artículo 6.* Por esta razón corresponde distinguir entre la deuda contraída para adquirir bienes de capital (fijo —herramientas, maquinarias— o circulante —mercaderías destinadas a la venta—) y la deuda contraída para adquirir bienes de consumo inmediato o prolongado: sólo estas últimas son comunes, aunque aquellos bienes de capital sean empleados por su dueño en la actividad cuyos ingresos le permiten atender a las necesidades del hogar. La inclusión de las deudas emergentes de la adquisición de bienes de capital indirectamente destinados a la satisfacción de las finalidades previstas en el artículo 6, reduciría totalmente el campo de aplicación del principio de separación de las deudas y no se compadecería con el carácter excepcional de éste.

La finalidad directamente común debe presentarse ínsita en el negocio causante de la obligación, por lo tanto, desde el origen de

la deuda, bastando la existencia de este motivo determinante sin que necesariamente deba concretarse en beneficio cronológicamente consecutivo de los cónyuges y de sus hijos.

e) *El pago de la deuda común por cualquiera de los cónyuges no genera derecho a exigir la contribución del otro durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial.* Ello es así por el fundamento de la cualidad común, que es el contenido patrimonial del deber de asistencia conyugal y paterno - filial, para las dos primeras finalidades, mientras que la tercera acoge el beneficio que ambos cónyuges obtienen del uso y goce común de todos los gananciales y su destino común, no ajeno al mismo deber de mutuo auxilio y cooperación.

f) *Las deudas comunes son deudas concurrentes.* La fundamentación de esta característica de las deudas comunes exige un desarrollo más detallado conforme a planteos teóricos pero de verdadera importancia en la práctica. Involucra fundamentalmente el problema de la naturaleza del deber jurídico del cónyuge no contratante. En efecto, el cónyuge contratante debe porque voluntariamente se obligó y la fuente de su obligación es el contrato celebrado por él. Pero ¿de dónde nace el deber jurídico del cónyuge no contratante?, ¿cuál es la fuente de su obligación?

Se ofrecen distintas vías de solución para este problema, las que agrupamos según la más importante de las consecuencias resultantes de las distintas posiciones doctrinarias, a saber, si es o no es necesario hacer excusión de los bienes del cónyuge que contrajo la deuda para poder reclamar el pago al otro consorte. En otros términos: a) la alternativa se da entre estos extremos: ¿es necesario demandar primero al cónyuge contratante y sólo si es imposible obtener así la satisfacción del crédito, puede el acreedor dirigirse contra el no contratante?; b) ¿puede demandarse inicial e indistintamente a uno u otro?

Habría dos argumentaciones en apoyo del primer criterio: según una de ellas, el deber jurídico del cónyuge no contratante es el de quien está obligado en subsidio del principal obligado (el contratante), de donde aquél aparecería como fiador de éste. Esta po-

sición fue defendida en los primeros tiempos de vigencia de la ley 11.357 cuando la doctrina experimentaba un cierto rechazo ante un cambio que encontraba prematuro y buscaba una interpretación que, de acuerdo con las inquietudes del momento, protegiera mejor a la esposa. 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 mujer casada, pues le sería favorable si ella no contrató pero desfavorable si lo había hecho y, finalmente, lo inactual de referencias a medidas protectoras de la esposa en sus condiciones presentes de capacidad civil. En la práctica, con su aceptación se trabaría la actividad económico-jurídica de los esposos, especialmente de la mujer en la esfera tan suya de los gastos cotidianos del hogar, pues el acreedor se encontraría presionado a tomar en cuenta la solvencia personal del que contrata con él, perdiéndose en mucho la ventaja del respaldo patrimonial del otro cónyuge.

La otra vía para fundar esta misma tesis recurre a una concepción fecunda en materia de teoría general de las obligaciones, concepción que la doctrina argentina generalmente no acepta: la distinción entre deuda y responsabilidad, invocada en cuanto a nuestro tema por Guaglianone e incidentalmente, por Spota. Ha de rechazarse porque sus conclusiones son las mismas de la posición anterior, susceptible de idénticas críticas, a las que se agregan las que merece la distinción misma entre deuda y responsabilidad, concebidas como entidades dissociables entre sí al punto de que pueda investirse el carácter de responsable sin ser deudor. No es tampoco argumento desdeñable el de la complejidad teórica y práctica que ofrecería la deuda común conyugal si se la estructurara con un acreedor que enfrentara a un deudor responsable (el contratante) y a un responsable que no es deudor (el no contratante).

Es preciso ahora encontrar fundamento a la tesis que sostiene la posibilidad de que el acreedor elija entre el cónyuge contratante y el no contratante. Procede analizar primero si la deuda conyugal común se adecua a una obligación de sujeto pasivo alternativo. Existen entre ellas muchos puntos de contacto porque en ambas hay pluralidad de vínculos (dos obligaciones), el deudor a demandar

permanece indeterminado hasta que el acreedor opta, la prestación es única y el pago total extingue la deuda del que no fue demandado. Pero hay una diferencia básica, aplicable a todas las tesis que arguyen sobre la figura del doble sujeto pasivo y que es la siguiente: en la obligación alternativa, la causa de las dos o más obligaciones es única. Además, el cumplimiento parcial comporta la extinción del derecho del acreedor por lo que no puede dirigirse contra otro deudor por el saldo impago. No hay una sola causa para la obligación de los dos esposos ni en la deuda común conyugal queda el acreedor imposibilitado de perseguir al cónyuge no demandado inicialmente para obtener total satisfacción.

Resuelto que no nos encontramos ante un supuesto de deuda de sujeto pasivo alternativo ¿es la deuda común una obligación de sujeto pasivo plural? Si la respuesta es afirmativa ¿se trata de obligaciones simplemente mancomunadas o de obligaciones solidarias? No lo primero, porque en las obligaciones simplemente mancomunadas la causa es única y se aplica el principio del fraccionamiento, principio que no juega en las deudas comunes conyugales pues el artículo 6 claramente dispone que el pago total puede ser reclamado al no contratante. Las posibilidades de contratación de los esposos disminuirían notablemente si la deuda común fuera exigible al no contratante sólo por la mitad de su monto. Tampoco se trata de obligaciones solidarias, por la misma razón de la no unidad de causa y porque la solidaridad tiene que nacer de pacto inequívoco (art. 701 CC) o de norma legal expresa. Si alguna duda cupiera sobre la segunda afirmación, por interpretarse que tal norma expresa es el mismo artículo 6, se la superaría comparando su redacción con las de otras normas que verdaderamente crean solidaridad (por ejemplo, arts. 1081, 3870 y, en lo contractual, arts. 1945, 2281, etc.).

Se llega así a un último planteo, desarrollado con gran agudeza y precisión por Mazzinghi, quien explica que las deudas comunes conyugales ejemplifican una hipótesis de "deudas concurrentes". Según Von Thur, la diferencia entre la concurrencia y la solidaridad consiste en que los créditos solidarios "descansan sobre el mismo fundamento jurídico mientras que los créditos concurrentes descansan en fundamentos jurídicos distintos" (*Tratado de las obligacio-*

nes, T. II, p. 274). Pormenorizando el análisis, se subraya la precedente diferenciación: las obligaciones concurrentes no implican una vinculación entre los sujetos pasivos, no se aplica en ellas el principio de contribución ni el efecto subrogatorio del pago, en principio. Consecuencia de la existencia de dos obligaciones de diferente fuente son: la independencia de la prescripción que corre por separado para cada deudor, la incomunicabilidad de la culpa y de la mora, y que el pago parcial no libera al deudor no demandado. Esta especie de obligaciones responde a la caracterización típica de la deuda común conyugal, en la cual, en efecto, el consorte contratante debe porque contrató y el cónyuge no contratante debe por disposición legal, esto es, la fuente de su obligación es directa e inmediatamente la ley. La deuda por el total es exigible a cualquiera de los esposos, que son ambos deudores y responsables pero en virtud de distinta causa - fuente. Es indudable que la redacción de los artículos 5 y 6 prestan sólido apoyo a esta interpretación.

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

110. Supuestos de deudas comunes.

Se analizan a continuación los alcances de las finalidades señaladas en el artículo 6.

a) *Necesidades del hogar*. La jurisprudencia ha tenido ocasión de suministrar ejemplos al respecto: compra de comestibles y vestimenta, honorarios médicos y odontológicos, gastos de farmacia, cuotas de mutuales que cubren gastos de enfermedades, primas de seguros que cubren enfermedades o accidentes personales, salarios del personal de casa de familia y sus complementarios, gastos reclamados por el trato social, vacaciones, adquisición y alquiler de la vivienda, su amoblamiento y provisión de artefactos, expensas comunes a los propietarios de inmuebles según el régimen de la ley 13.512. Los requisitos necesarios para circunscribir la comprensión

de las “necesidades del hogar” se dan respecto a la relación de familia que debe existir entre los obligados y los otros beneficiarios y a la convivencia. El criterio interpretativo es amplio: la convivencia se presenta con ciertos empleados al servicio de la familia y su sustentación es “gasto del hogar”; de la misma manera, la ausencia temporal del hijo legítimo de los esposos que habitualmente convive con ellos, no quita el carácter de “gasto del hogar” a los originados en la asistencia que se le presta.

b) *Educación de los hijos.* La fórmula legal abarca los gastos e inversiones destinados a satisfacer las necesidades de educación de los hijos menores de edad, tanto primaria como secundaria y universitaria (cuotas de colegios, honorarios de profesores, aranceles, viajes de estudio, adquisición de libros, colecciones o bibliotecas, instrumental para práctica profesional en las carreras que lo requieren). El carácter de deuda común se mantiene cuando el hijo legítimo o adoptivo de ambos esposos estudia viviendo fuera del hogar con consentimiento de sus progenitores. En el caso de hijos legítimos o adoptivos de uno de los cónyuges o extramatrimoniales suyos, la cualidad de deuda común depende de que convivan en el hogar familiar.

c) *Conservación de los bienes comunes.* Precisar los alcances de la expresión “bienes comunes” resulta indispensable para circunscribir la hipótesis. La divergencia doctrinaria sobre el tema puede sintetizarse en tres corrientes: amplia, intermedia y restringida. Para la tesis de mayor comprensión, todos los bienes de los esposos caben en la calificación de comunes (Mazzinghi, Borda, Cornejo), invocándose, entre otros, argumentos tomados del sentido de la norma preferido al gramatical dada la imprecisión de la terminología empleada en la materia, la armonía con el régimen patrimonial matrimonial en que ambos esposos tienen el goce y disfrute de todos los bienes siendo gananciales los frutos de los propios, y la mayor justicia de esta interpretación. Según la tesis de mínima comprensión, debida a Guaglianone, sólo los bienes en condominio deben reputarse comunes a los efectos de la cláusula estudiada. Admitiendo que ésta es el sentido estrictamente correcto de la palabra “comunes”,

es preciso, no obstante, inclinarse por la intermedia (Belluscio, Fassi, Bossert, Zannoni).

Hay, en verdad, total incompatibilidad semántica y lógica entre “lo común” y “lo propio”; que “comunes” significaba gananciales en el derogado artículo 1224 y que significa “gananciales” en el artículo 1311 (observación de Belluscio) 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”. Por su parte, la tesis de Guaglianone reduce la norma a límites muy estrechos resultando difícil aceptar que se haya tenido en cuenta el supuesto de los bienes propios o gananciales en condominio, subespecie de las dos grandes categorías propias básicas de propios y gananciales.

d) *Accesorios de las deudas comunes.* Son comunes los accesorios de las deudas comunes (intereses legales o pactados, cláusula penal compensatoria), pero no los punitivos ni lo debido por cláusula penal punitiva.

e) *Ampliación interpretativa del artículo 6.* Han sido comprendidos dentro del artículo 6: las costas y los honorarios en juicios en que se han ejercido acciones conservatorias de bienes gananciales, en juicios relativos al cobro de deudas comunes, en procesos por interdicción o inhabilitación de un cónyuge.

Con ello se reconoce una justa primacía a la finalidad del gasto sobre la interpretación estrecha de la palabra “contraída” empleada en la ley.

C) REGIMEN DE COBRO COMPULSIVO DE LAS DEUDAS

111. Deudas personales.

a) Corresponde demandar al cónyuge deudor.

b) Son ejecutables por las deudas personales los bienes del deudor que se incluyen en el artículo 5, según se trate del marido o de la esposa.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 17.711, fue trascendente el plenario de las Cámaras Civiles de la Capital que sentó

la exacta doctrina de la separación de deudas conforme a la ley 11.357, resolviendo que no pueden ser embargados los frutos de los bienes propios de la esposa por una deuda personal del marido, no habiendo probado el ejecutante que el débito encuadra en algunas de las situaciones previstas en el artículo 6, ya sea que la administración de esos bienes estuviera en manos del marido o de la esposa. La respuesta se adecuó a un régimen de gestión que podía ser marital de todos los gananciales si la esposa no trabajaba a cambio de remuneración o no había revocado el mandato presunto de que disfrutaba su marido. Hoy resulta aún más firmemente apoyada, si cabe, en un régimen legal de gestión separada.

Es que la interpretación del artículo 5 remite la determinación de los bienes susceptibles de ejecución forzada al régimen de gestión establecido en el artículo 1276 en su redacción vigente. Sólo se nota una discordancia: refiriéndose a la esposa, el artículo 5 identifica sus bienes porque ella los “adquiere”, refiriéndose al marido, porque él los “administra”. Es innegable la actual aproximación conceptual de las expresiones “adquirir” y “administrar” ya que según el artículo 1276 cada cónyuge administra lo que adquiere. Pese a esto, la correspondencia no es absoluta, porque gananciales cuyo “origen” es indeterminable o de “prueba dudosa” pueden haber sido adquiridos por la esposa y administrados por el marido, con lo cual ella adquiere más de lo que administra y el marido administra más de lo que adquiere. Por eso puede considerarse decisiva la administración sobre la adquisición. Lo ostensible de la administración para quien contrata con un cónyuge no queda neutralizado por la importancia de la adquisición, imposible de demostrar, por hipótesis, para los gananciales de titularidad dudosa, y es suficiente para configurar la buena fe del tercero y conducir a aplicar las disposiciones de los artículos 1929 y 1930 del Código Civil, en su caso. Mazzinghi, por el contrario, sostiene que los términos “administrar” y “adquirir” han venido a ser sinónimos con equivalencia conceptual relativa, distinguiendo causa y efecto, siendo la primera “adquirir”, y el segundo “administrar”, y que se responde por las deudas con lo que se adquiere y porque se lo adquiere, no porque se lo administre.

En síntesis, las deudas personales de los cónyuges exigidas compulsivamente durante la vigencia del régimen patrimonial matrimo-

nial pueden cobrarse sobre los bienes propios y los bienes gananciales que administra el deudor: en caso de que éste sea el marido, responde con sus propios, con los bienes gananciales que adquiere y con los bienes gananciales de titularidad dudosa o de difícil prueba; en caso de que la esposa sea la deudora, responde con sus bienes propios y con los gananciales que adquiere, aunque no haya constancia del origen de los bienes empleados en la adquisición.

Obsérvese que los bienes para cuya disposición el cónyuge titular necesita el asentimiento de su consorte, están sujetos a embargo y venta forzada por los acreedores de aquel.

Debe recordarse que entre los bienes propios y los bienes gananciales están incluidas las porciones alicuotas propias o gananciales en bienes en condominio con el cónyuge o con terceros.

La ejecución de la porción ganancial indivisa del cónyuge deudor, en un bien en el que el otro cónyuge también posee como dueño otra porción indivisa ganancial, ha sido aceptada jurisprudencialmente en importantes sentencias (ver ED 57, 669; ED 63, 370; Revista del Notariado 735, 1044; Zeus, 14)' que han definido un problema de difícil solución, conforme a la tesis que considera que los gananciales de titularidad conjunta son bienes en condominio entre los cónyuges con porciones alicuotas gananciales, o, al menos, bienes a los que se aplican por analogía las reglas del condominio, lo que conduce a idéntica conclusión, cuyo fundamento no es otro que el que resulta de los principios generales que vinculan la responsabilidad del deudor con los bienes que componen su patrimonio. La atribución de porciones indivisas iguales a ambos esposos (el 50 %) es correcta cuando no se puede demostrar la efectiva proporción en que cada uno adquirió.

El concurso del cónyuge deudor no modifica el sistema de separación de deudas: entran en concurso los bienes propios y gananciales de su administración, no los propios ni los gananciales de administración del consorte y este no tiene derecho a pretender la mitad de los gananciales de administración del concursado, los que pueden ser íntegramente absorbidos por los acreedores.

112. Deudas comunes.

a) Necesitando exigir judicialmente el pago de la deuda común, el acreedor puede optar entre las siguientes vías:

- 1º Elegir uno de los consortes, demandarlo por el total de la deuda, embargar bienes suyos y, obtenida sentencia favorable, ejecutarla sobre ellos;
- 2º En el mismo caso, embargar también bienes del otro consorte en forma de embargo anterior a la demanda, sujeto al régimen procesal correspondiente que generalmente establece la caducidad del embargo si la demanda no se entabla en un cierto plazo;
- 3º Demandar a ambos cónyuges por el total de la deuda, embargar bienes de uno y otro y, obtenida sentencia favorable, ejecutar por el importe íntegro al que más convenga.

Nunca puede ejecutarse la sentencia contra un cónyuge sobre bienes del no demandado. Si aquél resultó insolvente, el acreedor conserva el derecho de demandar al otro, lo que igualmente puede hacer para obtener la satisfacción total de su acreencia si en el juicio contra uno de los esposos sólo consiguió un pago parcial.

b) La determinación de qué bienes pueden ser embargados y eventualmente objeto de ejecución, depende de que el demandado sea o no el cónyuge contratante o aquel sobre quien recayó la deuda, en los casos en que excepcionalmente se han admitido, por interpretación, deudas comunes de fuente no contractual.

Si la deuda común es exigida compulsivamente al cónyuge contratante, como es una deuda *personal* suya, el acreedor debe proceder como corresponde a una deuda de esa categoría.

Si la deuda común es exigida compulsivamente al cónyuge no contratante, el acreedor podrá embargar y eventualmente ejecutar bienes de su propiedad, pero solamente *los frutos de los bienes propios y de los gananciales que administra*, es decir, ciertos gananciales y no otros.

El concepto y las clases de frutos son los genéricos (nota al artículo 2329 y art. 2330 C.C., considerándose frutos industriales los que la cosa da con intervención preponderante de la actividad humana). El artículo 6 encuadra en el contexto del sistema patrimonial matrimonial con más exactitud que el artículo 5 porque directamente se refiere a frutos de bienes *administrados* por el contratante. Conforme, pues, con el régimen de gestión, el marido no contratante responde por las deudas comunes contraídas por su mujer con los frutos naturales, industriales y civiles de sus bienes propios, de los bienes gananciales que adquiere y de los bienes de titularidad dudosa, la esposa no contratante responde por las deudas comunes contraídas por su marido con los frutos naturales, industriales y civiles de sus bienes propios y de los gananciales que adquiere aunque no haya constancia del origen de los fondos que empleó en la adquisición. Por el principio de la subrogación real, los frutos naturales o industriales en especie son reemplazados por el dinero que sea su precio de venta ya cobrado o por el crédito correspondiente al precio a pagar.

Existe casi total acuerdo doctrinario y jurisprudencial en equiparar a los frutos, a los efectos del artículo 6, los sueldos, salarios y honorarios del cónyuge no contratante, solución que se justifica como ejemplo de interpretación extensiva basada en la equidad y que logra un funcionamiento armónico del sistema y facilita la gestión de los cónyuges.

No se registran diferencias en doctrina en cuanto a que los bienes adquiridos con frutos de propios y gananciales (frutos capitalizados) dejan de ser auténticos frutos y no son ejecubles por las deudas contraídas por el cónyuge del propietario.

El concurso del cónyuge no contratante no modifica los límites de su responsabilidad. Es imaginable que el acreedor optará por el deudor no sometido a concurso, lo que hace que el supuesto sea excepcional en su presentación.

**DEUDAS DE LOS CONYUGES EXIGIDAS DURANTE LA VIGENCIA
DEL REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL.**

PERSONALES	Artículo 5 Ley 11.357	El cónyuge deudor responde con	<p>MARIDO { sus propios, incluidas las porciones alicuotas propias en bienes en condominio con el cónyuge o con terceros (1)</p> <p>los gananciales de su titularidad, incluidas las porciones alicuotas gananciales en bienes en condominio con el cónyuge o un tercero (2)</p> <p>los gananciales de titularidad dudosa (3)</p>
			<p>ESPOSA { sus propios, incluidas las porciones alicuotas propias en bienes en condominio con el cónyuge o un tercero (4)</p> <p>los gananciales de su titularidad, incluidas las porciones alicuotas gananciales en bienes en condominio con el cónyuge o un tercero (5).</p>
<hr/>		El cónyuge contratante responde con	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">por el total de la deuda</div>
COMUNES	Artículo 6 Ley 11.357	El cónyuge no contratante responde con	<p>MARIDO } los frutos de (1) (2) (3)</p> <p>ESPOSA } los frutos de (4) (5)</p>
			<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">por el total de la deuda</div>