

Capítulo VII

DISOLUCION, LIQUIDACION Y PARTICION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

I. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	
1. Fin del régimen patrimonial matrimonial	407
2. Causales de disolución. Enumeración y clasificación	407
II. ANALISIS DE LAS CAUSALES	
A) <i>Causales que operan de pleno derecho</i>	
3. Muerte del cónyuge	409
4. Causales vinculadas con la muerte presunta del cónyuge	409
5. Nulidad del matrimonio putativo	411
6. Divorcio	412
B) <i>Causales que operan a instancia de parte</i>	
7. Mala administración de un cónyuge	415
8. Curatela de un cónyuge por un tercero	420
9. Muerte presunta (art. 1307)	422
III. LA SEPARACION DE HECHO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL	
10. Antecedentes	422
11. Fundamentos	423
12. Alcances y consecuencias	423
13. Supuesto de culpabilidad de ambos cónyuges	424
IV. LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA	
14. Generalidades	426
A) <i>Sociedad conyugal disuelta en vida de ambos cónyuges</i>	
15. Soluciones basadas en la inexistencia de división postsocietaria	426
16. Soluciones basadas en la existencia de indivisión postsocietaria	427
17. Consecuencias de la disolución de la sociedad conyugal	428
18. Consecuencias de la retroactividad de la disolución entre cónyuges	431
19. Los negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución	432
20. Esquematización del régimen de gestión de los gananciales entre la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes y la sentencia correspondiente, y después de ésta	432
B) <i>La sociedad conyugal disuelta por causa de muerte</i>	
21. Generalidades	434
V. LIQUIDACION	
22. Concepto y contenido	434
23. Reglas aplicables	435
24. Recompensas entre cónyuges	438
25. Imputación definitiva de los alimentos provisorios	443

VI. PARTICION	
26. Concepto	445
27. Reglas aplicables	445
28. Legitimación para pedir la partición	445
29. Proporción en que se parte	446
30. Forma de la partición	446
31. Liquidación y partición de sociedades conyugales sucesivas	447
32. Liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas	448
33. Convenios entre cónyuges	451
VII. CASOS ESPECIALES	
34. Situación del "hogar conyugal" después de la disolución y después de la partición de la sociedad conyugal	453
35. Bienes que permanecen indivisos después de la disolución de la sociedad conyugal	455
VIII. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES	
36. La separación de bienes pendiente la indivisión postsocietaria	460
37. El régimen de separación de bienes después de la partición	460
38. Cargas comunes que subsisten durante la separación de bienes	461
39. Contratos entre cónyuges separados de bienes	462
40. Cesación de la separación de bienes	463

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Capítulo VII

**DISOLUCION, LIQUIDACION Y PARTICION
DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

1. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. Fin del régimen patrimonial matrimonial.

Llamamos "disolución de la sociedad conyugal" al fin del régimen patrimonial legal.

Como consecuencia de haber creado para los cónyuges en sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros, un régimen imperativo estructurado sobre la distinción entre bienes propios y gananciales y destinados los últimos a dividirse en los términos del artículo 1315, el Código Civil debió prever las causas que determinarían o hicieran necesaria o posible la división y los efectos que comportaría. Sobre las disposiciones pertinentes incidió la ley 14.394 en materia de muerte presunta (prescindimos de referencias al divorcio vincular, vigente durante breve lapso). Por fin, la ley 17.711 se proyectó de manera fundamental en algunos importantes aspectos.

2. Causales de disolución. Enumeración y clasificación.

Las causales de disolución enumeradas en la legislación pueden agruparse conforme a distintos criterios que facilitan la caracterización de cada una de ellas. Lo han efectuado, entre otros, Gatti, Guaglianone, Belluscio, Zannoni.

Proponemos un ordenamiento comprensivo de distintos criterios:

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Clasificación según:

Causa jurídica eficiente

Efectos

<p>Operan de pleno derecho (Por vía de consecuencia)</p>	<p>Muerte (art. 1291, C. C.)</p> <p>Vencimiento del plazo de prenotación (art. 30, ley 14394)</p> <p>Matrimonio del cónyuge del muerto presunto (art. 31, ley 14394)</p> <p>Nulidad del matrimonio putativo (art. 1291 C. C.)</p> <p>Divorcio (art. 1306 C. C.)</p>	<p>Fin de todo régimen</p>	<p>Muerte</p> <p>Matrimonio del cónyuge del muerto presunto</p> <p>Nulidad del matrimonio putativo</p> <p>Vencimiento del plazo de prenotación</p> <p>Muerte presunta (art. 1307)</p>	<p>Irreversibles</p>
<p>Operan a instancia de parte (Por vía principal)</p>	<p>Mala administración (art. 1294 C. C.)</p> <p>Curatela de un cónyuge por un tercero (art. 1290 CC)</p> <p>Muerte presunta (art. 1307)</p>	<p>Reemplazo del régimen legal por el de separación de bienes</p>	<p>Divorcio</p> <p>Mala administración</p> <p>Curatela de un cónyuge por un tercero</p>	<p>Reversibles</p>

II. ANALISIS DE LAS CAUSALES

A) CAUSALES QUE OPERAN DE PLENO DERECHO.

3. Muerte del cónyuge.

La muerte del cónyuge extingue el vínculo conyugal (art. 81, ley 2393) y consecuentemente, el régimen patrimonial matrimonial que es uno de sus efectos (art. 1291 C.C.), *ipso iure*, sin que sea reemplazado por ningún otro régimen e irreversiblemente.

La disolución se produce en el momento del fallecimiento conforme con lo dispuesto en el artículo 3282 del Código que fija la apertura de la sucesión en la muerte del causante, recalcándolo en la nota respectiva: "La muerte, la apertura y la trasmisión de la herencia se causan en el mismo instante", coherentemente con el principio, adoptado, de la sucesión en la persona del difunto. Rébora, Fassi, Bossert, Mazzinghi sustentan esta opinión; en contra, decidiéndose porque la disolución de la sociedad conyugal se produce en el día de la muerte, Guaglianone y Zannoni.

4. Causales vinculadas con la muerte presunta del cónyuge.

La declaración de muerte presunta de uno de los cónyuges no disuelve su matrimonio pero abre tres posibilidades de disolución de la sociedad conyugal. Dos de ellas operan de pleno derecho:

a) *Vencimiento del plazo de prenotación*: El artículo 30 de la ley 14.394 dispone que "transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal".

El texto no es de fácil interpretación. Por haber sido inspirado por el Anteproyecto de 1954, optamos por lo que Llambías enseña al respecto explicando que la parte final del artículo 30 posterga la extinción de la sociedad conyugal hasta el fin del período de prenotación y que, por lo tanto, pendiente ese plazo, los bienes propios del presunto muerto entran en el acervo hereditario y los

bienes gananciales quedan al margen de la transmisión sucesoria, salvo que acaezca una de las otras causales de disolución relacionadas con la muerte presunta. A su vez, esta continuidad de la sociedad conyugal no se tomará en consideración cuando se proceda a partirla pues los ingresos del presunto viudo posteriores a la fecha de la muerte presunta no serán considerados gananciales. Es decir, para la partición se toma como fecha la fijada por el juez como día (y hora) del presuntivo fallecimiento.

Mazzinghi, criticando la subsistencia simultánea del artículo 1307 del Código Civil y del artículo 30 de la ley 14.394, sostiene que la sociedad conyugal queda disuelta a la fecha de la muerte presunta con opción para el cónyuge superviviente entre liquidar los gananciales o dejar subsistente un condominio con los herederos, análogo a la indivisión hereditaria, entendiendo que el artículo 30, al expresar que "concluye y puede ser liquidada la sociedad conyugal", significa que al vencimiento del plazo de prenotación caduca el derecho del cónyuge sobreviviente para oponerse a la división del condominio y que, consiguientemente, la sociedad conyugal puede, desde entonces, ser liquidada a instancia de cualquier interesado.

Con la interpretación que sostenemos la causal opera de pleno derecho. Para ambos criterios expuestos, comporta la imposibilidad del reemplazo de la sociedad conyugal por otro régimen de bienes y sus efectos pueden revertirse por la reaparición del presunto fallecido si su cónyuge no celebró nuevas nupcias.

b) *Matrimonio del cónyuge del muerto presunto*: Según el artículo 31 de la ley 14.394, la declaración de muerte presunta de un cónyuge autoriza al otro a contraer matrimonio quedando disuelto el primer vínculo matrimonial al celebrarse las segundas nupcias, las que no serán afectadas en su validez por la reaparición del presuntivamente fallecido.

Es obvio que, disuelto el vínculo, la sociedad conyugal correspondiente queda también extinguida, de pleno derecho y con carácter de irreversibilidad. Las consideraciones formuladas en el párrafo anterior son extensibles a la fecha de la disolución por esta causal.

5. Nulidad del matrimonio putativo.

El artículo 1291 también dispone que la sociedad conyugal se disuelve “por declararse nulo el matrimonio”. La norma es inaplicable al matrimonio viciado con ambos contrayentes de mala fe pues no crea sociedad conyugal (art. 89, 2º, ley 2393).

En cuanto al matrimonio putativo, diferencias en redacción y contenido de los artículos 87 y 88 de la ley 2393 imponen la conveniencia de tratar por separado los dos supuestos que contemplan.

a) *Matrimonio viciado celebrado de buena fe por ambos contrayentes*: Según el apartado 2º del artículo 87 de la ley matrimonial, la nulidad tiene con respecto a los bienes los mismos efectos que la muerte de uno de los cónyuges. Considerando que los efectos del matrimonio se producen hasta el día en que se declara la nulidad (párrafo inicial del artículo citado), la fecha en que se disuelve la sociedad conyugal es aquella en que queda firme la sentencia que declara la invalidez del vínculo matrimonial.

b) *Matrimonio viciado celebrado con buena fe por parte de uno de los contrayentes*: El artículo 88 de la ley 2393 dispone que, en este caso, el matrimonio producirá los efectos del matrimonio válido hasta el día de la sentencia que declare la nulidad pero sólo con respecto al cónyuge de buena fe y a los hijos y no con respecto al cónyuge de mala fe. Esto ha conducido a la doctrina a una solución no exactamente igual a la expuesta para el caso anterior, sosteniéndose que el cónyuge putativo puede optar entre acogerse a que la sociedad conyugal existió durante la unión (por lo tanto, que cesa con la sentencia de nulidad) y que proceden su liquidación y la partición normal de los gananciales, o desconocer la existencia del régimen patrimonial legal y liquidar los bienes como si se tratara de una sociedad de hecho. Guaglianone, por su parte, basándose en la limitación de los efectos de unión legítima a sólo el cónyuge de buena fe, rehusa reconocer al de mala fe derecho alguno a participar en los gananciales adquiridos por el de buena fe, en solución semejante a la consagrada por la ley 17.711 para los separados de hecho, pero que no está prevista para el caso en examen y que resulta inexacto aceptar por cuanto la so-

ciudad conyugal vincula a los dos esposos no pudiendo funcionar unilateralmente (concepto de Mazzinghi que compartimos).

La fecha en que se extingue la sociedad conyugal es también aquella en que queda firme la sentencia que declara la invalidez matrimonial.

c) Mediando nulidad termina el régimen legal sin ser reemplazado por otro e irreversiblemente.

Si la muerte de uno de los cónyuges sobreviniera antes de la sentencia de nulidad, la disolución de la sociedad conyugal se produciría por esta causa, sin afectar el derecho de opción del cónyuge de buena fe (o sus herederos) en el supuesto de que el otro contratante hubiera sido de mala fe.

6. Divorcio.

a) *Funcionamiento de la causal*: En el sistema del Código Civil, sólo el cónyuge inocente del divorcio podía requerir judicialmente la separación de bienes, ejercitando una iniciativa que le era atribuida como privilegio emergente de su inocencia y como una sanción más para el culpable. Por lo tanto, la sociedad conyugal podía continuar a pesar del divorcio, tanto cuando el cónyuge no hacía uso de su privilegio como cuando ambos eran culpables, aunque hubo acuerdo doctrinario y jurisprudencial en el sentido de reconocer a los dos, en este caso, la personería para promover la separación de bienes.

La solución establecida en el Código aparecía como no teniendo suficientemente en cuenta las bases en que se apoya todo régimen de comunidad, que encara la existencia de bienes comunes como proyección de la unidad vital creada por el matrimonio aún sobre las manifestaciones de la actividad económica de los esposos. Porque ambos cónyuges han contribuido a obtenerlos es que tienen derecho a participar de su uso durante la convivencia y a dividirse el dominio o compartir los beneficios logrados, cuando cesa la cohabitación. Terminada la vida en común, no puede continuar el goce y disfrute en común de los bienes propios o de los gananciales ni hay esfuerzo común en la adquisición de bienes. La razón de ser del régimen societario cesaría con la cohabitación.

Se dieron injustos resultados a que podía conducir el derecho de iniciativa reconocido por el Código: cónyuges inocentes que continuaron beneficiándose con el trabajo del culpable o cónyuges inocentes que incurrieron en conducta posterior al divorcio determinando la necesidad de admitir la legitimación activa del culpable para accionar por disolución, según el criterio imperante en caso de doble culpabilidad calificada en el juicio.

La ley 17.711 introdujo una modificación fundamental con la nueva redacción del artículo 1306 que dispone en su primer párrafo: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe".

Por lo tanto: la disolución conyugal sólo está condicionada a la declaración de divorcio, no a la calificación de la conducta de los cónyuges; no es necesario promover la acción de separación de bienes aparte, simultánea o sucesivamente a la de divorcio, para que, en el primer supuesto, se le diera curso si el accionante era declarado inocente; ya no puede plantearse el problema causado por la conducta del inocente, posterior al divorcio.

Si bien estas soluciones parecen haber superado la problemática de las establecidas en el Código Civil, no son por cierto, inatacables. No debe olvidarse el carácter sancionador que corresponde y debe corresponder al divorcio. Es también innegable la conveniencia de permitir la prolongación de la sociedad conyugal en beneficio del inocente y de los hijos, cuando la partición de los gananciales puede redundar en la pérdida de la única y principal fuente de trabajo o disminuirla sensiblemente.

b) *Fecha de disolución de la sociedad conyugal*: El Código Civil no determinó desde qué fecha se producían los efectos de la disolución de la sociedad conyugal. Se sostuvieron distintas, en particular para el caso más frecuente de la separación de bienes posterior al divorcio, cuya sistematización ha sido repetida y cuidadosamente expuesta por distintos autores. Entre dichas fechas se proponían: la de la sentencia de separación de bienes, la de la demanda, la de su notificación, la de la traba de la litis, la de la sentencia de divorcio.

La ley 17.711 se inclinó por la fecha de la notificación de la demanda, entendiendo que esta comunicación significa para quien la recibe suficiente advertencia y que no pueden formularse en su contra las objeciones que se oponen a las otras fechas posibles: no es tan tardía como la fecha de la sentencia, no afecta actos del demandado otorgados cuando aún ignoraba que lo había sido (como la fecha de la presentación de la demanda) ni le concede tiempo bastante para perjudicar a su cónyuge (como la de la traba de la litis aunque sea la que mejor responde a principios procesales). En caso de divorcio por presentación conjunta, la fecha no puede ser otra que la de la presentación.

La protección de los terceros de buena fe está prevista en el artículo 1306 sin especificar la fecha desde la cual les es oponible la disolución de la sociedad conyugal. Remitirse a la fecha de la sentencia es insuficiente puesto que la buena fe consiste en el desconocimiento del divorcio y ni el pronunciamiento judicial ni su inscripción en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas (decreto - ley 8204/63, art. 47, inc. 3º) aseguran de hecho su publicidad. La cuestión se vincula con la caracterización del derecho de los cónyuges sobre los gananciales después de la disolución, lo que se estudia infra en los Nº 14 y siguientes, en especial en el Nº 16 y siguientes.

c) *Efectos*: La sentencia de divorcio pone fin al régimen legal de comunidad que es sustituido por el de separación de bienes siendo factible el renacimiento del primero en virtud de la reconciliación de los cónyuges. Según el artículo 71 de la ley 2393, cesan los efectos del divorcio ya decretado con la reconciliación de los esposos, reconciliación presumida en caso de reanudarse la cohabitación. Si la reconciliación es tácita, la también tácita reconstitución de la sociedad conyugal compromete múltiples intereses que ya antes de la ley 17.711 inducían a reclamar medidas de publicidad o a extender al caso la exigencia de escritura pública o resolución judicial que establece el artículo 1304. Esta interpretación puede considerarse predominante en doctrina y jurisprudencia.

El vigente régimen de gestión de gananciales acentúa la necesidad de publicitar la reconciliación, porque el restablecimiento de

la sociedad conyugal, al restituir “todo al estado anterior a la demanda de divorcio” (art. cit.) vuelve a imponer la exigencia del asentimiento del cónyuge no administrador para los actos previstos en el artículo 1277, con la sanción de nulidad relativa y total que recaerá sobre ellos si se han otorgado sin ese asentimiento o el judicial en su defecto. No es necesario insistir en la importancia que la publicidad del restablecimiento de la sociedad conyugal tiene para la seguridad del tráfico económico jurídico de los bienes, por lo que debería exigirse el requisito de la escritura pública o resolución judicial del artículo 1304. Pero no será procedente: la disolución de la comunidad de bienes es resultado directo y necesario de la sentencia de divorcio, un efecto que cesa como los otros por la reconciliación. Se impondría revisión legislativa en este punto para exigir adecuados recaudos que hagan pública la reanudación del régimen legal, tal como lo prevén el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936.

B) CAUSALES QUE OPERAN A INSTANCIA DE PARTE.

7. Mala administración de un cónyuge.

El artículo 1294 del Código Civil reza: “El derecho a pedir la separación de bienes, sólo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores”.

Este artículo protagoniza una historia muy singular en el conjunto del articulado del Código Civil: original del codificador permanece inalterado a través de reformas legislativas que afectaron decididamente otras disposiciones que constituían su engarce lógico en la redacción de Vélez Sársfield. A su alrededor fue modificado dos veces el régimen de gestión de bienes de los cónyuges (leyes 11.357 y 17.711), una vez el sistema de responsabilidad de los mismos por las deudas (ley 11.357) y se sucedieron cuatro distintas reglamentaciones de los concursos posteriores al Código de Comercio de 1862, hasta la ley 19.551.

Tan variable contexto torna comprensible que se ofrezca un panorama vacilante de su interpretación y que las conclusiones a

que se arrije sean diferentes para los dos supuestos que abarca: el concurso y la mala administración.

a) *Supresión del concurso o quiebra como causal de disolución de la sociedad conyugal*: Es fundado compartir la opinión mayoritaria que sostiene que el concurso de un cónyuge debe considerarse suprimido como causal de disolución de la sociedad conyugal a partir de la ley 11.357 y aún más claramente, si cabe, después de la ley 17.711, dados el régimen de gestión de los bienes y el principio de la separación de las deudas.

La disolución de la sociedad conyugal posterior al concurso de un cónyuge: no beneficia al otro consorte porque no le es posible substraer gananciales de la masa ni obtener las recompensas debidas a su favor con preferencia al pago de los acreedores del concursado; coloca al concursado en el riesgo de que la mitad de los gananciales adquiridos por él (o ella) queden incorporados al concurso porque la disolución de la sociedad produce la simultánea indivisión de los gananciales entre los dos esposos; carece de trascendencia efectiva a pesar de que la separación de bienes permitiría sustraer al desapoderamiento los bienes adquiridos posteriormente por la esposa (no por el marido, en su lugar y caso) a los que hubiera correspondido la calificación de gananciales dudosos o inciertos, porque esta razón se diluye ante la elemental conclusión de que la cónyuge puede obtener idéntico resultado proveyéndose de las pruebas adecuadas para demostrar que es el sujeto de los derechos sobre tales bienes (dueña de la cosa, acreedora del crédito, etc.). La única razón valedera para justificar que se solicite el fin del régimen legal porque uno de los cónyuges ha caído en concurso, es la desaparición de la exigencia del artículo 1277 para el no concursado, en el futuro, o sea, la plena libertad de disposición sobre sus ex-gananciales y el bien propio hogar conyugal. Pero esta ventaja no compensa el riesgo que corre con la indivisión sobreviniente a la disolución de la sociedad conyugal y contraría la imperatividad del régimen legal.

Es verdad que el concurso constituye o puede constituir un índice claro de mala administración. No hay inconveniente en que el cónyuge interesado espere a la rehabilitación del concursado con

lo que desaparece el peligro de tener que compartir los gananciales de su gestión con los acreedores insatisfechos, y solicite entonces el fin de la sociedad invocando la causal de mala administración. Pero en tal situación la causal es ésta y no el concurso.

Fassi y Bossert aceptan la subsistencia del concurso como causal disolutoria, extensiva al marido.

b) *Subsistencia de la mala administración como causal de disolución de la sociedad conyugal*: Por el contrario, sostenemos que subsiste la causal de mala administración porque el artículo 1294 no ha sido derogado expresa ni tácitamente ni por la ley 11.357 ni por la ley 17.711, y ello a pesar de que el actual régimen de gestión de los bienes junto a la separación de deudas evidencian que la gestión de un cónyuge no puede comprometer los bienes del otro.

En efecto, es razonable sustentar que el artículo 1294 posee sentido y finalidad práctica. Véanse las siguientes razones:

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

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

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

Aunque tales peligros no recaen sobre bienes *propios* es admisible una interpretación que extienda las palabras de la ley a los gananciales porque el artículo 1294 ha de ubicarse en el contexto de 1968. Cafferata sostiene que “aceptada la vigencia actual del dispositivo (el art. 1294)... y dado que cada cónyuge maneja sus bienes propios, es lógico concluir que hoy la situación contemplada en la previsión de la ley debe abarcar los comunes” (*Administración y disposición de bienes en la sociedad conyugal*, p. 99 y 100). Y la posición cuenta con el apoyo de Spota: “Aun la disolución de la sociedad conyugal por mala administración del cónyuge puede fundarse en una conducta que lleve consigo el peligro de lesionar los bienes gananciales y ello como legítima extensión analógica del artículo 1294” (*Sobre las reformas al Código Civil*, p. 59).

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

Además, está de por medio el interés de la familia, en particular de los hijos menores o incapaces, comprometido en la mala gestión de bienes destinados a un uso en común. Hasta los gananciales adquiridos por el otro cónyuge se verán disminuidos cuando,

a la muerte del que no supo administrar, recaigan sobre la mitad de ellos las deudas del causante insolvente. Se ha remitido la solución de este planteo a la institución de la inhabilitación por prodigalidad (art. 152 bis), pero la inhabilitación exige el requisito de haberse dilapidado una parte importante del patrimonio, lo que puede no haberse dado a pesar de la mala administración. Por otra parte, no es difícil sospechar que el cónyuge se resentirá más por su inhabilitación que por la separación de bienes que en nada afecta su actividad jurídica futura.

Otros argumentos contribuyen a favorecer la tesis sustentada:

La posibilidad de desinteligencias conyugales por razón de la actividad económico-jurídica de los esposos no ha desaparecido con el actual régimen de gestión que reemplaza unos motivos por otros: la necesidad del asentimiento para los negocios incluidos en el artículo 1277 es uno de ellos. Tampoco se ha estructurado un sistema íntegramente protector de los bienes de destino común, lo que resulta evidente, por ejemplo, en el supuesto del cónyuge titular que con su inacción contribuye a la prescripción adquisitiva de un tercero, produciéndose la eliminación de un bien del patrimonio ganancial sin ninguna intervención del consorte que resultará finalmente perjudicado. Es innegable que se trata aquí de "mala administración" del propietario. Obsérvese también que las dificultades planteadas por la separación de hecho se desplazarían por medio de la separación de bienes, eludiéndose el divorcio y siempre que se demostrara el extremo exigido por el artículo 1294.

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

La inmutabilidad del régimen de bienes es una cualidad del argentino, general en el derecho extranjero. Ultimamente se han registrado modificaciones importantes en la materia, por ejemplo,

las introducidas por la reforma francesa de 1965. Admitir la separación de bienes con causa y resolución judicial contribuye a la flexibilidad del régimen patrimonial matrimonial. Los intereses de terceros no se encuentran mucho mejor defendidos cuando la sociedad conyugal se disuelve por divorcio, sin perjuicio de que sea de desear un sistema adecuado de publicidad.

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

Fassi y Bossert también aceptan la subsistencia de la causal.

La "mala administración", determina el reemplazo del régimen de sociedad conyugal por la separación de bienes, pudiendo reconstituirse aquélla en los términos del artículo 1304.

Rehúsan la subsistencia de la causal, Guaglianone, Borda, Mazzinghi, Vidal Taquini y Belluscio.

8. Curatela de un cónyuge por un tercero.

El Código Civil contempla la situación de la esposa cuyo marido fuera declarado interdicto y tuviera por curador a un tercero. Belluscio destacó desde inmediatamente después a la sanción de la ley 17.711, que la administración de la sociedad conyugal por un tercero no puede ya presentarse porque ha desaparecido la figura del administrador de la sociedad conyugal. Pero no queda excluida la posibilidad de curatela del cónyuge interdicto o simple ausente por alguien distinto del cónyuge capaz y que caigan bajo la administración de un curador extraño los bienes que el marido administra por imposibilidad o dificultad de demostrar su origen.

En el régimen compuesto de administración de la sociedad conyugal que introdujo la ley 11.357 se admitió la subsistencia de la causal que estudiamos, ya que pese a que la esposa administrara sus propios bienes por la revocación del mandato tácito o los gananciales adquiridos con su trabajo, siempre podían restar ganan-

ciales bajo la administración marital, bienes que tenía derecho a sustraer a la gestión del extraño al matrimonio. Mas en el régimen compuesto hubo de reconocerse idéntico derecho al marido cuando la administración de gananciales por la esposa y la curatela de ésta por un extraño, lo colocaba en la misma condición.

En el sistema de gestión incorporado por la ley 17.711 subsisten iguales razones para admitir el derecho de cualquiera de los cónyuges a promover la separación de bienes en este caso. Incluso ha aparecido una exigencia que subraya la conveniencia de ejercer esa facultad: la del asentimiento del cónyuge interdicto que el capaz necesita para los actos previstos en el artículo 1277, exigencia que lo pone en la alternativa de requerirlo del extraño curador, lo que es a todas luces insostenible, o del juez. La separación de bienes simplificaría la gestión del cónyuge capaz.

Admitida la conclusión observamos que:

La causal procede en todo caso de curatela por un tercero, de uno de los cónyuges (demente declarado, sordomudo interdicto, penado) o de sus bienes (simple ausente; en caso de muerte presunta no existe, por supuesto, curatela).

Ha de admitirse también en caso de curatela, por un tercero, del cónyuge inhabilitado, dado que éste necesita la conformidad del curador para disponer por actos entre vivos (art. 152 bis), luego concurren las mismas razones que en caso de incapacidad.

La fecha de disolución de la sociedad entre los cónyuges será la de la notificación de la demanda de separación de bienes.

El levantamiento de la interdicción o inhabilitación o el cumplimiento de la pena satisfacen un mínimo de publicidad para el restablecimiento de la sociedad conyugal. En cuanto a la curatela del ausente, no hay duda de que debe ser levantada con intervención judicial.

Es innecesario aclarar que la causal no procede cuando el cónyuge capaz ejerce la curatela del incapaz.

No existe acuerdo doctrinario en cuanto a la extensión de la norma al caso en que el incapaz fuera la esposa para reconocer la acción de separación de bienes al marido capaz. Borda la acepta

por imposición de la igualdad jurídica de los cónyuges. Belluscio se pronuncia en contra invocando la redacción de los artículos 1289 y 1290 y Guaglianone la admite sólo en el caso de que la curatela de la esposa haya sido judicialmente negada al marido.

9. Muerte presunta (art. 1307).

Interpretada en el contexto del actual régimen de igualdad jurídica de los cónyuges, de gestión de sus bienes, y de muerte presunta según la ley 14.394, el precepto del artículo 1307 del Código Civil y sus complementarios (arts. 1308 a 1311) conservan vigencia, siendo extensivos al marido en el lugar y caso en que los textos se refieren a la esposa. Es decir, cualquiera de los cónyuges después de la declaración de muerte presunta del otro y antes de que la disolución de la sociedad conyugal se produzca por vencimiento de plazo de prenotación o segundo matrimonio del presunto viudo, puede solicitar la separación de bienes. La extensión de la causal al marido es aceptada por Guaglianone y rechazada por Fassi, Bossert, Llambías, Cornejo, Vidal Taquini y Belluscio.

El régimen de sociedad conyugal no es reemplazado por ningún otro y los efectos de la sentencia son reversibles porque la sociedad se reconstituirá por la reaparición del muerto presunto salvo que su cónyuge haya contraído nuevas nupcias.

III. LA SEPARACION DE HECHO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

El último párrafo del artículo 1306 del Código, dispone: "Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable".

10. Antecedentes.

Con respecto a la separación de hecho, la jurisprudencia sostuvo tres tesis: la de la total ineficacia de la separación de hecho sobre la sociedad conyugal; la de su efecto disolutorio entre los cónyuges; la de su efecto sancionador sobre el culpable de la misma que pier-

de todo derecho a los gananciales adquiridos por el inocente desde la separación, o sobre ambos si existió acuerdo en la interrupción de la convivencia. (Conf. sobre el tema: Morello, Augusto Mario, *Separación de hecho entre cónyuges*, cap. XVIII, XIX y XX, ps. 253 y ss.; particularmente por su claridad y precisión: Guastavino, Elías P., *Separación de hecho y disolución de la sociedad conyugal*, en J. A., 1958-IV, p. 366. También Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, Cap. VI, N° 1). Laboriosa tarea había conducido a ubicarse en esta última orientación, tesis que ahora consagra la ley 17.711 en el último párrafo del artículo 1306.

11. Fundamentos.

La fundamentación del precepto impone contraponer dos conclusiones. Por una parte, la que encuentra la razón de ser de la ganancialidad en el esfuerzo común de los cónyuges de modo que, interrumpida la convivencia y consiguiente colaboración, no se justificaría atribuir el carácter de gananciales a los bienes adquiridos posteriormente al cese de la cohabitación y ello con respecto a ambos esposos prescindiendo de su inocencia o culpabilidad en cuanto al conflicto matrimonial. Sobre esta argumentación se impone la debida valoración del matrimonio, de los deberes que crea y del régimen de bienes que es imperativo. El cónyuge culpable está violando el deber de cohabitación, ambos lo hacen si han llegado a la separación de común acuerdo. Ni de una voluntad ni de las dos puede depender modificar el *status* matrimonial. La norma subraya la trascendencia de los deberes matrimoniales.

12. Alcances y consecuencias.

La separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal ni autoriza a solicitar la separación de bienes. El inocente conserva derecho a participar en los gananciales adquiridos por el culpable durante la separación. Es el suyo, en principio, "un derecho de defensa", una excepción perentoria por la que puede oponerse exitosamente a la pretensión del culpable.

Si la separación de hecho es anterior al divorcio, la sociedad se disuelve con la sentencia y con el efecto retroactivo a la fecha

de la notificación de la demanda, pero el culpable de la separación pierde derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro a partir de ésta.

El cónyuge legítimo culpable de la separación de hecho pierde el derecho a los gananciales adquiridos por el bigamo desde la misma. O sea que la norma que exponemos viene a completar el artículo 1316.

Durante la separación de hecho rige el requisito establecido en el artículo 1277, que podrá satisfacerse reemplazando el asentimiento del cónyuge por el judicial, asentimiento que el juez sólo podrá negar con muy fundados motivos para no impulsar a los cónyuges al divorcio.

Será preciso calificar el elemento subjetivo de la separación y determinar su fecha. Ambas determinaciones serán oportunas al debatirse en juicio la liquidación de la sociedad conyugal (por muerte de un cónyuge, por divorcio).

La inclusión de norma expresa sobre la separación de hecho excluye toda construcción, por valiosa que sea, para admitirla como causa que autoriza a solicitar la separación de bienes.

13. Supuesto de culpabilidad de ambos cónyuges.

El caso se ha planteado ante los tribunales. La culpa concurrente, es decir, de ambos esposos, puede presentarse simultánea o sucesivamente. Hay culpa concurrente simultánea en los consortes que resuelven y consuman la separación de mutuo acuerdo o que protagonizan un abandono recíproco sin previa avenencia. Hay culpa concurrente sucesiva cuando el cónyuge abandonado o forzado a separarse por la inconducta del otro, asume posteriormente la decisión de no reanudar la convivencia, salvo que le resulte inaceptable por razonables motivos, o incurre en adulterio o actos de grave inconducta moral.

Las soluciones propuestas para la hipótesis son dos:

- a) Ambos cónyuges pierden el derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro;

- b) el artículo 1306 no puede tomarse en consideración y el régimen de la sociedad conyugal funciona normalmente; si la culpabilidad de uno de los esposos fuera sobreviniente a la del otro, el artículo 1306 sería aplicable hasta que se configurara la culpabilidad acaecida en último término.

Este segundo criterio es sostenido por Mazinghi mientras que adhieren al primero, que compartimos, Borda, Zannoni, Fassi, Bossert, Spota, Kemelmajer de Carlucci. Tal comprensión de la norma es, en efecto, armónica con los caracteres del régimen patrimonial matrimonial y se apoya en el abuso del derecho en que incurriría el que pretendiera participar en los gananciales a pesar de su culpabilidad.

La ley consagra en el artículo 1306 una relación de causa - efecto, a saber, la responsabilidad por la violación de un deber jurídico y la extinción del derecho de participación. Es por ser culpable que se pierde el derecho de invocar el artículo 1315 desde el hecho cometido con esa cualidad. Por lo tanto, si ambos esposos merecen el calificativo de culpables, los efectos extintivos del derecho deben recaer sobre ambos.

La objeción más importante a este criterio resulta de ver en el doble efecto extintivo del derecho a compartir los gananciales, una especie de disolución de la sociedad conyugal en virtud del incumplimiento recíproco de los deberes conyugales y aun por mutuo acuerdo de los esposos, prescindiendo totalmente del régimen legal. Sin duda, uno de los elementos característicos de la "ganancialidad" queda extinguido, pero sólo relativamente a que esos gananciales no se dividirán, subsistiendo todos los otros efectos de la misma, entre ellos el de las restricciones a los poderes de disposición del cónyuge titular. Fuera de los cónyuges sólo se verán afectados sus herederos porque dichos gananciales anómalos no podrán ser compartidos por los que ocupen el lugar del cónyuge culpable por vía sucesoria.

Con respecto a la fecha desde la cual se aplica la sanción, caben las variantes que dependen de la simultaneidad o no simultaneidad de las culpas. Si la separación nació del común acuerdo conyugal o del abandono recíproco simultáneo, la fecha en que se

inicia la caducidad de la "ganancialidad" es única: la de la separación de hecho. Si la culpabilidad de uno y otro consorte se ha presentado sucesivamente, Spota y Kemelmajer de Carlucci se inclinan por la misma fecha; Belluscio y Zannoni por aquella en que se configuró su culpabilidad para el que incurrió en ella en segundo lugar, en lo que al mismo se refiere. Participamos de esta tesis porque la norma del artículo 1306 se refiere no sólo al hecho objetivo de la separación sino al subjetivo de la culpabilidad. Es innegable que así se tropieza con graves inconvenientes prácticos: la imprecisión de la fecha en que se concreta la culpabilidad del cónyuge originariamente inocente y las dificultades de la prueba. Habrá que sustituir la fecha, prácticamente imposible de determinar y de probar, por la época en que la conducta se manifestó o comenzó a exteriorizarse.

IV. LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA

14. Generalidades.

La legislación argentina presenta un lamentable vacío sobre el período que se extiende desde la disolución de la sociedad conyugal hasta la partición concluida de los bienes gananciales. De allí tajantes divergencias doctrinarias cuya exposición detallada excede los límites de esta obra por lo que sólo se hace referencia a las mismas, para detenernos en la que consideramos conviene a la estructura, funcionamiento y finalidad última de nuestro régimen patrimonial matrimonial según resulta de sus aspectos expresamente previstos por las leyes.

A) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA EN VIDA DE AMBOS CONYUGES.

Las soluciones doctrinarias en cuanto a la situación jurídica de los gananciales en el período estudiado, se diversifican en dos corrientes principales.

15. Soluciones basadas en la inexistencia de división postsocietaria.

En esta corriente doctrinaria, se niega la configuración de una indivisión de los gananciales como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal para enfocar toda la problemática como la

de una liquidación, con las siguientes consecuencias: los gananciales del marido y de la esposa no se confunden *ipso iure* en una sola masa; la administración y disposición de los mismos continúa como era antes de la disolución; cada una de las dos masas gananciales debe soportar su pasivo; el derecho de cada cónyuge a compartir la mitad de los gananciales del otro se hará efectivo sobre el activo neto, es decir, una vez satisfechas las deudas que pesan sobre ellos. Es la tesis de Fassi y Bossert, que desarrollan exhaustivamente en su obra *Sociedad conyugal*, T. II, p. 225 y ss.

16. Soluciones basadas en la existencia de indivisión post-societaria.

También la doctrina ubicada en esta tendencia se divide en dos corrientes: para una, la indivisión postsocietaria es una universalidad jurídica similar aunque no idéntica a la indivisión hereditaria, es decir, a la que existe entre los herederos desde la muerte del causante hasta la partición de la herencia (tesis de Guaglianone); para otra, al producirse la disolución de la sociedad conyugal nace un condominio de los esposos sobre las cosas gananciales y una copropiedad sobre los bienes no cosas gananciales. Nos inclinamos por esta tesis, expuesta por Mazzinghi (*Derecho de Familia*, T. II, Nros. 325 y ss.). En efecto, sostenemos, como hemos expresado, que el régimen argentino es un régimen de comunidad (ver *supra* Capítulo VI, N° 69) Ahora bien, la oponibilidad del condominio o copropiedad a terceros depende de los principios y normas respectivas a estas instituciones. Como muy bien expresa Mazzinghi, el derecho de cada cónyuge sobre la mitad indivisa de los bienes gananciales del otro, que rige plenamente entre cónyuges, queda larvado "respecto de los terceros hasta que el cónyuge interesado obtenga el modo de conferirle publicidad" (*Derecho de Familia*, T. II, N° 349). Dado que el título del derecho del consorte originariamente no titular, es la sentencia de divorcio, separación de bienes o nulidad del matrimonio, la publicidad se logra con la inscripción respectiva según proceda: artículo 2505 Código Civil y artículo 20, ley 17.801 (inmuebles), decreto-ley 6582/58 (automotores), artículos 7 y 12, ley 11.867 (fondos de comercio). A las cosas muebles no registrables se aplican los artículos 577, 2412 y concordantes del Código Civil, a

las acciones, el artículo 2390 del Código Civil. En lo que hace a los créditos, la copropiedad es oponible a terceros desde la notificación al deudor (analogía con el régimen de cesión de créditos, artículos 1459 y concordantes, Código Civil). En consecuencia de esta característica, *la fecha de la disolución de la sociedad conyugal con respecto a terceros de buena fe, viene a ser aquella desde la cual les es oponible el común derecho de los cónyuges*, cualquiera sea la situación de dichos terceros con respecto a los esposos, es decir, deudores suyos, acreedores suyos, adquirentes de sus bienes.

17. Consecuencias de la disolución de la sociedad conyugal.

a) BIENES QUE CAEN EN CONDOMINIO O COPROPIEDAD.

Todos los bienes gananciales existentes en el patrimonio de los esposos a la disolución de la sociedad conyugal caen en condominio o copropiedad entre ellos, con excepción de los gananciales anómalos.

Bienes incorporados a dichos patrimonios después de la disolución son reputados gananciales en los siguientes casos: si han sido adquiridos por título oneroso originado durante la vigencia del régimen (art. 1273 y su *ratio legis*); si reemplazan a bienes gananciales (subrogación real); si son frutos de gananciales (principio de accesoriadad); si resultan de la transformación o evolución de gananciales (*idem*). Los productos tienen la condición de los bienes de los cuales se extraen.

Todos los otros bienes incorporados onerosamente al patrimonio de los esposos después de la disolución, son personales suyos. En particular, el artículo 1301 dispone que un cónyuge no tiene parte en lo que gane el otro después de la separación de bienes.

b) DEUDAS DE LOS CÓNYUGES.

Las deudas nacidas durante la vigencia de la sociedad conyugal conservan su cualidad de personales o comunes. Las deudas contraídas o recaídas sobre los esposos después de la disolución, son personales, porque las que serían comunes según el artículo 6 de la ley 11.357, recaen sobre ambos cónyuges en virtud de otros

principios, así, por ejemplo, la obligación de ambos de sustentar y educar a los hijos (ver *infra* N° 23, c, y su remisión). En cuanto a los gastos requeridos por la conservación y administración de los gananciales y los resultantes de las exigencias de la liquidación, son también personales del consorte que los contrajo por aplicación de las normas referentes a las mismas situaciones con respecto a los condóminos (ver *infra*, N° 23, d).

c) GESTIÓN DE LOS BIENES COMUNES.

Administración: La administración de los bienes comunes se efectúa conforme con las reglas y principios del condominio o de las aplicables a la copropiedad, en su caso, salvo que los cónyuges acuerden otro sistema o constituyan una sociedad de hecho entre sí. Cuando directa o supletoriamente (con respecto a lo pactado por los esposos) juegue el régimen del condominio o copropiedad, la divergencia de los condóminos en cuestiones determinadas se resolverán conforme a lo prescripto en el artículo 2706 del Código Civil. El administrador está siempre obligado a rendir cuentas.

Mazzinghi aclara que corresponde al cónyuge originariamente titular, continuar en la administración de los créditos hasta que el deudor haya sido notificado, con derecho del otro cónyuge a interponer medidas precautorias y responsabilidad del administrador con respecto al copropietario (aplicación analógica del artículo 2701); también que corresponde al cónyuge socio la administración de las cuotas sociales en sociedades no por acciones puesto que la calidad de tal no se comparte (art. 35 y 364 in fine, ley 19.550); y, finalmente, que los establecimientos comerciales o industriales deben continuar bajo la administración de quien la ejercía hasta la disolución de la sociedad (aplicación analógica del artículo 53, ley 14.394) con posibilidad de medidas precautorias a favor del consorte no gestor (*Derecho de Familia*, T. II, N° 331).

Las VIII Jornadas de Derecho Civil reunidas en Buenos Aires en 1979, recomendaron lo siguiente en cuanto a la administración

de los bienes durante el período de liquidación de la sociedad conyugal: "1º) La administración de los bienes gananciales debe realizarse de acuerdo entre los cónyuges. En caso de desacuerdo, decidirá la autoridad judicial. 2º) Este criterio no se aplica, en principio, a la administración de establecimientos comerciales, industriales, agrícolas o de cualquier otra especie, cuando ella ha sido ejercida exclusivamente por uno de los cónyuges, en virtud de su titularidad única y de su mayor idoneidad. 3º) En cualquier caso, el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal".

Disposición: Consecuentemente con la posición adoptada sobre los efectos de la disolución de la sociedad conyugal, la disposición de los bienes comunes debe sujetarse a las reglas del condominio. Por lo tanto, el condómino no puede enajenar ni constituir servidumbres o hipotecas en perjuicio de los condóminos (art. 2682 C.C.) ni, en general, otorgar actos jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad del todo de la cosa (art. 1331), bajo sanción de nulidad. Estas normas suponen la inscripción del derecho común; mientras no haya sido efectuada, debe satisfacerse el requisito del artículo 1277, en el interés del consorte no titular originariamente, pues sería absurdo que se encontrara menos protegido durante la indivisión que durante la vigencia del régimen si no ha tenido la previsión de trabar medidas precautorias sobre los bienes del otro consorte. Planteada esta situación, el cónyuge no titular originario expresa su *consentimiento* (ya no su asentimiento) con las respectivas consecuencias: es parte en el negocio, codispone, es preciso que no se halle inhibido, adquiere el derecho a la mitad de la contraprestación, asume las responsabilidades emergentes del acto y su disconformidad, en su caso, no puede ser suplida judicialmente restando sólo que el juez resuelva el conflicto mediante la división del condominio (confr. Mazzinghi, *Derecho de Familia*, T. III, Nº 335).

Los actos no incluidos en el artículo 1277 pueden ser de hecho realizados por el cónyuge originariamente titular de los bienes, com-

prometiendo su responsabilidad y siendo posible que configuren negocios fraudulentos con respecto al otro cónyuge.

Las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron: "Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges".

18. Consecuencias de la retroactividad de la disolución entre cónyuges.

Una situación especial plantea la retroactividad de la sentencia de divorcio o de separación de bienes entre los cónyuges por cuanto el fin del régimen patrimonial recién se produce con la respectiva sentencia. Es muy claro que a la fecha de la presentación de la demanda o de la presentación conjunta se "agota la fuente de la ganancialidad" por lo que los bienes gananciales originariamente adquiridos posteriormente a esa fecha son anómalos y no serán divididos. Los resultados de la retroactividad con respecto a los gananciales destinados al derecho común de los esposos (es decir, a los que no son anómalos) se circunscriben a la obligación de rendir cuentas por la administración efectuada por el cónyuge que ya la tenía a su cargo pendiente el régimen patrimonial y que continuó en ella hasta la sentencia que causa la disolución de la sociedad conyugal. Con respecto a los actos de disposición celebrados en este mismo período, la nulidad que procedería según los principios generales al haberse dispuesto de cosa parcialmente ajena, queda cubierta por el asentimiento conyugal para los negocios de mayor importancia económica, sin perjuicio de que, dados los requisitos de ley, puedan estos y otros actos atacarse por fraudulentos. La validez del negocio celebrado no significa que la contraprestación no deba ser compartida puesto que no constituye un ganancial incorporado originariamente al patrimonio del cónyuge después de la fecha de retroactividad de la disolución sino que reemplaza a un bien ganancial ya existente a la misma. Si la contraprestación ya no está en el patrimonio del disponente al acaecer la disolución, la parte del otro cónyuge deberá ser salvada en la liquidación.

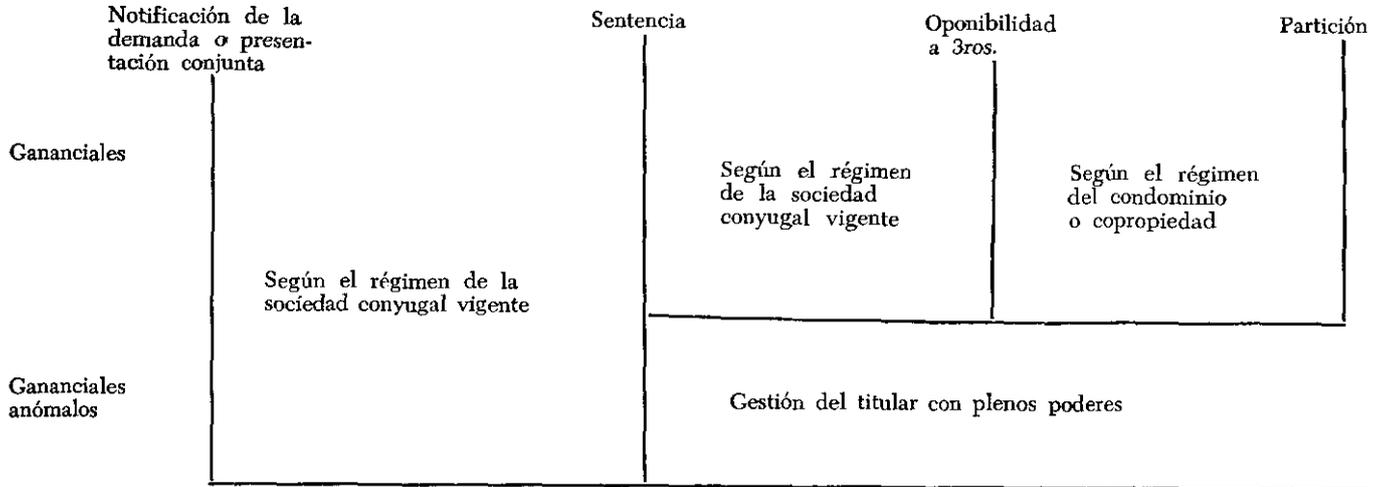
19. Los negocios jurídicos sobre los gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución.

Los negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes de la disolución están sujetos al régimen de los gananciales destinados a dividirse entre los esposos. Una vez producida la disolución de la sociedad conyugal, quedan sujetos a la gestión de plenos poderes del titular. Este es hábil para otorgar los negocios incluidos en el artículo 1277 del Código Civil sin asentimiento del cónyuge o judicial o sin intervención de los herederos de aquél, porque son bienes personales suyos, ajenos a la indivisión postso-cietaria. Si se pretendiera lo contrario, la falta del asentimiento carecería de sanción por ausencia de interés en qué fundar la acción de nulidad del cónyuge no titular, sus herederos o acreedores en el ejercicio de la acción subrogatoria, únicos con derecho a promoverla cuando falta la debida conformidad. Los principios del condominio o copropiedad también son inaplicables porque estos bienes no entran en el derecho común de los cónyuges.

La diferencia en el sistema de gestión de estos bienes antes y después de la disolución se basa en que su "anormalidad" depende de que se dicte la sentencia que determina el fin del régimen patrimonial. Se destaca muy bien su cualidad de "gananciales dinámicos de naturaleza resoluble" como los denomina Molinario (*De algunas distinciones de bienes gananciales*, en LL 135, 1311 y ss.) porque son gananciales mientras la sociedad no ha sido disuelta pero pierden ese carácter al disolverse por la sentencia de divorcio o separación de bienes.

20. Esquematación del régimen de gestión de los gananciales entre la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes y la sentencia correspondiente, y después de ésta.

Sociedad disuelta - Etapa de liquidación



B) LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR CAUSA DE MUERTE.

21. Generalidades.

Cuando la causa de disolución de la sociedad conyugal es la muerte, la sociedad disuelta integra una sola indivisión con la hereditaria, al menos, en la práctica, quedando sobreentendido el condominio o copropiedad de los gananciales entre el viudo o viuda, en su carácter de cónyuge, y los herederos del causante, entre los que figura aquél o aquélla, si es heredero/a sobre estos bienes. Producido el fallecimiento de un consorte, los gananciales de cualquier titularidad quedan ligados, entonces, a la sucesión, por la incorporación de la mitad indivisa de dichos bienes (los que corresponden a la parte del difunto) al acervo hereditario.

- a) Se reputan gananciales los mismos bienes que son tales en caso de disolución de la sociedad en vida de ambos esposos.
- b) Las deudas originadas durante la vigencia del régimen patrimonial conservan su cualidad de personales o comunes. Las deudas contraídas por el supérstite son personales suyas.

Las emergentes de la conservación de los bienes gananciales o de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal, quedan sujetas al régimen sucesorio.

- c) La gestión de los gananciales indivisos también se rige por lo dispuesto en el Código Civil y en los Códigos de Procedimientos Civiles para la sucesión. En principio, se aplica el artículo 3451 del Código Civil.

V. LIQUIDACION

22. Concepto y contenido.

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

Fundamentalmente, las operaciones comprenden la determinación del carácter de los bienes, la fijación de su valor, el pago de

las deudas de los cónyuges hacia terceros, el ajuste de las relaciones patrimoniales entre los esposos y la separación de sus bienes propios.

23. Reglas aplicables.

A) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR CAUSA DISTINTA DE LA MUERTE.

El Código Civil no tiene normas al respecto. Por la remisión del artículo 1262 al 1777 y por la de éste a los preceptos relativos a la liquidación de las sociedades comerciales, resultarían aplicables los artículos 101, siguientes y correlativos de la ley 19.550. Opinamos, no obstante, que esta interpretación sólo es admisible cuando no contradice las especiales características del régimen patrimonial matrimonial, único supuesto en que procede referirse al derecho supletorio. En efecto, es patente la diferencia entre a liquidación de la sociedad conyugal y la liquidación de las sociedades comerciales o de la sociedad civil. Estas sólo subsisten a los efectos de su liquidación; los esposos, por el contrario, no interrumpen sus actividades económico-jurídicas porque la sociedad conyugal se haya disuelto, continúan contratando, contrayendo deudas, ni sus créditos ni sus deudas con terceros se hacen exigibles por la sola circunstancia del fin del régimen patrimonial conyugal.

Las VII Jornadas de Derecho Civil se pronunciaron, sin distinción según las causas de disolución, porque la liquidación de la sociedad conyugal se rige por las normas de la liquidación de la herencia.

DERECHOS DE LOS ACREEDORES DE LOS CÓNYUGES DURANTE LA INDIVISIÓN

a) *Deudas personales y deudas comunes contraídas durante la vigencia del régimen patrimonial*: Los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 conservan su aplicabilidad. En este sentido se pronunciaron las VII Jornadas de Derecho Civil para el supuesto aquí analizado, o sea, el de la sociedad disuelta por causa distinta de la muerte.

Esto no es óbice para que el patrimonio de cada cónyuge se haya visto modificado por la disolución ya que éste se encuentra

formado por sus propios y la mitad indivisa de los gananciales, según lo explicado con respecto a los bienes que caen en condominio o copropiedad. Luego, cada cónyuge responde por sus deudas personales y las comunes que contrajo, con sus bienes propios y la mitad de los gananciales, y por las deudas comunes que no contrajo, con los frutos de sus propios y de la mitad de gananciales. El texto de los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 queda satisfecho porque puede decirse que esa mitad de gananciales es la que cada cónyuge "administra". Debe tenerse particularmente en cuenta *desde cuándo el condominio o la copropiedad* son oponibles a terceros pues, mientras no lo sean, el patrimonio del cónyuge deudor se conserva como estaba a la disolución de la sociedad conyugal, más los bienes que se le hayan incorporado posteriormente. El acreedor puede trabar embargos que impidan al cónyuge de su deudor, inscribir o publicitar los condominios o copropiedades.

A riesgo de incurrir en repeticiones, es prudente sintetizar lo expuesto. El acreedor de un cónyuge por deuda personal suya compulsivamente exigida durante la indivisión postsocietaria, puede:

- a.1.) Ejecutar los propios y los gananciales de la administración de su deudor si el común derecho de los cónyuges sobre los últimos no ha sido publicitado según la ley o, habiéndolo sido, si tomó medidas precautorias con anticipación;
- a.2.) ejecutar los bienes propios de su deudor y su mitad indivisa sobre los gananciales de cualquier titularidad inicial, si el común derecho de los cónyuges sobre cada uno de éstos ha adquirido publicidad;
- a.3.) en todos los casos, puede optar por cobrarse sobre los bienes propios de su deudor o esperar hasta que concluya la partición para cobrarse sobre los ex gananciales adjudicados al mismo, gozando de la facultad de pedir la partición por vía subrogatoria.

Las deudas comunes no se dividen de pleno derecho con la disolución, existiendo mayoría doctrinaria conteste en la inaplicabilidad de las normas de los artículos 3490, 3491, 3494 y siguientes y correlativos del Código Civil, correspondientes al régimen suce-

sorio. Por lo tanto, la deuda común exigida al no contratante puede serle cobrada por el total. Esta es la solución más equitativa porque compensa el perjuicio que puede experimentar el acreedor por el encogimiento del patrimonio de quien contrató con él, no se le requiere doble acción para satisfacerse y la división de las deudas no se proyecta como obstáculo a la actividad de los casados por incorporar otro riesgo que vendría a sumarse a los que normalmente corre. Es, además, la solución más simple y más acorde con el principio de que el patrimonio es la garantía de los acreedores.

b) *Deudas personales originadas durante la indivisión*: La responsabilidad del cónyuge obligado tiene los mismos alcances que la correspondiente a sus deudas personales anteriores a la disolución.

c) *Deudas resultantes de los deberes paternos satisfechos durante la indivisión*: Véanse las consideraciones formuladas *infra* N° 38.

d) *Deudas emergentes de la conservación de los bienes comunes y de las operaciones de liquidación*: Se aplican las reglas del condominio. El artículo 2687 dispone que las deudas contraídas en pro de la comunidad y durante ella obligan al condómino que las contrajo; el artículo 2688 dispone que si la deuda hubiere sido contraída por los condóminos colectivamente, sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad, están obligados ante el acreedor por partes iguales. Según el artículo 2690, la insolvencia de un condómino recae sobre el otro. Se trata, por lo tanto, siempre de deudas personales o personales conjuntas ejecutables de acuerdo al régimen de cualquier deuda personal.

e) *Costas y honorarios del juicio de divorcio*: Determinar cuál de los cónyuges era deudor de los honorarios devengados en juicios entre ellos (divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio) y con qué bienes había de responder, constituyó un tema polémico que dividió a la doctrina y jurisprudencia. En la ley 17.711 se dispuso al respecto "En ningún caso un cónyuge responderá con sus bienes propios ni con la parte de gananciales que le corresponda, por las costas declaradas a cargo del otro en el juicio de divorcio" (art. 52 de la ley matrimonial). A los efectos de la caracterización de la deuda por costas del juicio de divorcio, extensiva a las de-

vengadas en juicios de nulidad de matrimonio y de separación de bienes, se deduce de la norma transcrita una conclusión definitiva: las costas son deudas personales. El precepto es claro, sin duda, y parece destinado a prever una sola hipótesis, la de la deuda exigida durante la separación de bienes, esto es, una vez concluida la partición de los gananciales, pero al tratarla en la forma que corresponde entonces a las deudas personas contraídas durante la vigencia del régimen de bienes, permite la afirmación de su carácter *no común* y resolver con qué bienes el cónyuge deudor deberá responder cuando se la exija en otro momento, incluso vigente la sociedad conyugal por haberse desistido del proceso de separación legal o reconciliarse los esposos durante el trámite del divorcio.

Del mismo texto se deduce el carácter internamente personal de las mencionadas costas y honorarios.

B) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR CAUSA DE MUERTE.

Conforme a lo explicado sobre la sociedad disuelta por la muerte de uno de los cónyuges (*supra* N^o 21), integrando la indivisión postsocietaria una sola indivisión con la hereditaria, el proceso de liquidación del régimen patrimonial matrimonial queda sometido al régimen sucesorio (art. 1313 del Código Civil). La liquidación de la sociedad conyugal es indispensablemente previa a la hereditaria. Los bienes gananciales que se adjudican a la parte del difunto, forman parte de su herencia y se distribuyen entre los llamados a sucederlo.

24. Recompensas entre cónyuges.

a) *Concepto y alcances*: Las recompensas son indemnizaciones entre los cónyuges con el propósito de asegurar a ambos esposos la exacta participación por mitades en los bienes gananciales, igualdad que puede haber resultado afectada por la gestión durante el régimen tanto en detrimento de los gananciales y en favor de los propios como en detrimento de los propios y en favor de los gananciales. De ellas resulta también la debida determinación de los bienes propios de cada consorte.

Las recompensas se establecen y saldan durante la liquidación de la sociedad conyugal, nunca antes de su disolución.

Su procedencia en nuestro derecho no admite discusión pues el Código Civil se refiere a ellas en varios textos, aun cuando no emplea la palabra "recompensa". En particular han de citarse los artículos 1259, 1260, 1316 bis y 3753. Además, se justifican por los principios del régimen patrimonial matrimonial (su inmutabilidad, la prohibición de las donaciones entre cónyuges) y por un principio general del derecho como lo es el enriquecimiento sin causa. Como muy bien hace notar Guastavino, el fundamento jurídico de cada supuesto depende de sus circunstancias y si concurren simultáneamente diversos fundamentos para justificar una recompensa, todos ellos serán invocables sin perjuicio de preferir los que ofrezcan mayor sencillez y seguridad.

La doctrina no es unánime en cuanto a la amplitud con que deben aceptarse. Guastavino estima que para admitirla en un caso determinado, es suficiente con que resulte aplicable uno de los fundamentos jurídicos en que se apoyan y que se reúnan las condiciones de viabilidad del pago; Zannoni, que son debidas siempre que se presenten los supuestos de hecho que las hacen procedentes; Borda las reconoce sólo cuando se trata de valores incorporados a los bienes o cuando de no hacerlo se convalidaría una donación entre cónyuges; Mazzinghi opina que son recursos indispensables para mantener la integridad patrimonial de los esposos y la equitativa división de los gananciales, pero que ha de evitarse un funcionamiento indiscriminado que haga caótico el proceso de liquidación.

b) *Caracteres.* Las recompensas:

- b.1.) Son de orden público (arts. 1218, 1219 y 1807, inc. 1º);
- b.2.) son irrenunciables antes de la disolución de la sociedad conyugal pero renunciables después de ésta (versan, entonces, sobre derechos adquiridos susceptibles de renuncia);
- b.3.) el derecho a la recompensa y la obligación de saldarla son transmisibles por causa de muerte a los respectivos herederos;
- b.4.) son prescriptibles en los términos de prescripción correspondientes al fundamento jurídico de cada recompensa en particular, término que comienza a correr desde la disolución de la so-

ciudad conyugal respetándose la suspensión de la prescripción entre cónyuges (art. 3969);

b.5.) en su aspecto activo, son equiparables a las acreencias de terceros sin ninguna garantía ni privilegio legal a favor del cónyuge acreedor (art. 1259);

b.6.) no generan intereses durante la vigencia de la sociedad conyugal, los intereses moratorios corren desde que el derecho a la recompensa ha sido acogido fijándose su valor.

c) *Forma de hacer efectivas las recompensas*: Deben ser probadas por el cónyuge acreedor, por cualquier medio, salvo la confesión del cónyuge deudor cuando concurren otros acreedores (artículo 1260).

Según Guastavino, las recompensas se saldan en un arreglo único y centralizado de cuentas. Esta tesitura requiere la existencia de tres masas de bienes, a saber, propios del marido, propios de la esposa y gananciales de la sociedad conyugal, dotada, por lo tanto, de personalidad ideal. Como entendemos que esta personalidad no es tal (*supra* Cap. VI, N° 68), el pago de las recompensas debe encararse como satisfacción de una relación crédito - deuda entre un cónyuge acreedor y un cónyuge - deudor. No obstante, y sin negar la complejidad del tema con cualquier recurso que se aplique para solucionarlo, pensamos que el pago de las recompensas es más factible de realizarse en la práctica tomando los gananciales en su conjunto de modo que, *con finalidad didáctica*, se personaliza a estos efectos la sociedad conyugal.

d) *Casos de recompensas*: Ejemplificamos con algunos casos de recompensas agrupándolos según la categoría de los bienes que se han incrementado mediante la disminución de la otra categoría.

1º) BIENES GANANCIALES INCREMENTADOS O NO DISMINUIDOS MEDIANTE LA DISMINUCIÓN DE BIENES PROPIOS. RECOMPENSA A FAVOR DEL CÓNYUGE CUYOS BIENES PROPIOS DISMINUYERON (SOCIEDAD CONYUGAL DEUDORA - CÓNYUGE ACREEDOR).

Deuda definitivamente común saldada con fondos propios: Es en esta etapa y momento en que cobra aplicabilidad el artículo 1275 del Código Civil con sus disposiciones sobre las deudas cuyo pago

debe pesar *final y definitivamente* sobre los gananciales, es decir que si fueron saldadas con fondos gananciales de cualquier titularidad (del marido, de la esposa, conjunta) no se tienen en cuenta para la liquidación, pero que si fueron saldadas con fondos propios de cualquiera de los esposos deben considerarse en la misma pagándose con *gananciales* (tomados del conjunto de éstos) al cónyuge que puso sus bienes propios al servicio del interés del otro o familiar. La expresión inicial del artículo 1275 "Son a cargo de la sociedad conyugal" significa tanto como "son deudas comunes en el aspecto interno a cubrirse definitivamente con bienes gananciales". En esta situación se encuentran las deudas enumeradas en los cinco incisos del mencionado texto: "1º) La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes. 2º) Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido o de la mujer. 3º) Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse. 4º) Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio. 5º) Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc."

Con estos supuestos se vincula la enajenación de bienes propios para encarar con ellos las cargas previstas en el artículo 1275.

Bienes adquiridos con fondo de distinto origen cuando corresponde calificarlos como gananciales: recompensa a favor del cónyuge cuyos propios se emplearon en la adquisición.

Mejora en bienes gananciales empleando fondos propios; redención de derechos reales sobre cosa ganancial empleando fondos propios. Estos supuestos se resuelven por evidente analogía con los que se citan más abajo, en sentido inverso.

2º) BIENES PROPIOS INCREMENTADOS O NO DISMINUIDOS MEDIANTE LA DISMINUCIÓN DE BIENES GANANCIALES. RECOMPENSA A FAVOR DE LOS GANANCIALES (SOCIEDAD CONYUGAL ACREEDORA - CÓNUGE DEUDOR).

Pueden saldarse con propios del beneficiado o tomar éste menos gananciales en la proporción que corresponda.

Deuda definitivamente personal saldada con fondos gananciales: Se trata de deudas no incluidas en el artículo 1275. Por ejemplo, deudas anteriores al matrimonio pagadas durante la vigencia del régimen; deudas originadas en acto ilícito; penas pecuniarias.

Bienes adquiridos con fondos de distinto origen si corresponde calificarlos como propios: Recompensa debida por el cónyuge propietario.

Mejoras en bienes propios empleando fondos gananciales (supuesto de los artículos 1266 y 1272, 7º párrafo).

Rendición de derechos reales sobre bienes propios con fondos gananciales (artículo 1272, penúltimo párrafo).

Donación con cargo efectuada a un cónyuge y satisfacción del cargo con bienes gananciales (art. 1265).

Legado de cosa cierta ganancial: Está especialmente previsto en el artículo 3753. El legado efectuado por el testador de una cosa ganancial cuya gestión le corresponde es eficaz por toda la cosa legada con recompensa a favor de los gananciales. El análisis completo de la figura excede los límites del Derecho de Familia por incidir sobre ella las normas del derecho sucesorio. No obstante, aclaramos que el texto es aplicable siempre que se den los requisitos de que el testamento haya sido otorgado durante la vigencia de la sociedad conyugal y de que la disolución de ésta se haya producido por la muerte del testador. El legado se concreta simultáneamente con la finalización del régimen patrimonial matrimonial: al adquirir el legatario el derecho sobre la cosa legada (a la muerte del testador, art. 3766), ésta ya integra la indivisión postsocietaria - hereditaria. De aquí que aquello que no es una cosa en condominio (no lo era al momento de testar pues pertenecía al dominio del testador) tiene la apariencia de serlo en el momento decisivo. La eficacia del legado establecida por la ley (el legatario recibe toda la cosa legada) se equilibra por medio de la recompensa.

c) *Valoración de las recompensas:* La ley 17.711 ha aceptado los resultados de la doctrina provocada por los problemas resultantes de la desvalorización y depreciación monetarias en los artículos 1198,

1316 bis y 3477, aunque los resultados no estén siempre exentos de toda crítica negativa.

Según el artículo 1316 bis “los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso”.

La terminología de la ley es inexacta si no se acepta la personalidad de la sociedad conyugal. A lo sumo, según lo explicado, como un recurso técnico para simplificar las operaciones de liquidación, puede procederse a la determinación de las recompensas debidas a través de un reajuste centralizado de cuentas. Con estos alcances puede usarse correctamente el giro de lenguaje que habla de recompensas debidas *por o a la sociedad conyugal*.

El artículo propone dos pautas: una precisa, la fecha en que se hizo la inversión, y otra sujeta a apreciación judicial, las circunstancias del caso.

Estimamos que la norma se aplica también al caso opuesto al expresamente previsto o sea cuando la recompensa es debida a favor de los gananciales. Tampoco es acertado reducirlo a la apreciación de *inversiones* excluyendo los gastos realizados cuando sobre su valuación puedan pesar “las circunstancias del caso”.

Entre otros, Belluscio critica la solución concretada en el artículo 1316 bis por dejar librada a la equidad una cuestión económica susceptible de apreciación matemática y propiciaría (de *lege ferenda*) la valuación de la mejora a la disolución de la sociedad conyugal, mencionando la vigente legislación francesa en la cual la recompensa por las mejoras no puede ser inferior al provecho subsistente o al que subsistía al momento de la enajenación si la cosa fue enajenada antes de la disolución de la sociedad conyugal.

25. Imputación definitiva de los alimentos previsorios.

En otra oportunidad sostuvimos que los alimentos pasados por el marido a la esposa durante el juicio de divorcio constituían un anticipo de sus gananciales y de la devolución de sus propios que el marido administrara, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, y sin negar el fundamento del deber alimentario entre cónyuges.

ges que lo es el recíproco deber de asistencia, uno de cuyos aspectos refleja. Sólo ante la carencia de bienes propios o trabajo femenino debe recaer primaria y exclusivamente, sobre el marido la obligación del sustento común (art. 51, ley 2393) de manera que de resultar muy reducida o prácticamente inexistente la hijuela de la esposa, se imputarán exclusivamente a aquél. Tal interpretación se justifica por la citada reciprocidad del deber de asistencia, que hace a la esencia del matrimonio y que la mención expresa del marido en el artículo 51, ley 2393, no permite negar, y por el texto del artículo 1275 que pone la manutención de la familia “a cargo de la sociedad conyugal”. Luego ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento económico del hogar y, por lo tanto, suyo personal: con sus bienes propios y con los gananciales que adquieren y administran. Así, vigente la ley 11.357, se negaron alimentos provisorios cuando la mujer administraba suficientes bienes propios o gananciales.

La ley 17.711 dispone en el párrafo 2º del artículo 1306 que “los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio, se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez, fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pesar sobre el alimentante”. Consagra así la solución ya aceptada por los Tribunales y que impone el régimen de gestión de bienes de los esposos creado por la misma ley. Nótese que habla de alimentos pasados por un cónyuge a otro, sin distinguir cuál de ellos, distinción que tampoco se formula en el artículo 68, ley 2393, ni en el artículo 67 bis, mientras que el artículo 51 de la misma, modificado en parte de su contenido, no lo ha sido en cuanto a la obligación del marido de prestar a la esposa todos los recursos necesarios.

Como consecuencia de la ahora regla expresa:

Los alimentos provisorios deberán negarse cuando quien los solicita administra suficientes propios o gananciales como para satisfacer sus necesidades en el nivel (prudentemente apreciado) que era el suyo durante la normal convivencia. Si los reclama la esposa, la prueba de su autosuficiencia corresponderá al marido, en homenaje al criterio fijado por el artículo 51, ley 2393. Si son solicitados

por éste, deberá probar los extremos del artículo 370, en cuanto a la imposibilidad de conseguirlos con su trabajo.

Si se hubieran pasado los alimentos provisorios, en la liquidación de la sociedad conyugal deben imputarse en la hijuela del alimentado. A falta de gananciales y obrando bienes propios suyos en poder del alimentante, deberá descontarse de éstos.

Los motivos de "equidad" mencionados en el artículo, permitirán hacer jugar a los alimentos pasados durante el juicio como verdaderamente tales, o sea, como no susceptibles de repetición.

VI. PARTICION

26. Concepto.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados.

27. Reglas aplicables.

Las reglas aplicables son las de la división de las herencias cualquiera haya sido la causal de disolución de la sociedad conyugal (art. 1313 para el caso de disolución por muerte, arts. 1788 y 2698 C.C. para los restantes supuestos, según se consideren aplicables las normas del contrato de sociedad o del condominio, respectivamente).

Se incluyen en la partición los bienes gananciales excluyendo los gananciales anómalos, esto es, los adquiridos originariamente por los esposos divorciados después de la fecha de la notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta y los adquiridos por el inocente de la separación de hecho después de su fecha (art. 1306).

28. Legitimación para pedir la partición.

Los cónyuges, sus herederos o sus acreedores subrogatoriamente pueden pedir la partición de los bienes gananciales en cualquier momento (art. 3452).

29. Proporción en que se parte.

El artículo 1315 dispone que los gananciales “se dividirán por partes iguales entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos”.

30. Forma de la partición.

1º) *Material*: De acuerdo al artículo 3475 bis del Código Civil, existiendo posibilidad de dividir y adjudicar en especie, no se podrá exigir por los cónyuges la venta de los bienes, salvo cuando la división en especie convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2326.

Si los esposos están de acuerdo, es dado recurrir a la venta de los bienes y posterior reparto del precio, sustituto de la verdadera partición.

2º) *Jurídica*: La partición puede ser privada, judicial o mixta. Adaptando al caso de los esposos lo dispuesto para la partición hereditaria, caben las siguientes consideraciones.

a) *Partición privada*. Se formaliza en escritura pública (art. 1184, 2º).

Pueden partir privadamente los cónyuges capaces (art. 3462), por sí o por mandatario con poder especial si la partición comporta actos para los cuales sea exigido (art. 1881 CC.). Sostenemos que también pueden partir privadamente los emancipados por cuanto la partición recae sobre bienes gananciales respecto a los cuales no existen restricciones en sus poderes de disposición (en virtud de la calidad de emancipados). Igualmente es apto para partir en forma privada el inhabilitado civil (art. 152 bis) cuya curatela ejerza un tercero (no el otro cónyuge por razones obvias).

b) *Partición judicial*. Se formaliza ante el juez del divorcio, de la separación de bienes o de la sucesión.

Es preciso partir judicialmente cuando: no existe acuerdo entre los cónyuges que podrían hacerlo privadamente (art. 3465, 3º);

uno o ambos cónyuges son incapaces (art. 3465, 1º); uno o ambos han sido declarados simples ausentes (art. 3465, 1º); un cónyuge está civilmente inhabilitado y el otro es su curador (por la imposibilidad lógica de que éste asuma el doble rol de parte y asistente de la otra parte); terceros interesados lo exigen (art. 3465, 2º), debiendo ubicarse en este supuesto el caso en el que un cónyuge esté concursado pues en la partición está comprometido el interés de los acreedores.

c) *Partición mixta*. Se formaliza por instrumento privado presentado al juez del divorcio, la separación de bienes o la sucesión (art. 1184, 2º). Mazzinghi opina que es suficiente la incorporación del instrumento privado al expediente sin que el juez se pronuncie sobre el fondo de la partición convenida por lo cual esta forma de partir no podría ser calificada como "mixta". En materia sucesoria se sostiene que no basta la presentación ante el juez del instrumento privado en que se formaliza la partición sino que se requiere la aprobación judicial que es imprescindible "pues la decisión judicial constituirá el título de propiedad del adjudicatario" (Pérez Lasala, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, T. I, Nº 552). No encontramos razones para afirmar una solución distinta cuando se parte la sociedad conyugal.

Pueden partir en forma mixta todos aquellos que son aptos para partir privadamente.

31. Liquidación y partición de sociedades conyugales sucesivas.

La hipótesis de liquidación y posterior partición de sociedades conyugales sucesivas supone la celebración de un segundo matrimonio y la disolución de su consiguiente sociedad conyugal antes de haberse liquidado y partido la sociedad conyugal del primer connubio. Es caso no infrecuente, el del viudo que contrae segundas nupcias antes de haberse liquidado la sociedad conyugal de las primeras, y muere, produciéndose la disolución de su segunda sociedad conyugal: es necesario proceder a la liquidación y partición de ambas sociedades conyugales del bínubo.

Es lógico que han de liquidarse en el orden de su aparición, calificándose como propios del cónyuge bínubo en la segunda so-

ciudad conyugal, los gananciales que le fueron adjudicados en la división de la primera. El artículo 1314 dispone que toda clase de prueba es válida, a falta de inventario, para determinar los bienes de cada sociedad conyugal y finalmente prescribe que "en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración, y a los bienes propios de cada uno de los socios".

La proporcionalidad al aporte de cada cónyuge constituye una excepción innecesaria al principio de la partición por mitades y ofrece serias dificultades prácticas. La proporcionalidad debió establecerse sólo con respecto a la duración de cada sociedad.

32. Liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas.

La liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas aparece en la hipótesis de bigamia. El artículo 1316 dispone al respecto: "Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente, la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo, los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo". Es obvio que la norma es igualmente aplicable al caso de la esposa bigama.

Las distintas situaciones que pueden plantearse con respecto a los tres protagonistas de la figura (los dos cónyuges del matrimonio legítimo y el otro cónyuge del matrimonio viciado), imponen distinguir los diferentes supuestos, lo que hacemos centrándolos en la figura del último.

1º) CASO DE SEGUNDO CÓNYUGE DE BUENA FE.

a) *Conservando el cónyuge legítimo sus derechos societarios y siendo el bigamo de mala fe.*

a.1.) *Optando el cónyuge putativo por dividir como sociedad conyugal.* Es el supuesto expresamente previsto por la ley. El cón-

yuge legítimo retira la mitad de los gananciales correspondientes a toda la duración de su matrimonio. El cónyuge putativo retira la mitad de los gananciales de su sociedad conyugal, que deberá tomar de los gananciales adjudicados al bigamo en la liquidación y partición de la sociedad conyugal del matrimonio legítimo e incluso de sus bienes propios. De esta manera disminuye el acervo hereditario del bigamo en perjuicio de sus herederos entre los cuales puede encontrarse también el cónyuge legítimo pues el consorte siempre hereda sobre los bienes propios del causante y sólo existiendo descendientes legítimos es excluido de heredar sobre los gananciales del mismo.

a.2.) *Optando el cónyuge putativo por dividir como sociedad de hecho.* El cónyuge legítimo goza de sus derechos recién señalados. El cónyuge putativo, que eligirá esta forma cuando su aporte haya sido mayor que el del bigamo, deberá tomar su parte de socio en situación análoga a la de un acreedor de aquél.

b) *Habiendo perdido el cónyuge legítimo parte de sus derechos societarios y siendo el bigamo de mala fe.*

b.1.) *Supuesto de separación de hecho.* Producida la separación de hecho por culpa del cónyuge legítimo, la pérdida de su derecho a participar en los gananciales adquiridos por el inocente a partir de la separación redundará en un aumento de los gananciales de éste. Pero debe recordarse que la culpabilidad sobreviniente del bigamo (notoria, por lo menos, a partir de la celebración del matrimonio viciado) acarrea para él la pérdida del derecho sobre los gananciales adquiridos por el culpable a partir de la época en que incurrió en inconducta. El cónyuge putativo tiene siempre derecho a la mitad de los gananciales de su sociedad conyugal.

b.2.) *Supuesto de separación de bienes.* Si la primera sociedad conyugal se disolvió por separación de bienes, a partir de la notificación de la demanda se extinguieron los derechos del cónyuge legítimo sobre los bienes adquiridos por el otro que serían gananciales de no mediar el fin del régimen patrimonial matrimonial. Los derechos del cónyuge putativo son siempre los mismos.

c) *Siendo el bigamo de buena fe.*

La hipótesis no es imposible de hecho. Se ofrecen varias soluciones para el conflicto, por no haber sido legislado. Para Borda, como el derecho a los gananciales del matrimonio viciado está reconocido por el artículo 87 de la ley 2393 tanto para el bigamo de buena fe como para su cónyuge putativo, y también por razones de equidad, deben cesar los derechos del cónyuge legítimo sobre esos mismos bienes, de manera que la liquidación y partición proceden conforme al artículo 1314 que, entendemos, jugaría considerando disuelta la primera sociedad conyugal a la celebración del segundo matrimonio. Para Belluscio, la ausencia del cónyuge legítimo puede no haber sido culposa resultando injusto privarlo entonces de sus derechos: se inclina por recurrir a las pautas del artículo 1316.

La influencia de la separación de hecho de los cónyuges legítimos o de su separación de bienes se producirá en términos similares a los expuestos, facilitando que los cónyuges de buena fe reciban tanto o casi tanto como hubieran recibido de ser su unión legítima.

2º) CASO DE SEGUNDO CÓNYPGE DE MALA FE.

a) *Siendo el bigamo de mala fe.*

Conforme con el artículo 89 de la ley. 2393, el segundo cónyuge sólo sería a lo sumo admitido a probar que existió sociedad de hecho y hacer efectivos sus derechos sobre los propios del bigamo y la porción de gananciales que le corresponda en la partición de la sociedad conyugal. La prueba de la sociedad de hecho debe ser severamente exigida y apreciada pues no es éticamente valioso anteponer los intereses patrimoniales del que obró de mala fe, a los intereses del cónyuge legítimo y de los herederos.

b) *Siendo el bigamo de buena fe.*

Ante el derecho del cónyuge legítimo y del bigamo, el cónyuge de mala fe nada podría reclamar ya que la opción entre partir como sociedad conyugal o como sociedad de hecho es atribución que no le compete.

3º) SUPUESTO DE CONCURRENCIA DE DOS CÓNYUGES LEGÍTIMOS.

El artículo 86 de la ley 2393 permite el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio aun después de la muerte de uno de los cónyuges en la hipótesis, entre otras, de segunda unión celebrada a pesar del impedimento de ligamen, si entablada por el cónyuge legítimo, ascendientes o descendientes.

De la interpretación estrictamente textual de la norma, resultaría que el segundo matrimonio quedaría firme si no existieran titulares de la acción de nulidad o se abstuvieran de entablarla y carecería de importancia la efectiva mala fe del consorte sobreviviente del matrimonio viciado faltando la ocasión procesal para demostrarla.

Guaglianone propone dos soluciones para esta concurrencia de dos cónyuges legítimos: "o dar a cada esposa, a la manera prevista en el artículo 1316 (pero sin preferencia para ninguna), la mitad de los gananciales que le correspondan en su respectiva sociedad conyugal; o considerar el derecho de esposa legítima como uno solo, y distribuirlo entre los dos cónyuges en proporción al monto ideal que habría correspondido a cada una en la liquidación de su respectiva sociedad conyugal" (*Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Nº 410).

Entendemos aplicable el artículo 1314, por estrecha analogía.

33. Convenios entre cónyuges.

Es frecuente que los esposos quieran acordar convencionalmente algunos aspectos relativos a la disolución y partición de la sociedad conyugal por encontrarse separados de hecho o enfrentar un juicio de divorcio. Vinculados con un régimen patrimonial imperativo e inmutable y con la prohibición de la mayoría de los contratos entre cónyuges, tales convenios son nulos. A pesar de esto, doctrinaria y jurisprudencialmente se les reconocen eficacia en líneas muy estrechas. Para la comprensión de los problemas y sus soluciones, es útil clasificarlos con respecto a la época en que se celebraron, el objeto-fin perseguido y la época en que se pretende hacerlos valer.

1º) CONVENIOS CELEBRADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL.

- a) Con el fin de disolverlo, son nulos de nulidad absoluta cualquiera sea el momento en que se pretenda su validez puesto que las causales de disolución están taxativamente enumeradas en la ley.
- b) Con el fin de renunciar a bienes, son nulos de nulidad absoluta en cualquier momento en que se pretenda su validez, de acuerdo al artículo 1218 del Código Civil.
- c) Con el objeto de determinar el carácter de los bienes: son nulos si quieren, hacerse valer *antes de que la sociedad conyugal se encuentre disuelta* en virtud del artículo 1218 citado y del carácter legal de la calificación de los bienes; si quieren hacerse valer *después de la disolución de la sociedad conyugal* (asimismo como la aceptación de derechos a recompensas), son considerados eficaces como reconocimiento de hechos (artículo 718 C.C.), siempre que sean auténticos (no simulados), que no se encuentren afectados por vicios del consentimiento y que no causen perjuicio a terceros. El que la prueba del carácter de los bienes entre los cónyuges puede producirse por cualquier medio, la procedencia de la partición privada y la admisión del acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal entre los esposos que se divorcian por el procedimiento del artículo 67 bis, ley 2393, apoyan la conclusión expuesta.

2º) CONVENIOS CELEBRADOS POSTERIORMENTE A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Los convenios sobre reconocimiento del carácter de los bienes, su tasación y adjudicación, son válidos. La partición privada consiste, prácticamente, en ellos.

En excelente resumen de las posiciones mayoritarias de la doctrina sobre los convenios entre cónyuges, fue aprobada la siguiente recomendación en las VII Jornadas de Derecho Civil:

“1º: Los convenios entre cónyuges disolutorios de la sociedad conyugal están prohibidos y son, en consecuencia, nulos.

2º: Son también nulos los convenios sobre liquidación de la sociedad conyugal y partición de los bienes, efectuados antes de la disolución de aquélla, aunque fueren posteriores a la notificación de la demanda de divorcio.

3º: Es admisible que los jueces tengan en cuenta las entregas hechas antes de la sentencia de divorcio como anticipo de la parte de un esposo, en virtud del hecho mismo ya producido de la entrega, y no como acto que convalida un convenio.

4º: Son válidos los reconocimientos que las partes hacen, antes de la disolución, del carácter propio o ganancial de determinados bienes o deudas, o de la existencia de determinadas recompensas entre las masas. Tales reconocimientos implican una prueba anticipada que puede hacerse valer en la liquidación, pero caerán si se prueba que el consentimiento de una parte estuvo viciado, o que no responden a la realidad, o fueron efectuados en perjuicio de terceros.

5º: En los divorcios tramitados según el artículo 67 bis, ley 2393, el convenio sobre liquidación y partición incluido en la demanda, o presentado en la demanda, o presentado antes de la sentencia, no tendrá validez mientras no sea ratificado expresa o tácitamente por las partes con posterioridad a la referida sentencia, sin perjuicio de los efectos previstos 3) y 4), ni de su posible impugnación por la existencia de algún vicio que afecte al acto jurídico, o por no respetarse el principio de partición por mitades de los bienes gananciales”.

VII. CASOS ESPECIALES

34. Situación del “hogar conyugal” después de la disolución y después de la partición de la sociedad conyugal.

El artículo 1277 exige asentimiento del cónyuge no titular y no administrador para disponer del inmueble propio del otro cónyuge o ganancial adquirido por éste, en que esté radicado el “hogar

conyugal”, si hubiera hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la comunidad de bienes.

La norma, como ha hecho notar Belluscio, debe entenderse referida a la disolución de la sociedad conyugal por causa diferente de la muerte, pues no puede hablarse de asentimiento del difunto. Los intereses que la ley intenta proteger podrían serlo en este caso recurriendo al expediente proporcionado por el artículo 53, ley 14.394, que se refiere a “casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal... si fuese la residencia habitual de los esposos”, sobre la cual puede recaer indivisión temporaria por voluntad del cónyuge sobreviviente. Si se tratase de bien propio del difunto, éste hubiera podido establecer la indivisión por testamento (art. 51 de la misma ley). Por fin, efecto similar resulta de la aplicación del artículo 3573 bis.

En los otros supuestos de disolución es necesario distinguir entre un bien propio y un bien ganancial. Si se trata de lo primero, la norma introduce una innovación muy importante que traba su disponibilidad. El mismo resultado se produce si se trata de un bien originalmente ganancial después de la partición si hubiera sido adjudicado a uno de los cónyuges, pero no se altera prácticamente la situación de éstos mientras dura la indivisión post-societaria.

En todo caso el obstáculo puesto a la libre disponibilidad de estos bienes es transitorio, pues desaparecerá cuando cesen las circunstancias previstas (ser sede del “hogar conyugal” y existencia de hijos menores o incapaces), con la consiguiente necesidad de probarlo para que el titular pueda disponer sin la intervención del otro cónyuge y resulten contemplados los intereses de terceros.

Recuérdese, por fin, que el bien puede ser afectado por deudas contraídas por los cónyuges, pues no está protegido como, por ejemplo, el bien de familia, por una al menos relativa inembargabilidad.

Del “hogar familiar” podrá disponerse con el acuerdo de los cónyuges, dejándose a los esposos discernir sobre el interés de los hijos menores o incapaces. Faltando el acuerdo podrá recurrirse a la autorización judicial que se concederá si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si es preciso adjudicar

el "hogar conyugal" en la partición, ha de preferirse al consorte con quien habiten los hijos menores o incapaces, por razones obvias. Resta preguntarse si el cónyuge titular del dominio que no habita el inmueble tiene derecho a alguna indemnización por la privación de su uso, o si el cónyuge en idéntica situación tiene derecho a ser compensado cuando se trata de un bien ganancial. Estimamos que pueden aplicarse por analogía las soluciones propuestas en estos casos para el bien de familia, a saber: derecho a recompensa a favor del excluido si se trata de bien ganancial; ningún derecho a su favor, si se trata de bien propio, porque es inaplicable al caso la teoría de las recompensas. La solución puede resultar inequitativa, aunque justificable en el interés de los hijos. A falta de previsión legal, el juez podría establecer esa compensación por razones de equidad, sin dejar de atender a esos intereses superiores, imputándola a los alimentos que el excluido soporta.

35. Bienes que permanecen indivisos después de la disolución de la sociedad conyugal.

Ciertos bienes gananciales permanecen indivisos a pesar de la disolución de la sociedad conyugal e incluso después de la división de otros gananciales. Continúan perteneciendo en condominio a ambos cónyuges o al supérstite y a los herederos de su consorte.

a) *El Bien de Familia*, mientras no sea desafectado conforme con el régimen de la ley 14.394, si resulta imposible adjudicarlo a uno de los cónyuges por tratarse del único bien ganancial al no existir otros bienes para formar la hijuela del no adjudicatario o sus herederos. La administración corresponde al supérstite o al que lo habite, según decisión judicial, procediendo compensación a favor del cónyuge excluido del goce o de los herederos no beneficiarios del Bien de Familia. (Ver Guastavino, Elías P., *Bien de Familia*, N° 587 y *Legítima y Bien de Familia* en JA 1967-VI, 489 y ss.).

b) *Los bienes que permanezcan indivisos según las disposiciones de los artículos 52 a 56 de la ley 14.394*. Intimamente vinculados con cuestiones sucesorias, analizamos sólo y brevemente las divisiones que puede imponer el cónyuge supérstite, no sin aclarar que rehusamos al testador la facultad de imponer la división so-

bre los bienes gananciales (artículo 51) y que en la indivisión acordada por los herederos el sobreviviente puede intervenir como heredero pero también como propietario de la porción de gananciales que le pertenece como miembro de la disuelta sociedad conyugal (*Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Nros. 193 y ss.).

Las indivisiones que puede imponer el cónyuge supérstite están especificadas en el artículo 53: "Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Durante la indivisión, la administración del establecimiento competará al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos".

Son condominios de indivisión forzosa temporal *mortis causa* (Molinario, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*). Con respecto al cónyuge supérstite, constituyen un derecho singular que adquiere originariamente al fallecimiento del consorte y por su causa, siempre que pueda invocar el carácter de socio o el de heredero o ambos a la vez.

b.1 - INDIVISIÓN DE UNIDAD ECONÓMICA

La fórmula legal "unidad económica" adquirida o formada "en todo o en parte" por el supérstite, no satisface la precisión técnica exigible en los textos normativos. Si bien la unidad económica formada íntegramente por el sobreviviente con bienes o fondos propios está fuera de la cuestión, no lo está la formada por ambos cónyuges empleando bienes o fondos propios de uno y otro, con lo que los bienes pertenecen a los dos en condominio y quedan incor-

porados al acervo hereditario por la porción del difunto. Igualmente la unidad económica puede estar formada por bienes propios y bienes gananciales.

La doctrina mayoritaria estima que el artículo 53 incluye solamente bienes gananciales, que deben ser de titularidad del supérstite o en caso contrario, que el aporte de éste debe haber sido efectivo. “Los vocablos *adquisición y formación* aluden principalmente al esfuerzo personal, al trabajo, pero no excluyen al que contribuyó a la adquisición o formación del bien con el aporte de sus dineros propios o gananciales o de gananciales incorporados al acervo común por su esfuerzo o causa” (Guastavino, E. P., *Indivisión impuesta por el cónyuge supérstite*, JA 1957-III, Sec. Doct. 30 y ss., VI).

Quedan así excluidos los gananciales de titularidad del difunto si no existe tal aporte o colaboración concretos del sobreviviente, por ejemplo, si el que pretende la indivisión ha sido ajeno a la compra o formación o a su desenvolvimiento o progreso. “Es natural, dice Borda, que este privilegio sólo se reconozca al creador de la riqueza y no al cónyuge que en nada contribuyó a ella; tanto más cuanto que la ley atribuye al cónyuge supérstite el derecho a administrar el negocio, lo que no se explicaría si se reconociese a quien ha sido siempre ajeno a su administración”. (*Sucesiones*, II, p. 405).

¿Están incluidos o excluidos los gananciales que ya estuvieran indivisos a la muerte del causante por encontrarse la sociedad conyugal disuelta y no liquidada? La opción por la afirmativa se encontraría fundada de admitirse que la indivisión es susceptible de ser impuesta en vida de ambos esposos una vez disuelta la sociedad conyugal, por ejemplo, por divorcio. Guastavino lo considera procedente porque el artículo 53 es norma que integra las reglas particionarias de la herencia aplicables en virtud de la remisión del artículo 1313, corroboradas por las de los artículos 1788 y 2698 (ante la problemática de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada) y en armonía con el artículo 2715 que admite mantener la indivisión para evitar perjuicios.

Pero el cónyuge supérstite no puede pretender la indivisión de los ex gananciales adjudicados a su cónyuge en la partición ya

concluida a su muerte, ya que eran personales del causante, ni la de los gananciales anómalos de aquél, que por definición, no contribuyó a formar. No necesita imponerla sobre sus ex gananciales, bienes personales suyos, ni sobre los gananciales anómalos de su titularidad, extraños a la indivisión post societaria-hereditaria.

El artículo 53 abarca indudablemente a los gananciales de titularidad conjunta.

b.2 - INDIVISIÓN DE LA VIVIENDA COMÚN

La ley 14.394 emplea una fórmula distinta para caracterizar al inmueble sobre el cual el supérstite puede imponer la indivisión: además de haber constituido la residencia habitual de los esposos debe tratarse de una casa habitación *construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal*.

La descripción legal abarca el inmueble: a) ganancial de titularidad del causante; b) ganancial de titularidad del supérstite; c) ganancial de titularidad conjunta; d) bien propio del causante por haberse edificado con fondos gananciales sobre inmueble propio suyo (art. 1266).

La exigencia de que haya sido residencia común desplaza, en principio, toda discusión sobre el inmueble ganancial anómalo pues mediará divorcio o separación de hecho. No obstante, mediando separación de bienes sin divorcio y convivencia conyugal hasta la muerte del causante, es razonable admitir la indivisión de la vivienda común ganancial anómalo o ex ganancial del causante sobre la cual el sobreviviente hereda como si fueran bienes propios del difunto. También puede exigirla el cónyuge putativo con respecto a la vivienda ganancial de titularidad del consorte de buena o de mala fe o de su titularidad, siempre que la convivencia se haya extendido hasta la muerte y la nulidad del matrimonio se decrete posteriormente.

Es difícil reconocer el derecho del cónyuge putativo a imponer la indivisión del inmueble en que cohabitó con el causante hasta su deceso, ante el cónyuge legítimo que reclama su cuota de gananciales como partícipe del régimen patrimonial matrimonial. Por

su naturaleza de derecho *sui generis* aparece como debido aunque se le niegue vocación hereditaria y como justo si ha contribuido a adquirirlo, aunque ello posponga la satisfacción del derecho societario del cónyuge legítimo si no es posible incluir el bien en la hijuela del putativo de acuerdo al artículo 1316. Pero entendemos que el cónyuge putativo carece de derecho a imponer la indivisión porque ésta constituye una excepción a la obligatoriedad de la partición (art. 3452), inextensible a un caso no previsto por el legislador.

b.3 - GESTIÓN DE LOS BIENES INDIVISOS

La administración de los bienes indivisos corresponde al cónyuge supérstite con las facultades de condómino administrador y subsidiaria aplicación de las normas aplicables a los gananciales indivisos en coincidencia de la indivisión postsocietaria y la indivisión hereditaria.

b.4 - DEUDAS Y BIENES INDIVISOS

Los bienes indivisos son ejecutables por las deudas del causante y de la sucesión, pero no por las del cónyuge sobreviviente o de los otros copartícipes, siéndolo sí la parte que les corresponde en los beneficios que produzca (art. 55).

c) *El inmueble objeto del derecho de habitación viudal*: No existe acuerdo doctrinario sobre si la existencia del derecho de habitación viudal comporta la indivisión forzosa del inmueble afectado. Según Barbero no es indispensable "la indivisión del bien para que el cónyuge supérstite pueda ejercitar el derecho que le otorga la ley. El viudo o la viuda tendrá siempre el derecho de habitación, sea quien fuere el que ha resultado adjudicatario de la nuda propiedad del inmueble" (*El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, parágr. 116). Personalmente opinamos que la indivisión es inevitable cuando es el único inmueble ganancial existente y no hay otros bienes de suficiente valor para formar la porción de los herederos del causante, según supuestos que analizamos en otros lugar (*Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, N^o 232).

VIII. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

36. La separación de bienes pendiente la indivisión postsocietaria.

La reglamentación legal del régimen de separación de bienes es mínima. Los distintos aspectos vinculados a la situación de los esposos, sus bienes y sus deudas, durante la separación de bienes mientras la sociedad conyugal se mantiene disuelta pero en etapa de liquidación, es decir, antes de la partición de los gananciales, ya han sido analizados supra en el apartado IV.

37. El régimen de separación de bienes después de la partición.

a) *Bienes de los cónyuges*

El patrimonio de cada cónyuge queda constituido con los bienes que era sus propios (ex propios), con los gananciales que le fueron adjudicados en la partición (ex gananciales) y con los bienes originariamente incorporados y que sigan incorporándose a su patrimonio después de la disolución de la sociedad conyugal.

b) *Deudas de los cónyuges*

Todas las deudas contraídas después de la partición son personales de quien las contrajo o quedó sujeto a ellas en virtud de acto ilícito o de la ley, y por las mismas son ejecutables todos sus bienes sin distinción alguna de acuerdo a los principios generales.

Las deudas personales contraídas durante el régimen patrimonial o durante la indivisión, que no hubieran sido saldadas en la liquidación de la sociedad conyugal, se cobran sobre los mismos bienes.

Las deudas comunes, en idéntica hipótesis, son exigibles al cónyuge contratante por su importe total. Al cónyuge no contratante sólo puede serle exigida la mitad del monto porque ahora resulta ineludible la regla de la separación de las deudas (art. 3490 del C.C.) y es lo equitativo ya que no queda oportunidad alguna de compensación futura. Por estas deudas y en la medida indicada, son ejecutables todos sus bienes.

Las deudas resultantes de la conservación de los bienes comunes durante la indivisión y de las operaciones de liquidación, no saldadas antes de la partición, continúan sometidas al régimen del condominio como deudas personales o personales conjuntas de ambos cónyuges.

38. Cargas comunes que subsisten durante la separación de bienes.

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

El análisis del artículo requiere varias distinciones.

a) *Separación de bienes por divorcio*

El artículo 1300 carece de aplicación en la hipótesis de esposos divorciados con posibilidad de bastarse a sí mismos, en lo que atañe a contribuir uno a la sustentación del otro. En caso contrario, la necesidad se habrá traducido en la fijación de cuota alimentaria según las disposiciones de los artículos 79, 80 y 67 bis de la ley 2393. Las deudas contraídas por el alimentado son personales suyas.

Los hijos menores legítimos de ambos cónyuges deben ser sostenidos por sus dos progenitores. La contribución del que no tenga la tenencia se traduce normalmente en una cuota alimentaria. Quien contrae la deuda destinada a alimentación y educación y, por lo tanto, deudor, es el progenitor a cargo del menor, que debe responder con todos sus bienes y con lo percibido en concepto de cuota alimentaria que él administra y en cuya fijación se habrán tomado en cuenta las posibilidades económicas del padre y de la madre.

b) *Separación de bienes sin divorcio*

Aunque es de muy rara presentación, puede darse el caso de convivencia matrimonial y paterno-filial normal con separación de bienes. En la hipótesis el cónyuge económicamente capaz debe

proveer al sostenimiento suyo y al de su consorte. El marido solamente podrá prevalerse de las posibilidades patrimoniales de su mujer si, además de carecer de bienes, le es imposible obtenerlos con su trabajo; si los dos se encuentran en condiciones, deben contribuir al recíproco mantenimiento en la proporción establecida por el artículo 1300.

En cuanto a los hijos, las deudas contraídas para su asistencia integral y educación son personales del progenitor que las contrajo, pero se supone el asentimiento tácito del otro, dada la apariencia de vida normal que el acreedor pudo tomar en consideración. La deuda resulta así una deuda de sujeto plural simplemente mancomunada (el contratante obró en nombre propio y en representación de su consorte). Esta caracterización determina que uno y otro progenitor puedan ser demandados por la mitad del monto de la deuda y que respondan con la totalidad de sus bienes. Por el contrario, Rébora opina que el cónyuge no contratante puede, en principio, substraerse a la responsabilidad respecto del acreedor, sin perjuicio de estar sujeto al deber de contribución hacia su cónyuge, y Belluscio, que el no contratante responde sólo con los frutos de sus bienes por aplicación analógica del artículo 6º de la ley 11.357.

39. Contratos entre cónyuges separados de bienes.

De la redacción de los artículos 1807, inc. 1º y 1358, del Código Civil y 27 de la ley 19.550, se desprende que la donación, la compraventa y las sociedades que no sean por acciones y de responsabilidad limitada, están prohibidas entre los cónyuges separados de bienes, divorciados o no. La prohibición abarca a los contratos a los cuales se aplica el régimen de alguno de los citados.

Considerando el caso de la compraventa, Llerena, Lafaille, Borda y Belluscio participan de la opinión expuesta. Machado, Mazzinghi y Lagomarsino admiten la procedencia del contrato entre divorciados basándose principalmente en la interpretación restrictiva de las incapacidades.

Las referencias a este tema deben completarse con lo explicado sobre convenios entre cónyuges supra Nº 33. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha aceptado que un cónyuge comprara al otro en

la subasta pública realizada en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, lo que simplemente comportaba la inclusión del bien objeto del negocio en la hijuela particionaria del comprador.

Estimamos que los contratos entre divorciados reclaman revisión legal.

40. Cesación de la separación de bienes.

El artículo 1304 del Código Civil dispone que la separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedimento de ambos y que cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación como si la misma no hubiese existido.

La doctrina ha discrepado siempre sobre los alcances de la norma, en el sentido de si abarca todos los supuestos de separación de bienes cualquiera haya sido la causa de la disolución de la sociedad conyugal o si no comprende la sobrevenida por el divorcio, tesis esta última que pareciera confirmada por el actual efecto disolutorio que la sentencia de divorcio tiene sobre el régimen patrimonial, coordinado con los efectos de la reconciliación “que restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio” (art. 71, ley 2393). En efecto, el principal argumento de quienes entienden que también la reconstitución de la sociedad conyugal disuelta por divorcio debe formalizarse conforme al artículo 1304, se basa en la independencia de los efectos personales y patrimoniales de la sentencia respectiva, lo que era muy claro en el sistema anterior a la ley 17.711 (ver *supra* N° 6).

Excluido el supuesto de divorcio, la comprensión del artículo 1304 queda reducida a la separación de bienes decretada por la causal de mala administración ya que la asunción de la curatela por el cónyuge capaz o la recuperación de la capacidad por el consorte incapaz, con la correlativa finalización de su curatela por un tercero, reconstituyen la sociedad conyugal con relativa publicidad (ver *supra* N° 8, para los casos del cónyuge penado, simple ausente, inhabilitado civil).