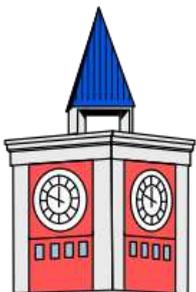


COMISIÓN N° 7 DERECHO DE FAMILIA

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

Incidencia de la liquidación y partición de la indivisión post comunitaria en la procedencia de la compensación económica Por Carla Gabriela Balducci	1
Las convenciones matrimoniales en el diseño de los vínculos patrimoniales conyugales Por Carla Gabriela Balducci	14
La seguridad jurídica del documento notarial en el otorgamiento de acuerdos familiares Por Carla Gabriela Balducci	28
Aplicación de la retroactividad a la separación de hecho cuando la disolución de la sociedad conyugal se produce por muerte de uno de los esposos Por Úrsula C. Basset	41
La autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio a partir del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿hacia la contractualización del derecho de familia en el ordenamiento jurídico argentino? Por María Soledad Briozzo	47
El ocultamiento de criptoactivos como modalidad de fraude a la ganancialidad: una cuestión de género Por María Julia Comoglio	54
Atribución de la Vivienda tras la ruptura de la Unión Convivencial con hijos menores de edad o con discapacidad: la cuestión del plazo Por Claudia Karina Feldmann	67
Utilidades de la sociedad de capital propio y recompensa a valor constante en la liquidación de la comunidad Por María José Fernández y Luis Alejandro Ugarte	78
Forma de la convención matrimonial y confirmación ulterior Por María José Fernández y Luis Alejandro Ugarte	81
Principios y normas aplicables ante la reclamación de bienes en la unión convivencial	

Por Esther H. Silvia Ferrer, Paula Noelia Bermejo y Lucía Martínez Lima	86
Refugio en la edad: atribución de vivienda y vulnerabilidad	
Por Grecia A. Gómez Ramos y E. Salomé Nausneris Zavala	93
Precisiones sobre la obligación alimentaria del progenitor afín	
Por Rodolfo G. Jáuregui y Fernando A. Gastiazoro	104
Mejoras sobre bienes propios y carga de la prueba a la liquidación de la comunidad	
Por Rodolfo Jáuregui	112
Efectos patrimoniales del matrimonio	
Por A. Karina Jurado	120
La forma de los pactos de convivencia	
Por Sonia Lukaszewicz	128
La compensación económica como consecuencia de la ruptura de la unión convivencial en caso de muerte	
Por Esteban Mazzinghi (h)	140
Contribución solidaria respecto de las deudas comunes de los cónyuges en proporción a sus recursos económicos	
Por Jorge A. M. Mazzinghi	145
Bienes adquiridos por los cónyuges después de la separación de hecho	
Por Jorge A. M. Mazzinghi	147
Contribución solidaria respecto de las deudas comunes de los convivientes	
Por Jorge A. M. Mazzinghi	149
Extinción del régimen de comunidad – separación de hecho – fallecimiento del cónyuge	
Por Carla Beatriz Modi	151
Régimen patrimonial del matrimonio y prescripción entre cónyuges	
Por Mariel F. Molina de Juan	161
Indemnización por despido laboral	
Por Ana Ortelli y María Dolores Suriani	173

El acceso a la justicia en los procesos patrimoniales y la violencia económica de género Por Adriana Rotonda	178
Recompensas en caso de utilidades de acciones de carácter propio de uno de los cónyuges Por Eduardo Guillermo Roveda	197
Asentimiento conyugal anticipado y poder para prestar asentimiento Por Karina Vanesa Salierno	204
La calificación de los bienes en el régimen de comunidad: adquisiciones simultáneas y sucesivas ¿propios, gananciales o mixtos? Por Karina Vanesa Salierno	213
Cesión de gananciales Por Karina Vanesa Salierno	224
La partición y adjudicación de los bienes convivenciales Por Karina Vanesa Salierno	231
El acuerdo de uso y goce de los bienes indivisos y el asentimiento partitivo Por Karina Vanesa Salierno	237
Excepciones al régimen general de inejecutabilidad de la vivienda familiar Por Karina Vanesa Salierno	249
Convenciones matrimoniales Por Karina Vanesa Salierno	261
La compensación económica como herramienta de des-naturalización del régimen patrimonial de la unión convivencial Por E. Manuela Schulz	268
Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial Por Claudia Iris Varese	273
Perspectiva de género en los procesos patrimoniales de derecho de las familias: el caso del matrimonio y las uniones convivenciales Por Guillermina Zabalza y M. Victoria Schiro	286

¿Ganancialización de los efectos del cese a las uniones convivenciales?	
Por María Zúñiga Basset y Lucas Bellotti San Martín	306

INCIDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN DE LA INDIVISIÓN POST COMUNITARIA EN LA PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Por Carla Gabriela Balducci¹

I. CONCLUSIONES

1. El instituto de la compensación económica, con sus características propias que le confieren su naturaleza jurídica sui generis, es una valiosa herramienta legal, ante un desequilibrio económico manifiesto que resulte con motivo de la unión matrimonial –o convivencial- y su ruptura, para equiparar situaciones que generan el derecho a obtener una adecuada recomposición al cónyuge o conviviente afectado.

2. Dicho instituto no apunta a igualar patrimonios, descartándose una pretensión de paridad absoluta. Actúa como un mecanismo corrector para morigerar injustas desproporciones, ante la falta de armonía entre las diferentes posibilidades patrimoniales. Se analiza el desequilibrio manifiesto que la ruptura pudo haber ocasionado a los esposos o convivientes, siendo imprescindible la situación pre matrimonial o pre - unión convivencial y la post disolución de la pareja.

3. En el caso de los cónyuges, la elección del régimen patrimonial matrimonial efectuada, despliega efectos económicos entre ellos, que luego traerán diferentes consecuencias al momento de la ruptura. Se ha contemplado que en el régimen patrimonial de separación de bienes, es aconsejable la implementación de la compensación económica, en forma casi rigurosa.

4. En el régimen de comunidad de ganancias, se contempla un sistema de por sí equilibrador, que puede compensar la dedicación exclusiva de uno de los cónyuges al cuidado de la familia. Puede haber situaciones que de excepción, tal sería el caso en que los activos no basten para producir recursos económicos para el cónyuge que fuera más dependiente, o que sus necesidades de subsistencia consumieran dichos activos, a diferencia del otro cónyuge, que sí cuenta con capacidad o

¹ Notaria – Mediadora, Docente (UNA).

aptitudes de generar esos recursos económicos, tanto para nuevas adquisiciones como para conservar la intangibilidad de las existentes.

5. Es de vital importancia, que la liquidación y partición de la indivisión post comunitaria pueda realizarse, a los fines de delimitar la composición patrimonial resultante, dadas estas circunstancias, se podrá evaluar si persiste un desequilibrio entre quienes fueran miembros de la pareja que se disuelve.

6. Concluimos en que será fundamental una evaluación exhaustiva y un conocimiento del efecto económico que resultará en el patrimonio de cada cónyuge una vez realizada la liquidación de la masa comunitaria, a los fines de determinar qué bienes recibirá cada uno con motivo de esta liquidación, para evitar pronunciamientos injustos, que terminen generando una situación de desequilibrio que afecte al cónyuge demandado, configurándose un abuso del derecho por parte del reclamante.

II. FUNDAMENTOS

1. COMPENSACIÓN ECONÓMICA: PRESUPUESTOS QUE LA VIABILIZAN

La conceptualización de la compensación económica determina que se viabilizará su procedencia cuando se produzca un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de la situación del cónyuge, por causa adecuada en el vínculo matrimonial y su ruptura, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 441 CC y CN. Podemos observar entonces que se requerirá el acaecimiento de estos tres presupuestos establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El empeoramiento de uno solo de los integrantes de la que fuera la pareja marital es el configurante del desequilibrio manifiesto requerido para habilitar la vía de reclamo a una compensación económica. Es un descenso del nivel de vida del ex cónyuge afectado, reflejado como consecuencia de su renunciamiento al desarrollo personal, profesional o laboral ocurrido con motivo de asumir la dedicación a las tareas domésticas, el cuidado y educación de los hijos, familiares con discapacidad o adultos mayores, entre otras actividades. Se analizarán estas circunstancias dentro de un contexto que involucre un nexo con el otro supuesto exigido: la causalidad adecuada en el vínculo matrimonial y su ruptura.

De estos presupuestos estatuidos legalmente, nos centraremos en el desarrollo de la observación del desequilibrio económico manifiesto, para luego continuar con el análisis de las consecuencias patrimoniales matrimoniales, -incluida la gravitación de la liquidación de la masa comunitaria, para el caso de elección del régimen de comunidad- y su incidencia en la procedencia de la compensación económica.

2. DESEQUILIBRIO MANIFIESTO

a) *Configuración y estimación de los presupuestos.*

El instituto de la compensación económica establecido en el Código Civil y Comercial está previsto en los casos en que se produzca un desequilibrio manifiesto que encuadre un empeoramiento de la situación de alguno de los cónyuges con motivo del vínculo matrimonial y su ruptura, o para el caso del ex conviviente que se halle en esa situación de desequilibrio ocasionado en la convivencia y el cese de la misma.

Se hace referencia a que deberá recurrirse a la consideración de la situación prematrimonial de la pareja así como a la posterior a la disolución del vínculo matrimonial, para determinar si ocurre ese desequilibrio. Se valorarán los recursos de cada uno, sus posibilidades laborales, las enfermedades, la situación del cónyuge que se ha encargado o que quedará a cargo de hijos, entre otras situaciones.

En los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, al referirse a este instituto, fundamentado en la protección legal motivada en la solidaridad familiar, se establece que: “Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición.”²

Se ha hallado el fundamento de este instituto en la equidad, entendiéndose que el desequilibrio deberá ser manifiesto y económico, no procediendo frente a una situación sentimental o anímica del cónyuge reclamante, sino que “debe significar un empeoramiento en la situación del

² Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª Edición, La Plata. Fundación Editora Notarial. FEN (2014).

cónyuge a partir de la ruptura en comparación con su situación anterior a ella” y “... la causa del desequilibrio debe consistir en el vínculo matrimonial y su ruptura, no una u otra causa, sino ambas”.³

Se ha manifestado que el desequilibrio exigido legalmente en este caso “... se caracteriza por ser manifiesto, debe ser de tal entidad que signifique un empeoramiento en la situación económica del cónyuge que la reclama... la mera diferencia de patrimonios no dará lugar a la compensación económica.” Así, la evolución de los patrimonios de ambos cónyuges deberá ser evaluada antes, durante y luego de finalizada la estructura familiar.⁴

Se ha circunscripto una diferenciación entre dos tipos de desequilibrio: el perpetuo y el coyuntural. El primero de los mencionados se configura cuando las consecuencias que produce desbarata cualquier expectativa para poder proseguir su vida de una manera independiente económicamente. En cambio, el coyuntural es aquel en el que puede superarse temporalmente sus consecuencias desfavorables, se procurará que aquel cónyuge compensado económicamente, pueda obtener un medio autónomo para desarrollar sus propios recursos para su subsistencia.⁵

b) Pautas para considerar el desequilibrio económico manifiesto:

Hay ciertos aspectos que han de tenerse en cuenta para evaluar si se ha encuadrado el desequilibrio económico manifiesto.

Una de las cuestiones tiene que ver con una causal objetiva: se efectúa una comparación de patrimonios entre los cónyuges o convivientes, en dos momentos: antes de unirse en matrimonio, o de entablar la unión convivencial, y luego, al momento de la ruptura del vínculo marital o

3 Sambrizzi, Eduardo A. “El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial.” 1ª Ed 1ª reimpresión- Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. LA LEY, 2016, p. 459 y ss.

4 Belluscio, Claudio A.- Soriano Zothner, Verónica P. “Compensaciones económicas según el Código Civil y Comercial”, 1ª Ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. GARCIA ALONSO, 2020, p. 45 y ss.

5 Medina, Graciela. “Compensación económica en el Proyecto de Código” en Mendez Costa, María J., Vidal Taquini, Carlos H., Córdoba, Medina, Graciela y Solari, Néstor E. (dir.), Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Sucesiones, Personalísimos, Bioética, Derecho Médico, Año V, N° 1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LA LEY, 2013, p. 5.

convivencial. Sería como, simbólicamente, tomar una fotografía en cada uno de esos momentos, que determinara cada una de las situaciones, para luego poder comparar que ocurrió con los patrimonios al inicio y a la conclusión del vínculo.

Si el crecimiento o decrecimiento fue proporcional, se estima que no ha habido desequilibrio, incluso si se mantuvo estable, pero, si hubo un aumento dispar o asimétrico del patrimonio de uno con respecto al otro cónyuge, ahí se configura el supuesto del desequilibrio económico, caracterizado por ser manifiesto.

La otra cuestión a analizar, es la evolución del patrimonio. Este aspecto es considerado subjetivo, se relaciona con las causas que motivaron que un cónyuge llegue a una situación de inferioridad económica con respecto al otro. Se vincula con decisiones asumidas por la pareja que tendrá como consecuencias la imposibilidad del desarrollo personal de alguno de sus integrantes, en lo que atañe a actividades mercantiles, industriales, profesionales o laborales, con motivo de dedicarse al cuidado y crianza de los hijos, tareas domésticas, asistencia de algún miembro de la familia con discapacidad, o que sea adulto mayor, por citar algunos casos.

Ambas cuestiones deberán ser analizadas en forma integral, para desentrañar si hubo o no desequilibrio económico manifiesto. Se puede plantear la situación en que uno de los cónyuges recibiera bienes en forma gratuita por donación o herencia, durante la vigencia del matrimonio, y luego de producirse la ruptura, su patrimonio habrá crecido en forma significativa en comparación con el del otro cónyuge. Si bien, objetivamente, se daría el supuesto de que, aparecería esta disparidad al comparar los patrimonios de ambos cónyuges, no habilitaría para encuadrar el caso en el desequilibrio económico manifiesto, que habilite la procedencia de un reclamo por compensación económica. Del análisis surge que no se configura en este contexto la otra cuestión, la subjetiva, esto es, que la desproporción se origine en una relegación o eliminación de proyectos personales o patrimoniales de uno de los cónyuges en favor de su contribución al cuidado de hijos, personas discapacitadas o familiar que sea adulto mayor, tareas del

hogar, o colaboración con el trabajo, o actividad económica o profesional del otro.⁶

3. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL ELEGIDO

Cabe preguntarnos si el régimen patrimonial elegido por un matrimonio que luego llega a su ruptura, influye en la procedencia del reclamo por compensación económica presentado por uno de ellos.

Coincidimos con Bedrossian en que “no debemos dejar de señalar aquí la directa relación que tiene el instituto de la compensación económica con el régimen patrimonial elegido.”⁷

A su vez, Mizrahi entiende que la compensación económica no es ajena al tipo de régimen patrimonial matrimonial por el que optó la pareja.⁸ Explica que esta institución está íntimamente relacionada con el régimen patrimonial que se había establecido entre los cónyuges, y que es una cuestión que el juez deberá tener muy en cuenta al momento de dictar sentencia que conceda o deniegue dicha compensación.

Entiende el autor, que, si el matrimonio que ahora está divorciándose, estaba ligado bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, la compensación económica, si se encuentran válidos los presupuestos que la tornen operativa, deberá ser aplicada con todo su rigor. Entre los argumentos que esgrime, está el de que el cónyuge afectado por un desequilibrio económico, de la única forma que podría ser compensado, es aplicando el instituto. A su vez, manifiesta que la compensación económica no estaría neutralizando ni anulando el régimen de separación de bienes elegido por la pareja, sino que se comporta como un mecanismo corrector de desigualdades

6 Balducci, Carla G. (4/9/2023). “Incidencia de la liquidación y partición de la indivisión post comunitaria en la procedencia de la compensación económica” Publicado en: MJ-DOC-17276-AR | MJD17276.

7 Bedrossian, Gabriel. (2019). “Compensación económica: Incidencia de la separación de hecho – Falta de liquidación de la comunidad – Determinación del quantum en el divorcio y en las uniones convivenciales.” Publicado en: ERREIUS 2019.

8 Mizrahi, Mauricio L. (2018). “La compensación económica en el divorcio y en las uniones convivenciales.” Publicado en: LA LEY 21/05/2018, 1 - LA LEY 2018-C, 713 Cita: TR LALEY AR/DOC/956/2018

injustificadas. Su objetivo es atenuar un empobrecimiento injusto, contrario al principio de equidad, soportado por uno de los cónyuges.

Es posible que la figura de la compensación halle su máxima aplicación en caso de que la opción realizada en el matrimonio fuera la del régimen de separación de bienes, o ante la falta de distribución de bienes obtenidos durante la vigencia de la convivencia. Esto supuesto podrían originar un desequilibrio manifiesto ante un desigual reparto de ganancias, estos efectos adversos podrían ser reducidos con la implementación de una compensación. Ello no significará una división entre partes iguales entre los cónyuges, como sucedería con la partición de bienes en el régimen de comunidad.⁹

Gonzalez opina en igual sentido, acerca de que el régimen patrimonial matrimonial legal puede tener incidencia en orden a la fijación de la compensación económica. En este supuesto de comunidad de ganancias, puede quedar corregido un potencial desequilibrio, al recibir cada cónyuge su participación en lo que fuera la masa comunitaria, no así en el caso de separación de bienes. La autora recomienda que el análisis del régimen económico familiar se efectúe de una forma integral y sistemática, evitando prejuizgamientos, que sucedería al no haber contemplado los supuestos de cada caso en particular.¹⁰

Veamos las consecuencias en el supuesto en que un matrimonio hubiera optado por el régimen de comunidad de ganancias. Este régimen cumple una función equilibradora, al igual que ocurre con la compensación económica. Si uno de los cónyuges, estando vigente el matrimonio, ha dedicado sus labores a la atención de la familia, no pudiendo capacitarse laboralmente, ni ejercer actividad lucrativa, al producirse la ruptura, se hallará en desequilibrio económico con respecto al otro, pero se beneficiará igualmente con la mitad de los bienes gananciales, actuando así este régimen con un carácter compensatorio.

9 Revsin, Moira. “La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil”, 2015, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/257/2015, Publicado: RDF 69-91, Sección: DOCTRINA.

10 Gonzalez, Eliana M. “La compensación económica frente a la muerte del cónyuge”, 2017, Publicado en: DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 37 Cita Online: AR/DOC/2652/2017.

En cambio, se ha argumentado que cuando el matrimonio ha optado por el régimen de separación de bienes, ambos cónyuges han decidido no tener injerencia en las decisiones económicas ni patrimoniales del otro, resultando difícil merituar la procedencia y cuantía de la compensación económica en este caso. Se ha sostenido que no ocurre lo mismo, en el supuesto de comunidad de ganancias, en el que sería más claro lo que hay que compensar entre ambos.¹¹

A nuestro criterio, la evaluación que deberá efectuarse en cada situación, contemplará todos los presupuestos que avalen dicha compensación, considerando de forma completa y definitiva la composición de los patrimonios que quedarán a cada uno, una vez liquidada la comunidad de bienes. Acaecida esta liquidación, la misma puede desempeñar un papel reequilibrador, ya que aquel cónyuge que no ha estado en condiciones de ejercer actividad lucrativa por dedicarse a las tareas del hogar, una vez producida la ruptura, recibirá su parte como integrante de la comunidad.

4. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Reguladas en el Código Civil español en su artículo 97, estas compensaciones, vigentes desde 1981, llevan similitudes en su estructura y funcionamiento a las establecidas en el Código civil y comercial argentino en su artículo 441.

Martínez de Aguirre, al hablar sobre las consecuencias más importantes y problemáticas en el divorcio hace referencia a las compensaciones económicas (llamadas así en nuestro Derecho) y compensaciones por desequilibrio en el Derecho español.¹² Según el autor, explicitan la “matrimonialidad” del desequilibrio, es decir que este desajuste o inestabilidad económica que se pretende compensar, debe ser probado que se hallaba ligado causalmente al matrimonio, esto también se ha confirmado a través de lo vertido en doctrina y jurisprudencia españolas.

En referencia a los puntos de contacto con el régimen económico matrimonial, recordemos que en España se aplica supletoriamente el de

¹¹ Borda, Guillermo J. en Curá, José M. “Código civil y comercial de la Nación comentado” Editorial la Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, P. 158

¹² Martínez de Aguirre, Carlos. (2018). “La compensación por desequilibrio en caso de divorcio”. Publicado en: DFyP 2018 (febrero), 06/02/2018, 31 Cita Online: AR/DOC/2984/2017

“sociedad de gananciales”, análogo al de “comunidad de ganancias” de Argentina, más allá de las autonomías locales y de lo pactado en capitulaciones matrimoniales, casos en los que podría establecerse el de separación.

El autor refiere que este régimen económico de ganancias cumple una función compensadora en los efectos del divorcio, con respecto a la mayor dedicación a la familia que ha ejercido uno de los cónyuges, vigente la relación marital, en menoscabo de su crecimiento personal en lo laboral o profesional, con el que hubiera podido ser remunerado. Así, ambos cónyuges se benefician con las labores de uno dentro de la casa, y con el trabajo del otro fuera del hogar.

De acuerdo a estas consideraciones, ha de evaluarse entonces, el régimen patrimonial económico elegido por el matrimonio, cuando se deba decidir sobre la procedencia y cuantía de la compensación económica pretendida.

Es sumamente ventajoso que se proceda a efectuar previamente la liquidación del régimen económico de la comunidad, para poder avizorar adecuada e integralmente la consistencia en el resultado de los patrimonios de cada cónyuge, determinando cuantitativamente como quedan conformados luego de esta etapa. Algunas resoluciones judiciales españolas, aplican en este tramo, una prestación compensatoria provisional, hasta que se produzca la liquidación definitiva de los gananciales.

5. LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y LA OPORTUNIDAD DEL OTORGAMIENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Aunque hay autores que han entendido que, aún considerando que el régimen patrimonial elegido no influya per se sobre la valoración del desequilibrio al momento de ponderar el otorgamiento de una compensación económica, han admitido que hallan el desequilibrio con mayor facilidad en el régimen de separación de bienes.¹³

No obstante, este desequilibrio económico también puede ocurrir dentro de un contexto de opción de régimen de comunidad en el matrimonio,

13 Orlandi, Olga E. (2018). “La compensación económica desde la perspectiva interdisciplinaria”. Publicado en: RDF 87, 133 Cita: TR LALEY AR/DOC/3556/2018.

aún cuando decretado el divorcio, ambos cónyuges tengan derecho a recibir la mitad de los bienes gananciales adquiridos durante la vida matrimonial.

Pueden citarse precedentes jurisprudenciales que han concedido la compensación económica en supuestos en los que el matrimonio estaba sometido al régimen de comunidad de ganancias.

En tal ocasión, se entendió que al efectuar una interpretación integral de las pautas de fijación establecidas en el artículo 442 C y CN, en lo referente al estado patrimonial de cada cónyuge, no se alude exclusivamente a los activos y pasivos existentes en los patrimonios de cada cónyuge, sino a la aptitud de cada consorte de originar recursos o de poder conservar los activos económicos existentes. Así, no se consideró determinante el régimen patrimonial en el que se desarrolló el matrimonio, debido a que incluso, dentro del régimen de comunidad podría suceder que los activos no basten para producir recursos económicos para el cónyuge que fuera más dependiente, o que sus necesidades de subsistencia consumieran dichos activos, a diferencia del otro cónyuge, que sí cuenta con capacidad o aptitudes de generar esos recursos económicos, tanto para nuevas adquisiciones como para conservar la intangibilidad de las existentes.¹⁴

6. UNA POSIBLE SOLUCIÓN PROPUESTA EN EL DERECHO FRANCÉS

Dentro de las medidas provisionales que el juez puede dictar en un proceso de divorcio, previstas en el artículo 255 del Código Civil Francés, es la posibilidad de “designar a un notario que elabore un proyecto de liquidación del régimen económico matrimonial y de formación de lotes a distribuir.”¹⁵

El rol del notario no se limita a dirigir las operaciones de liquidación y partición luego de la sentencia de divorcio, sino que su misión es ampliada, puesto que puede ser llamado a intervenir durante el proceso de divorcio, a instancia de solicitud del juez. Así, el notario es llamado para elaborar este

14 Juzg. Nac. Civ. N° 92, de 17/12/2018, Autos: “M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ fijación de compensación” Expte. n° 4594/2016. En esta oportunidad, la Jueza de grado falló concediendo la compensación económica a favor de la cónyuge, ya que halló justificado el desequilibrio producido, con causa adecuada en el matrimonio y su ruptura, ello sin perjuicio de los eventuales derechos que le correspondieran en la liquidación de la comunidad de bienes.

15 Fernando Feldman, José Javier Hualde Sanchez, Esther Muniz Espada, Estelle Roy. Código Civil. 2015, p. 97. ffhalshs-01402630.

proyecto de liquidación y formación de lotes para la partición, destinado a aclarar o instruir tanto al juez como a los esposos sobre las reglas sobre intereses patrimoniales.

En el inciso 9 del mencionado artículo, el juez puede citar a un profesional calificado a los fines de confeccionar un inventario estimativo o de hacer propuestas en cuanto a las reglas de los intereses pecuniarios de los esposos.

La liquidación de los bienes de la masa comunitaria suele estar pendiente al momento de la solicitud de la compensación económica. Estas normas referidas a las medidas provisionales judiciales, posibilitan acercar los elementos probatorios al Juez, a los fines de poder realizar un cálculo serio y fundado del estado patrimonial de los cónyuges, y cómo será la resultante patrimonial luego de producida la liquidación y partición.

Este mecanismo propuesto implementa instrumentos facilitadores al judicante, en orden a que se habilite la vía regia para efectuar el análisis de todo el panorama patrimonial, y evaluar, dentro de las consecuencias del divorcio, si se produjo algún desequilibrio económico, que haga prosperar la petición de la compensación económica.

7. GRAVITACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE BIENES GANANCIALES EN LA PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Dentro de las pautas establecidas legalmente para la fijación de la compensación económica en el artículo 442 CC y CN, nos encontramos con la evaluación del estado patrimonial de cada cónyuge tanto al inicio como a la finalización de la vida matrimonial.

De acuerdo a las fórmulas matemáticas propuestas para dicha fijación, será relevante la diferencia patrimonial relativa al cese de la relación matrimonial. En el supuesto de que hubiera regido el régimen de separación de bienes, quedará bastante definido este estado patrimonial, pero no será tan sencilla esa determinación si el régimen por el que había optado esa pareja marital era el de comunidad de ganancias.

Según lo preceptuado legalmente, los cónyuges no están constreñidos a pedir la partición de la comunidad, de acuerdo al artículo 496 CC y CN, que les reconoce el derecho a pedirla “en todo tiempo”. Puede acontecer que un matrimonio se halle disuelto por sentencia de divorcio (artículo 435 inciso c CC y CN), extinguiéndose, en consecuencia, el régimen de comunidad (artículo 480 CC y CN) con el consiguiente

advenimiento de la etapa de indivisión post - comunitaria, reguladas en el artículo 481 y subsiguientes del CC y CN, finalizando este período en oportunidad en que se proceda a la partición, tal como lo establece el ya citado artículo 496.

En este supuesto, estamos frente al dictado de una sentencia de divorcio, con todos los efectos legales que genera, y sin una liquidación del régimen de comunidad, hallándonos impedidos de conocer el estado patrimonial de los cónyuges, requerido por el artículo 442 CC y CN. Cabe aclarar que, luego de dictada la sentencia de divorcio, comienza a correr el plazo de caducidad de seis meses impuesto para la petición de compensación económica.

De acuerdo a las estrategias procesales que cada parte articule, se deberá procurar ofrecer la mayor cantidad de elementos posibles para alegar y probar la procedencia y extensión de la compensación reclamada. Dentro de estos componentes probatorios, juega un rol importante, el estado patrimonial de los integrantes del matrimonio, son elementos tenidos en cuenta por los jueces para computar las fórmulas matemáticas previstas en la fijación y cuantía del instituto que estamos analizando.

Así, los judicantes podrían considerar los resultados que dichos elementos denoten: si el haber ganancial es cuantioso, que posibilite repartir bienes generadores de rentas entre ambos cónyuges, en ese caso, el desequilibrio patrimonial no se llegaría a constatar o no sería de gran envergadura, en cambio, si el haber ganancial es mínimo o deficitario, o sólo cuenta con bienes de uso, ese desequilibrio, muy probablemente, se verá incrementado.¹⁶

Una pormenorizada apreciación judicial de todos los supuestos que surjan en el caso que deba resolverse, es de gran relevancia, y poder establecer cabalmente la real situación de cada cónyuge, evaluando ese estado al momento de contraerse nupcias o de iniciarse la convivencia, y luego, al momento de la ruptura, teniendo en cuenta el resultado que arrojará la liquidación de la masa comunitaria.

Es sabido que esta cuantificación de la compensación económica deberá ser razonablemente fundada, de modo tal de recomponer el

16 Pellegrini, María Victoria. "Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica". Publicado en: RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 28 Cita: TR LALEY AR/DOC/356/2017, P. 9

desequilibrio patrimonial que colocó en una situación más desfavorable a un cónyuge respecto del otro, con motivo de la unión matrimonial y su ruptura. Se requiere una evaluación exhaustiva y un conocimiento del efecto económico que resultará en el patrimonio de cada cónyuge una vez realizada la liquidación de la masa comunitaria, determinar qué bienes recibirá cada uno con motivo de esta liquidación, para evitar pronunciamientos injustos, que en definitiva, terminen generando una situación de desequilibrio que afecte al cónyuge demandado, configurándose un abuso del derecho por parte del reclamante.

LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES EN EL DISEÑO DE LOS VÍNCULOS PATRIMONIALES CONYUGALES

Por Carla Gabriela Balducci¹

I. CONCLUSIONES

1. De la combinación de lo preceptuado en los artículos 448 y 449 CC y CN se desprende con toda claridad que las convenciones matrimoniales, tanto las realizadas antes de la celebración del matrimonio, como las posteriores a dicha celebración que versen sobre modificación de régimen patrimonial, deben ser hechas por escritura pública.

2. Se mantiene la exigencia de escritura pública para todas las convenciones, pre o post matrimoniales, con imposibilidad de otorgamiento por instrumento privado, la omisión de la forma impuesta no permite la aplicación de la norma del artículo 294, párr. 2 CC y CN, por devenir abstracta para el caso. A su vez, la remisión al artículo 1552 CC y CN, apuntada en el artículo 451 CC y CN, fundamenta el otorgamiento de este acto por escritura pública, requerida esta forma bajo pena de nulidad.

3. En las convenciones matrimoniales no es de aplicación la norma de conversión establecida por el artículo 1018 CC y CN, por constituir la convención un contrato de contenido patrimonial especial que compatibiliza normas de autonomía de la voluntad y principios jurídicos revestidos de jerarquía constitucional y de alcance supranacional de derechos humanos, que amerita la intervención de notario.

4. Los recaudos establecidos en los incisos i y j del artículo 420 CC y CN, que requieren al oficial público en indagar a los contrayentes para dejar nota marginal en el acta de celebración del matrimonio, no se refieren a regulaciones de requisitos de forma, sino de publicidad. Si bien la redacción de dicho artículo pareciera admitir que la opción de régimen patrimonial podría tener lugar con una simple declaración ante el oficial del Registro Civil, sin embargo, analizando que el tiempo verbal de la norma alude al pasado, que la pregunta sobre la opción del régimen de separación viene inmediatamente precedida por la de otorgamiento de

¹ Notaria – Mediadora, Docente (UNA).

convención matrimonial, y fecha y registro notarial en el que se hubiere otorgado, como la exigencia de la escritura pública para las convenciones, cabe concluir que en el acta matrimonial se debe asentar la elección efectuada con anterioridad mediante la escritura pública.

5. Para el caso de convenciones post - nupciales o de cambio de régimen, el artículo 449 CC y CN establece que la escritura pública que la contenga debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio, produciendo de este modo, efectos frente a terceros. Así, se incorpora novedosamente una situación registrable susceptible de alterar el contenido de un acta de matrimonio, sobre la base de un documento que no es de origen judicial sino notarial.

6. De lege ferenda, podría ampliarse el objeto de las convenciones matrimoniales actualmente establecidas en el artículo 446 CC y CN, especialmente en casos en que se opte por el régimen patrimonial de separación de bienes, en lo referido a pactos y condiciones que no contravengan el orden público ni el interés familiar.

II. FUNDAMENTOS

1. ELECCIÓN O MUTACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL COMO FORMA DE PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL FAMILIAR

El Código Civil y Comercial de la Nación admite la amplificación, en materia patrimonial, de la consideración de la autonomía de la voluntad. La fijación del régimen patrimonial se basa en dos fuentes: a) la ley, b) la convención de las partes. Luego de que en nuestro país se estableciera, en el articulado del Código velezano, un régimen patrimonial matrimonial único e imperativo, el legislador halló una solución mesurada, aplicando un criterio progresivo, para el nuevo código vigente a partir de agosto de 2015. La actual legislación, atribuye a los cónyuges, la libertad para acordar el régimen patrimonial que ordene sus vínculos económicos, siendo esta libertad más acotada que la otorgada en otros regímenes comparados.

Esta oportunidad de opción que se les permite a los contrayentes o cónyuges en nuestro derecho, es de modalidad cerrada, ya que sólo puede optarse restrictivamente por uno de los dos regímenes permitidos: el de comunidad o el de separación de bienes, y solamente en la forma en la que

están regulados en nuestro Código.² Este criterio lo vemos reflejado en el artículo 446, cuando se establece la posibilidad de otorgamiento de convenciones matrimoniales, de forma previa a la celebración del matrimonio, que versen únicamente sobre los objetos allí enumerados.

En ese mismo sentido, el artículo 447 prohíbe la celebración de cualquier convención prematrimonial o matrimonial que no esté expresamente admitida legalmente, fulminando de nulidad a aquella convención que contenga algún objeto fuera de los normados en la ley. Esta acción de nulidad deberá ser sustanciada de acuerdo a lo fijado en el artículo 383 de nuestro Código.

Sambrizzi manifiesta que “las convenciones matrimoniales consisten en acuerdos que los futuros contrayentes pueden formular, ya sea con respecto al régimen patrimonial del matrimonio, o en cuanto a los bienes que llevan al matrimonio, la enumeración de deudas o las donaciones que se hagan entre ellos”.³

2. REQUISITOS

Las convenciones matrimoniales -tal como ocurre en el régimen francés- abarcan dos secuencias de requisitos: la secuencia ad extra está vinculada a la protección de terceros y del interés público, mientras que la secuencia ad intra se vincula a la protección de los cónyuges entre sí y del interés familiar.

En la primera de las secuencias, se regula en el Código los recaudos de solemnización de las convenciones o forma, y los recaudos de publicidad. En la segunda secuencia, se regulan los recaudos de capacidad y los recaudos de fondo referidos al objeto y contenido de las mismas, con la finalidad de proteger los intereses públicos comprometidos en el régimen patrimonial marital.

2 BASSET, Ursula C. - GONZALEZ Eliana. “Régimen patrimonial del matrimonio”. Colección Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª. Edición especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016. Pág. 36. La autora distingue la modalidad cerrada adoptada en nuestro Código, de las modalidades abiertas, en las que los regímenes son versátiles: pueden ser adaptados u optar por otros diferentes a los regulados en sus respectivos códigos, como en Francia o Brasil.

3 SAMBRIZZI, Eduardo Antonio. “El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial” Ed. La Ley. 1º Ed. - Buenos Aires, 2016- P. 35.

a) Secuencia ad extra. Protección de terceros y del interés público. Requisitos de forma.

El artículo 448 de nuestro Código vigente, establece que “las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración, y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d (opción del régimen matrimonial), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.”

El artículo 449 establece para la modificación de régimen matrimonial idénticas exigencias en cuanto a la forma que las normadas para la convención pre - marital.

De la combinación de lo preceptuado en los artículos 448 y 449 CC y CN se desprende con toda claridad que las convenciones matrimoniales, tanto las realizadas antes de la celebración del matrimonio, como las posteriores a dicha celebración que versen sobre modificación de régimen patrimonial, deben ser hechas por escritura pública.

Las autoras Basset y Gonzalez, si bien señalan a la escritura pública como requisito de forma para las convenciones anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio, entienden que otras soluciones hubieran sido viables. El supuesto sucedáneo a la escritura pública que indican es el instrumento privado con posterior homologación judicial, considerado por Roveda.⁴

No obstante, ponderan la labor del notario, entendiéndola como aconsejable en la confección de la convención. Establecen como razones para aconsejar la intervención notarial referida, en que, debido a que no existe una costumbre arraigada en nuestro país en la celebración de estas convenciones, es fundamental la contención y asesoramiento adecuados al momento de efectuarlas. También ponen de manifiesto que la escritura pública es un instrumento fehaciente y el escribano garantiza su inscripción.

⁴ ROVEDA, Eduardo G. “El régimen patrimonial del matrimonio” en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.) “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 356-357.

Sambrizzi coincide en que las convenciones maritales deben ser efectuadas por escritura pública, cabiendo, a su entender que, ante el incumplimiento del requisito de forma, la sanción de nulidad relativa, ya que dichos actos se celebran en protección del interés de los cónyuges, de acuerdo a la segunda parte del artículo 386 del nuevo Código.⁵

A su vez, Ferrer entiende que el defecto de forma en el otorgamiento de la convención matrimonial, acarrea la sanción de nulidad relativa, ya que sólo está en juego el interés de los contrayentes y resulta inoponible a terceros, basándose en el artículo 386 CCC.

Postula que, si previamente al matrimonio se realiza la convención en instrumento privado, no podrá valer como acto en que las partes se han obligado a cumplir con la exigencia de escritura pública (artículo 285, CCC) debido a que corre peligro el consentimiento matrimonial, y el contrayente en desacuerdo se negará a celebrar el matrimonio, no pudiendo ser obligado a realizar esos acto en contra de su voluntad.

En cambio, el autor considera que si la convención es posterior al matrimonio, o sea, de cambio de régimen patrimonial, y es celebrada por instrumento privado, podría valer como acto en que las partes se obligaron a otorgarlo en escritura pública.⁶

Lamber entiende que se mantiene la exigencia de escritura pública para todas las convenciones, pre maritales o matrimoniales, con imposibilidad de otorgamiento por instrumento privado, y que la omisión de la forma impuesta no permite la aplicación de la norma del artículo 294, párr. 2 CC y CN, por devenir abstracta para el caso.

Suma otro argumento en favor del otorgamiento de este acto por escritura pública, la remisión al artículo 1552, apuntada en el artículo 451, en las que se requiere esta forma bajo pena de nulidad. A su vez, entiende que por regularse un contrato de contenido patrimonial especial que armoniza normas de autonomía de la voluntad y principios de orden constitucional y supranacional de derechos humanos, amerita la intervención de notario, calificando al contrato como solemne absoluto, no

5 SAMBRIZZI, Eduardo Antonio. "El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial" Ed. La Ley. 1º Ed. - Buenos Aires, 2016- P. 42.

6 FERRER, Francisco A.M. "El régimen patrimonial del matrimonio". Ed. RUBINZAL-CULZONI. 1ª. Ed. Revisada. Santa Fé, 2017, P. 62-64.

pudiendo aplicarse a esta cuestión la norma de conversión preceptuado en el artículo 1018 CC y CN.⁷ Coincidimos en este punto con el autor.

Se ha manifestado que no se trata específicamente de una anotación del estado de las personas en el Registro Civil, sino que va más allá, involucrando un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial.⁸

Azpiri sostiene que la forma de la convención pre o post nupcial es la escritura pública. Con respecto a las confusiones que podrían plantearse por la redacción del artículo 420 inciso j CC y CN, entiende que, si bien tal redacción pareciera admitir que la opción de régimen patrimonial podría tener lugar con una simple declaración ante el oficial del Registro Civil, sin embargo, analizando que el tiempo verbal de la norma alude al pasado, como la exigencia de la escritura pública para las convenciones, cabe concluir que en el acta matrimonial se debe asentar la elección efectuada con anterioridad mediante la escritura pública.⁹

Entendemos que, según lo normado por los artículos 448 y 449 CC y CN, cabe colegir que es claro el requisito del otorgamiento de las convenciones matrimoniales por escritura pública, antes o después de la celebración del matrimonio, no siendo posible el otorgamiento en instrumento privado, y la omisión de la forma impuesta no permite aplicar la norma del artículo 294, párr. 2 CC y CN, por devenir abstracta para el caso.

Compartimos los argumentos vertidos en el sentido de que tampoco es de aplicación la norma de conversión establecida por el artículo 1018 CC y CN, y por la expresa sanción de nulidad por omisión de la forma impuesta, por remisión hecha por el artículo 451 CCC al artículo 1552 CC y CN.

b) Secuencia ad extra. Protección de terceros y del interés público. Requisitos de publicidad.

7 LAMBER, Néstor D. en “comentario al artículo 448 Código Civil y Comercial de la Nación” en CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo II, P. 379-386.

8 MARTIN, María Rosa del Milagro en “comentario al artículo 420 Código Civil y Comercial de la Nación” en CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo II, P. 263.

9 AZPIRI, Jorge O. “Régimen de bienes en el matrimonio”, Ed. Hammurabi, 5ª Edición. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020- P. 36.

El sistema de publicidad es el diseño jurídico que procura tutelar derechos de terceros. A los efectos de dotar de publicidad y oponibilidad a terceros, la norma requiere de la inscripción de las convenciones premaritales o matrimoniales marginalmente en el acta de matrimonio, registrándose así en el Registro Civil.

Se debe efectuar una distinción entre el mecanismo publicitario de la convención celebrada en forma previa al matrimonio, de la celebrada post nupcialmente.

. INSCRIPCION DE LAS CONVENCIONES PRE-NUPCIALES:

En el caso de las convenciones pre-nupciales, (éstas podrán ser modificadas por los futuros contrayentes en forma previa a contraer nupcias, sin producir efecto alguno), y van a adquirir validez con la celebración del matrimonio. La convención se deberá inscribir al margen del acta de matrimonio, como requisito de publicidad a terceros. Al respecto, Lamber indica que no se trata de un registro constitutivo, ya que se registra un acto que ya se halla constituido con su otorgamiento de la escritura pública y posterior celebración del matrimonio, constituyendo la finalidad de la registración, la oponibilidad a terceros.¹⁰ Entiende, asimismo, que en este caso, no se trata de una anotación del estado de las personas, sino de un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial, es un medio abarcativo para todos los bienes que componen el patrimonio de los cónyuges. Aclara en este punto, que pueden suscitarse dificultades con relación a los bienes registrales, ya que, puede haber discordancias entre las anotaciones efectuadas en el Registro Civil y el Registro de la naturaleza de cada bien, por no estar expresamente indicada en este último registro, la inscripción de la convención marital.

Ferrer apunta que se debería haber tomado la acertada previsión del Código español, de ordenar la inscripción en el Registro de la Propiedad si la convención o su modificación afectare bienes inmuebles.¹¹

Las autoras Basset - Gonzalez destacan que, nuestro Código vigente, siguiendo los lineamientos del sistema francés, dispuso adicionalmente en

10 LAMBER, Néstor D. en "comentario al artículo 448 Código Civil y Comercial de la Nación" en CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo II. P. 379-386.

11 FERRER, Francisco A.M. "El régimen patrimonial del matrimonio". Ed. RUBINZAL-CULZONI. 1ª. Ed. Revisada. Santa Fé, 2017, P. 62-64.

el artículo 420 CC y CN dos preceptos, que ordenan la publicidad: a) el inciso i: el oficial público celebrante del matrimonio deberá consultar a los contrayentes si celebraron convención matrimonial, si la respuesta es afirmativa, se deberá consignar su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; b) el inciso j: el oficial actuante deberá preguntar si los contrayentes ejercieron la opción por el régimen de separación de bienes, debiendo tomar la nota respectiva en caso afirmativo.

Coincidimos con estas autoras, en que en este caso, se refiere a un asunto relativo a la publicidad, no a la forma. Entienden que se le impone al oficial público la obligación de registrar la convención marginalmente en el acta de matrimonio, y en caso de haber opción por el régimen de separación de bienes, también se deberá registrar dicha elección. De este modo, la convención producirá efectos erga omnes desde la celebración del matrimonio, y en tanto este acto no sea anulado.¹²

En postura coincidente Sabene, afirma que “la forma señalada por el legislador es la escritura pública, sin excepción alguna. Las circunstancias planteadas por el legislador en el artículo 448 CC y CN, no autorizan a pensar que esa norma pueda resultar ajena al supuesto en que la opción de régimen se pretende con anterioridad a la celebración del matrimonio, puesto que el artículo 448 se ubica en dicha circunstancia”¹³.

En tal sentido, se han expedido las conclusiones de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense, y las de la XXXII Jornada Notarial Argentina¹⁴.

En sentido contrario, Roveda, sostiene que si se opta por el régimen de separación de bienes en el momento de celebración del

12 BASSET, Ursula C. - GONZALEZ Eliana. “Régimen patrimonial del matrimonio”. Colección Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª. Edición especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016. Pág. 36.

13 SABENE, Sebastián E. “Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria”. Ed. LA LEY. 1ª Edición. - Buenos Aires, 2018- P. 591.

14 En la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 2015, se concluyó en que: “La forma impuesta exigida para la celebración de las convenciones, tanto prematrimoniales como matrimoniales es la escritura pública”. Y: “La opción por el régimen de separación de bienes debe hacerse en la convención matrimonial. La declaración efectuada en el acta de matrimonio se exige a los fines de la publicidad frente a terceros. En ningún caso puede optarse por el régimen de separación ante el oficial del Registro Civil al momento de la celebración del matrimonio”. Cons. 10/8/2024.<https://www.colescba.org.ar/portal/?jnb=xxxix-jornada-notarial-bonaerense>.

matrimonio, no sería indispensable la celebración previa de la convención, ya que sería suficiente con dejarlo asentado en el acta de celebración del matrimonio.¹⁵

Ferrer manifiesta que “cuando el único objeto de la convención sea la elección del régimen patrimonial, no se justifica el formalismo de la escritura pública, ya que esa manifestación de los contrayentes la puede asentar el oficial del Registro Civil y anotarla al margen del acta de matrimonio.”¹⁶

Entendemos, que los recaudos fijados en los incisos i y j del artículo 420 CC y CN, que requieren al oficial público en indagar a los contrayentes para dejar nota marginal en el acta de celebración del matrimonio, no se refieren a regulaciones de requisitos de forma, sino de publicidad. Un argumento que convalida esta afirmación es que la pregunta sobre la opción del régimen de separación viene inmediatamente precedida por la de otorgamiento de convención matrimonial, y fecha y registro notarial en el que se hubiere otorgado. Al tomarse nota de la convención en el acta matrimonial, se soluciona la conjunción de la validez de la convención –que se hallaba supeditada a condición suspensiva de celebración del matrimonio– con la oponibilidad a terceros, por la publicidad resultante de la toma de nota en acta.¹⁷

. INSCRIPCION DE LAS CONVENCIONES POST - NUPCIALES:

Para el caso de convenciones post - nupciales o de cambio de régimen, el artículo 449 CC y CN establece que la escritura pública que la contenga debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio, produciendo así, efectos frente a terceros.

Coincidimos con Sabene, en que “se incorpora novedosamente una situación registrable susceptible de alterar el contenido de un acta de

15 ROVEDA, Eduardo G. “El régimen patrimonial del matrimonio” en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.) “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 356-357.

16 FERRER, Francisco A.M. “El régimen patrimonial del matrimonio”. Ed. RUBINZAL-CULZONI. 1ª. Ed. Revisada. Santa Fé, 2017, P. 62-64.

17 BASSET, Ursula C. - GONZALEZ Eliana. “Régimen patrimonial del matrimonio”. Colección Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª. Edición especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016. Pág. 36.

matrimonio, sobre la base de un documento que no es de origen judicial sino notarial”.¹⁸

Asimismo, el citado artículo, dispone que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo, pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron.

Lamber, citando a Roveda, entiende que este cambio de régimen puede producir un margen de inseguridad frente a terceros, pudiendo crearse situaciones dudosas por las sucesivas modificaciones.¹⁹ Esta inscripción también tiene efecto declarativo, siéndole oponible a quienes conozcan la convención marital o deban conocerla, aún cuando no esté inscrita al margen del acta de matrimonio.

En nuestra legislación, se ha tenido en cuenta el respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sin menguar la seguridad jurídica y negocial, el respeto de los derechos de los terceros. Es un sistema de equilibrios en la tutela de derechos.

Por un lado, se implementa el régimen primario, imperativo e inderogable, aplicable a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales, que responde a los grandes principios que rigen las relaciones conyugales: la protección de lo común, la tutela de la individualidad, la protección de terceros y la seguridad jurídica.

A su vez, se impone legalmente la inscripción de la convención de opción de régimen en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, por abarcar esta elección, la universalidad de bienes registrables o no, cosas y derechos no registrables, créditos y derechos inmateriales, que forman el patrimonio matrimonial.

Como vimos, anteriormente, es aconsejable la inscripción de esta convención de cambio de régimen también en los registros que correspondan a los bienes en particular que integren el patrimonio matrimonial, a los efectos de evitar discordancias entre la publicidad otorgada por el Registro

18 SABENE, Sebastián E. “Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria”. Ed. LA LEY. 1ª Edición. - Buenos Aires, 2018- P. 591.

19 LAMBER, Néstor D. en “comentario al artículo 449 Código Civil y Comercial de la Nación” en CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo II. P. 388.

Civil y el registro de la naturaleza de cada bien, tal como se establece en la norma de oponibilidad de los pactos de las uniones convivenciales, de acuerdo al artículo 517 CC y CN.

Este criterio fue el adoptado en la conclusión del despacho del Tema I de la 38^a Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013), en la que se estableció: “2.8. De lege ferenda se recomienda la registración de la convención de opción de régimen en los registros de los bienes en particular”.²⁰

Cabe aclarar que, si en la escritura de convención con modificación del régimen patrimonial matrimonial se ha producido el tránsito del régimen de comunidad al régimen de separación de bienes, habiéndose en ese acto, asimismo, liquidado y partido la comunidad, se inscribirá luego en el Registro de la Propiedad que corresponda a los bienes involucrados en la misma. Esto está motivado a que, se deberá inscribir el acto partitivo, como causal de título a un derecho real. Se publicita la partición celebrada a consecuencia de la disolución del régimen e comunidad.²¹

3. REQUISITOS OBJETIVOS DE FONDO DE LAS CONVENCIONES

Nuestro ordenamiento jurídico sólo permite un número cerrado de opciones de objetos que compondrán el contenido de las convenciones matrimoniales. Si bien este objeto se halla amplificado con respecto al régimen velezano, pero de una forma restrictiva.

Así, la autonomía de la voluntad de los cónyuges se verá reducida a un objeto plural taxativo, de acuerdo a lo previsto por el artículo 446 CC y CN, sancionándose con nulidad cualquier otro objeto relativo a su patrimonio que quieran introducir dentro de la convención, según lo establecido en el artículo 447 CC y CN. Podrían omitir alguno de los objetos enumerados en la norma, pero no se podrá pactar otros elementos no involucrados en la misma.

Con respecto a la posibilidad de someter a condiciones al régimen, hay opiniones diversas. Basset entiende que esa posibilidad no existe, por

20 Conclusiones en Tema I de la 38ª JORNADA NOTARIAL BONAERENSE, <https://www.colescba.org.ar/portal/?jnb=xxxviii-jornada-notarial-bonaerense>.

21 BASSET, Ursula C. - GONZALEZ Eliana. “Régimen patrimonial del matrimonio”. Colección Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª. Edición especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016. Pág. 60.

considerar que las condiciones son convenciones en sí mismas, que se estarían añadiendo a las puntualmente admitidas.²²

En sentido contrario, Sambrizzi acepta que las convenciones puedan estar sujetas a condiciones de carácter suspensivo. Entiende que, de la misma forma que la convención está sujeta a la condición suspensiva de que se celebre el matrimonio válidamente, así también pueden los contrayentes establecer otras condiciones distintas, con la limitación de que no sean prohibidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo al artículo 344 CC y CN, esto es, que no contengan supuestos de que se trate de hechos imposibles, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado. Deberán tenerse por no escritas las condiciones que afecten gravemente las libertades de las personas, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil.²³ Entendemos que sería factible que, dentro de las posibilidades brindadas a los contrayentes, en el marco de la autonomía de la voluntad, puedan sujetar a condiciones las cláusulas de las convenciones matrimoniales, teniendo en cuenta los recaudos establecidos en el artículo 344 CC y CN. De allí, la valiosa función encomendada al notario para poder advertir acerca del encuadre legal vigente, y las posibilidades de redacción de cláusulas beneficiosas para cada uno de los contrayentes, con la finalidad de diseñar su planificación patrimonial matrimonial y familiar con estrategias adecuadas.

4. EL OBJETO EN LAS CONVENCIONES PRE-MATRIMONIALES

Este objeto plural taxativo se establece en el artículo 446 CC y CN:

a) La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio: Esta designación puede revestir un hecho de importancia, en lo referido a la preconstitución de prueba relacionada con la determinación del carácter de los bienes inventariados. Es un mecanismo preventivo, que tiene como finalidad evitar objeciones futuras que pongan en duda la calidad

22 BASSET, Ursula C. - GONZALEZ Eliana. "Régimen patrimonial del matrimonio". Colección Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª. Edición especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016. Pág. 63.

23 SAMBRIZZI, Eduardo Antonio. "El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial" Ed. La Ley. 1º Ed. - Buenos Aires, 2016- P. 45.

propia de esos bienes, principalmente si en el patrimonio inventariado se hallan bienes no registrables, tales como muebles, obras de arte, joyas.

Se señala la posibilidad de incluir las tasaciones de los bienes inventariados. Coincidimos con Basset en que “el avalúo tiene sentido si se contextualiza con parámetros que le den alguna estabilidad o bien si se utiliza una moneda estable para su cotización.”²⁴

Este dispositivo cobra relevancia frente a la genérica presunción de ganancialidad de los bienes, al momento de extinción de la comunidad, (artículo 466 CC y CN).

b) La enunciación de las deudas: Esta enunciación del pasivo, conforma una manera de acreditar la existencia del mismo. Resulta apropiado para tener un panorama completo de la situación patrimonial antes de contraer matrimonio.

También tendrá efectos al momento de la extinción de la comunidad, ya que será posible configurar un eventual derecho a recompensa a favor de la comunidad conyugal contra el cónyuge titular de la deuda.

c) Las donaciones que se hagan entre ellos: Estas donaciones se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación, son efectuadas con la condición suspensiva de que se celebre el matrimonio válidamente (artículo 452 CC y CN).

Se configura en un año el plazo de validez (dentro del que debe celebrarse el matrimonio válido) de la oferta de donación que un tercero haga a uno o a ambos futuros cónyuges, transcurrido el mismo, la misma queda sin efecto, pudiendo dicha oferta revocarse antes de la celebración del matrimonio.

d) La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación: Los futuros contrayentes pueden optar entre los dos regímenes patrimoniales previstos: comunidad de ganancias o de separación de bienes. Se ha concedido libertad a los contrayentes para establecer el régimen patrimonial que ordene sus relaciones económicas. Cotejando con otros regímenes patrimoniales del derecho comparado, la libertad brindada por nuestra legislación es más

24 BASSET, Ursula C. - GONZALEZ Eliana. “Régimen patrimonial del matrimonio”. Colección Código Civil y Comercial de la Nación. 1ª. Edición especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016. Pág. 50.

exigua. Es una modalidad cerrada, se debe optar por alguno de los dos regímenes propuestos, y de la forma en que son regulados en el Código. Si los cónyuges no efectúan opción de régimen patrimonial, serán regidos supletoriamente por el régimen de comunidad de ganancias.

5. EL OBJETO EN LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

La legislación argentina restringe a los futuros cónyuges la libertad de concertar un régimen patrimonial “a medida”, el objeto de las convenciones matrimoniales actualmente sólo puede versar sobre los establecidos en el artículo 446 CC y CN, fulminando de nulidad cualquier otro acuerdo, según el artículo 447 CC y CN. De lege ferenda, podría ampliarse dicho objeto, especialmente en casos de elección de régimen patrimonial de separación de bienes, en lo referido a pactos y condiciones que no contravengan el orden público ni el interés familiar.

No obstante, les permite mudar del régimen patrimonial elegido sin limitación de veces, en tanto se efectúe pasado el año de espera. Los ajustes y correcciones que los esposos quieran efectuar, ocasionados por la naturaleza variable de las relaciones inter personales, están sujetas a las dos alternativas fijadas por la ley.

En el derecho comparado hay diferentes sistemas en cuanto a la mutabilidad de régimen patrimonial matrimonial: sistemas de inmutabilidad, que no permiten que los cónyuges modifiquen el régimen luego de haberlo elegido en la convención; los sistemas de mutabilidad limitada, que admiten un número reducido de variaciones, o establecen disposiciones especiales para poder efectuar las modificaciones, (por ejemplo: homologación judicial, tiempo de espera extendido para cambiar de régimen); y los sistemas de mutabilidad laxa, que viabilizan el cambio de régimen.

Nuestro Código se enrola dentro del sistema de mutabilidad laxa, fija un plazo de espera de un año para efectuar la mutación, no requiere ningún tipo de control judicial, y exige el otorgamiento mediante escritura pública con registración posterior, con fines publicitarios y de oposición a terceros. (artículo 449 CC y CN).

LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL DOCUMENTO NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DE ACUERDOS FAMILIARES

Por Carla Gabriela Balducci¹

I. CONCLUSIONES

1. La seguridad jurídica del documento autorizado con fe pública notarial ofrece un tratamiento específico de cuestiones de índole eminentemente familiar, en los que se involucran intereses de los otorgantes, con el resguardo de garantías de legalidad y seguridad, para que el consentimiento sea otorgado en forma precisa, verificada la circunstancia de que las partes contaron con capacidad suficiente para celebrarlo, con la información legal adecuada, en un documento revestido de fuerza probatoria y ejecutiva, a prueba de revisiones judiciales posteriores.

2. La autonomía de la voluntad se posiciona en un lugar preponderante en la regulación de las conductas privadas, y en especial, en aquellas de índole familiar. Desde una perspectiva amplia, la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia se vincula al principio de reserva consolidado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

3. Una de las consecuencias de la constitucionalización del derecho privado, es que la autonomía privada está sometida a los principios que emanan de la Constitución. La autonomía de la voluntad no es absoluta, su articulación de equilibrio con el orden público familiar queda expresado en los principios de responsabilidad y solidaridad familiar, siendo éstos los dos fundamentos que reposan detrás de toda restricción a dicha autonomía.

4. Se contempla en el contrato paritario si las relaciones contractuales en la faz jurídica privada establecen vínculos entre sujetos con paridad negocial y similar grado de autonomía de la voluntad. Se incentiva a que desde la ciencia jurídica se origine un sistema de libertad contractual involucrando igualdad de recursos para los contratantes.

5. La obligatoriedad conferida legalmente al contrato implica que cada decisión individual de obligarse hacia otra u otras personas ha sido

¹ Notaria – Mediadora, Docente (UNA).

tomada por éstas y viceversa, con lo cual la potestad de cada parte de retirar lo que habían ofrecido cesa en la medida en que su derecho ingresó al patrimonio de la otra parte. (Art 17 Constitución Nacional, artículo 965 CC y CN y doctrina de la Corte).

6. En el rol indiscutido de consejero de la familia, el notario es un profesional idóneo para asesorar a los otorgantes en la redacción de acuerdos familiares. Esta es una actividad que realiza el notario desde la óptica de la justicia preventiva, integrando los principios jurídicos con incidencia familiar. En el notariado de tipo latino, se perfecciona la dación de fe con el asesoramiento, la legalidad, la legitimación y configuración del documento, satisfaciendo así los requerimientos sociales de seguridad jurídica.

II. FUNDAMENTOS

1. JUSTICIA PREVENTIVA EN SEDE NOTARIAL

El objeto de la justicia preventiva, basado en los pilares de confianza, paz social y libertad, radica en prevenir o minimizar el riesgo de un problema legal o crear las condiciones favorables en términos de defensa ante un inevitable procedimiento judicial.

La labor del notario tiene especial vinculación con esta faceta preventiva, ya que el ejercicio de la misma conllevará diversas etapas que involucran las calificaciones, la adecuación de la voluntad de las partes al encuadre legal que corresponda, la redacción y guarda de los instrumentos matrices, brindando protección en aquellos actos de mayor trascendencia de las personas, seleccionados legalmente, mediante una serie de operaciones jurídicas que fundamentan su eficacia erga omnes.² Aquí es donde podemos situar la fe pública notarial, como efecto dado al conjunto de esas operaciones y solemnidades desarrolladas en el opus del notario, con valor probatorio pleno y fuerza ejecutiva en caso de litigio, que garantiza a los ciudadanos un espacio de libertad, de autonomía de la voluntad, de seguridad del tráfico.

² Resumen de los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, capítulo 5 “Actos jurídicos”, Título IV “Hechos y Actos jurídicos” en “Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, Ediciones del País, Buenos Aires, 2014, p. 27.

Sentís Melendo entendía que el notario, además de fedatario, es consejero para la paz, aconseja para evitar la guerra, tratando de que nunca pueda producirse, y, para el caso en que inevitablemente se produzca, él trata de que quienes han otorgado ante él, tengan condiciones de suma claridad.³

Joaquín Costa, aseguraba que la labor jurídica del notario convierte al documento notarial en la prueba alitigiosa por excelencia. Decía que “una sociedad no se debe medir por el número de litigios que resuelven sus tribunales, ni tan siquiera por la celeridad y rigorismo técnico con la que se solucione un conflicto de intereses, sino por el número de pleitos que se eviten. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras, teóricamente, “notaría abierta, juzgado cerrado”.⁴

2. LA SEGURIDAD JURIDICA Y LA FUNCION NOTARIAL

Siguiendo a Highton, se entiende que la seguridad jurídica integra el plexo de valores jurídicos esenciales de toda convivencia civilizada. El concepto supone la existencia de un sistema regularmente establecido en términos iguales para todos, con normas susceptibles de ser conocidas, dictadas por autoridad investida al efecto. La autora señala que puede configurarse un fenómeno de aparición de factores externos que desencadenen inestabilidad normativa, que causará una alteración en el valor seguridad jurídica.⁵

En lo referido al Derecho Privado, se advierte que la seguridad adquiere un carácter imperativo en miras al bien común, ya que este fin último podrá ser alcanzado si lo convenido por las partes, se ajusta al sistema normativo establecido por el Estado. Asimismo los convenios internacionales referidos a derechos humanos, los que tutelan, entre otros, la

3 SENTIS MELENDO, Santiago. “El notario y la soledad”, Biblioteca virtual de la Universidad del Litoral, 1957, P.55, <http://hdl.handle.net/11185/3802>, cons. 11/8/24.

4 COSTA, Joaquín, “Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia”, Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1890/93, p. 198.- Publicado en el sitio web de la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, cita en línea: <https://patrimonioidigital.ucm.es/s/patrimonio/item/557688>, consultado el 11/8/2024.

5 HIGHTON, Elena I.- VITALE, Angélica G.E.- “La función notarial en la comunidad globalizada”. Investigación aprobada por UBAC y T en el año 2005, correspondiente al proyecto bienal 2001/3 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 2005 – Pág. 61 y ss.

seguridad, la libertad, la dignidad, los derechos civiles y patrimoniales, luego son receptados por los marcos constitucionales de cada Estado parte o adherente, en sintonía con el compromiso asumido de dictar las leyes tendientes a incorporarlos a su Derecho positivo nacional, hallando así una base firme legal en cada organización estatal, la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica privada alude a las relaciones entre particulares. Se ha expresado que esta seguridad “mira a las garantías de eficacia de las situaciones jurídicas y de los derechos subjetivos de naturaleza privada, así como de sus actos constitutivos, modificativos o extintivos, y a la certeza de las instituciones que operan en este campo del Derecho”.⁶

Puede llegarse a implementar la seguridad jurídica por dos vías: en forma preventiva, antes de que la lesión se produzca y en forma represiva, que aplica una sanción civil a la conducta que originó la lesión, su mantenimiento depende del Poder Judicial.

Dentro del sistema jurídico romano-germánico, la seguridad jurídica privada contendrá dos principios rectores: el respecto a la libertad de relación jurídica, a la autonomía de la voluntad, y la función de control y custodia del desempeño de las convenciones privadas dentro del marco de la libertad conferida, tendiente a evitar o corregir los efectos nocivos de los distintos planos de libertad e igualdad.

De acuerdo al mecanismo de seguridad jurídica de tipo preventivo - dinámico en nuestro Derecho, se gesta la figura del notario de tipo latino, como tercero imparcial, encargado de asesorar legalmente a las partes, crear el documento con dación de fe estatal, velando así por los intereses públicos y de terceros. Se tiende a que, desde que las partes arriban a una convención, se impidan defectos de legalidad, información, errores interpretativos, así sea de forma o de fondo, que pudieran acarrear la ineficacia o ilegalidad del acuerdo, o que se generen cuestiones de conflicto. Si, a pesar de estas

6 MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “Seguridad jurídica y sistema cautelar”, Bosch, Barcelona, 1989, Tomo I, p. 249, citado por HIGHTON, Elena I.- VITALE, Angélica G.E.- “La función notarial en la comunidad globalizada”. Investigación aprobada por UBAC y T en el año 2005, correspondiente al proyecto bienal 2001/3 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 2005 – Pág. 61 y ss.

medidas preventivas, ocurriera de todos modos el litigio, la existencia del documento público coadyuvará a facilitar la resolución judicial.

3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

El Derecho de familia ha afrontado significativas transformaciones originadas en los cambios trascendentales operados en la realidad social y la progresiva relevancia y reconocimiento de los derechos humanos primordiales, definitivamente consolidados a partir de la última reforma constitucional.

Esta acreditación de los derechos fundamentales del individuo en el marco internacional ha influido en los ordenamientos internos, con profundas incidencias en las instituciones familiares, enlazándose el Derecho Público con el Privado.

Así deviene la constitucionalización del derecho privado y la inclusión de los tratados del Derechos Humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inciso 22, Constitución Nacional), con gran influencia en las estructuras jurídicas rectoras de las relaciones familiares. Así, el Código Civil y Comercial recepta estos fundamentos en un texto normativo que actualiza la regulación de la vida cotidiana de los argentinos. Se ha afirmado que este proceso se equipara a una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.⁷

Se origina un derecho privado constitucionalizado, fruto de la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados procedentes de las disposiciones contenidas en la carta fundamental. La privatización del derecho de familia debió articularse con su constitucionalización o universalización por la necesidad de hacer realidad los derechos humanos.

Por tanto, este proceso de constitucionalización del Derecho familiar —que se enfoca primordialmente en la autonomía de la voluntad— propicia la concepción de la familia no tanto como una institución sino como un contrato.⁸

7 Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, “Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, Ediciones del País, Buenos Aires, 2014, p. 5.

8 BELISA, Gladys G. “La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia y el derecho sucesorio” Revista Jurídica del Nordeste Argentino, 2018, N° 6, cita: IJ-DXXXIV-302.

4. PRINCIPIOS JURÍDICOS CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

A continuación, analizaremos ciertos principios jurídicos seleccionados por hallarse en estrecha conexión con los ámbitos relativos a los contratos en la órbita de los derechos familiares, motivando la consideración de los mismos en el abordaje de esta temática, por constituir directrices rectoras en la conformación de dichos acuerdos.

a) *Autonomía de la voluntad.*

La autonomía de la voluntad es la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus normas, sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo.⁹ Dicho concepto, procedente de la filosofía kantiana, alude a la concreción de un proyecto de vida autorreferencial, dentro del marco de las libertades individuales, reconociéndoseles a cada uno, la tutela del interés primigenio de la persona humana.

Se ha explicado que “el significado de este término, metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares”.¹⁰ Dicha autonomía, como principio rector del derecho privado, alude al instrumento jurídico que habilita a la persona humana para originar sus propias normas morales y sus relaciones jurídicas conforme su proyecto de vida.¹¹

⁹ Etimológicamente, autonomía alude al concepto de “ley propia o dada por uno mismo”, mientras que “voluntad” es definida por la Real Academia Española, como “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. Se infiere, que voluntad es la capacidad de decidir y ordenar la propia conducta sin ser obligado a ello por ningún impulso externo. Sitio web: <https://dle.rae.es/>

¹⁰ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. “Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus, Id SAIJ: DACF150750. Cita en línea, compulsado el 12/8/24: <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-autonomia-voluntad-derecho-familia-argentino-version-actualizada-modificaciones-introducidas-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150750-2015-07/123456789-0abc-defg0570-51fcanirtcod>.

¹¹ LLOVERAS, Nora - SALOMON, M. “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el Derecho de las familias”. Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2011, Nº 51, p 2.

La autonomía de la voluntad se posiciona en un lugar preponderante en lo atinente a la regulación de las conductas privadas, y en especial, en aquellas de índole familiar. Desde una perspectiva amplia, la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia está especialmente vinculada al principio de reserva consolidado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

b) Autonomía de la voluntad y orden público.

La activación de los mecanismos propulsores de la autonomía de la voluntad, puede hallar un desafío a resolver en el ámbito del derecho privado, al entrar en tensión con el orden público, pudiendo cobrar aún más intensidad cuando se despliega en el entorno de los vínculos familiares. Ya en la Constitución Nacional se alude a esta posible tensión, al establecerse que en el artículo 19 que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.¹²

La autonomía de la voluntad no es absoluta, ya que encontrará su valladar en delimitaciones basadas en valores y principios constitucionales, como el principio de no discriminación e igualdad, solidaridad, interés familiar, por citar algunos. Esta articulación de equilibrio entre autonomía de la voluntad y orden público familiar queda expresado en los principios de responsabilidad y solidaridad familiar, siendo éstos los dos fundamentos que reposan detrás de toda restricción a dicha autonomía.¹³

Una adecuada combinación entre los conceptos desarrollados de la autonomía de la voluntad y el orden público, entre la autodeterminación privada y la tutela de los intereses irrenunciables de la sociedad, es el encuadre apropiado que se vislumbra para que el marco legal resultante esté regido por la equidad. Deberá equilibrarse la tutela de las relaciones familiares fundamentales, con la capacidad de autorregulación de los

12 Conf Art 19 CN, primera parte. Cita en línea: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>, compulsado el 12/8/2024

13 HERRERA, Marisa. “Manual de Derecho de las Familias”, 1ª Edición. 1ª reimpresión - Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Abeledo Perrot, 2015, p.17.

particulares. No puede soslayarse el llamado a la responsabilidad que le cabe a quien pretenda un reconocimiento del poder de autodeterminación.

c) Solidaridad familiar.

La expresión “solidaridad” es polisémica. Alude a diferentes significaciones según la rama del derecho a que se refiera. El principio de solidaridad familiar, si bien no se halla expresamente conceptualizado en nuestra legislación, puede extraerse de diversos institutos que fomentan la adhesión circunstancial de unos individuos con otros, inspirados en la asistencia recíproca, al configurar una trama para la justicia de las relaciones de familia.¹⁴

Se ha dicho que como una de las consecuencias de la constitucionalización, la autonomía privada está sometida a los principios que emanan de la Constitución.¹⁵ Dentro o fuera del ámbito familiar, al mencionarse la protección constitucional de la autonomía negocial, se hace referencia a los derechos de los que se puede disponer.¹⁶ Ha operado una evolución en materia de disponibilidad de derechos fundamentales. Al verificarse los contactos entre la voluntad en el ejercicio de derechos individuales de la persona y las relaciones familiares, se contemplan las transformaciones sociales y culturales acaecidas, que generaron la idea de que la familia se organiza en forma de red- no ya como una institución jerárquica-, a la par de que cada integrante es un sujeto de derecho. La

14 MICELI, Marilina Andrea. “Pietas y solidaridad familiar en el nuevo código civil y comercial de la república argentina: la mejora a favor del heredero con discapacidad”, Cita en línea, compulsado el 12/8/24: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4029-pietas-y-solidaridad-familiar-nuevo-codigo-civil-y-comercial-republica>

15 CRISCUOLO, Fabrizio. “L’autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti”, Napoles, Scientifiche italiane, 2000, citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. “Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus.

16 GRONDONA, Mauro. “Diritto dispositivo contrattuale” Funzioni, usi, problemi. Torino, Giappichelli, 2011. Citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. “Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus.

familia es el instrumento ofrecido a cada uno de sus miembros para el desarrollo de su personalidad. La solidaridad reemplaza a la autoridad, pudiendo encuadrar un límite a la autonomía en el ámbito familiar.¹⁷

Se busca una articulación entre la autonomía de la voluntad -o libertad contractual- y la solidaridad o la responsabilidad con las personas con las que se ha compartido un proyecto de vida común, a los fines de amparar aquellos intereses familiares superiores, especialmente de índole asistencial. Se ha reforzado el principio de solidaridad familiar en diversos institutos normados en nuestro actual código civil, citando, a modo de ejemplo, la mejora del heredero con discapacidad en el derecho sucesorio.

5. CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

Se entiende por contractualización, a la “tendencia que consiste en dar un lugar cada vez más grande a la autonomía negocial, se habla de contrato no en sentido estricto, sino amplio, o sea, como sinónimo de convención, pacto, acuerdo de voluntades susceptible de producir efectos jurídicos”.¹⁸ Se contempla que en el fenómeno actual de la contractualización de la familia, adquieren mayor importancia los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares, comprendiendo tanto a aquellos que son susceptibles de tener algún interés económico, como a aquellos que carecen de toda apreciación patrimonial.

Debido a que no hay una terminología unívoca, también se la denomina auto -regulación, o la expresión amplia y abarcativa “negocios de la vida familiar”. Se ha sostenido que el paso de la concepción de la familia institucionalizada a la constitucionalizada es la negociabilidad en el ámbito de la familia.¹⁹ Esto surge como consecuencia de que los ordenamientos

17 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. “Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus.

18 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. “Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus.

19 BARBALUCCA, Vincenza - GALLUCCI, Patrizia, L’autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1, citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”.

democráticos previeron amplios márgenes de libertad individual en oposición a la intromisión estatal -ejercida por los modelos autoritarios- en la esfera propia de la autonomía familiar.

Se ha dicho que: “La multiplicación de los intereses a tener en consideración, la descentralización del centro de las decisiones, el pluralismo de las familias, la declinación de la familia jerárquica en beneficio de una familia en redes, el ascenso fulgurante de las libertades individuales, todo contribuye a promover el uso del contrato como instrumento de regulación.”²⁰

Coincidimos con Cosola, quien, citando a Bustamante Alsina, comenta que, “de acuerdo a las previsiones en nuestro actual derecho, en lo relativo a la teoría del contrato, se prevé juntamente con el efecto vinculante y la buena fe, el principio de libertad de contratación. Estos principios, sumados al preciso tratamiento de la autonomía de la voluntad, suponen la concreción de un derecho justo.”²¹

6. LAS NUEVAS CONCEPCIONES DEL CONTRATO

Como ya lo anticipamos, la mayor cercanía de la Constitución al Derecho privado, ha atenuado la autonomía privada y la intensidad de la libertad contractual.

A su vez, se presentan cambios con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, tanto en la teoría general del contrato, como en la proliferación de nuevos tipos contractuales. Así, se manifiesta una

“Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus.

20 MEKKI, Mustapha. “L’*intérêt général et le contrat. Contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*” n° 1136-1149, Paris, LGDJ, 2004, p.691-706, citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. “Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 2015, Infojus.

21 BUSTAMENTE ALSINA, J. “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria del contrato y el principio de la buena fe”, en Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía”, Abeledo-Perrot (1997), P. 31 cit, por COSOLA, Sebastián J. “El contrato de donación y la función notarial”, en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP, Año 20/N° 53-2023, P. 407.

fragmentación tripartita de los tipos contractuales, ofreciéndose tres categorías, además del clásico contrato paritario, se regulan el de adhesión y el de consumo.²²

El llamado acuerdo paritario, fue el modelo de contrato característico y excluyente, constituyendo el gran paradigma del Derecho Privado, en auge desde finales del siglo XIX hasta mediados del XX. En este tipo de contrato, prevalece casi en forma absoluta la autonomía de la voluntad. Presenta tres características esenciales: a) se rige por el principio de la libertad contractual, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 CC y CN); b) sólo tiene efecto vinculante entre las partes (art. 959 CC y CN); c) no admite la intervención jurisdiccional (art. 960 CC y CN). Al aludirse al concepto de que el contrato no puede agravar la moral y las buenas costumbres, se contempla la dimensión axiológica y sociológica del contrato, de que sea justo y socialmente útil.²³

Al examinar si el contrato paritario sigue siendo un paradigma del Derecho privado en la actualidad, se contempla si las relaciones contractuales en la faz jurídica privada establecen vínculos entre sujetos con paridad negocial y similar grado de autonomía de la voluntad. Se incentiva a que desde la ciencia jurídica se construya un sistema de libertad contractual que involucre a la par un sistema de igualdad de recursos para los contratantes.²⁴ Coincidimos en la idea de que “la desigualdad esteriliza la libertad.”²⁵

7. LA FUERZA VINCULANTE CONTRACTUAL

El efecto vinculante de todo contrato, establecido en el artículo 959 CC y CN, halla su fuente en el artículo 1197 del código velezano, que ya

22 SHINA, Fernando. “Las nuevas concepciones del contrato”, 11/3/2020. Id SAIJ: DACF200025.

23 ACQUARONE, María – COSOLA, Sebastián – ROCA, Ricardo “comentario al artículo 958 CC y CN” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, T. III, p.676.

24 DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos” Sección de obras de política y derecho, 1ª edición, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2014, p. 18.

25 SHINA, Fernando, “Las nuevas concepciones del contrato”, 11/3/2020. Id SAIJ: DACF200025.

visualizaba en el consensualismo esta fuerza vinculante. El presupuesto para que el contrato pueda surtir efectos, o sea, generar obligaciones, es que se encuentre válidamente celebrado, es decir, sin vicios en sus elementos esenciales: consentimiento, objeto, causa y forma.

Debido a que esta fuerza vinculante emana de la voluntad negocial, su modificación o extinción también requiere del acuerdo de las partes, que así lo determinen.²⁶ La obligatoriedad de las relaciones originadas en el contrato, resultan, de acuerdo con la teoría normativista, en la medida en que el Estado concede a los particulares la facultad de establecer y regular entre sí sus vinculaciones jurídico - patrimoniales.²⁷

Coincidimos con Boffi Boggero, en el sentido de que “la ley, al conferir obligatoriedad al contrato, tuvo en cuenta esencialmente que cada decisión individual de obligarse hacia otra u otras personas ha sido tomada por éstas y viceversa, con lo cual la potestad de cada parte de retirar lo que habían ofrecido cesa en la medida en que su derecho ingresó al patrimonio de la otra parte.”²⁸ Este concepto que enlaza contrato y derecho de propiedad, se halla vertido en el artículo 17 de nuestra Carta Magna por tratarse de los derechos nacidos de las convenciones que gozan de la garantía de inviolabilidad, fue asimismo sostenido por doctrina de la Corte desde larga data, para luego ser receptado en el artículo 965 CC y CN.²⁹

8. INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA REDACCIÓN DE ACUERDOS FAMILIARES

En el rol indiscutido de consejero familiar, el notario es un profesional idóneo para asesorar a los otorgantes en la redacción de estos acuerdos. Esta es una actividad que realiza el notario desde la óptica de la justicia preventiva, ya que no es un mero dador de fe, sino que integra el

26 ACQUARONE, María – COSOLA, Sebastián – ROCA, Ricardo “comentario al artículo 959 CC y CN” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, T. III, p.678.

27 MORENO FLEMING, Sebastián. “La fuerza vinculante de los contratos”, 1/3/21, Sistema Argentino de Información Jurídica. Id SAIJ: DACF210033.

28 BOFFI BOGGERO, Luis M. “Tratado de las obligaciones”, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 145.

29 Conforme art. 965 CC y CN: “Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

contenido de su función el conocimiento de las estructuras del grupo familiar para asesorar convenientemente a los requirentes.

El deber de consejo del notario es absoluto en cuanto es ineludible. Tiene el deber específico de imparcialidad sustancial, ya que no puede limitarse a una apreciación formal de la voluntad de los contratantes, sin descender a una valoración esencial de las posiciones recíprocas.

La actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad, autenticidad, fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas. Se ha comentado que en el notariado de tipo latino, se perfecciona la dación de fe con el asesoramiento, la legalidad, la legitimación y configuración del documento, satisfaciendo así los requerimientos sociales de seguridad jurídica.³⁰

El rol de imparcialidad o neutralidad involucra una intervención notarial que contempla los intereses contrapuestos de los particulares, manifestados en las audiencias previas, para luego elaborar jurídicamente un documento que formule las estipulaciones, integrando las diferentes posturas en un adecuado balance, ajustado a derecho, incluyendo el deber de ilustrar a las partes sobre el contenido de los documentos y hacerles comprender su alcance y consecuencia.

Dentro del esquema familiar, la planificación patrimonial será una vía adecuada para componer intereses diversos de los otorgantes, en miras a formular un proyecto ajustado a dichas expectativas. Las narrativas individuales entrarán en diálogo, conformándose una narrativa familiar, para posteriormente asumir decisiones que culminarán con el otorgamiento de los actos jurídicos emanados de los acuerdos intrafamiliares. La inclusión del deber funcional notarial de asesoramiento y consejo, tiene elemental importancia en estos supuestos, incluso en el que alguno de los requirentes que acuda a solicitar su intervención, se halle en una situación de menor acceso a la información, o en estado de vulnerabilidad. Así, la función notarial otorga pruebas de su gran utilidad para brindar seguridad y protección eficaz a las partes.

30 ABELLA, Adriana N. - REGIS, Ariel "comentario al artículo 296 CC y CN" CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN - Ed. Astrea - Buenos Aires, 2015, T. I, p. 749.

**APLICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD A LA SEPARACIÓN DE
HECHO CUANDO LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL SE
PRODUCE POR MUERTE DE UNO DE LOS ESPOSOS**

Por Úrsula C. Basset¹

I. CONCLUSIONES

1. De Lege Lata: El Art. 480 CCC no dispone, en una interpretación literal, la aplicación de sus efectos a la disolución matrimonial por causa de muerte. Sin embargo, por aplicación del tercer párrafo del Art. 480, que dispone que “el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho”, tomando el abuso del derecho o el fraude, o el mismo instituto de abuso del derecho del Art. 10 CCC, modificando así el efecto retroactivo de la disolución por causa de muerte a la fecha de la separación de hecho. Esto resulta, además, de la interpretación sistémica con el Art. 2437, por la que el cónyuge separado de hecho pierde su vocación hereditaria.

2. De lege ferenda: Se propone incluir en una futura reforma al Art. 480 CCC los supuestos de disolución de muerte en los efectos retroactivos a la separación de hecho del Art. 480 CCC.

II. FUNDAMENTOS

1. DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ACTUAL

El Art. 480 establece efectos retroactivos a la disolución del régimen matrimonial cuando este se produce con separación de hecho previa. En el caso del matrimonio o la nulidad, es posible establecer la retroactividad en el momento de la separación de hecho de los cónyuges. La determinación de la separación de hecho es una cuestión sujeta a prueba.

¹ Prof. Titular Ordinaria, UCA - Adjunta interina, UBA. Con la colaboración de Gabriela Roldán, Gladys Karina Penayo, Karina L. Alvarez Mendiara, Susana E. Colombo y Emilia Poggi (miembros del Diplomado en Derecho Sucesorio de la Univ. Católica de La Plata).

Para recordarlo, el Art. 480 establece:

“ARTICULO 480.- Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

“Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

“El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

“En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508”

En el caso de la muerte presunta, arts. 85 y 86 CCCN, adquiere relevancia la retroactividad de la extinción de la comunidad de bienes, por regularse el fin de los gananciales a la fecha de muerte declarada por sentencia judicial, según el caso ordinario o extraordinario consignados en los artículos precitados

Como puede advertirse, el régimen actual no previó la retroactividad a la separación de hecho en los supuestos de muerte y muerte presunta. En esta ponencia ofrecemos dos soluciones a esta omisión: una *de lege lata* y una *de lege ferenda*.

2. EL MISMO PROBLEMA QUE CIEN AÑOS ATRÁS, ¿LA MISMA SOLUCIÓN?

Esta posición se funda en el viejo fallo de la década 1923, resuelto por la Cámara 2da. De la Capital². Una mujer había abandonado a su marido sin divorciarse (en aquel momento no había divorcio vincular). Durante 20 años había vivido separadamente. Muerto el marido, volvió para reclamar la herencia. En términos jurídicos, esta herencia le correspondía, tal y como le correspondían los gananciales desde el momento de la separación de hecho y hasta la disolución, con argumento en el antiguo Art. 1291 CC. Sin

² G. del F, T. 16, p. 35, sentencia de agosto 8 de 1923.

embargo, haciendo uso de una interpretación analógica y de la doctrina de la equidad, el Dr. Helguera resolvió que la sociedad civil (género al que pertenece la sociedad conyugal) se disuelve por abandono de hecho de uno de los socios (Art. 1769 CC), y para que la sociedad subsista, es necesaria la cooperación de dos o más personas para procurarse beneficios. Con esta interpretación, se entendió que no se trataba de una causal de retroactividad de la disolución, sino que un “abandono de hecho” producía la disolución de la sociedad. Adviértase qué la calificación de conducta: abandono no es separación.

En otro caso resuelto en 1926, la Cámara 1ª, de la Capital Federal³, aclaró la doctrina sentada en el caso anterior, estableciendo que no la separación de hecho no constituía una causal de disolución, sino que provocaba la retroactividad de la disolución a la fecha de la separación de hecho.

Casi cien años nos separan de aquellos fallos. La *ratio legis* sigue siendo la misma. Al respecto decía Santiago Fassi: “La referida construcción jurisprudencial fue elaborada sin el auxilio de los juristas. Aparecía como una reacción de los jueces frente a un problema del derecho injusto, que mejor se percibe manejando la materia viva de los casos judiciales.”⁴

Así pues, un punto de partida del debate sobre los fundamentos de la ganancialidad se originó precisamente en casos en que se discutía la retroactividad por separación de hecho cuando el matrimonio se disuelve por la muerte. Es curioso que, después de tantos años de debates sobre el fundamento de la ganancialidad, se haya omitido prever el supuesto que dio origen a los debates, a saber: la disolución por causa de muerte y la necesidad de pensar un dispositivo que habilite la retroactividad.

3. LA JURISPRUDENCIA DE HOY Y SU CONTRADICCIÓN CON UNA INTERPRETACIÓN SISTÉMICA Y ANALÓGICA

En una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, sala I de la provincia de La

³ G. del F. T. 62, p. 185, sentencia de mayo 17 de 1926.

⁴ Fassi, Santiago, «La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal», LL T. 91, p. 977 y ss.

Pampa⁵, se rechazó la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, fundado en que la separación de hecho sin voluntad de unirse se había producido con anterioridad al fallecimiento del causante. Sin embargo, la referida Cámara reconoció el derecho de la cónyuge supérstite a la participación en los gananciales, teniendo especialmente en cuenta que la comunidad de bienes no se extinguió previamente por alguna de las causales previstas en el art. 475 del CCC, pues ello se concretó recién con la muerte. La contradicción en la ratio legis resulta explícita: la razón por la que se pierde la vocación hereditaria es la misma por la que no deberían participarse los gananciales. Se trata de la ausencia del fundamento de la comunidad de vida que constituye la esencia de la vida matrimonial, y frente a cuya ausencia se disuelve el fundamento de los efectos más tangibles del matrimonio, aunque pueda sobrevivir algún deber asistencial.

En este fallo se advierte que se realiza una aplicación literal de la norma consagrada en el artículo 475 CCC por cuanto la citada norma no le asigna efectos jurídicos a la separación de hecho entre los cónyuges sin voluntad de unirse como causal de la extinción de la comunidad, y en el artículo 480 del CCC en cuanto a que no contempla a la separación de hecho previa al fallecimiento del cónyuge como momento a partir del cual se produce la extinción de la comunidad, ya que solo le asigna efectos jurídicos ante dos causales cuando precede a la anulación del matrimonio o al divorcio. Sin embargo, como puede advertirse la separación de hecho sin voluntad de unirse sí tiene efectos jurídicos propios excluyendo a la cónyuge supérstite de la vocación hereditaria por aplicación lisa y llana del artículo 2437 del CCC.

El resultado al que ha arribado la sentencia parecería a todas luces contradictorio con las reglas del artículo 480 y 2437 del citado código, y con los principios de equidad, pues asignar efectos jurídicos a la separación de hecho sin voluntad de unirse en un caso y desconocerlo en otro resulta incoherente, más aun teniendo en cuenta que no existe una norma específica que contemple la situación de los efectos asignados a la separación de hecho ante el fallecimiento del cónyuge, debería haberse analizado la finalidad de la norma. Así las cosas, a cien años de distancia, el problema sigue intacto.

Cuando existe un vacío o laguna en el derecho, como ocurre en el actual ordenamiento jurídico, la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta

⁵ “S., M. J. c. N., G. V. s/ ordinario”, 29/09/2021.

“sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” conforme al mandato expreso establecido en el artículo 2 del CCC.

4. EL DEBATE SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA GANANCIALIDAD Y LAS DISTINCIONES SOBRE LOS BIENES GANANCIALES

La ganancialidad se funda en el esfuerzo compartido, la solidaridad familiar y la vida común, es entonces que cuando ello se interrumpe por separación de hecho sin voluntad de unirse, deja de existir esa colaboración mutua y ese esfuerzo compartido⁶, en tal sentido adquiere notoria injusticia e inequidad que el cónyuge separado que no colaboró en adquirir los bienes del fallecido con posterioridad a la separación, se le reconozcan derechos sobre los mismos fundado en el mantenimiento de la ganancialidad, pensar lo contrario sería incurrir en un enriquecimiento sin causa del cónyuge que no aportó, ni colaboró en su adquisición. La *ratio* de la norma es convergente con la que ordena la exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho.

Por su parte la doctrina ha desarrollado distintas opiniones en torno a la calificación de estos bienes. De una parte, Alberto Molinario se refirió a los gananciales dinámicos, que son aquellos que aparentan ser gananciales, pero luego, en virtud de retroactividad, resultan ser personales de cada uno de los cónyuges⁷. Por su parte, Méndez Costa entiende que se trata de “gananciales anómalos” los adquiridos por uno de los cónyuges con posterioridad a la separación de hecho⁸, mientras que otro sector alude a que se está en presencia de “bienes propios”, cualquiera de estas posturas conlleva a una misma conclusión y es excluir al cónyuge supérstite de los gananciales adquiridos con posterioridad a la separación.

5. CONCLUSIONES

⁶ Sobre esto ver Basset, Ursula C., Calificación de bienes, Abeledo Perrot, 2010, p. 291 y ss (sobre el fundamento de la ganancialidad y los debates doctrinales que estructuraron el derecho contemporáneo).

⁷ Molinario, Alberto D. “De algunas distinciones de los bienes gananciales”, ED T. 135, p. 1311.

⁸ Méndez Costa, María Josefa, Régimen sucesorio de los bienes gananciales, EDIAR; Buenos Aires, 1977, p. 38.

Dado que el cónyuge supérstite carece de vocación hereditaria en caso de “*separación de hecho sin voluntad de unirse*” surge expresamente de lo dispuesto en el artículo 2437 CCC, por analogía, y teniendo en cuenta una hermenéutica sistémica podría interpretarse que una separación de hecho que tiene la virtualidad de provocar la pérdida de la vocación hereditaria debería también hacer cesar la participación en la ganancialidad en la comunidad de bienes, en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges. Quién puede lo más, puede lo menos. Es decir, sería razonable concluir que en la disolución de la comunidad por muerte, cabría la retroactividad al momento de iniciada la separación, si ésta hubiera precedido a aquélla.

Por todos estos fundamentos proponemos que *de lege lata* se interprete analógicamente, que corresponde retrotraer a la separación de hecho sin voluntad de unirse los efectos de la disolución del régimen que se produce por causa de muerte.

También, por los mismos fundamentos, proponemos que *de lege ferenda*, se instrumente una reforma que agregue al párrafo que prevé la retroactividad a la separación de hecho, el supuesto de disolución por muerte.

Todo esto dejando a salvo de que también sería de sumo interés prever un dispositivo que protegiera la autonomía de la voluntad de las partes para no aplicar la retroactividad en casos específicos en que por razones de solidaridad y protección que solo los matrimonios y las familias conocen (principio de protección de la privacidad familiar), esa participación en los gananciales quisiera resguardarse.

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL
DEL MATRIMONIO A PARTIR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN: ¿HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL
DERECHO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ARGENTINO?**

Por María Soledad Briozzo¹

I. CONCLUSIONES

1. No consideramos ni necesario ni conveniente para nuestra sociedad propiciar una reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio que, además de permitir las actuales convenciones, posibilite en el futuro optar entre uno o más regímenes alternativos.
2. La admisión al ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia debe ser más que restrictiva.
3. Entendemos que el matrimonio como instituto no es un contrato entre los consortes.
4. El régimen patrimonial del matrimonio protege el patrimonio de la familia y no de los individuos.
5. Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación regula distintas y nuevas formas de organización de las parejas sin ser sometidos a ningún régimen de comunidad en sus bienes.

II. FUNDAMENTOS

**1. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

a) Ordenamiento vigente

A partir de las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación se abandona el régimen único forzoso e imperativo

¹ Abogada y Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Tesista en la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Docente en la materia de Derecho de Familia e investigadora en formación (UBA). Aval: Dra. Mercedes Ales Uría.

y se les otorga a los cónyuges la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes y, ante la ausencia de opción, rige en forma supletoria el régimen de comunidad.

De acuerdo a lo que dispone la ley vigente, la libertad de elección de regímenes patrimoniales matrimoniales otorga a los cónyuges una opción ya que antes de la celebración del matrimonio los futuros esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos establecidos en el art. 446 CCyCN: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código².

Si bien no configura una obligación entendida como tal y, esta opción es ejercida por una minoría de nuestra sociedad, la doctrina mayoritaria no ha advertido fundamentos jurídicos contundentes para negarle a quien lo requiere esta posibilidad³.

A diferencia del Código de Vélez que sostuvo un régimen legal único forzoso e imperativo para los contrayentes⁴, nuestro actual Código “da preeminencia al principio de la autonomía de la voluntad” - debido a que los cónyuges pueden optar por el régimen que regula sus relaciones patrimoniales del matrimonio desde el momento de su celebración - “otorgándoles inclusive la facultad de modificar el régimen, transcurrido un año desde la celebración del matrimonio o desde el ejercicio de la opción si hubiera sido posterior”⁵.

² ROVEDA, EDUARDO, “Régimen patrimonial del matrimonio. Convenciones Matrimoniales”, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rivera Julio-Medina Graciela, Tomo II, páginas 98-104, Buenos Aires, La Ley.

³ FINOCCHIO, CAROLINA L. - MILLAN, FERNANDO, “Régimen Patrimonial del Matrimonio: Necesidad de legislar un 'Régimen Primario”, 2010, MJ-DOC-4710-AR | MJD4710.

⁴ FINOCCHIO, CAROLINA L. - MILLAN, FERNANDO, “Régimen Patrimonial del Matrimonio: Necesidad de legislar un 'Régimen Primario”, 2010, MJ-DOC-4710-AR | MJD4710.

⁵ FARINA, Miryam A., “Régimen patrimonial del matrimonio. Divorcio y extinción de la comunidad de ganancias a partir de la separación de hecho de los cónyuges”, Buenos Aires, 2022, Cita: MJ-DOC-16428-AR | MJD16428.

En este sentido, la prevalencia de la autonomía de la voluntad sobre la postura otrora de la prosperidad común en el matrimonio viene siendo la tendencia debido al cambio social en la conformación de las familias.

b) Planteamiento del problema

El planteamiento del problema era si nuestra legislación introducía una reforma determinando un sistema de opción o continuaba rigiendo el principio de la inmutabilidad.

Superada la discusión, nuestro sistema vigente permite la opción del régimen patrimonial al momento de contraer matrimonio en respuesta al actual modelo social, donde cada ser humano puede optar libremente entre distintos modelos familiares.

En nuestro país, la corriente mayoritaria se inclina por admitir la posibilidad de permitir que los cónyuges puedan pactar el régimen patrimonial que más les convenga para regular sus relaciones económicas patrimoniales, antes o luego de la celebración del matrimonio mediante las convenciones matrimoniales como ocurre en la actualidad con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación⁶.

c) Los antecedentes en el Código de Vélez

Vélez Sarsfield regula sobre la sociedad conyugal estableciendo un régimen de comunidad restringida a ganancias en el que ambos consortes comparten todas las ganancias percibidas durante la vigencia del matrimonio, formando una masa común integrada por los bienes muebles e inmuebles adquiridos después de la celebración del matrimonio a título oneroso, a excepción de los que hayan sido por causa o título anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio, con el producto de su venta o con dinero propio.

⁶ BERBERE DELGADO, Jorge C. - MERLO, Leandro M., “Acerca de la flexibilización del régimen de bienes del matrimonio. Necesaria incorporación de las convenciones matrimoniales y de las prestaciones compensatorias”, Buenos Aires, 2010. Cita: MJ-DOC-4837-AR | MJD4837

Si bien, Vélez contemplaba las convenciones matrimoniales, las mismas tenían carácter restrictivo sin que los esposos pudieran elegir un régimen patrimonial al cual someterse⁷.

En este orden de ideas, el régimen legal de comunidad tiene sus fundamentos en las siguientes premisas: a) se lo considera el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges; b) es el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado; c) el más adaptado a la realidad de las familias; d) ambos cónyuges participan de las ganancias del otro por igual a diferencia del régimen de separación de bienes que advierte cierta injusticia⁸; e) permite la cooperación entre los cónyuges a través de un mayor compromiso en el proyecto de vida en común sin medir los aportes materiales individuales.

En total concordancia con las ideas de Vélez Sársfield, seguimos sosteniendo el rechazo a la posibilidad de elección del régimen matrimonial⁹.

En desacuerdo con lo que dicho en las Segundas Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, celebradas en Buenos Aires en 1992¹⁰, consideramos que no es ni necesario ni conveniente para nuestra sociedad haber propiciado una reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio que, además de permitir las actuales convenciones, posibilite en el futuro optar entre uno o más regímenes alternativos aunque se mantenga un régimen supletorio como el actualmente vigente, para dar “respuesta al deseo manifestado por parejas de divorciados que tiene la voluntad de contraer segundas nupcias, pero no quieren verse sometidos al régimen de comunidad sino al de separación de bienes porque ambos cónyuges

⁷ SOLARI, NÉSTOR, “Derecho de las Familias”. 2da versión actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2017, página 143.

⁸ BERBERE DELGADO, Jorge C. - MERLO, Leandro M., “Acerca de la flexibilización del régimen de bienes del matrimonio. Necesaria incorporación de las convenciones matrimoniales y de las prestaciones compensatorias”, Buenos Aires, 2010. Cita: MJ-DOC-4837-AR | MJD4837

⁹ BELLUSCIO, Augusto César, explica: “Parecería, pues, que el codificador se atuvo a la tradición castellana que no hacía uso de las convenciones destinadas a adoptar un régimen patrimonial diferente del legal”, en “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, LA LEY1994-A, 799. Cita: TR LALEY AR/DOC/805/2001.

¹⁰ BELLUSCIO, Augusto César, La elección de régimen matrimonial por los esposos, LA LEY1994-A, 799. Cita: TR LALEY AR/DOC/805/2001.

despliegan actividades económicas que le permiten ser sostén del hogar”, como viene esbozando parte de la doctrina.

En igual sentido, se expresa Mazzinghi¹¹ al juzgar peligroso un régimen absolutamente convencional, porque el problema involucra no sólo los intereses de los cónyuges, sino los de la comunidad familiar y los de la sociedad entera, interesada en el sustento económico de la familia.

Siguiendo esta línea de ideas, tal como lo explica Belluscio: “la confrontación de posiciones individuales y la tendencia a hacer prevalecer un interés sobre otro no convienen al régimen patrimonial de la familia, que requiere un mínimo de estabilidad económica reflejada en un estatuto legal”¹².

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

a) *La autonomía de la voluntad y el orden público familiar*

La prevalencia de la autonomía de la voluntad sobre las disposiciones de orden público en legislaciones extranjeras faculta a las partes a que pueden diseñar “un modelo patrimonial acorde con su proyecto de vida común”¹³.

En nuestra postura, creemos que la existencia del orden público en el derecho de familia, específicamente, en el matrimonio como instituto es lo que garantiza la protección del interés familiar de los esposos por igual.

La posibilidad de permitir que los cónyuges puedan pactar el régimen patrimonial que más les convenga para regular sus relaciones económicas patrimoniales pueda provocar situaciones de inequidad a algunos de los cónyuges al disolverse el vínculo matrimonial.

¹¹ MIZRAHI, Mauricio, Hacia una reforma del régimen patrimonial del matrimonio en Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costas, p. 289, citado por BELLUSCIO, Augusto César, La elección de régimen matrimonial por los esposos, LA LEY 1994-A, 799. Cita: TR LALEY AR/DOC/805/2001.

¹² BELLUSCIO, Augusto César, La elección de régimen matrimonial por los esposos, LA LEY 1994-A, 799. Cita: TR LALEY AR/DOC/805/2001.

¹³ SOLARI, NÉSTOR, “Derecho de las Familias”. 2da versión actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2017, página 144.

Entendemos que esta corriente que postula la flexibilización del régimen mediante la posibilidad de la celebración de convenciones matrimoniales debe ser regulada dentro de los parámetros permitidos por la ley en un sentido estricto.

Tal como ocurre en la actualidad, donde los esposos que opten por un régimen de separación de bienes no pueden negociar sobre cláusulas que no se encuentren establecidas en el Código.

A diferencia de una parte de la doctrina, consideramos que la admisión del juego de la autonomía de la voluntad en esta materia debe ser más que restrictiva, ya que el bien jurídico protegido es el proyecto de vida común al momento de la celebración del matrimonio, extendiéndose la solidaridad familiar hasta el momento de su extinción, debiendo prevalecer sobre los intereses individuales de los sujetos¹⁴.

Sólo en los últimos tiempos fue cobrando cuerpo esta corriente doctrinal favorable a una extensión del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio que brinda una solución diferente a la que proponía Vélez¹⁵.

Como lo explica Scotti, en el derecho comparado, son modelos donde los cónyuges eligen el régimen patrimonial matrimonial que consideran más conveniente a sus intereses: “En estos modelos, la legislación habilita a los consortes a hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad. En cambio, desde otra postura, nos encontramos con un criterio mucho más restrictivo que veda tal posibilidad y sujeta esta cuestión a la ley que el propio legislador estima más conveniente. En tal caso, se presentan dos variantes: someter las relaciones patrimoniales del matrimonio a la ley personal (nacionalidad o domicilio) o a la ley del lugar de situación de los bienes que integran la sociedad conyugal (...) esta autonomía privada tanto conflictual como material, con algunos límites adicionales, ha ganado terreno para la autorregulación de las relaciones familiares”¹⁶.

¹⁴ BELLUSCIO, Augusto César, “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, LA LEY1994-A, 799. Cita online TR LALEY AR/DOC/805/200.1

¹⁵ BELLUSCIO, Augusto César, “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, LA LEY1994-A, 799. Cita online TR LALEY AR/DOC/805/200.1

¹⁶ SCOTTI, Luciana B., “Los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional privado”, en Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia / María

Destacamos la corriente de la doctrina argentina que se inclina, en el ámbito de las convenciones matrimoniales, a “ser siempre condicionada al sistema legal, que faculte o no a los cónyuges, establecer la forma en que les impacten los efectos patrimoniales del matrimonio, quedando entonces, la autonomía de la voluntad, en definitiva, sujeta a la potestad legal que la considere pertinente”¹⁷, por ser la postura de mayor afinidad dentro de las diversas variantes.

3. LA CONTRCTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

a) *El matrimonio como instituto*

El matrimonio como instituto en un ordenamiento jurídico no puede ser entendido como un contrato entre los esposos donde pueden ejercer la autonomía de su voluntad y su libertad en búsqueda de cláusulas contractuales más beneficiosas desconociendo que los valores jurídicos de solidaridad familiar y orden público familiar cumplen una única función: la protección en sí de la propia familia, en su aspecto patrimonial y su aspecto personal, para todos sus miembros en igualdad en pos de ese proyecto de vida en común inicial.

En este sentido, Roveda concordante con Bibiloni, lo explica: “la institución matrimonial tiene un aspecto personal no pecuniario y un aspecto patrimonial” (...) “la posibilidad de discutir y convenir el régimen de bienes durante el matrimonio agregaría, más que un elemento de unión matrimonial, un innecesario motivo de fricción” (...) “el matrimonio implica un proyecto común de vida, cuya armonía parece poco compatible con el enfrentamiento de los cónyuges en la negociación de un contrato matrimonial, o de su modificación”; por ese motivo, creemos que ampliar el margen de la autonomía de la voluntad de las partes no nos parece ser una legislación adecuada para la organización de las familias¹⁸.

Mercedes Brandone ... [et al.]; coordinación general de Yamila Cagliero - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019, página 311.

¹⁷ BERBERE DELGADO, Jorge C. - MERLO, Leandro M., “Acerca de la flexibilización del régimen de bienes del matrimonio. Necesaria incorporación de las convenciones matrimoniales y de las prestaciones compensatorias”, Buenos Aires, 2010. Cita: MJ-DOC-4837-AR | MJD4837

¹⁸ ROVEDA, EDUARDO, “Régimen patrimonial del matrimonio. Convenciones Matrimoniales”, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rivera Julio-Medina Graciela, Tomo II, página 101, Buenos Aires, La Ley.

EL OCULTAMIENTO DE CRIPTOACTIVOS COMO MODALIDAD DE FRAUDE A LA GANANCIALIDAD: UNA CUESTIÓN DE GÉNERO

Por María Julia Comoglio¹

I. CONCLUSIONES

1. Resulta razonable en el contexto actual de Revolución Industrial Digital pensar en la posibilidad de ocultamiento de criptoactivos por un cónyuge con la intención de defraudar al/a la otro/a, en el marco del artículo 473 del Código Civil y Comercial.

2. El abordaje de los casos de fraude a la ganancialidad por medio del ocultamiento o disposición de criptoactivos con el fin de excluirlos de la masa ganancial no puede prescindir de una mirada con perspectiva de género.

3. Los casos donde se presente la utilización de criptoactivos gananciales requieren de un abordaje interdisciplinario y colaborativo desde diferentes áreas del conocimiento científico, siendo relevante la actuación de quienes manejan recursos informáticos, financieros, económicos, contables, tecnológicos y otras ramas de las ciencias.

4. Estos casos exigen un esfuerzo probatorio de las/os abogadas/os que ejercen su profesión en el fuero de familia. Será fundamental el accionar procesal de las partes a la hora de probar a las juezas y jueces las medidas necesarias para proteger el derecho a la ganancialidad de su patrocinada/o.

5. Es fundamental que la judicatura incremente su esfuerzo en estos casos, abordándolos con la urgencia que requieren aplicando las medidas que resulten pertinentes (art. 722 del CCyCN).

6. Estos casos trascienden el ámbito meramente patrimonial, especialmente en situaciones donde puede haber violencia económica.

¹ Abogada (UNSJ). Especialista y maestranda en Derecho de las Familias (UNCuyo). Maestranda en Derecho y Estado Digital (UMCH). Estudiante de la Especialización de Derecho Procesal (UCCuyo). Diplomada en Innovación y Gestión Judicial Tecnológica (UMCH), en Derecho Privado (UCCuyo), en Derechos Humanos (Universidad de Congreso) y en Perspectiva de Géneros y Bioética aplicada (UMCH). Docente (JTP) Derecho Privado I (UNSJ). Adscripta Derecho Privado VIII (UNSJ). Aval: Dra. Mariel F. Molina

Por eso se debe aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas: La persona que administra los bienes será la responsable de probar que su gestión no tenía la intención de defraudar los derechos de su cónyuge (art. 710 del CCyCN).

7. Los precedentes extranjeros “Lescosky & Durante” (Australia) y “DeSouza” (Estados Unidos) donde se dieron situaciones de fraude a la ganancialidad mediante la utilización de criptoactivos deben servir como guías de acción para supuestos que acontezcan en los tribunales argentinos.

8. El Código Civil y Comercial de la Nación brinda herramientas procesales para salvaguardar el derecho en expectativa sobre la masa ganancial en situaciones de mala administración de uno de los cónyuges, que resultan aplicables en casos de fraude entre cónyuges.

9. Considero que en casos de vulnerabilidad, la judicatura podría dictar una orden y temprana, que hiciera saber al cónyuge la prohibición de realizar determinados actos (por ejemplo, de disposición), declarando inaplicable lo dispuesto en el artículo 722 del CCyCN, que sostiene la necesidad de petición de parte de las medidas allí dispuestas.

10. Reflexionar sobre el entrecruzamiento de los criptoactivos y el fraude a la ganancialidad permitirá a la judicatura y a las/os profesionales del derecho estar preparadas/os ante eventuales casos que puedan presentarse en la práctica profesional.

11. Resulta imperativo trabajar en el diseño de normas que regulen las consecuencias que acarrea el uso de la tecnología, sin dejar de tener en cuenta la celeridad de los avances científicos.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Motiva esta ponencia la realidad actual signada por la cuarta revolución de la era tecnológica. En este sentido, como abogada/os no podemos abstraernos de la realidad, que nos insta a replantear institutos jurídicos para dar una respuesta que se ajuste a las necesidades y derechos de las personas que requieren del servicio de justicia.

El mundo financiero se encuentra atravesado de cambios contundentes impulsados por posturas filosóficas respecto al dinero, la economía y la política monetaria. A esto se suma la aparición de la

tecnología de blockchain, y especialmente al ecosistema cripto que, a pesar de su promesa de inclusión financiera, generó una nueva forma de exclusión social. Las crecientes desigualdades económicas se reflejan, también en el acceso a las criptomonedas.

Hablar de los criptoactivos en el contexto del divorcio o de la liquidación de la comunidad de ganancias resulta apremiante porque, en muchos casos, las criptomonedas aparecen como activos que no se consideran tradicionalmente como pertenecientes a la comunidad.

Pretendo abordar la cuestión con clave de género analítica, puesto que históricamente los varones son quienes mayor acceso han tenido al mundo de las finanzas, la economía y la tecnología. Esto repercute en la administración y gestión de los bienes del matrimonio, y consecuentemente en la posibilidad de defraudar al otro cónyuge. Además, pese a que cada vez más mujeres se interesan por estas cuestiones, son los hombres quienes más representación tienen en el ecosistema cripto.

Finalmente, pronosticar sobre la posibilidad de enfrentaremos en un tiempo no muy lejano a un nuevo tipo de fraude a la ganancialidad: El ocultamiento de criptoactivos al/a la cónyuge en el contexto del régimen patrimonial del matrimonio.

2. LAS BRECHAS DE GÉNERO EN EL OJO DE LA TORMENTA

El fraude a la ganancialidad y el entrecruzamiento que se da con las novedades tecnológicas se relaciona con la cuestión de género: Son las mujeres quienes en mayor medida se perjudican ante la ruptura del matrimonio.

Así lo sostuvo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al mostrar especial preocupación por “las consecuencias económicas para la mujer del matrimonio, el divorcio, la separación y la muerte ha ido en aumento. Los estudios realizados en algunos países han puesto de manifiesto que, mientras que los hombres suelen experimentar pérdidas de ingresos pequeñas, incluso mínimas, después del divorcio o la separación, muchas mujeres experimentan una reducción sustancial de los ingresos del hogar y una mayor dependencia de la asistencia social, cuando existe. En cualquier parte del mundo, los hogares encabezados por mujeres tienen más probabilidades de ser pobres (...) Pese a las contribuciones de la mujer al bienestar económico de la familia, su inferioridad económica se

refleja en todas las etapas de las relaciones familiares, debido a menudo a las responsabilidades que asumen respecto de los dependientes”²

Los roles históricamente asignados a mujeres y hombres en el marco del matrimonio se advierte en lo relativo a la administración y gestión desigual de los bienes: Esto genera que las mujeres y otros colectivos no puedan alcanzar su proyecto de vida, lo que se debe a las tareas no remuneradas que en la generalidad de los casos recaen en ellas³

Asimismo, el mundo de las finanzas es para las mujeres mucho más ajeno que para sus pares varones. Por esta razón la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible tiene como uno de sus principales objetivos promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible; el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, y dentro de este hizo hincapié en la necesidad de fortalecer la capacidad de las instituciones financieras nacionales para fomentar y ampliar el acceso a los servicios bancarios, financieros y de seguros⁴

La industria financiera abarca gran parte del ecosistema cripto. Por eso, no es extraño que el mundo de las criptomonedas se integre principalmente por hombres. El porcentaje de participación de las mujeres en la utilización de esta herramienta tecnológica es baja y similar a la participación que tienen en otros sectores de la economía como el mercado de valores⁵

² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; *Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución*; 30 de octubre de 2013; disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9496.pdf>

³ ALONSO, Ana Clara; ANDREANI, Patricia Fernández; *Noción de perspectiva de género*, en “Perspectiva de género y su impacto en el Derecho Privado”, ALEGRÍA, Héctor; RIVERA, Julio César (Dir.), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, Pág. 103.

⁴ Naciones Unidas, *17 objetivos para transformar nuestro mundo*; disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

⁵ BIRAGHI, Ariel Fabio Biraghi, *Perspectiva e igualdad de género en el ecosistema de la criptomonedas*, Ratio Iuris. Revista de Derecho. Vol. 11 Núm. 1, enero-junio 2023, pp. 140-159, ISSN: 2347-0151; consultado en: <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/1565>

A la brecha financiera que existe entre hombres y mujeres se suma la tecnológica, por lo que se exige una mirada interseccional en el abordaje planteado.

La Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales advierte “Existe una brecha de género que se pone de manifiesto en los niveles de seguridad, competencias y participación en los entornos digitales, generándose en particular una menor presencia y apropiación digital de las mujeres en este ámbito, incluso en la educación, el empleo y otras esferas del desarrollo económico y social”⁶

Esta mirada, entonces, debe imperar por resultar un mandato constitucionacional. La figura contemplada en el art. 473 del CCyCN debe valorarse conforme las circunstancias socioculturales actuales, lo que exige abandonar la neutralidad y decidir teniendo en cuenta las nefastas consecuencias personales y sociales que causa el control del dinero como herramienta de poder en las relaciones de pareja⁷

3. EL OCULTAMIENTO DE CRIPTOACTIVOS COMO MODALIDAD ESPECIAL DE FRAUDE ENTRE CÓNYUGES

El ocultamiento de criptoactivos para defraudar la ganancialidad ocurre cuando una/o de las/os cónyuges pone fuera del conocimiento de su pareja sus inversiones o tenencias en criptoactivos durante el matrimonio, o en el momento de la ruptura, para evitar que sean consideradas como parte del patrimonio ganancial; o bien dispone de fondos gananciales para la adquisición de criptoactivos con el propósito de excluirlos de la masa común.

a) Fraude entre cónyuges

⁶ SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA, *Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales*, aprobada durante la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, 25 de marzo de 2023, consultado en: https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta_iberamericana_derechos_digitales_ESP_web.pdf

⁷ MOLINA, Mariel F., *Capítulo 2. Sección 4º. Gestión de los bienes de la comunidad*, en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género”, HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia (Dir.). Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, Tomo 3, pág. 567.

El fraude entre cónyuges es un obrar engañoso de una/o de las/los integrantes del matrimonio tendiente a frustrar, impedir o sustraer a la/al cónyuge el derecho eventual o potencial a la mitad de los bienes gananciales⁸

Para comprender esta figura, debemos comprender que “la característica principal del régimen de comunidad es la formación de una masa de bienes que a su conclusión deberá dividirse entre los cónyuges o entre el supérstite y las herederas del cónyuge fallecido. Los esposos tienen así una expectativa común sobre los bienes adquiridos”⁹

Mientras se encuentra vigente el matrimonio sus integrantes llevan a cabo distintas actividades que tienen repercusiones patrimoniales tanto respecto de sus bienes propios como gananciales. En caso que las/os cónyuges no hayan pactado en contrario, rigen los artículos 469 a 474 y concordantes del CCyCN.

Por eso, en principio cada una/o de las/os cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios; y de los bienes gananciales que ésta/e adquirió.

La importancia del artículo 473 del CCyCN radica en que le resultarán inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo.

Si bien metodológicamente la norma se ubica en la regulación de la comunidad de ganancias vigente, se aplica tanto a los actos anteriores como a los posteriores a la petición de divorcio y a la separación de bienes, siempre que se intente con estos vulnerar la integridad de la masa ganancial o burlar los derechos sobre la vivienda familiar o sustraerse del deber de contribución fijado en los arts. 455 y 456. También cuando se pretende la insolvencia de la/del cónyuge que los realiza con miras a evitar el pago de recompensas futuras¹⁰

⁸ COMOGLIO, María Julia, *Criptodivorcio: criptomonedas y fraude entre cónyuges*, 31 de agosto de 2023, Especialización en Derecho de las Familias, Universidad Nacional de Cuyo, *manuscrito no publicado*.

⁹ QUADRI, Gabriel Hernán. *Criptoactivos, Derecho de Familia y Sucesorio*. En “Blockchain y derecho”. Directores BIELLI, Gastón E.; BRANCIFORTE, Fernando Omar; ORDOÑEZ, Carlos J.; Ed. Thomson Reuters - La Ley. Tomo II. 2022. Buenos Aires. 1era Edición, pág. 358.

¹⁰ MOLINA, Mariel F., *Capítulo 2. Sección 4º. Gestión de los bienes de la comunidad...* ob. cit. pág. 568.

b) *Sobre criptoactivos y el posible cruce con el artículo 473 del CCyCN*

Los criptoactivos se consideran una representación digital de valor estructurada a partir de criptografía, que usan algún tipo de tecnología de registro distribuido o DLT (las que permite compartir, registrar y sincronizar transacciones y datos en un entorno descentralizado), y pueden ser transferidos, almacenados o negociados electrónicamente¹¹

Por su naturaleza descentralizada y relativamente anónima, pueden ser utilizados por un cónyuge para esconder activos que deberían incluirse en la partición de la comunidad.

La/El cónyuge que oculta criptoactivos, por ejemplo, podría adquirirlos a través de una billetera fría¹², de un exchange o mediante plataformas de intercambio P2P¹³, y no declarar su existencia en el proceso judicial de divorcio o de liquidación de comunidad de ganancias. En caso de que las mismas tengan carácter ganancial, el accionar del cónyuge que las oculta constituye un fraude a la ganancialidad.

En el “mundo cripto” se destaca la presencia de un sinnúmero de modismos técnicos, que lo tornan inaccesible para quienes no cuentan con los recursos necesarios para profundizar en su estudio, siendo este el caso de la gran mayoría de las personas.

Por eso, la judicatura y las/os abogadas/os de parte deberán trabajar de forma interdisciplinaria mediante la cooperación continua e intercambio con profesionales de cada uno de los ámbitos donde se inmiscuye la cuestión, siendo relevante la actuación de quienes manejan recursos

¹¹ FUNES, María Victoria. *Implicancias Cambiarias vinculadas a los criptoactivos*. En “Blockchain y derecho”; BIELLI, Gastón E.; BRANCIFORTE, Fernando Omar; ORDÓÑEZ, Carlos J. (Dir.); Ed. Thomson Reuters - La Ley. Tomo I. 2022. Buenos Aires. 1era Edición. Pág. 395.

¹² Difundidas bajo la denominación en inglés: “cold wallet”.

¹³ La denominación “P2P” refiere a las plataformas entre pares, que permiten a los usuarios intercambiar criptomonedas directamente entre ellos, sin la intermediación. Así, los usuarios publican anuncios con las especificaciones de compra o venta de una u otra criptomoneda y negocian directamente con otros participantes de la plataforma. Estas transacciones resultan difíciles de rastrear (COMOGLIO, María Julia, *Criptodivorcio: criptomonedas y fraude entre cónyuges...ob. cit.*).

informáticos, financieros, económicos, contables, tecnológicos y otras ramas de las ciencias.

c) *Exigencias probatorias en estos casos*

Por otro lado, el fraude entre cónyuges se presenta como una figura especial derivada del fraude a la ley¹⁴, que exige un esfuerzo probatorio de las/os abogadas/os que ejercen su profesión en el fuero de familia. En tal sentido, es importante su accionar procesal a la hora de demostrar en sede judicial las medidas necesarias para proteger el derecho a la ganancialidad de su patrocinada/o.

A su vez, se exige un mayor esfuerzo en la judicatura. Deberá abordarse el caso con la premura que implica, habilitando la posibilidad de todo tipo de medidas conforme lo dispone el artículo 722 del Código Civil y Comercial. Para esto será relevante que la cuestión se resuelva con perspectiva de género, puesto que la cuestión perderá su carácter meramente patrimonial frente a casos posiblemente atravesados por violencia económica.

Esto lleva a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas: Quien en mejores condiciones de probar su buena fe en la administración de los bienes será quien los administra, y de este modo podrá demostrar que con su accionar no pretendía defraudar el derecho a la ganancialidad.¹⁵

En estos casos, la dificultad probatoria es significativa. Si el cónyuge administra criptomonedas mediante cold wallets con una llave privada, y la persona que busca iniciar una acción de liquidación de la comunidad de ganancias no conoce sobre la existencia de estos criptoactivos, será muy complejo probar la existencia de fraude. Esto se debe a la dificultad para

¹⁴ La importancia de calificar al fraude entre cónyuges como fraude a la ley radica en la innecesidad de probar los presupuestos de la acción pauliana (BENAVENTE, María Isabel, *Artículo 339*, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Libro Primero”. Marisa Herrera; Gustavo D. Caramelo Díaz; Sebastián Picasso (Dir.) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediciones SAJJ, 2015. Compulsado el 19 de agosto de 2023 en [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf))

¹⁵ COMOGLIO, María Julia, *Criptodivorcio: criptomonedas y fraude entre cónyuges...* ob. cit.

orientar al jurista sobre el destino de los bienes gananciales¹⁶. Sin embargo, dada la flexibilidad probatoria que rige los procesos de familia (art. 710 del CCyCN), se podrá recurrir incluso a indicios o presunciones.

Las situaciones de fraude entre cónyuges, en general, se dan en contexto de violencia económica contra la mujer: Ante relaciones asimétricas, con un marcado desequilibrio de poder económico y de decisión en torno a la administración y gestión de los bienes gananciales. Enciende las alarmas y nos obliga a prestar atención el dato aportado respecto a la subrepresentación de las mujeres en el ecosistema cripto.

d) Casos

Referiré a dos casos relevantes a nivel mundial que se dieron en el contexto del divorcio, con las características expuestas.

El primero de ellos refiere a la división de los bienes en el contexto del divorcio del matrimonio DeSouza, en Estados Unidos. En el juicio la esposa pudo probar a través de su letrado patrocinante y con colaboración de un equipo de investigadores reconocido que su cónyuge en la época del divorcio primero adquirió bitcoin a través de terceros y luego sufrió la pérdida de millones de dólares en criptoactivos a causa de una inversión que fracasó, lo que formaba parte de la masa común.¹⁷

Otro caso, “Lescosky & Durante”, ocurrió en Australia, y el asunto llegó hasta el máximo tribunal de ese país. El esposo había comenzado a invertir en criptomonedas en noviembre de 2017. En diciembre del mismo año, en el marco del proceso de divorcio, el juzgado interviniente ordenó una serie de medidas para que el Sr. Lescosky no realice actos de disposición de los bienes gananciales, excepto los que hacían al curso ordinario de sus negocios, y en caso de requerir hacerlo se le indicó que debía contar con el asentimiento de la Sra. Durante, orden que el esposo no acató¹⁸. Sin embargo, con su accionar dio mayores argumentos probatorios, puesto que

¹⁶ *Ídem*

¹⁷ YAFFE-BELLANY, David. *Divorcing Couples Fight Over the Kids, the House and Now the Crypto*; disponible en <https://www.nytimes.com/2022/02/13/technology/divorce-bitcoin-crypto.html>

¹⁸ Lescosky & Durante; Corte de Apelaciones de Familia de Australia; 28 de julio de 2020; disponible en <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FamCAFC/2020/179.html>

la conducta procesal de las partes corresponde que sea valorada judicialmente.

Lo importante de estos precedentes es que las/os abogadas/os de las cónyuges peticionantes y la judicatura actuaron rápidamente, disponiendo medidas cautelares similares, lo que marca un camino posible.

En ambos casos (y en todas las instancias) la justicia falló a favor de la cónyuge defraudada: En el primero, el tribunal ordenó al cónyuge que transfiriera veintidós mil quinientos dólares en efectivo a su excónyuge y 250 bitcoins adicionales, junto con el bitcoin gold y bitcoin cash (otras criptomonedas), y lo condenó en costas. El fallo fue apelado, pero la Corte de California lo confirmó¹⁹

En el segundo se probó que el esposo realizó las transacciones prohibidas luego de emitida la orden judicial. Por eso, el tribunal admitió las peticiones de la esposa, y además ordenó al cónyuge el pago de diferentes multas, por cada una de las infracciones efectuadas a la orden emitida por el tribunal, por un total aproximado de sesenta mil dólares australianos a favor de la esposa²⁰

e) Aportes desde el Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial de la Nación y con la finalidad de proteger el derecho en expectativa que los cónyuges tuvieren sobre la masa ganancial se han previsto distintas herramientas que pueden resultar pertinentes en estos casos:

- Separación judicial de bienes (art. 477): Se reguló la figura para ser aplicada en ciertos casos, como la mala administración del otro cónyuge que pueda poner en peligro su eventual derecho sobre los bienes gananciales;
- Medidas protectorias, entre las que se encuentra la posibilidad de designar una persona que administre la masa del otro cónyuge (art. 483 y 479). En estos casos, sin embargo, se señala que podrían generarse algunas situaciones complejas, especialmente cuando para

¹⁹ DeSouza v. DeSouza (In re DeSouza), 10 de agosto de 2020; Corte de Apelaciones de California, Estados Unidos; disponible en <https://casetext.com/case/desouza-v-desouza-in-re-desouza/>

²⁰ Lescosky & Durante; Corte de Apelaciones de Familia de Australia... ob. cit.

operar resulta necesario usar *wallets self custodial*²¹. En este supuesto, podría ordenarse judicialmente que el cónyuge destinatario de la medida brinde información necesaria para materializar el traspaso de las criptomonedas y que la persona designada se haga cargo de la administración²²

- Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio (art. 722), que pueden solicitarse incluso antes del inicio de las acciones. Conforme la normativa se deben considerar por la judicatura a pedido de parte. El artículo refiere a las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

En casos que involucran criptoactivos, Quadri sugiere que “sería una buena práctica el dictado de una orden, genérica y temprana, que hiciera saber a los cónyuges la prohibición de realizar determinados actos (por ejemplo, de disposición) en relación con los criptoactivos conyugales; podría decretársela en todo proceso pues, en definitiva, si la pareja no tenía este tipo de activos, esta orden no generaría ningún perjuicio. Sería una medida de no innovar (art. 230, Cód. Proc. Civ. Y Com.) y, si llegara a demostrarse que se la incumplió, podría generar consecuencias civiles, y también penales, para quien la hubiera desobedecido”²³

Esta postura me parece interesante. Sin embargo, a mi criterio solo sería pertinente que el juez o la jueza pueda dictar esa medida oficiosamente en aquellos casos donde se advierta una situación de vulnerabilidad, que lo/la lleve a la convicción de la necesidad de declarar inaplicable lo dispuesto

²¹ Las *wallets self custodial* son aquellas en que “los usuarios son los únicos con acceso a las llaves privadas. Estas pueden ser wallets móviles, de escritorio o hardware wallets. Sin importar el tipo, lo que las destaca es que los usuarios son los únicos que tienen poder sobre esas monedas” (DEL PRIORE, Milagros, *Self custodial wallets vs Custodial wallets*, WIKI-LEMMON; disponible en: <https://wiki.lemon.me/crypto-for-beginners/self-custodial-wallets-vs-custodial-wallets/>)

²² QUADRI, Gabriel Hernán. *Criptoactivos, Derecho de Familia y Sucesorio*; en “Blockchain y derecho”; BIELLI, Gastón E.; BRANCIFORTE, Fernando Omar; ORDOÑEZ, Carlos J. (Dir.); Ed. Thomson Reuters - La Ley. Tomo II. 2022. Buenos Aires. 1era Edición. ob. cit. Pág. 379/380.

²³ QUADRI, Gabriel Hernán. *Criptoactivos, Derecho de Familia y Sucesorio...ob. cit. pág. 390.*

en el artículo 722 del CCyCN, que sostiene la necesidad de petición de parte de las medidas allí dispuestas.

Además, el artículo 709 prevé un límite a la oficiosidad para ordenar pruebas: El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces. Sin embargo, en casos donde se pretende probar el fraude entre cónyuges, aunque la naturaleza económica de la pretensión sea indiscutida, no puede perderse de vista las brechas de género económicas y tecnológicas.

Pese al lenguaje neutro utilizado por el Código Civil y Comercial no podemos obviar que nos encontramos ante una *categoría sospechosa*²⁴, y la judicatura debe mirar el caso con la cautela necesaria, y en su caso declarar la inaplicabilidad de la parte pertinente flexibilizando lo dispuesto en el artículo comentado. Así, la jueza o el juez para el caso donde se acredita la verosimilitud de la situación denunciada, deberá ordenar algunos medios de prueba, o establecer pautas previas, como solicitar que los/as cónyuges efectúen una declaración jurada en relación a los bienes que gestionan, a la posesión de criptoactivos u otros activos financieros, o emitir una orden genérica de no innovar en relación con los criptoactivos conyugales²⁵

En definitiva, la emisión de la orden de forma genérica para todos los casos, que sugirió Hernán Quadri, sería desproporcionada y afectaría la autonomía de la voluntad de las partes.

f) El Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales

Es importante tener en cuenta que el 14 de marzo de 2024 el Congreso de la Nación aprobó la Ley 27.739 que modificó la Ley 25.246 sobre prevención de lavado de activos, financiación del terrorismo y

²⁴ “...las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados. La lista de ‘categorías sospechosas o prohibidas’ comprende habitualmente la raza, el género, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la posición económica y las características físicas, entre otras” (Ministerio Público Fiscal. Igualdad y no discriminación: dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2017). Cuadernillo 2. Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos. Consultado en: <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>)

²⁵ COMOGLIO, María Julia, *Criptodivorcio: criptomonedas y fraude entre cónyuges...* ob. cit.

financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. En ese marco legislativo se ordenó la creación del Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales bajo la órbita de la Comisión Nacional de Valores. Hoy es posible consultar el listado de esos proveedores en línea²⁶.

La relevancia de la cuestión recae en el hecho de que fueron incluidos en el listado de sujetos obligados bajo el Régimen de prevención de lavado de activos²⁷, por esa razón deberán recabar documentación de los clientes e identificar y verificar la autenticidad de los beneficiarios finales.

Cabe preguntarnos sobre la posibilidad de oficiar a esas entidades en el marco de un juicio, para conocer si los cónyuges son clientes poseen criptoactivos. En su caso, considero que resultará una herramienta clave para conocer sobre la actividad con criptomonedas de las partes

Dejo planteado que en cada caso en particular podrá recurrirse a otras medidas, en el marco del artículo 722 del CCyCN, que recepta un criterio abierto.

En definitiva, resulta determinante que las/os juristas logren un cierto grado de conocimiento respecto a nuevas tecnologías aplicables a los casos concretos, y cuenten con las herramientas necesarias para realizar un trabajo probatorio mancomunado e interdisciplinario.

Finalmente, si se prueba el fraude a través de la utilización de criptoactivos, el acto siempre será inoponible al cónyuge perjudicado, más allá de ser de buena o mala fe el tercero que adquiera los bienes de la comunidad en detrimento del derecho del cónyuge²⁸.

²⁶ La página oficial donde se encuentra la posibilidad de consultar a las personas inscriptas en el Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales es la siguiente: <https://www.cnv.gov.ar/SitioWeb/ProveedoresServiciosActivosVirtuales/RegistrosPSAV>

²⁷ Artículo 20 de la Ley 25.246.

²⁸ MEDINA, Graciela, *Régimen de comunidad*, en “Tratado de derecho de Familia”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora (Dir.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1era Edición, 2da Reimpresión, 2019, Tomo I, pág.793

**ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA TRAS LA RUPTURA DE LA UNIÓN
CONVIVENCIAL CON HIJOS MENORES DE EDAD O CON
DISCAPACIDAD: LA CUESTIÓN DEL PLAZO**

Por Prof. Claudia Karina Feldmann¹

I. CONCLUSIONES

De Lege Lata

1. El artículo 526 del CCyC establece un plazo para atribuir la vivienda familiar cuando hay hijos menores de edad, con incapacidad o capacidad restringida, que vulnera la protección integral y especial, para ambos universos de vulnerables, cuando se da la situación de que quien peticiona la atribución o repele un desalojo, no tiene recursos para proveerse una vivienda, y poder continuar la convivencia con los hijos sobre los cuales ejerce cuidados personales.

2. La jurisprudencia actual², hacen prevalecer los derechos humanos e interés superior del niño , al momento de definir la atribución de la vivienda. Sin embargo, sería beneficioso que se establecieran criterios más claros y uniformes en la legislación para guiar a los jueces en la aplicación de este principio.

3. La razón que sustenta, en estos casos, atribución a los hijos menores de edad surge de la armonización de otros preceptos del mismo cuerpo legal, con los de leyes nacionales y supranacional que tutelan los derechos de los niños y adolescentes (art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional).

4. La legislación actual toma en consideración la situación económica de los convivientes para determinar la atribución pero podría ser útil especificar más detalladamente los factores económicos que deben ser evaluados, como los ingresos, el patrimonio y las posibilidades de acceso a una nueva vivienda.

¹ Jueza de Primera Instancia del Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia, Resistencia, Provincia del Chaco. Profesora UNNE.

² La jurisprudencia anterior la regulación del CCyC también desplegó un análisis similar.

5. Si bien para la compensación económica toma en cuenta la duración de la convivencia y contribución al Hogar. No obstante, sería conveniente incluir disposiciones que valoren explícitamente las contribuciones no económicas, como el cuidado de los hijos y las tareas domésticas.

De Lege Ferenda

6. Establecer una regulación específica para determinar la atribución de la vivienda a la ruptura de las Uniones Convivenciales con hijos menores de edad, con incapacidad o capacidad restringida se debe regir por los principios establecidos en el Título VII del Libro II sobre Responsabilidad Parental, la obligación de proporcionar alimentos incluye cubrir las necesidades de los hijos en términos de manutención, educación, recreación, vestimenta, vivienda, asistencia médica, gastos por enfermedades y los costos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Esta obligación puede cumplirse mediante prestaciones monetarias o en especie, y debe ser proporcional a las capacidades económicas de quienes están obligados y a las necesidades del beneficiario (art. 659 del CCCN).

7. El argumento o razón está dado porque no corresponde distinguir entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, recibiendo las consecuencia de la elección de sus progenitores, lo cual contraría el art. 16 de la CN, el art. 2 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (fuente de la equiparación de los hijos, art. 558 (CCyC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 3), la Convención sobre Derechos del Niño, CADH (arts.17.4 y 19) entre otros.

8. Proponer, como consecuencia de lo expuesto, con el fin de lograr una clara armonización de la normativa con normas y principios de jerarquía constitucional, la incorporación una oración o párrafo al artículo 526 del CCyC en los siguientes términos: “...*El plazo máximo de 2 años no se aplicará [o el juez determinará el plazo de atribución] cuando la vivienda familiar se asigne al conviviente que residirá con los hijos menores de edad discapacitados o con capacidad restringida, incluso si el inmueble es propiedad exclusiva de uno de los ex convivientes, si quien lo solicita no tiene recursos para proveerse de otra vivienda.*”

9. Implementar programas de educación y concienciación sobre los derechos y obligaciones en las uniones convivenciales, para que las parejas estén mejor informadas y puedan tomar decisiones más

conscientes y responsables, fomentando la celebración de pactos de convivencia, tendiente a disminuir la litigiosidad y garantizar al mismo tiempo la autonomía de la voluntad.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar cabe recordar, como bien señala Mazzinghi (h) (2020) que "...para poder identificar el alcance e implicancias de este derecho de atribución del hogar familiar, hay que comenzar por definirlo. En ese orden de ideas coincidimos con el autor que es "...el derecho que asiste a uno de los miembros de una pareja matrimonial o convivencial para que se le reconozca la posibilidad de continuar habitando el inmueble donde estaba asentada la familia antes de la separación de las partes."³

En ambos casos, a pesar de que existen diferencias que se plasmarán en un cuadro, no podemos olvidar que este derecho tiene por fin brindar cobertura al integrante que se encuentra en una situación de mayor necesidad y/o vulnerabilidad, y/o a los hijos menores de edad, o con discapacidad. La doctrina es conteste en sostener que el principio subyacente es la solidaridad familiar, que irradia todo el derecho de familia.

Las uniones convivenciales tienen su regulación específica en el CCyC, como una manera de brindar protección a la familia basada en ese tipo de unión diferente en respeto de la autonomía de la voluntad de sus integrantes. La libertad de elección entre contraer matrimonio o no, es un derecho humano protegido en distintos instrumentos internacionales.

Impulsa esta ponencia, no es el afán de la equiparación entre las opciones diversas de fundar una familia, sino la mirada de aspectos que se generan como consecuencia de formar familia y las responsabilidades de ser progenitores.

³ Mazzinghi (h.), Esteban La atribución del uso de la vivienda familiar ante la ruptura matrimonial y el cese de la convivencia, RCCyC 2020 (septiembre) , 101, TR LALEY AR/DOC/2520/2020

La atribución de la vivienda, tampoco la analizo desde una solución provisoria o cautelar, que llevaría a al análisis de artículos como el 723, 721 del CCyC.

La mirada está puesta en el tema de la vivienda familiar, que también tiene una tutela diferenciada, y cobra relevancia entre los miembros de la pareja cuando se produce la ruptura y estamos en presencia de descendencia y vulnerabilidades de sus integrantes.

La atribución de la vivienda en las uniones convivenciales es un tema crucial en el derecho de familia argentino. La evolución legislativa y jurisprudencial ha buscado proteger los derechos de los convivientes y, especialmente, de los hijos menores de edad, o con discapacidad o capacidad restringida, estando en juego un deber alimentario que recae en ambos progenitores, e incluye la vivienda que tiene una tutela como derecho fundamental.

Úrsula Basset (2018), analizando en el contexto de los diversos sistemas de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) concluye que se desprende de ésta última la base de una identidad latinoamericana en materia de “derecho a la vida familiar”, y sostiene, “...se presenta como una entidad merecedora de derechos y protección por parte del Estado, en una afirmación llamativa, si se la contrasta con el sistema europeo.”⁴

En efecto, la familia y su protección en el contexto de la CADH parte de su artículo 17 el cual dispone:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas,

⁴ BASSET, URSULA C. Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., 2018 Revista de derecho, https://www.academia.edu/110444994/Una_identidad_latinoamericana entrada ,20/08/2024.

en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Por su parte el art. 19 de la CADH establece un plus al referirse a las medidas especiales de protección a la niñez, obligando no sólo al Estado, sino a la familia y a la sociedad toda a proveer las medidas de protección necesarias para el niño (17.4 y el 19 CADH). Por su parte el Protocolo de San Salvador en su artículo 16 habla del derecho a la niñez, reafirmando el derecho de todo niño al amparo y protección por parte de sus progenitores.⁵ Y entre otros instrumentos fundamentales a considerar no se puede obviar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”⁶

Sobre éste último instrumento podemos considerar que Kemelmajer de Carlucci (2021) nos explica que “La perspectiva de género exige examinar la prueba, aplicar la normativa y tomar la decisión de modo de asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia. Para eso, hay que analizar el contexto de los hechos y los derechos reclamados, ubicar a las partes procesales desde una categoría sospechosa e identificar las relaciones

⁵ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador, ratificado en 2003 por Argentina

⁶ Ratificada por ley 24632.

de poder, roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir.”⁷ la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial

2. MARCO LEGAL (INFRA CONSTITUCIONAL.)

Esta ponencia se centra en el análisis de la regulación (art. 526 CCyC), del plazo de la atribución de la vivienda familiar. Y para ello se tomará una muestra de fallos recientes, para detectar la aparición de criterios convencionales, para abordar los casos analizar los alcances del plazo.

Podemos brevemente recordar la regulación diferenciada entre la atribución de la vivienda en materia de ruptura matrimonial y convivencial, tanto en vida de ambos o por causa de muerte de alguno de ellos

Aspecto	Ex Cónyuges	Ex Convivientes
Base Legal	Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), Art. 443-444	Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), Art. 526
Duración de la Atribución	El juez determina el plazo sin establecer un tope	El juez fija por Máximo de 2 años desde el cese de la convivencia

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial, LA LEY 08/02/2021 , 1, LA LEY 2021-A , 339, TR LALEY AR/DOC/209/2021).

Aspecto	Ex Cónyuges	Ex Convivientes
Criterios de Atribución	Interés superior del niño, situación económica, contribución al hogar, discapacidad, violencia.	Interés superior del niño, necesidad extrema de vivienda, imposibilidad de procurársela
Protección Frente a Terceros	Efectos frente a terceros desde su inscripción registral	Efectos frente a terceros desde su inscripción registral
Posibilidad de Renta Compensatoria	Sí, puede establecerse una renta compensatoria	Sí, puede establecerse una renta compensatoria
Prohibición de Enajenación	Puede prohibirse la enajenación del inmueble sin acuerdo expreso	Puede prohibirse la enajenación del inmueble sin acuerdo expreso
Derecho de Continuar en la Locación	Sí, el cónyuge no locatario puede continuar en la locación hasta el vencimiento	Sí, el conviviente no locatario puede continuar en la locación hasta el vencimiento

Aspecto	Ex Cónyuges	Ex Convivientes
Extinción del Derecho	Cambio en las circunstancias, cumplimiento del plazo, nuevas uniones	Cambio en las circunstancias, cumplimiento del plazo, nuevas uniones
Derecho Real de Habitación	Derecho real de habitación vitalicio y gratuito sobre el inmueble del causante	Derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años.

El artículo 526 del CCyC permite entonces, si no hay pacto en contrario, que el juez decida la atribución considerando el interés superior de los hijos y la situación económica de las partes. Pero impone un plazo legal máximo de 2 años.

3. ANÁLISIS DE FALLOS RECIENTES

a) Protección del Interés Superior del Niño

En el fallo “G., M. c/ R., J. s/ medidas precautorias” (2023), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil atribuyó el uso de la vivienda a la madre conviviente, destacando la necesidad de mantener a los hijos menores en su entorno habitual para garantizar su estabilidad emocional y educativa. Este

fallo subraya la prioridad del interés superior del niño en las decisiones judiciales.⁸

En el caso la Cámara Civil y Comercial de Dolores en la causa N° 100.772 declaró inconstitucional el artículo 526 y remarcó que dicho plazo aplica a los adultos convivientes y su aplicación implicaría un trato discriminatorio en relación a los hijos matrimoniales. En consecuencia, se otorgó la atribución de la vivienda hasta la mayoría de edad de las hijas.⁹

b) Situación Económica de los Convivientes. Perspectiva de género.

En “P., A. c/ M., L. s/ atribución de vivienda” (2022), el tribunal otorgó el uso de la vivienda al conviviente con menores recursos económicos, argumentando que esta medida evitaba un perjuicio desproporcionado y garantizaba una solución equitativa. Este criterio busca equilibrar las desigualdades económicas entre las partes.

c) Situación económica, hijo menor de edad y perspectiva de género, principio de solidaridad

En “D. M. F. c/ P., C. A. s/ atribución vivienda familiar” (2023) el tribunal resolvió la Atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los ex convivientes como consecuencia del cese de la unión. Se encuentra acreditado que la progenitora tiene a su cargo el cuidado personal de su hijo y que la cuota alimentaria abonada por el demandado no resulta suficiente para asegurar una vivienda digna para el menor de edad. SE encuentran dadas las condiciones para extender el plazo de ley. No resulta óbice la circunstancia de que la actora tenga un trabajo estable con un salario mayor que el demandado dado que cuando uno sólo de los progenitores es el que tiene la guarda del menor dichas circunstancias deben analizarse con una perspectiva de género.¹⁰

⁸ [Familia Declaran la inconstitucion del art 526 CCC.pdf \(justiciacordoba.gob.ar\)](https://www.justiciacordoba.gob.ar/familia-declaran-la-inconstitucion-del-art-526-ccc)

⁹ <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=51505>

¹⁰ Expte. N°1-70859-2023D – “ D. M. F. c/ P., C. A. s/ atribución vivienda familiar” – CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) - SALA I – 20/10/2023, elDial.com - AADB40

d) Duración de la Convivencia y Contribución al Hogar

En “R., F. c/ S., D. s/ atribución de vivienda” (2023), el juez consideró la duración de la convivencia y la contribución económica y no económica de la conviviente solicitante. Este fallo refleja la importancia de reconocer las aportaciones de ambos convivientes al hogar común.

e) Situación de discapacidad del hijo

Fallo “O., M. E. c/ A., D. B. – Uniones convivenciales” (2023): En este caso, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Familia de Segunda Nominación de Villa María declaró inconstitucional el plazo máximo de dos años para la atribución del uso de la vivienda previsto en el artículo 526 del CCC. El tribunal consideró que este límite temporal era irrazonable y discriminatorio para los hijos de uniones convivenciales en comparación con los hijos nacidos en el matrimonio¹¹.

f) Cuidado personal. Bien común. Plazo de la atribución. Derecho humano a la alimentación y vivienda.

Fallo Z. V. A. c/ C. A. A. y/o cualquier otro ocupante s/ atribución de hogar: En este caso se decidió atribuir el uso de la vivienda familiar a la actora para que la habite junto a sus dos hijos, hasta que la hija menor de las partes adquiera la mayoría de edad, dado que no es materia de debate que el inmueble reclamado en los presentes pertenece a ambas partes y que la actora tomó posesión del mismo. Tampoco se encuentra controvertido que es la peticionante quien quedó al cuidado de los dos hijos de las partes y que ambos habitan con la progenitora en el inmueble objeto del presente. Ello así, cabe considerar que, dentro de la nómina de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el derecho a la vivienda, junto al derecho a la alimentación, es uno de los derechos fundamentales, de vital importancia en el crecimiento de una niña, niño o adolescente, ya que posibilitará la concreción de los otros, permitiendo el desarrollo armónico y pleno de la persona humana.¹²

¹¹https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/Familia%20Declaran%20la%20inconstituc%20del%20art%20526%20CCC.pdf

¹² Atribución de la vivienda, vivienda familiar, derechos de las niñas, niños y adolescentes, SUMARIO DE FALLO 24 de Mayo de 2023, Id SAIJ: SUH0006705

Fallo en D., M. F. c/ P., C. A. s/ atribución vivienda familiar (2023), Cámara Azul, decidió que “Procede hacer lugar al recurso de apelación incoado por la accionante, y en su mérito, atribuir el uso de la vivienda familiar en su favor y de su hijo hasta que adquiera la mayoría de edad o hasta que el progenitor pueda abonar una cuota alimentaria que asegure el derecho a la vivienda del menor, sin renta compensatoria a favor del accionado. Para decidir así, se señala que las uniones convivenciales están receptadas por la nueva normativa y halla su fundamento en el principio de solidaridad familiar que resulta ser el de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los ex convivientes como consecuencia del cese de la unión **-conf. art. 526 y cc del CCyC-**. Respecto del plazo máximo fijado por la norma -dos años-, destacada doctrina entiende que puede ser extendido en situaciones concretas que así lo ameriten; en el caso, se encuentra acreditado que la recurrente es quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño y que la cuota alimentaria abonada por el padre no resulta suficiente para asegurarle una vivienda digna, en razón de ello es que están dadas las condiciones para extender el citado plazo.”¹³

Los fallos citados reflejan cómo los tribunales argentinos consideran el interés superior del niño y la situación económica de los convivientes, las cuestiones de género y vulnerabilidad, al momento de decidir sobre la atribución de la vivienda, y consideran que ante la ruptura de la unión convivencial, el plazo máximo de dos años para la atribución del uso de la vivienda previsto en el art. 526, CCC, es inaplicable o inconstitucional en tanto colisiona con normas de superior jerarquía.

Por otra parte, en general cuando decidieron con motivo de la existencia de hijos menores de edad, la tendencia imperante es determinar el plazo atado a la obtención de la mayoría de edad alimentaria de los hijos, salvo situaciones de discapacidad.

¹³ D., M. F. c/ P., C. A. s/ atribución vivienda familiar SENTENCIA 20 de Octubre de 2023 CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL. AZUL, BUENOS AIRES Sala 01 Magistrados: LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO – CARRASCO d SAIJ: FA23010282

**UTILIDADES DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL PROPIO Y
RECOMPENSA A VALOR CONSTANTE EN LA LIQUIDACIÓN DE LA
COMUNIDAD**

Por María José Fernández¹ y Luis Alejandro Ugarte²

I. CONCLUSIONES

1. Las utilidades de la sociedad de capital propio que pasan a reservas voluntarias o a resultados no asignados, aumentando el patrimonio de la sociedad y el valor reflejo de las acciones propias durante la vigencia de la comunidad dan lugar a recompensa en favor de la comunidad al tiempo de la su liquidación.

2. Los valores de erogación y provecho de los arts. 493 y 494 CCCN comparados a la disolución deben efectuarse a valores constantes, tanto entre la fecha de la inversión y la extinción como entre la fecha de la extinción y de la partición de la liquidación de la comunidad.

II. FUNDAMENTOS

**1. UTILIDADES DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL PROPIO Y
RECOMPENSA**

Las utilidades de la SA pueden: 1) capitalizarse, 2) pasar a reservas, 3) quedar como resultados no asignados y 4) distribuirlos la asamblea como dividendos.

El primer caso y el último están previstos como recompensas (1) o frutos del capital propio (4) pero los otros dos no.

El socio mayoritario del capital social propio en crisis conyugal no distribuirá dividendos para no engrosar como frutos de bienes propios a los bienes gananciales.

¹ Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones - UBA

² Profesor Titular de Derecho de Familia y Sucesiones - UBA

Pero pasar a reservas o resultados no asignados dichas utilidades no significa que no exista mayor valor del capital accionario propio: no es lo mismo tener el 20% de 100.000 que el mismo porcentaje de 200.000. Esto se verá en caso, por ejemplo, de venta de la empresa.

La mención que el trabajo personal está remunerado con honorarios o sueldos como director o empleado es insuficiente para prevenir el fraude entre cónyuges.

La comunidad de ganancias implica que toda ganancia obtenida durante su vigencia aumente la masa de gananciales y el principio general del art. 491 CCCN, primer párrafo, aconseja admitir la recompensa.³

El revalúo no sigue la misma suerte porque es un recurso contable para ajustar valores que no son los reales del capital de la SA.

Si la SA distribuye dividendos y estos vuelven a ingresar para aumento de capital, hay aporte o inversión ganancial (arg. art. 464 inc. k CCCN) y por ende recompensa; pero si la SA aplica utilidades a reservas facultativas o a resultados no asignados se agrega un elemento adicional que el art. 491 no contempla (solo refiere a capitalización de utilidades), siendo viable una interpretación más amplia, para no privar al cónyuge del socio de la recompensa.

Hoy solamente contamos, en una interpretación estricta, con la prueba del fraude entre cónyuges, lo que dificulta seriamente la reclamación. Véase que el cónyuge del socio no es socio, no interviene en asambleas, y frecuentemente desconoce su convocatoria y resultado, además de estar sujeto a la caducidad de las reglas de la LGS, salvo que acredite una nulidad absoluta.

Si bien consideramos que es importante ponderar lo expresado en la memoria que acompaña al balance para determinar la buena administración y puede impugnarse esta administración sobre la base de que el socio que no percibe dividendos en realidad ve frustrado su derecho a participar en ganancias, consideramos que es razonable postular una interpretación

³ El art. 491, primer párrafo, CCCN dispone que la comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.

extensiva del art. 491, tercer párrafo⁴, en el sentido aconsejado por nuestra ponencia.

2. CÓMPUTO A VALOR CONSTANTE EN LA LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN

El art. 1316 bis (ref. por ley 17711) preveía un ajuste equitativo de valores teniendo en cuenta la fecha de la inversión y las circunstancias del caso.

El nuevo CCCN⁵ alude a la apreciación de la erogación y el provecho en valor constante al día de la disolución del régimen y luego aplica el criterio análogo a la colación en sucesiones, considerando el estado de los bienes al tiempo de la extinción y de la liquidación.

Sin embargo, dado que la liquidación es camino de acceso a la partición y es en esta última etapa donde se especifica en bienes o se pagan los créditos, puede existir un lapso prudencial que justifique considerar todos los valores al tiempo de la partición, no de la disolución ni de la liquidación de la comunidad.

Frente a la depreciación económica de la moneda debe aplicarse el criterio del valor constante, pero llevado a la fecha más próxima a la partición, para no resultar criterios comparables que sean inequitativos y perjudicar al acreedor al percibir créditos en moneda envilecida.

Ratifica este criterio considerar a la recompensa como una obligación de valor, no de dinero, en la cual su satisfacción en moneda solamente es el medio para lograr la inalterabilidad de la prestación debida.

⁴ Esta norma indica: "... Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio."

⁵ Art. 493. Monto. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

Art. 494: Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.

FORMA DE LA CONVENCION MATRIMONIAL Y CONFIRMACION ULTERIOR

Por María José Fernández¹ y Luis Alejandro Ugarte²

I. CONCLUSIONES

1. La opción por el Régimen de Separación de Bienes a que refiere el art. 446 inciso d) del CCCN debe formularse por escritura pública otorgada con anterioridad a la celebración del matrimonio.
2. La opción formulada sin observancia de la forma impuesta al acto puede ser confirmada por los esposos mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva con los requisitos establecidos por el art. 393 CCCN.

II. FUNDAMENTOS

1. OPCION POR EL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES. FORMA.

Los actos jurídicos son reputados como "formales" o "no formales", según tengan o no una forma legal o convencionalmente impuesta. La imposición legal de una forma determinada se encuentra normalmente vinculada a la especial trascendencia social o económica que revisten ciertos actos.

La moderna finalidad de la forma es, sobre todo, la de asegurar contra toda duda la univocidad del acto y garantizar su seriedad, advirtiendo a quien lo realiza que apareja consecuencias sociales que han de ser bien ponderadas. Esta exigencia sólo la sienta el legislador de nuestros días en cuanto a los actos de más grave entidad³.

¹ Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones - UBA

² Profesor Titular de Derecho de Familia y Sucesiones - UBA

³ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Biblioteca de Derecho Privado. Ediciones Olejnik, 2018, p. 215.

Su observancia se encuentra directamente ligada con la eficacia del acto que se pretende realizar, la extensión de las solemnidades es reflejo de la intensidad de la protección dada al acto por parte del legislador.

Como fundamento de las solemnidades se han invocado, entre otros los siguientes: a) Favorecer la reflexión; b) Dotar de mayor precisión y claridad a las declaraciones de las partes; c) Cuidar la seguridad jurídica; d) Dar certeza del acto; e) Facilitar la prueba del acto; f) Proteger el orden público y la moral social, entre otros. En definitiva, el fundamento esencial de las solemnidades es la protección o tutela de los ciudadanos respecto de ciertos actos. En el campo del derecho de familia, dada la naturaleza de las relaciones de que se trata, la garantía de una forma solemne advierte a los particulares del acto que realizan, siendo ejemplos de ello el matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, etc.

A tenor de lo dispuesto por los arts. 446 y 448 CCCN, siendo la herramienta para el ejercicio de la opción por el régimen patrimonial matrimonial la “convención matrimonial”, la misma debe ser efectuada por escritura pública.

No obstante, parte de la doctrina ha sostenido que la opción por el régimen de separación de bienes que pretendan realizar los contrayentes podría formularse frente al oficial público del Registro Civil, lo que se ha trasladado a la práctica de algunos registros; postura que se ha justificado en la aparente contradicción que existiría entre la letra de los incisos i] y j] del art. 420 y el art. 448 del Código Civil y Comercial y las referencias que, propiciando tal posibilidad, formulara la Comisión Redactora del mismo en los Fundamentos al Anteproyecto de Reformas ⁴; las similitudes y diferencias entre el oficial público y el notario; y entre el acta matrimonial y la escritura pública⁵.

⁴ En los fundamentos se expresa: "El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción para elegir entre dos regímenes de bienes... Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas". AA.VV., "Código Civil y Comercial de la Nación", Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2014, p. 63.

⁵ CARRILLO HERRERA, Gonzalo. Registro Civil y cuestiones patrimoniales. A propósito de la elección del Régimen Patrimonial del Matrimonio. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2020-1. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 115.

Entendemos que las convenciones matrimoniales a que refiere el art. 446 del Código Civil deben ser otorgadas por escritura pública, y que la pretendida distinción entre “convención matrimonial” y “opción por alguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio” no resulta de norma alguna que permita, en este último caso, apartarse de la forma instrumental impuesta.

El art. 448 es una norma especial, incluida en el Capítulo destinado a la regulación de las convenciones matrimoniales, que no ofrece dificultades interpretativas respecto de la formalidad instrumental impuesta al acto. Tampoco ofrece dudas la letra del art. 446 *in fine* que califica el acto por el cual los contrayentes formulen la opción por el régimen de separación de bienes como una convención matrimonial, que como tal, debe instrumentarse en la forma establecida por las disposiciones relativas a las mismas.

La exigencia de la escritura pública en materia de convenciones matrimoniales sigue la tradición jurídica de nuestra legislación (conf. art. 1223 C.C.), y fue también la forma impuesta por los Proyectos de Reforma del año 1993 (art. 497) y de 1998 (art. 440), y la prevaleciente en el derecho comparado en razón de la trascendencia personal y social del acto.

El citado art. 420 que fundamentaría la distinción formulada por la doctrina opuesta, en lo que aquí interesa, reza: “Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: ... i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes ...”.

Dicho argumento no conmueve la exigencia de la escritura pública pues dichas normas abordan cuestiones diferentes: Mientras el art. 466 citado trata en especial de la “forma” que debe revestir el acto jurídico, el art. 420 refiere al modo de dotarlo de “publicidad” y “oponibilidad”, estableciendo las menciones que en cada caso deben constar en el acta matrimonial.

La separación en dos incisos del contenido del acta de matrimonio respecto de las menciones que debe contener resulta plenamente justificada; pues sin negar la condición de convención de ninguno de los actos referidos en el art. 446 los publicita en forma independiente, lo que resulta adecuado. Las convenciones a que refieren los incisos a) a c) apuntan a las relaciones

internas de los cónyuges; mientras el régimen patrimonial al que los esposos queden sujetos adquiere fundamental trascendencia para los terceros en su interacción patrimonial con los esposos (v.g. la necesidad de asentimiento conyugal para el otorgamiento de ciertos actos, ampliación de las facultades de agresión patrimonial de los acreedores, etc.). De ahí que no se limite a comunicar la existencia de la convención sino su contenido, es decir “la opción”.

Respecto de las expresiones de la Comisión Redactora en los Fundamentos del Anteproyecto, huelga señalar qué si las mismas no se encuentran plasmadas en el articulado del Código vigente, y sin perjuicio de su importancia, carecen de valor normativo, por lo que no pueden enervar el texto claro de la ley en orden al tipo de instrumento exigido.

Respecto de las similitudes entre los roles que desempeñan el oficial público y el notario, cabe señalar que si bien en ambos se ha delegado el ejercicio de una función pública fedante, su ámbito de su competencia es disímil y no intercambiable.

Finalmente, si bien tanto el acta de matrimonio como el instrumento notarial revisten el carácter de instrumento público (conf. art. 289 CCCN), uno de sus requisitos de eficacia es que cada uno de ellos sea otorgado por el oficial público dentro del ámbito de su competencia.

Finalmente, la exigencia formal cumple en el caso la finalidad de asegurar que las partes hayan contado con el adecuado asesoramiento y meritado la trascendencia del acto así como sus efectos; lo que resulta especialmente relevante en nuestro medio jurídico en razón del desconocimiento que en general existe en la ciudadanía sobre la materia por tratarse de una práctica con un incipiente desarrollo por no formar parte de las costumbres en nuestro país.

Debe señalarse que, en la actualidad, los registros civiles solicitan a los futuros contrayentes que señalan con una “X” en el formulario a completar al requerir turno para la celebración de las nupcias, entre otros datos, el régimen al que quedarán sujetos. En el contexto actual, donde prima el desconocimiento de los efectos de tal elección -incluso entre los operadores jurídicos-, dicha práctica puede resultar en la vulneración de los derechos de alguno de ellos que creyendo quedar sometido al régimen de comunidad, cuyo contenido fundamental conocen por su extensa difusión social, se encuentren en el futuro -pasados muchos años de matrimonio,

inmersos en una situación de la que no han tenido cabal conocimiento o comprensión.

Cabe sostener, finalmente, que existiendo una norma expresa en materia de forma, y aún cuando las divergencias interpretativas fueran fundadas, una actuación prudente y diligente aconsejan el respeto a las mismas con la finalidad de satisfacer elementales principios de seguridad jurídica en protección de los propios esposos y el resguardo de los derechos de los terceros.

2. CONFIRMACIÓN

Dentro del esquema conceptual desarrollado la convención matrimonial en la que se plasma la opción por el régimen de separación de bienes es calificada como un acto jurídico formal debiendo otorgarse por escritura pública.

Dicha forma instrumental no les ha sido impuesta bajo pena de nulidad, por lo que se trataría de un acto formal de solemnidad relativa. El defecto de forma determinaría que se trate de un acto viciado de nulidad, la que a tenor de lo anteriormente expuesto sería de carácter relativo, por lo que en tal caso la opción resultará inhábil para producir los efectos que le son propios, tanto entre las partes como respecto de terceros, aun cuando cuente con publicidad.

De allí que la opción en la que se prescindió del cumplimiento de la forma podría ser expresamente confirmada por los interesados mediante el otorgamiento del acto otorgado en la forma legalmente impuesta, es decir, la escritura pública que recoja la voluntad concurrente de ambos esposos o contrayentes en tal sentido (art. 388 CCCN), en la que se deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 393 CCCN.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 395 CCCN, el acto de confirmación de un acto entre vivos tiene efectos retroactivos a la fecha en que el mismo se celebró. Es decir: El acto originalmente nulo producirá entre las partes sus efectos típicos desde el momento en que tuvo lugar el acto anulable, quedando a salvo los derechos de terceros.

PRINCIPIOS Y NORMAS APLICABLES ANTE LA RECLAMACIÓN DE BIENES EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Por Esther H. Silvia Ferrer¹, Paula Noelia Bermejo² y Lucía Martínez Lima^{3,4}

I. CONCLUSIONES

1. No corresponde presumir la existencia de un condominio sobre los bienes, o sociedad de hecho entre los convivientes.
2. Ante la falta de pacto, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba los aportes o prestaciones para las adquisiciones de bienes u obtención de rentas en orden a las figuras de simulación, mandato oculto, régimen de la sociedad de hecho o sociedad de la Sección IV de la LGS, enriquecimiento sin causa u otras figuras que pudieran corresponder.
3. La consideración especial de la condición y/o situación de vulnerabilidad podría resultar una herramienta útil, además de las antedichas, a fin de determinar los aportes o prestaciones para las

¹ Profesora Adjunta de Contratos Civiles y Comerciales. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la UBA, donde también es. Profesora de grado, posgrado y doctorado. Investigadora con dedicación exclusiva en la misma casa de estudios. Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja”. Directora de Proyectos de investigación UBACyT “Vulnerabilidad, inteligencia artificial, transhumanismo y riesgo del desarrollo. La sociedad de la incertidumbre y el mercado. Los posibles daños: ética y/o eficiencia.” E-mail: esthersilviaferrer@gmail.com

² Profesora Adjunta Interina de Contratos Contratos Civiles y Comerciales y Auxiliar de Segunda de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios de la misma casa de estudios . Integrante de Proyecto UBACyT ”Derecho y sociedad: teoría y prácticas para el abordaje de los conflictos transversales a la niñez y la adolescencia.” Coordinadora del Seminario “Vulnerabilidad y Derecho” del Instituto de Investigaciones Gioja. E-mail: paulaberrmejo@derecho.uba.ar.

³ Becaria UBACyT de Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios en el proyecto UBACyT “Vulnerabilidad, inteligencia artificial, transhumanismo y riesgo del desarrollo. La sociedad de la incertidumbre y el mercado. Los posibles daños: ética y/o eficiencia”, Programación Científica 2023, Código: 20020220300170BA. Auxiliar de segunda en la materia Contratos Civiles y Comerciales, de la Facultad de Derecho, UBA..

⁴ En la presente ponencia colaboró Salvador Francisco Jose Etchevers, integrante del Proyecto de investigación UBACyT “Vulnerabilidad, inteligencia artificial, transhumanismo y riesgo del desarrollo. La sociedad de la incertidumbre y el mercado. Los posibles daños: ética y/o eficiencia.”..

adquisiciones de bienes u obtención de rentas en la unión convivencial, cuando haya un desequilibrio entre los convivientes que le haya impedido al más vulnerable valerse de los recaudos necesarios precavidos por los otros institutos para acreditar dicha adquisición o aporte.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene por objetivo establecer algunas pautas y principios aplicables ante la reclamación de bienes por los integrantes de la unión convivencial.

Resulta interesante destacar que esta materia ha sido objeto de una ponencia nuestra presentada (Profesores Ferrer, Bermejo, Etcheverry y Fernandez⁵⁵) en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁶ en la comisión 7 que atendía a la temática de las uniones convivenciales en general, en la que nos abocamos específicamente a las problemática del régimen de bienes.

Dicha ponencia ha dado frutos en las conclusiones receptadas por unanimidad que a continuación se detallan, conforme la cual: “No corresponde presumir la existencia de un condominio sobre los bienes, o sociedad de hecho entre los convivientes.” y “Ante la falta de pacto, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba los aportes o prestaciones para las adquisiciones de bienes u obtención de rentas en orden al enriquecimiento sin causa, interposición de personas u otras figuras que pudieran corresponder.”

Para el análisis en profundidad, nos remitimos a estudio y propuesta formulado en dicha ponencia, solo aquí ponemos de resalto algunos aspectos que creemos merecen especial atención.

⁵ Ponencia presentada en la comisión 7 titulada “Posibles encuadres jurídicos y probanzas en relación a la reclamación de algunos bienes en las uniones convivenciales.”

⁶ [Conclusiones de la Comisión 7](#) de Derecho de Familia, de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe en 2019.

Tal como allí puntualizamos el art. 518 CCCN dispone que las relaciones patrimoniales entre los integrantes de la unión se rigen, en principio, por lo estipulado en el pacto de convivencia, en cuyo caso se aplicará lo que éste disponga. Ante la falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción reguladas para la protección de la vivienda familiar⁷ y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

De su lado el art. 528 del CCCN, dispone en relación a la distribución de los bienes que, “a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de persona y otros que puedan corresponder.”⁸

Ello así, cuando no exista pacto de convivencia, se establece a modo de régimen legal supletorio que los bienes adquiridos durante ésta se mantienen en el patrimonio en el que ingresaron, sin perjuicio de que cesada la misma, y por aplicación de los principios generales del derecho civil, uno de los convivientes pueda reclamar derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia; en cuyo caso deberá probar los extremos según la figura jurídica en la que corresponda encuadrar el caso.

⁷ Vid. Medina Graciela, “Derecho de Familia”, directores Rivera, Julio César y Medina, Graciela. Autores Medina, Graciela y Roveda, Eduardo Guillermo; editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019; pág. 468 y sigt. Ferrer de Fernández, Esther H. S. y Bermejo, Paula N. “El derecho humano al acceso y protección de la vivienda familiar, su tutela en el derecho privado y el deber del Estado. El Programa Nacional de Alquiler Social” en [Revista Jurídica de Buenos Aires, año 45, número 101, 2020-II](#), Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones.

⁸ En el fundamento del Anteproyecto a la disposición analizada la Comisión expresa en solución concordante con la que habremos de concluir, que, “Ante la inexistencia de pacto y a modo de régimen legal supletorio, en el anteproyecto se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de que por aplicación de los principios generales del derecho civil (p. ej., el enriquecimiento sin causa, etc.) uno de los convivientes pueda solicitar después del cese de la unión, derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia. De esta manera, el Anteproyecto reconoce y habilita de manera expresa, solicitudes en materia patrimonial queya la jurisprudencia nacional ha admitido en ciertas oportunidades y bajo determinadas circunstancias.”

2. PRINCIPIOS Y FIGURAS JURÍDICAS APLICABLES ANTE LA RECLAMACIÓN DE BIENES EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Como dijimos, ante la ausencia de pacto, el conviviente que pretenda reclamar derechos sobre los bienes adquiridos durante la unión convivencial deberá probar los extremos que habilitan la aplicación de la figura jurídica determinada.

En el marco jurídico actual se halla un amplio abanico de posibles encuadres jurídicos para que aquel integrante de la unión convivencial que no resulta ser titular registral de algún bien y afirma que ha contribuido a la adquisición del mismo pueda efectuar el reclamo correspondiente. Entre otros, podemos mencionar:

a) Simulación o mandato oculto

Una de las posibilidades, si fuere el caso, consiste en reclamar encuadrando la pretensión en un condominio del o los bienes objeto de la acción, para lo cual se deberá demostrar: a) La existencia de simulación del acto jurídico por el cual se adquiere el bien o los bienes objeto de la demanda, o; b) La existencia de un mandato oculto por el cual el comprador ha sido comisionado para realizar la compra del bien que ha sido objeto de la pretensión.

En ambos casos, el reclamante deberá acreditar la utilización de fondos propios para la adquisición del bien, que se pretende en parte le pertenece.

Asimismo, en el primer caso, es decir cuando se está ante un acto que se dice simulado, y en el supuesto que se requiere como prueba de la simulación la existencia de contradocumento; por aplicación de lo dispuesto en el art. 335 CCCN, el conviviente que pretende ser titular de un bien estará eximido de esta probanza siempre y cuando del resto de la prueba acercada a la causa surja inequívoca la simulación invocada.

b) Sociedad de hecho o sociedad de la Sección IV de la LGS

Otro encuadre, si fuere el caso, consiste en encuadrar el supuesto fáctico en la figura de la sociedad de hecho, o sociedad de la Sección IV de la Ley General de Sociedades.

En cuyo caso quien reclama deberá acreditar la existencia de la sociedad de hecho, o actualmente sociedad de la Sección IV de la Ley

General de Sociedades, mediante la acreditación de aportes serios a la sociedad y la participación en las pérdidas y las ganancias en la misma.

Dichos aportes pueden resultar de la acreditación mediante la inversión de fondos propios o trabajo personal con destino a la sociedad, pero siempre la prueba debe ser efectiva y convincente y se ha de analizar con criterio restrictivo y severo.

Sin embargo, no solo el encuadre jurídico pueden descansar en una figura contractual, sino que muchas veces también pueden resultar aplicable los principios y valores jurídicos de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 del CCCN. Entre ellos destacamos:

c) Enriquecimiento sin causa

El supuesto fáctico podría encuadrarse en la figura del enriquecimiento sin causa, la que resulta aplicable a los casos en los cuales el ordenamiento jurídico no concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido por el accionante.

En cuyo caso deberá el reclamante acreditar la utilización de fondos propios para la adquisición del bien que reclama y que el otro conviviente se enriqueció, es decir aumentó su patrimonio en función de la utilización de los fondos del reclamante, como así también que no existe otra vía para encauzar el reclamo.

d) Perspectiva de vulnerabilidad

Destacamos finalmente que no puede negarse la importancia de considerar la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar alguno de los integrantes de la unión convivencial.

Y es que en los últimos años se ha instalado cada vez más en el terreno jurídico la noción de vulnerabilidad a través de la incorporación de diversas normas y antecedentes jurisprudenciales.

En efecto la Constitución Nacional Argentina (CN) reformada en 1994 ha contemplado la necesidad de tutelar a las personas vulnerables. Así pues, el art. 75 inc. 23 de la CN impone como deber del Estado en cabeza del Congreso Nacional, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, en

particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Integran dicho bloque de constitucionalidad, *confr.* el art. 75 inc. 22 parr. 2 de la CN, entre otros, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas

las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así como también se le ha otorgado jerarquía superior a las leyes, a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (*confr.* art. 75 inc. 22 párr. 3)⁹.

Por su parte el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) recepta la estructura jurídica que invocamos obligando a resolver los casos que dicho código rige de conformidad con la CN y los Tratados de Derechos Humanos en los que la Argentina sea parte.

Resulta dable de destacar entonces la noción de vulnerabilidad proveniente de las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia durante los días 4 a 6/03/2008, que si bien no tienen fuerza obligatoria, sobre ellas ya se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación destacando que las mismas constituyen una "guía" útil para analizar los derechos de personas vulnerables (Acordada CSJN 5/2009).

El art. 51 del CCCN, por su parte establece que, la persona humana es inviolable y que en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad;

En tal sentido, propiciamos la propuesta elaborada por la Comisión para la modificación parcial del CCCN realizada por los Dres. Diego Botana, Julio C. Rivera y Ramón D. Pizarro designada por decreto 182/2018; que incorpora un segundo párrafo al actual art. 51 CCCN relativo a las personas en condición de vulnerabilidad, reconociendo que "estas tienen derecho a una tutela efectiva diferenciada, que promueva, proteja y asegure el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad" considerando que se encuentra en condición de vulnerabilidad "aquella persona que, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por

⁹ Aprobada por ley [27.360](#) y con jerarquía constitucional otorgada por ley [27.700](#)

circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentre especiales dificultades para el efectivo ejercicio y reconocimiento de los derechos de los que es titular".

Dicha incorporación según los fundamentos de la propuesta encuentra basamento en las Reglas de Brasilia, a las que hemos hecho alusión y que de ese modo importan armonizar, el derecho interno con las reglas y principios de las normas supranacionales que rigen esta cuestión, considerándose "axiológicamente valioso y necesario que el código recepte una tutela más enérgica para quienes por su estado de salud, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales se encuentren en situación de vulnerabilidad." De esta manera se afianza "la garantía de igualdad ante la ley, que necesariamente requiere ponderar asimetrías de esta naturaleza."

De tal modo, cada vez se más se instala como un concepto jurídico la noción de "vulnerable" e incluso "de desventaja" para referirse a aquellos grupos de personas que revisten un mayor grado de vulnerabilidad, la que puede caracterizarse no solo como una condición de determinadas personas sino también, como una situación especial por las que éstas pueden atravesar en algún momento de su vida o en una situación determinada.

El CCCN, por su parte, y en referencia a los procesos de familia el art. 706 establece que, "Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos." (inc. a.).

Consecuentemente con ello destacamos que, a fin de determinar los aportes o prestaciones para las adquisiciones de bienes u obtención de rentas en la unión convivencial, otra herramienta útil a considerar, además de los primeramente considerados, resulta la especial condición y/o situación de vulnerabilidad en la que puede hallarse uno de los convivientes, en cuanto genere una situación de disparidad o desequilibrio de uno de los convivientes respecto del otro, que le haya impedido valerse de los recaudos necesarios precavidos por los otros institutos para ampararse o acreditar dicha adquisición o aporte.

REFUGIO EN LA EDAD: ATRIBUCIÓN DE VIVIENDA Y VULNERABILIDAD

Por Grecia A. Gómez Ramos¹ y E. Salomé Nausneris Zavala²

I. CONCLUSIONES

1. La protección de las personas mayores en situaciones de vulnerabilidad habitacional requiere una perspectiva integral y adaptativa. Los mecanismos judiciales deben considerar la edad avanzada y sus implicaciones para asegurar que el derecho a una vivienda digna y segura se mantenga intacto. La atribución vitalicia del uso de la vivienda puede ser una solución adecuada en casos de extrema vulnerabilidad, reflejando un compromiso genuino con los principios de justicia, igualdad y dignidad para todos los ciudadanos.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN: VIVIENDA, MÁS QUE UN DERECHO TEMPORAL

La atribución de la vivienda contemplada en el artículo 444 del Código Civil y Comercial (CCyC) permite conceder a uno de los cónyuges el derecho exclusivo de usar el inmueble en el que se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio. Para determinar quién se encuentra en mejores condiciones para recibir este derecho, la norma establece que el juez

¹ Abogada y Notaria (UCC). Especialista en Derecho de Familia (UCA). Miembro de la Sala de Familia, Sucesorio y Vulnerabilidades de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC). Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Derecho de la Niñez, Violencia Familiar y de Género, de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC).

² Abogada (UNC). Especialista en Derecho de Familia (UNR). Asesora y Defensora Pública de Familia de la ciudad de Córdoba. Miembro de la Sala de Familia, Sucesorio y Vulnerabilidades de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC). Adscripta en la materia Privado VII (Familia), de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC).

Aval de acuerdo con el art. 6° del Reglamento de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Wallace, Nélica Mariana Isabel. Titular de Cátedras: Privado VII (Familia) y Derecho de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UCC). Adjunta Cátedra: Privado VI (Familia y Sucesiones), Facultad de Derecho (UNC)

debe considerar criterios objetivos relacionados con la vulnerabilidad o mayor necesidad del solicitante.

Este derecho es temporal, ya que implica una restricción al dominio del cónyuge a quien no se le atribuyó el uso. La justificación de esta medida radica en la solidaridad que debe prevalecer entre los miembros de la familia, pero no es un derecho vitalicio. El artículo 445 del CCyC establece las causas de cese de este derecho. Esto por cuanto aunque el objetivo es proteger al excónyuge más vulnerable –al afectar el derecho de propiedad del otro cónyuge– el derecho de uso es transitorio y su duración dependerá de las circunstancias específicas del caso. Así, el juez será quien deba evaluar la situación para determinar la duración que estime apropiada; pero si las circunstancias que justificaron la atribución persisten o empeoran, el beneficiario puede solicitar una ampliación del plazo por motivos fundados, y el juez puede concederla.

Estas disposiciones y soluciones resultan razonablemente aplicables en la mayoría de los casos. Sin embargo, dentro del vasto universo de posibilidades, existe un colectivo de situaciones en las que la fijación de un plazo de finalización de la atribución del uso de la vivienda no sería la solución más adecuada. Concretamente, nos referimos a los casos donde una o ambas partes son adultos mayores en condición de vulnerabilidad. En estos contextos, que requieren una perspectiva tutelar especial, la solución que mejor resguardaría al beneficiario del uso de la vivienda familiar sería la concesión de la atribución de manera vitalicia.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA VULNERABILIDAD

La palabra "vulnerabilidad" conserva una cierta vaguedad conceptual, lo que permite su uso y adaptación en diversas situaciones. Siguiendo a la jurista suiza Samantha Besson³, la vulnerabilidad es un concepto "potencial", refiriéndose a la posibilidad de ser herido; es decir, una amenaza efectiva sobre una persona o colectivo. Además, tiene un aspecto "objetivo", basado en la afectación o peligro concreto, y un aspecto

³ BESSON, Samantha, "La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, l'exemple de la jurisprudence de la Cour EDH", en Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par le juge en Europe (La vulnerabilidad según el juez en Europa)*, Pédone, Paris, 2014, ps. 59 y ss. Citado por FULCHIRON, Hugues, "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables", en BASSET-FULCHIRON-LAFFERRIERE-BIDAU-GARON, *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, CABA, 2017, ps. 4.

"subjetivo", definido por la percepción de la situación particular de la persona. La vulnerabilidad es también "relacional", ya que un individuo puede ser víctima de una afectación debido a una amenaza por parte de otro (sea individual, colectivo, público o privado). Finalmente, la vulnerabilidad es tanto descriptiva de una situación como prescriptiva de un estatuto que requiere protección especial.

Por su parte, en las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, se indica que *“se consideran se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”*⁴.

En base a estos preceptos, se puede conceptualizar a la vulnerabilidad desde una dimensión subjetiva (ya sea individual o grupal), que en su necesaria interrelación con otros (alteridad relacional), se coloca en una situación de riesgo o peligro, que requiere del acompañamiento y fortalecimiento de los espacios jurídicos para garantizar efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁵.

3. LA VEJEZ COMO CATEGORÍA VULNERABLE

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIDHPM) define al “envejecimiento” como un proceso gradual que se desarrolla durante el

⁴ REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, Sección 2°. Beneficiarios de las Reglas. 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>

⁵ BASSET, Ursula C., “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en BASSET-FULCHIRON-LAFFERRIERE-BIDAU-GARON, *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, CABA, 2017, ps. 25.

curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio. Así, la vejez es entendida como una construcción social de la última etapa de la vida de una persona.

Por su parte, identifica como persona mayor a aquélla de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. En el mismo camino, define a la persona muy mayor a aquélla que cuenta con 75 años o más. En ocasiones, personas muy mayores requieren de servicios especiales o no pueden realizar plenamente actividades de la vida diaria.

Así, la vejez por sí misma no implica necesariamente vulnerabilidad o fragilidad. Sin embargo, dentro del grupo de personas mayores, existen aquellas que son vulnerables o frágiles, condición que las hace susceptibles de especial protección. Factores como las condiciones de salud, la discapacidad, el origen social y el aislamiento serán relevantes para evaluar correctamente una situación. Por lo tanto, junto con la edad, serán las consecuencias del paso del tiempo en la vida de una persona las que determinarán su condición como vulnerable.

4. LA VIVIENDA COMO PILAR DE ESTABILIDAD EN LA VIDA DE LAS PERSONAS MAYORES

El concepto “vivienda” puede apreciarse desde diversas perspectivas. Etimológicamente, la vivienda se refiere al espacio cerrado, cubierto y acondicionado para el desarrollo cotidiano de quien la mora, en el cual y hacia el cual se establecen vínculos afectivos; mientras que filosóficamente puede concebirse como la forma y el marco dentro del cual se despliegan las distintas posibilidades del ser y abarca entonces su desarrollo íntegro, en donde podemos distinguir en cada etapa de la vida humana una forma particular de vinculación con la vivienda, pues en la niñez es estrecha y nos viene dada; en la juventud se relaja pues se aspira a un sitio propio; y en la edad adulta, se convierte en sinónimo de propiedad dentro del cual se afirma entonces la identidad y autonomía del sujeto.

Desde una perspectiva jurídica y tomando como base la teoría trialista del mundo jurídico⁶, podemos concebir a la vivienda de una manera tridimensional: desde el ámbito material, simbólico y funcional. La dimensión material se refiere al espacio cerrado y cubierto en el cual cada persona establece su centro de vida, que es lo que conocemos como “casa”. La simbólica alude al significado afectivo y biográfico que representa para quien la habita y puede identificarse como el “hogar”. Y la funcional, que la convierte en el “hábitat”, se refiere a que en ella se cuente con la infraestructura y servicios necesarios para que la vida cotidiana se lleve a cabo sin problemas.

5. JUSTIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN VITALICIA DE LA VIVIENDA

La vivienda es un componente crucial en la estabilidad y la calidad de vida, especialmente para los adultos mayores atravesados por condiciones de vulnerabilidad. Estos individuos –al enfrentar limitaciones físicas y cognitivas, se encuentran en una posición de desventaja significativa cuando deben participar en procesos judiciales para solicitar y/o extender su derecho al uso de la vivienda.

En estos contextos, cuando el fundamento para atribuir el uso de la vivienda es la mayor edad –sumado a una especial situación de vulnerabilidad– cabe razonablemente suponer que al momento del vencimiento del plazo, las condiciones que se tuvieron en cuenta para otorgar el beneficio en primer lugar, se habrán incrementado. Esto por cuanto no es posible que la situación se “revierta”, desde una perspectiva cronológica.

Así, al momento de finalización del plazo, la persona beneficiada con el uso, se encontrará en una situación aún más comprometida que la que tenía al inicio de su petición de atribución. Esto no sólo por la mayor edad, sino también por las dificultades que dicha mayor edad trae generalmente aparejada: dificultades de movilidad y traslado, compromiso en las funciones cognitivas, como así también las angustias y el estrés que trae

⁶ Dabove, María Isolina, “Vivienda y Derecho de la Vejez: Perspectiva jurídica trialista”, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. vol. X, núm. 2, Nueva Serie II, 2019, p. 29. Disponible en: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/27878>>

aparejado un nuevo proceso judicial en donde –una vez más– se encuentra en juego la vivienda que se habita.

Esta afirmación no constituye un juicio de valor, ni una aseveración de inevitable deterioro; puesto que cada persona tiene su propia particularidad y situación. Sin embargo, se puede sensatamente concluir –en virtud del ciclo de la vida – que a mayor edad cronológica, mayores serán las situaciones que comprometerán el adecuado funcionamiento del cuerpo de una persona.

6. VIVIENDA VITALICIA: DERECHO REAL DE HABITACIÓN

La idea de la utilización vitalicia de la vivienda no es nueva, puesto que podemos encontrar esta misma previsión en el art. 2383 del CCyC; que otorga el derecho de habitación de la vivienda familiar al cónyuge supérstite, de manera gratuita y vitalicia.

Conforme lo señala Badrán, *“la habitación legal del cónyuge supérstite es el derecho real gratuito y vitalicio por el cual se concede como vivienda el inmueble que constituyó el último hogar conyugal de propiedad del causante y que no se encontraba en condominio a la apertura de la sucesión”*⁷.

El fundamento de este derecho de fuente legal, germina de la perdurabilidad de la protección de la vivienda instaurada en los artículos 456 y 522 respectivamente del CCyCN, como núcleo del desarrollo familiar, además, es el carácter asistencial⁸ y posee una finalidad tuitiva, asegurando al cónyuge supérstite la conservación de la habitación del inmueble que en vida constituyó la sede del hogar conyugal frente a eventuales requerimientos de coherederos o legatarios tendientes a la partición o lo que

⁷ BADRÁN, Juan Pablo. *Proceso sucesorio: Instituciones sustanciales del derecho sucesorio. Medidas cautelares. Declaratoria de herederos. Protocolización del testamento. Juicio sucesorio propiamente dicho. Administración de Herencia. Acreedores en la sucesión. Ineficacia de los testamentos y legados. Acciones judiciales: petición de herencia, indignidad, reducción, colación, exclusión hereditaria. Honorarios*. 1ra. Ed., Ediciones Lerner, Córdoba, 2019, p. 495.

⁸ Este fundamento asistencial ha inspirado las consideraciones de las XIX Jornadas Notariales Bonaerenses realizadas en Pergamino, Provincias de Buenos Aires, en 1975, en la Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, efectuadas en Tucumán en el mismo año y en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil llevadas a cabo en Mendoza en 1976.

será más frecuente a la venta del bien.⁹ Asimismo, este derecho opera de pleno derecho, con los requisitos impuestos por la ley, es decir, en tanto y en cuanto, el inmueble haya sido el último domicilio conyugal y no haya condominio con otras personas.

Aclaran Mariani de Vidal y Abella¹⁰ que “*se trata de un derecho atribuido al cónyuge superviviente como una carga común de la herencia sea el inmueble propio o ganancial*”. Por lo tanto, este cónyuge lo adquiere por derecho propio (*iure proprio*), no lo recibe por herencia (*iure hereditatis*), no integrando la masa hereditaria, su valor no se tiene en cuenta para determinar las porciones legítimas.

Las reglas de la habitación conyugal deberán ser antepuestas a las de la legítima, por lo tanto, no las elimina ni las altera, produciéndose una *postergación temporaria* para la atribución del uso de uno de los bienes que integran el acervo. Así, los herederos que acepten la sucesión, deberán respetar el derecho subjetivo a habitar ese hogar por parte del cónyuge. Se lo considera como una carga legal¹¹ impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge superviviente o del conviviente superviviente (en su caso), independientemente de la cuota o porción a él asignada en concurrencia con otros herederos.

Entonces -si bien se trata de un derecho real, de distinta naturaleza del derecho de uso- opera de pleno derecho para el cónyuge superviviente sobre la vivienda familiar, incluso si la misma era de propiedad exclusiva del causante. En estos casos, sin indagar sobre la real situación del cónyuge superviviente, se otorga el derecho real de manera vitalicia y gratuita.

Aquí surge el interrogante sobre ¿por qué se prevé siempre un plazo para otorgar la atribución del uso de la vivienda familiar, sin considerar la verdadera situación del beneficiario; cuando frente a una situación similar - y sin valorar la real situación del cónyuge superviviente- se otorga el derecho real de habitación de manera vitalicia y gratuita?

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Ricardo Lorenzetti, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 726.

¹⁰ MARIANI DE VIDAL, Marina- ABELLA, Adriana. *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Zavalía, 2016. T. II., pág. 52.

¹¹ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 1, p. 654.

En ambos casos nos encontramos con restricciones a los derechos del dominio de otros, ya sea del ex-cónyuge, ya sea de los herederos.

Así, si consideramos que detrás de cada disposición normativa se encuentra una persona que requiere de una respuesta judicial efectiva; ¿cuál sería la objeción para habilitar la posibilidad de otorgar el uso de la vivienda familiar -de manera gratuita y vitalicia- al ex cónyuge, si se trata de un adulto mayor y las condiciones de vulnerabilidad que lo atraviesan así lo justifica?

La protección del derecho de habitación del cónyuge supérstite –al igual que con el derecho de uso de la vivienda familiar para el excónyuge– se fundamenta en principios internacionales de derechos humanos, como el derecho a la vivienda, la solidaridad familiar y la protección de grupos vulnerables, como las personas mayores, además del principio pro homine. Esta tutela prioriza la visión constitucional del derecho a la vivienda sobre los intereses patrimoniales de los herederos, garantizando la seguridad y estabilidad habitacional del cónyuge o conviviente sobreviviente¹².

Respecto de las personas mayores, la Cámara Civil y Comercial de Necochea¹³ revocó la sentencia de grado que había hecho lugar al cese del derecho real de habitación de la cónyuge supérstite de 70 años de edad y con un delicado estado de salud, observando la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por ley 27.360.

Asimismo, la sala II de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa¹⁴ (La Pampa) estableció que el establecimiento del derecho real de habitación previsto en el art. 2383 del CCyCN es consecuencia de la protección de derechos humanos de las personas mayores consagrada en la Convención Interamericana aprobada por ley 27.360, que establece en su art. 24 que “La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades”.

¹² ZAVALA Gastón Augusto, “Derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2022-3: Derecho de sucesiones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 384.

¹³ CCom. de Necochea, 26-9-2019, “Ferrari, Guerino Rubén s/Sucesión”, 8448, Rubinzal Online, RC J 10895/19; L. L. Online, AR/JUR/33320/2019.

¹⁴ CCCLMin. de Santa Rosa, sala II, 9-11-2021, “D. M. J. E. s/Sucesión ab intestado”, RC J 459/23.

En resumen, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, al ser vitalicio, gratuito y de pleno derecho, garantiza al sobreviviente el derecho de habitar la vivienda familiar de manera permanente, sin que los herederos puedan ceñir este derecho. Al ser vitalicio este derecho real de habitación, implica que los herederos se ven restringidos al dominio por cónyuge fallecido, por lo tanto, la ley establece sus fundamentos priorizando la visión constitucional del derecho a la vivienda sobre los intereses patrimoniales de los herederos, asegurando la estabilidad habitacional del cónyuge, basándose en principios internacionales de derechos humanos.

7. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y LA NECESIDAD DE MECANISMOS JUDICIALES ADAPTATIVOS

En este camino, entendemos que la fijación de un plazo para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar -cuando se trata de adultos mayores en condiciones de vulnerabilidad- resulta arbitraria y prematura. Los magistrados que deben resolver estos casos se enfrentan a la dificultad de prever el futuro, sin conocer las complejidades físicas, cognitivas, materiales, económicas y emocionales que la persona beneficiada deberá enfrentar. En el contexto de un posible desalojo de su vivienda, estas incertidumbres se agravan aún más.

Imaginemos a una persona mayor, cuyo cuerpo ya no responde como antes, que lucha con cada paso debido a la fragilidad de sus huesos, y cuya mente se ve atrapada en la confusión y el olvido de la vejez. Esta persona, en su avanzada edad, debe enfrentarse al temor constante de perder su hogar, el lugar donde ha construido recuerdos y sentido de pertenencia. Pedirle que afronte un nuevo proceso judicial para extender su derecho a vivir en su hogar es no solo una carga legal, sino una pesada carga emocional que puede erosionar su ya frágil salud mental y física.

A modo de ejemplo, podemos citar el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro¹⁵, en el cual una persona de 93 años solicitó que se le atribuya el hogar conyugal y se ordene el retiro de su cónyuge, de 72 años de edad, debido a que recibía agresiones, insultos y desatención de parte de su esposa. Denunció un estado de salud precario,

¹⁵ Cám.CivilyCom.San Isidro, Sala I, 28/09/2017, “B. B. c. O. de B. M. del C. s/ medidas precautorias s/ incidente de apelación art. 250 del CPCC”. Publicado en: La Ley Online; TR LALEY AR/JUR/74847/2017

y que debía evitar estados de estrés emocional. El juez atribuyó la vivienda familiar al actor -sólo por el plazo de un año- y dispuso el retiro de la denunciada a una propiedad a su gusto, cargando el actor con los gastos de alquiler y expensas hasta una suma determinada.

Esta resolución, destacable en muchos sentidos, no aclara el por qué se concedió el derecho de uso por el término de un año. Claramente, una persona que al momento de solicitar el uso de la vivienda contaba con 93 años y padecía un estado de salud precario; luego de transcurrido un año más, su situación –en el mejor de los casos– continuará como al principio, pero sin expectativas de mejoría; todo lo contrario.

El colectivo de casos a los que aludimos, no tienen una expectativa razonable de “mejora”; sino que –por el contrario– a mayor paso del tiempo, mayores serán las condiciones que atraviesen al sujeto vulnerable.

Aunque en teoría existe la "posibilidad jurídica" de solicitar una nueva prórroga en el derecho de uso de la vivienda, esta posibilidad es ilusoria para muchos. La realidad es los procedimientos judiciales pueden ser inalcanzables para una persona mayor que ya vive en condiciones de vulnerabilidad. Recordemos que estamos hablando de individuos que, incluso antes de llegar a esta situación, ya enfrentaban desafíos significativos para mantener una vida digna y segura.

En la práctica diaria de las defensorías públicas de familia, se advierte un creciente aumento de los conflictos en torno a la vivienda que fuera sede del hogar familiar; en las que una o ambas partes son adultos mayores, atravesados por diversos factores de vulnerabilidad, tales como las condiciones de salud y la pobreza.

En estos casos, la opción jurídica que se presenta es solicitar la atribución del uso de la vivienda –por el mayor tiempo posible (sin saber de cuánto es ese tiempo) – y al finalizar el plazo, seguir solicitando prórrogas hasta la finalización de la vida del beneficiario.

A su vez, frente a estas situaciones, tenemos los pedidos de liquidación forzosa del único bien ganancial peticionado por uno de los excónyuges; puesto que ya se dijo que la atribución del uso de la vivienda constituye una limitación al derecho de propiedad del otro cónyuge. La respuesta jurídica prevista es la partición salomónica del único bien ganancial. Sin embargo, si bien la solución aparece como la más “justa”, en la práctica significa que, al momento de la ejecución forzada del inmueble;

nos encontremos con dos personas adultas mayores sin vivienda, cuando antes el problema habitacional sólo lo detentaba una de ellas.

Por lo tanto, es fundamental que el sistema judicial contemple mecanismos que faciliten la extensión del derecho de uso de la vivienda en casos donde la vulnerabilidad del beneficiario aumenta con el tiempo, contemplando como una posibilidad otorgar el derecho de uso de la vivienda de manera vitalicia.

Implementar este mecanismo no solo protegería a los adultos mayores de las dificultades asociadas con los procedimientos judiciales, sino que también aseguraría que el espíritu de solidaridad y protección que subyace en la atribución de la vivienda se mantenga intacto. A su vez, se evitaría la reedición de conflictos, reduciendo los costos de litigación, puesto que sería innecesario transitar nuevas etapas judiciales.

Además, reconocer y abordar la vulnerabilidad habitacional desde una perspectiva integral, garantizaría que los derechos de los individuos más vulnerables sean respetados y protegidos de manera efectiva.

Conclusión: hacia una justicia integral y adaptativa.

La protección de las personas mayores en situaciones de vulnerabilidad habitacional requiere una perspectiva integral y adaptativa. Los mecanismos judiciales deben considerar la edad avanzada y sus implicaciones para asegurar que el derecho a una vivienda digna y segura se mantenga intacto.

Es fundamental que comprendamos que cada persona tiene una historia única, y que detrás de cada caso judicial hay un ser humano con miedos, esperanzas y necesidades. Al fijar plazos arbitrarios, corremos el riesgo de deshumanizar a quienes más necesitan nuestra comprensión y apoyo. En lugar de imponer fechas límite, debemos enfocarnos en crear soluciones que brinden seguridad y estabilidad a los adultos mayores, permitiéndoles envejecer con dignidad en el hogar que conocen y aman.

La atribución vitalicia del uso de la vivienda puede ser una solución adecuada en casos de extrema vulnerabilidad, reflejando un compromiso genuino con los principios de justicia, igualdad y dignidad para todos los ciudadanos.

PRECISIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PROGENITOR AFÍN

Por Rodolfo G. Jáuregui¹ y Fernando A. Gastiazoro²

I. CONCLUSIONES

1. La obligación alimentaria del progenitor afín en el derecho argentino presenta una regulación incompleta, compleja y contradictoria con otras normas, circunstancia que genera desafíos interpretativos importantes.

2. Para el art. 676 del CCyCo dicha obligación tiene un carácter subsidiario, contenido que entra en colisión frontal aparente con los arts. 455 y 520 en tanto extienden la obligación de contribución a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. Por el principio de especialidad proponemos que debe prevalecer respecto de dichos hijos el primero por sobre los otros, razonamiento reforzado por el orden público respecto de las mandas relativas los deberes emergentes de la responsabilidad parental, tal es el caso de los alimentos, que es en un todo congruente con el principio de coperantaldad. Además la subsidiariedad es coherente con una interpretación armónica, en tanto la aplicación del 455 y 520 es en tanto se cumplimente la exigencia del art. 676

¹ Profesor Titular Derecho Civil V, FCJS- UNL) Docente posgrado de especialización en derecho de familia, e integrante del comité Académico (FCJS- UNL); Docente en otras Maestrías, Especializaciones, Seminarios y Diplomaturas (UNNER; UCA, etc.) Director de la Diplomatura Universitaria Superior en Derecho Procesal de Familia (UNL-FCJS-UNL); Juez de Familia y Civil y Penal de NNYA de Concordia E.R.; Capacitador del Instituto de Formación, Dr. Juan Bautista Alberdi STJER; Director del Curso Virtual Profesionales de la Abogacía Representantes de Niñas, Niños y Adolescentes- Reglamento art. 20 de la Ley 10.668 (2021,2022, 2023,2024). Inscripto en el Registro de Expertos de la CONEAU, Derecho Privado, especialidades Derecho de Familia.

² Abogado especialista en derecho de familia por UNL. Magíster en derecho de familia e infancia por Universidad de Barcelona (España), Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de la ciudad de Santa Fe: docente de la diplomatura en derecho procesal de familia UNL.

3. También corresponde clarificar la delimitación de esta subsidiariedad respecto a otros parientes, dado que no está claramente especificada, lo que ha dado lugar a diversas interpretaciones judiciales y doctrinales. En ese sentido propiciamos que la subsidiariedad sea respecto de los progenitores y no de los demás parientes. Es determinante la ubicación metodológica de la manda, que va de suyo tiene que ser prioritaria respecto de las normas del parentesco, que definen la mentada subsidiariedad con mayor detalle

4. Asimismo, la extensión temporal de esta obligación es otro punto conflictivo, ya que la normativa no establece un límite preciso, permitiendo que, en ciertos casos, la obligación se extienda más allá de los 18 años, dependiendo de las circunstancias específicas.

5. Otro punto es la redacción ambigua del artículo 676 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo), que ha generado dudas sobre cuándo cesa exactamente esta obligación en el caso del matrimonio: si con la disolución del matrimonio como dice textual la última parte o simplemente es necesaria la ruptura de la convivencia, que en esa norma pareciera referirse solo a las uniones convivenciales o a las simples convivencias. Nos inclinamos por esta última interpretación por la teleología y el fundamento de la norma

6. Es esencial revisar y reformar la regulación actual del CCyCo para clarificar estos aspectos y asegurar que se protejan adecuadamente los derechos de los menores sin imponer cargas injustas sobre los cónyuges o convivientes. La protección del interés superior del niño debe ser el principio rector en la interpretación y aplicación de estas normas.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La obligación alimentaria es un tema central en la práctica del derecho de familia, tanto en los tribunales como en la labor diaria de los abogados especializados. Este tema es particularmente urgente y polémico, ya que afecta directamente a la estructura y bienestar de los grupos familiares, y requiere respuestas rápidas y efectivas por parte del sistema judicial.

El derecho a recibir alimentos es un derecho humano esencial, protegido por diversos tratados internacionales que tienen jerarquía

constitucional en Argentina³. Este derecho está íntimamente vinculado a la dignidad humana, ya que su satisfacción es fundamental para la protección de otros derechos humanos básicos. Además, el componente económico de este derecho, que se traduce en la disponibilidad de recursos para la adquisición de bienes y servicios esenciales, lo convierte en un tema de vital importancia en un contexto socioeconómico marcado por la pobreza y la indigencia, tal como reflejan los índices recientes del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC)⁴.

Las crisis económicas recurrentes y la alta inflación han exacerbado las tensiones dentro de las familias, incrementando los conflictos relacionados con las obligaciones alimentarias. En este contexto, es fundamental analizar cómo se regula la obligación alimentaria del progenitor afín en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo), especialmente a la luz de los principios de realidad, socioafectividad y democratización de las familias.

2. ANTECEDENTES

El concepto de obligación alimentaria del progenitor afín no es nuevo en la legislación argentina. El Código de Vélez Sarsfield, en su artículo 368, ya preveía la obligación alimentaria de los parientes por afinidad, vinculados únicamente en primer grado⁵. Sin embargo, la evolución doctrinal y jurisprudencial, especialmente a partir de la constitucionalización del derecho privado y la protección integral de la familia consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, ha llevado a una revalorización de este tipo de obligaciones en el contexto de las familias ensambladas⁶.

Las familias ensambladas, que surgen de uniones convivenciales o matrimoniales o simples uniones de convivientes en las que uno o ambos miembros ya tienen hijos de relaciones anteriores, han sido reconocidas y reguladas en el CCyCo bajo los principios de democratización de la familia,

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), art. 25. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), art. 4 y art. 5.

⁴ Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Informe de Pobreza e Indigencia. Segundo semestre de 2023. [Disponible en: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>].

⁵ Código de Vélez Sarsfield, art. 368.

⁶ Constitución Nacional Argentina, art. 14 bis.

socioafectividad y realidad⁷. Este enfoque permite que se otorguen ciertos derechos y deberes al progenitor afín, sin desplazar los derechos y responsabilidades de los progenitores biológicos. El CCyCo ha propuesto un sistema flexible y permeable, adaptado a las diversas configuraciones familiares que existen en la sociedad moderna.

3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, LA SOCIOAFECTIVIDAD Y LA REALIDAD FAMILIAR

El principio del interés superior del niño es una regla fundamental en el derecho de familia y debe ser considerado en todas las decisiones que afecten a los menores. Este principio, profundamente arraigado en la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los jueces y a todos los actores del sistema judicial a priorizar siempre el bienestar de los menores⁸. Cuando se trata de obligaciones alimentarias, este principio implica que las necesidades de los niños deben ser presumidas y protegidas, dado que los menores dependen completamente de los adultos para su subsistencia.

El principio de socioafectividad reconoce el valor de los vínculos afectivos que se forman entre el progenitor afín y los hijos del cónyuge o conviviente. Aunque estos vínculos no son biológicos, la ley y la jurisprudencia los valoran como una fuente legítima de obligaciones y derechos dentro de la familia⁹. Este principio ha sido fundamental en la evolución de la jurisprudencia argentina, especialmente en la medida en que las familias ensambladas se han vuelto más comunes.

El principio de realidad¹⁰ también juega un papel crucial en la interpretación de las normas de derecho de familia. Aunque no está

⁷ Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación - Infojus - Bs. As. - 2012. [Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf].

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo.

⁹ Iturburu, Mercedes & Jáuregui, Rodolfo G. “Subsidiariedad atenuada, una interpretación que se consolida respecto de la obligación alimentaria de los ascendientes”. RCCyC - N° 1 - febrero 2021.

¹⁰ Con respecto al principio de realidad que ahora aparece explicitado, por ejemplo, en el art. 3.1.m. del Código de las Familias Cubano 2022, y en el moderno Código Procesal de Familia de Costa Rica 19 (ley 9747) si bien el legislador no lo mencionó explícitamente en el CCyC., subyace latente principalmente en las normas referidas al derecho a la familia corriéndose de aquella idea otrora dominante de una familia tradicional -heterosexual y

explícitamente mencionado en el CCyCo, este principio subyace en muchas de las disposiciones relacionadas con el derecho a la familia, alejándose de la noción tradicional de familia y adaptándose a las diversas configuraciones familiares que existen en la actualidad¹¹. Este enfoque permite que la ley se adapte a las necesidades reales de las familias modernas, asegurando que los derechos de los menores sean protegidos de manera justa y equitativa.

4. UBICACIÓN METODOLÓGICA

La obligación alimentaria del progenitor afín se encuentra regulada en el artículo 676 del CCyCo, dentro del Título VII de la Responsabilidad Parental. Este artículo establece que la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro tiene carácter subsidiario y cesa con la disolución del vínculo conyugal o la ruptura de la convivencia, salvo en casos donde el cese de la obligación pueda causar un grave daño al menor¹².

La excepción a esa regla para que continúe luego, es que debe demostrarse que el progenitor afín asumió de facto¹³ la responsabilidad de la manutención del hijo del otro durante la convivencia.¹⁴ y que el cese del

matrimonial- para dar paso a la regulación de las distintas realidades familiares, y así encontramos normas referidas a las uniones convivenciales, a las familias ensambladas y monoparentales, a las obligaciones de los/as progenitores/as afines, a la filiación por TRHA, etc. 20

¹¹ Dutto, Ricardo J. Socioafectividad y derechos. Ed. Astrea - Bs. As. - 2022.

¹² Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo), art. 676.

¹³ Bajo esa perspectiva, los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora para demandar por alimentos al progenitor afín estarán dados por la acreditación sumaria de los extremos del art. 676 del Cód. Civil y Comercial. Es decir, debe demostrarse que el demandado ostenta u ostentó la calidad de progenitor afín en relación con el beneficiario de la prestación, lo que importará como consecuencia la prueba de la convivencia o matrimonio entre el progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y el progenitor afín, y que este asume o asumió durante la vida en común el sustento de la niña, niño o adolescente. Al mismo tiempo, se deberá justificar sumariamente que los principales obligados, es decir, sus progenitores, no están en condiciones de hacer frente a la obligación, o demostrar la dificultad o imposibilidad de percibir la obligación alimentaria por parte de estos. Ver Dutto, Ricardo J; "Socioafectividad y derechos" Ed. Astrea, Bs.As, 2022, pag. 350)

¹⁴ Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba • 14/08/2023 • C., Y. A. c. V., D. E. s/ cuerpo de apelación • RDF 2024-IV , 56 con nota de Pablo David Moine • TR LALEY AR/JUR/167543/2023

deber le cause al alimentado un grave perjuicio, la manda debe compatibilizarse a su vez con las distintas normas del CCyCo que reconoce diferentes modalidades de cuidado personal (compartido, indistinto, alternado o unipersonal), lo que permite una aplicación flexible de esta obligación según las circunstancias de cada caso.

5. CUESTIONES CONFLICTIVAS Y DESAFÍOS INTERPRETATIVOS

Es contradictorio con el artículo 455 del mismo CCCN que establece: “Los cónyuges deben [entre otros rubros] contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos”. Mas a renglón seguido agrega: “Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”.

En otras palabras, cuando los hijos son menores de edad, entre otros supuestos, la subsidiariedad del progenitor afín consagrada en el artículo 676 del CCCN aparentemente estaría bastante debilitada, porque es claramente contradicha por el artículo 455 para los matrimonios, manda que a su vez la reitera el artículo 520 para las uniones convivenciales.

De todas maneras, entendemos –en tren de superar la contradicción– que por aplicación de los principios generales (art. 2º) es de toda justicia que el progenitor afín en caso de ser demandado, traiga al juicio a los obligados principales, máxime teniendo en cuenta el carácter de orden público de las normas de la responsabilidad parental y que quien demanda al afín demuestre sumariamente que el otro progenitor no está en condiciones de satisfacer la cuota en las proporciones necesarias.- El Código Civil y Comercial precisa como deberes de ambos los progenitores, cuidar del hijo,

Se confirma la resolución que hizo lugar a la petición de fijación de cuota alimentaria a cargo del demandado, equivalente al 30 % del haber mensual que percibe en la Policía de la Pcia. de Córdoba, salvo descuentos ordinarios y de ley, con más la asignación familiar, ya que, si el progenitor afín ha sido el sostén del hogar en el que el niño o adolescente vive, y tras la ruptura deja automáticamente de cubrir los gastos cotidianos, tal cambio repentino puede ser perjudicial para el hijo, por lo cual, en este supuesto de excepción, por aplicación del principio de solidaridad familiar, se fija una cuota alimentaria temporaria de acuerdo con las pautas establecidas.

convivir con él, prestarle alimentos y educarlo (art. 646 inc. a). consagrando un derecho a la coparentalidad, que es uno de los ejes centrales del ordenamiento en la materia

Otra cuestión es determinar si la obligación alimentaria cesa únicamente con la disolución del matrimonio o si también cesa con la separación de hecho. Entendemos que pese a la ambigüedad de la norma, en éste último supuesto también cesa el deber alimentario, ya que la convivencia es el fundamento de la ley y no el matrimonio

Además, la normativa no establece claramente en qué consiste la subsidiariedad de esta obligación ni cuál es su extensión temporal¹⁵.

En cuanto a la subsidiariedad, es evidente que los primeros responsables de la manutención de un menor son los progenitores, en cualquiera de sus fuentes. Sin embargo, la ley no especifica si la subsidiariedad es respecto de otros parientes, lo que ha llevado a diversas interpretaciones. Algunos fallos judiciales han resuelto que la obligación alimentaria del progenitor afín debe ser satisfecha solo en ausencia o incapacidad de los progenitores biológicos, mientras que otros han extendido esta obligación más allá de lo previsto por la ley¹⁶.

Otro aspecto conflictivo es la duración de la cuota asistencial. Aunque se entiende que esta es una medida temporal, su duración exacta no está claramente definida en la ley, lo que permite que en ciertos casos la obligación se extienda más allá del tiempo de convivencia efectiva. La determinación de la duración de esta cuota queda a discreción del juez, quien debe considerar factores como la fortuna del obligado, las necesidades del menor y la duración de la convivencia¹⁷. Entendemos en éste aspecto que debe quedar claro que puede exceder el período de convivencia

6. REFLEXIONES FINALES

¹⁵ Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. “S., M. P. c/L. C., A. F. M. s/alimentos”. 22/5/2020.

¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial de Neuquén. “O. G. N. c/R. C. A. s/alimentos para los hijos”. 12/10/2017.

¹⁷ CNCiv. - Sala G. “S. M. y otro c/S. T. A. s/alimentos”. 7/4/2016.

La obligación alimentaria del progenitor afín en el derecho argentino, aunque bien intencionada, y que constituye un avance no escapa a la confusión y ambigüedad que deben ser abordadas en futuras reformas legislativas. En primer lugar, es necesario clarificar el alcance de la subsidiariedad y establecer criterios más definidos para la duración y contenido de la cuota asistencial. Además, la normativa debe especificar con mayor precisión cuándo cesa esta obligación, ya sea con la disolución del matrimonio o simplemente con la ruptura de la convivencia.

En resumen, la protección del interés superior del niño debe ser el principio rector en la interpretación y aplicación de estas normas, asegurando que los derechos de los menores sean protegidos sin imponer cargas excesivas sobre los cónyuges o convivientes.

MEJORAS SOBRE BIENES PROPIOS Y CARGA DE LA PRUEBA A LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

Por Rodolfo Jáuregui¹

I. CONCLUSIONES

1. En virtud del art. 705 del CCCN en conjunción con el art. 492 del CCCN ante la especificidad de éste, en los casos en los que se reclame recompensas por mejoras sobre un bien propio a la liquidación de la comunidad, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de quien la solicita. El 705 indica con meridiana claridad que las disposiciones del Título VIII del Libro Segundo, -entre las que figura el art. 710-son aplicables a los procesos en materia de familia, aclarando puntualmente que lo hace *"sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos"* Rige el mentado art. 492 CCCN, aplicando el principio interpretativo que norma especial prevalece por sobre la general

2. No es aplicable en tales supuestos la genérica distribución realizada por el art. 710 del CCCN de las cargas probatorias dinámicas en homenaje a la seguridad jurídica.

3. Tampoco rige la presunción de ganancialidad contenida en el art. 466 del CCCN.

4. Debe probar quien la alega la existencia de las mejoras, lo conducente a esclarecer el origen de los fondos y aportar elementos para liquidar el crédito.

1 Profesor Titular Derecho Civil V, FCJS- UNL) Docente posgrado de especialización en derecho de familia, e integrante del comité Académico (FCJS- UNL); Docente en otras Maestrías, Especializaciones, Seminarios y Diplomaturas (UNNER; UCA, etc.) Director de la Diplomatura Universitaria Superior en Derecho Procesal de Familia (UNL-FCJS-UNL); Juez de Familia y Civil y Penal de NNYA de Concordia E.R.; Capacitador del Instituto de Formación, Dr. Juan Bautista Alberdi STJER; Director del Curso Virtual Profesionales de la Abogacía Representantes de Niñas, Niños y Adolescentes- Reglamento art. 20 de la Ley 10.668 (2021,2022, 2023,2024). Inscripto en el Registro de Expertos de la CONEAU, Derecho Privado, especialidades Derecho de Familia.

II. FUNDAMENTOS

1. MEJORAS

La mejora es un hecho jurídico consistente en una modificación material. Una alteración en la estructura de la cosa que produce un aumento de su valor económico, sin que este resulte de causas extrínsecas que actuando desde afuera no modifican la cosa (v.gr. trazado de una vía; obra pública). A diferencia del CC que no las definía, el CCCN nos brinda este concepto en el art. 751 "*La mejora es el aumento del valor intrínseco de la cosa*". Se clasifican en naturales también denominadas aumentos o acrecentamientos y artificiales (art. 751 Cód. Civ. y Com.) es decir las provenientes de trabajos y gastos hechos por el hombre, que se dividen en: de mero mantenimiento, necesarias, útiles y suntuarias (art. 1934 Cód. Civ. y Com.²

2. LAS RECOMPENSAS

Proceden toda vez que uno u otro cónyuge se haya enriquecido a expensas de la comunidad, y en ese caso debe o es deudor de la recompensa a ella. También en el caso inverso, cuando el patrimonio de uno se haya disminuido en beneficio de la comunidad. Conviene aclarar que cuando la ley habla de recompensas debidas a la comunidad y por la comunidad, lo hace como un recurso técnico y práctico, utilizable en las operaciones de liquidación de la comunidad. Es una operación contable que se contabiliza en las relaciones de debe y haber de la comunidad³ En virtud de ello, tanto las obligaciones que haya soportado un cónyuge a favor de la comunidad, y viceversa, serán compensadas mediante un cálculo aritmético al momento de la liquidación, restándose o sumándose a las hijuelas respectivas. Lo mismo ocurrirá con las recompensas -entre otros supuestos- de bienes *proprios con fondos de la comunidad, y viceversa*⁴

2 Cfr. GUARDIOLA, Juan José; URBANEJA, Marcelo; "El régimen de las mejoras en el Nuevo Código", RCCyC 2017 (diciembre), 169.

3 Cfr. MEDINA, Graciela en "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo 1, (Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora LLoveas), Ed. Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2014 pag.769

4 Cfr. CERNIELLO, Romina I. GOICOECHEA, Néstor D; "Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación", Publicado en: Revista del Notariado N° 922, 14.

El art. 488 establece: “*Recompensas. Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.*”

La teoría de las compensaciones, enunciada por Pothier, abarca tanto el caso en que la comunidad tenga que devolver (compensar) a uno de los cónyuges los valores con que, a falta de reinversión, ingresaron a ella como comunes, o sea, como gananciales o sujetos a la presunción general de ganancialidad, como también aquél en que la comunidad se haya visto privada de valores que aprovecharon exclusivamente a uno u otro cónyuge, incorporándose a su propio patrimonio o, en su caso, acreciendo o mejorando bienes propios⁵. También se las ha caracterizado como indemnizaciones entre los cónyuges con el propósito de asegurar a ambos esposos la exacta participación por mitades en los bienes gananciales, igualdad que pudo haberse afectada por la gestión durante el régimen tanto en detrimento de los gananciales y a favor de los bienes propios, como en detrimento de los propios y a favor de los gananciales ⁶

El CCCN le dedica un capítulo específico a las recompensas, Sección 7ª, 488,491 a 495, y también las regula en los arts. 464, inc. b, c, f, j, k, l, m, 465 inc. f, m, n, y ñ, y en el ar468. Son reglas elaboradas a la luz de los criterios jurisprudenciales anteriores que han sido mantenidas, dándoles un reconocimiento normativo claro en un sistema coherente

Cuando las mejoras son realizadas sobre bienes propios durante la vigencia de la comunidad de ganancias generan recompensas en favor de esta. Deben ser soportadas por el propietario del bien cuyo valor se vio incrementado “*si los fondos con los que se efectuó tienen carácter de ganancial*” (ejemplo, crédito obtenido durante el matrimonio). Aun cuantitativamente importantes-, no alteran la naturaleza del bien, que sigue siendo propio o ganancial, según su título originario, y dan lugar a la recompensa, teniendo en cuenta la naturaleza de los fondos invertidos. También se deben a la comunidad si se realizaron sobre bienes gananciales

5 Cfr. ZANNONI, E., Derecho de Familia, T. I, Astrea, Bs. As., 5ta. Ed. 2006, p. 773 y siguientes.

6 Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa - D’ANTONIO, Daniel H., “Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, T. II, p. 305

en tanto se hayan utilizado fondos propios, los que el reclamante debe probar.

En ese orden de ideas establece el art. 491 del CCCN.- *Casos de recompensas. La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad. Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad. Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.*

3. MEJORAS SOBRE BIENES PROPIOS PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y CARGA DE LA PRUEBA

No están abarcadas por la presunción de ganancialidad del art. 466 del CCCN en cuanto establece que excepto prueba en contrario, son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. El régimen específico está regulado por el art. 492 y concuerda con el art. 165 inc. 5 del CPC CER y otras normas procesales similares aplicables en las distintas jurisdicciones en cuanto establecen que *“las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”*.

El Código es categórico; La prueba del derecho a recompensa “incumbe a quien la invoca”, sin limitación respecto de los medios probatorios -art. 492-⁷

4. LA CARGA DE LA PRUEBA

7 Cfr. ARIANNA, Carlos A., BERTIN, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión postcomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, SUPLEMENTO ESPECIAL, Código Civil y Comercial de la Nación Familia, L.L., Diciembre, 2014; pag. 31; en el mismo sentido CALVINHO, Gustavo, “Carga de la Prueba”; Editorial Astrea; Bs.As., 2016, pag 90.

Es una de las especies que conforman el género de las cargas procesales, es la mas estudiada, atendida y trascendentes de todas. En ella se percibe tanto la necesidad de contar con una guía de conducta para las partes que requieren conocer de antemano lo que les corresponde probar en un proceso determinado, como el serio inconveniente que se le presenta al juzgador que debe resolver ante la falta de prueba de algún hecho controvertido⁸

Carga es la traducción de la voz latina "onus", que originariamente significaba "peso". Es decir, el peso de la prueba. Goldschmidt⁹ en su tradicional clasificación de los imperativos jurídicos --obligación, deberes y cargas-- acertadamente la define a esta última como "imperativo del propio interés". Específicamente a las cargas procesales las caracterizó como situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Asimilaba a la carga procesal a las obligaciones del derecho de fondo. Carnelutti precisó que hay carga cuando el ejercicio de una determinada facultad aparece como condición para obtener una determinada ventaja, una facultad necesaria para el logro de un interés propio, y en la obligación de uno ajeno¹⁰

Discrepamos con la doctrina que flexibiliza el contenido del art. 492, intentando armonizarlo con el art. 710 del CCCN, sosteniendo que si bien incumbe probarla a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio, en cada caso habrá que tener en consideración la parte que se encuentra en mejores condiciones de demostrar los hechos controvertidos en virtud del principio referido a las cargas dinámicas de las pruebas conforme resulta del art. 710¹¹ La ley en ningún momento dice eso, más bien sostiene

8 Cfr. CALVINHO, Gustavo; "Carga de la prueba" Editorial Astrea, Bs.As., 1ª Edición, 2016, pag. 9

9 GOLDSHMIDT, James, "Derecho Procesal Civil. Trad. L. Pietro Castro, Barcelona, 1936. Pag.203

10 CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de derecho procesal civil", trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944 T I, pag. 65

11 Cfr. AZPIRI, Jorge. "Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado", Editorial Hammurabi, Año 2015, Pág. 374; postura que también es la de SASSO, Marcela L. en: "Recompensas en la liquidación del régimen de comunidad" DFyP 2020,mayo , 60

lo contrario. Tal interpretación, a contramano de la literalidad de norma, luce como forzada. La regla específica es clara. Por voluntad expresa del legislador contradice la genérica. **En homenaje a la seguridad jurídica se debe respetar a ultranza; todo litigante debe saber exactamente que es aquello que debe probar antes de intentar una acción**

Prevalece este principio que viene del aforismo romano “lex specialis derogat legi generali” expresada en la decisión jurisprudencial de Papiniano, recogida en D.50,17,80, según la cual, en derecho, **lo específico prevalece sobre lo genérico.**

5. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

Fundado en el mentado art. 492 se rechazó el planteo del ex esposo relativo a las mejoras que habría realizado en un inmueble propio de la demandada, pues para justificar una recompensa debe acreditarse la existencia de la mejora, la naturaleza de los fondos con que habría sido afrontada y la fecha de su realización, pues esta cuestión resultaba determinante para el progreso del reclamo¹². Por el contrario cuando se probó se dijo “las mejoras realizadas sobre un bien propio durante la vigencia de la sociedad conyugal generan recompensa en favor de esta, y deben ser soportadas por el propietario del bien cuyo valor se vio incrementado si los fondos con los que se efectuó tienen carácter de ganancial por derivar un crédito obtenido durante el matrimonio”¹³ También “la recompensa pretendida por el excónyuge por el aporte realizado para la mejora del inmueble ganancial con el producido de la venta del bien propio debe rechazarse si no acreditó la reinversión, en tanto la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca -art. 492, Cód. Civ. y Com.”¹⁴ Al tratarse de bienes propios por expresa previsión legal y al exigirse las recompensas por mejoras, debe acreditarse que se realizaron con fondos de la comunidad, motivo por el cual, no puede atenderse el reclamo sustentado

12 Cfr. CNCiv. Sala I; “O. L. H. c. S. M. M. de las M. s/ liquidación de sociedad conyugal”, 07/03/2019, AR/JUR/6245/2019

13 CCiv.Com., Familia y del Trabajo de Río Tercero; 28/07/2017 – “Liquidación de sociedad conyugal en autos: “W., O. G. c. G., P. L. s/ divorcio vincular – contencioso”, La Ley Online, AR/JUR/65406/2017

14 CNCiv., Sala F; 06/07/2017; “B. H. c. D. D. E. s/ liquidación de sociedad conyugal”, LL. 2017-F , 254, (AR/JUR/68925/2017).

en la aplicación de la mentada presunción de ganancialidad, que es excluido por las apuntadas disposiciones específicas.¹⁵

En síntesis: "Para que la demanda por las recompensas resulte procedente deben acreditarse los siguientes extremos: 1) la incorporación de mejoras sobre el inmueble propio de la causante, por medio de aumentos materiales (por obra del hombre) y que esos aumentos hayan redundado en beneficio de la finca; 2) que tales mejoras se hicieran a costa de la sociedad conyugal, o sea, mediante la inversión de dinero o valores gananciales, o a costa del otro cónyuge; resultando en el primer caso acreedora la sociedad conyugal y, en el segundo, el actor; 3) la subsistencia del enriquecimiento del inmueble propio de la causante, como consecuencia de aquellas mejoras, en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, y 4) la determinación del pretendido crédito"¹⁶

Una excepción la da el art. 491 Segundo párrafo: "Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad".

En el tema que nos ocupa en consecuencia recae sobre la parte que no es titular de dicho bien y que consecuentemente es quien realiza el reclamo, pretendiendo su reconocimiento. No sólo en cuanto a la existencia de la mejora en sí, sino además en todo aquello conducente a esclarecer sobre el origen de los fondos, y además aportar los elementos para liquidar el crédito Es de toda lógica, además, que esa parte es quien esté en mejores condiciones de probarlo, si es que efectivamente para hacerlo, se utilizaron fondos gananciales, siempre y cuando el origen ganancial de los fondos haya sido negado

Precisaba la doctrina en el Código anterior, en conceptos aplicables ahora, que quien pretenda la recompensa debe probar: a) Haber introducido acrecimiento mediante mejoras incorporadas por accesión en una cosa perteneciente a una masa distinta de aquella que ejecutó dicho acrecimiento. b) ...valor de las mejoras. Los dos extremos a probar por el acreedor de la recompensa, pueden serlo por cualquiera de los medios admitidos. Las obras

15 STJER, Sala II en lo Civil y Comercial; 13/04/2021; "S., I. G. c. P., V. A. s/ Ordinario liquidación sociedad conyugal" (TR LALEY AR/JUR/11764/2021)

16 C. Nac. Civ., sala F, 27/6/1980, ED 89-641

con planos, facturas, testigos, etc.; el empleo de fondos de la masa que reclama la mejora, también con cualquier medio de prueba, tales como recibos, constancias contables, movimientos bancarios, etcétera ¹⁷ Profundizaban dichos autores afirmando que la carga de la prueba en materia de recompensas en general incumbe al cónyuge que invoca su existencia y que tiene interés en su reconocimiento. La prueba a exigirse, así como los medios utilizables, dependen de las circunstancias del caso.

Otra corriente aplica la presunción de ganancialidad antes enunciada: “Encontrándose invocado por uno de los cónyuges que los materiales destinados a la obra de construcción en el inmueble propio del otro revestían el carácter de gananciales, corresponde demostrar a quien pretenda excepcionarse de la regla general, que la obra se realizó con bienes propios, toda vez que los esposos se encontraban regidos por el régimen de comunidad de ganancias, presunción de ganancialidad de los bienes¹⁸ y supuestos de recompensa –arts.463, 466, 464 y 465 del Código Civil y Comercial”¹⁹ En el mismo sentido de aplicar la presunción que antes contenía el art. 1271 del CC y ahora en el art. 466, se pronunció la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II de Azul.²⁰

17 Cfr. BOSSERT,; Gustavo A., FASSI, Santiago C.: "Sociedad conyugal. Comentario de los artículos 1276 a 1322 del Código Civi. Doctrina y jurisprudencia", Editorial Astrea, 1 Ed. t.2; pag. 287

18 La carga de la prueba del carácter de las mejoras debe ajustarse a la regla del art. 363, CPCC, incumbiendo al propietario del inmueble donde se efectuaron, no operando -entre cónyuges- la normativa del art. 2519, Código de fondo, rigiendo el principio rector del régimen patrimonial del matrimonio, según el cual la masa de bienes existentes al momento de su disolución se presume ganancial (art. 1271, Código Civil). Cám. Apel. Sala CC, Concepción del Uruguay, Entre Ríos; 11/05/1990; “Cúneo Libarona, A. vs. Andrilli de Cúneo Libarona, M. S. s. Incidente de disolución y liquidación de sociedad conyuga” (Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; RC J 4332/08)

19 Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, 14/12/2016, "M. N., M. c. W., J. D. A. s/ separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal", (La Ley Online- AR/JUR/89099/2016).

20 Causa n°: 2-61197-2016, "Iglesias Monica Edith C/ Randazzo Carlos Alberto S/Liquidación de Sociedad Conyugal), Sentencia Registro n°: 164 Folio: 30/11/16).

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Por A. Karina Jurado¹

I. CONCLUSIONES

1. La normativa actual prevista en el Código Civil y Comercial al calificar a los bienes propios y gananciales plasma contradicciones que no pueden quedar al arbitrio del juzgador y a su potencial apego a la aplicación literal de la ley, o a buscar una solución acorde al caso concreto, que se condiga con el plexo normativo el que debe ser interpretado en consonancia con lo también previsto en el mismo Cuerpo, es decir, en orden a un diálogo de fuentes que permita arribar a una decisión coherente y fundada.

En tal tesitura, los incisos c) y j) del art. 464 permiten arribar a soluciones absolutamente contrarias y sin embargo la situación de hecho a la que deben aplicarse puede guardar estricta analogía, lo que implica un contrasentido y una desigualdad ante la ley, en uno y otro caso, para los cónyuges ante la división de la comunidad de bienes.

2. No es posible ni justo asignar el mismo tratamiento legal y efectos a una “mejora” a un bien propio cuando ella no ha sido sustancialmente significativa, que cuando concretamente lo incorporado por la sociedad conyugal al bien inmueble de propiedad de uno de los cónyuges excede en mucho el valor de aquel bien propio al que se incorporara por accesión.

Atento lo expresado, la previsión contenida en el último párrafo del inciso c) del art. 464 del C.C.C. debe incorporarse en iguales

¹ TÍTULO UNIVERSITARIO DE ABOGADO (U.N.L.P., Abril 1997); TÍTULO UNIVERSITARIO DE ESCRIBANO (U.N.L.P., Nov. 1.997); “MAESTRÍA EN DERECHO (LLM)” 540 HS UNIVERSIDAD AUSTRAL Realizando la tesis; “CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE DAÑOS” UBA Realizando actualmente la tesis.; “MAESTRÍA EN FINANZAS PÚBLICAS PROVINCIALES Y MUNICIPALES” – Fac. Ciencias Económicas. U.N.L.P. (Maestría cursada durante los años 1.996 y 1.997, becada por el Consejo Federal de Inversiones); “ESPECIALIZACIÓN EN ASESORAMIENTO DE LA EMPRESA”- Universidad Notarial Argentina – Carrera de Especialización –; Docente de FCE y F.C.Jcas. de la U.N.P.S.J.B.; Profesor Ordinario Adjunto a cargo de la Titularidad Derecho del Consumidor y Usuario y de los Mercados F.C.Jcas.; Profesor Ordinario Titular de Derecho Comercial Parte General F.C.E.; Profesor Ordinario Adjunto a cargo de la Titularidad de Derecho Societario y Concursal F.C.E.; J.T.P. de Derecho Comercial y Procedimiento Concursal F.C.Jcas.

términos en el inciso j) a fin de evitar soluciones disímiles para casos que son razonablemente idénticos en orden al esfuerzo patrimonial realizado por la comunidad de bienes, otorgando efectos diferentes en caso de ser interpretado el acto con apego a la literalidad de la Ley.

3. El derecho a la propiedad es inviolable y la Ley debe resguardar el marco jurídico para protegerlo.

En materia de derechos patrimoniales vinculados al Derecho de Familia cobra mayor relevancia legislar de manera clara a fin de evitar conflictos que luego traspasarán la esfera de lo meramente jurídico afectando la institución que mayor protección merece desde nuestro Ordenamiento.

4. Nuestro Derecho ha efectuado un inagotable trabajo por el reconocimiento paulatino de los derechos de las realidades familiares, los nuevos vínculos, las relaciones de afinidad, y la protección al género y las medidas que impidan todo tipo de violencia familiar.

La división de los bienes que se han incorporado a la comunidad de bienes no es un tema ajeno a esos vínculos, a esa protección, al género ni a la violencia y a fin de garantizar tales derechos e instituciones las normas deben ser absolutamente claras y responder a los fines por los que fueron instituidas.

5. La razonabilidad siempre debe ser el eje de toda norma legal e individual. No puede tener la misma solución jurídica que durante el matrimonio se amplíe 20 metros cuadrados la vivienda propia de uno de los cónyuges, con la previsión de la recompensa que se debe a la comunidad al efecto por el mayor valor adquiridos por el inmueble, que construir 350 metros cuadrados sobre el terreno baldío propio del cónyuge.

Sin duda, con el respeto que nos debe el derecho real, la accesión y la titularidad Registral, no puede imputarse al cónyuge que aportó el terreno el beneficio ni el valor de lo que implica la vivienda construida por la sociedad conyugal.

Sin perjuicio de la titularidad Registral, el derecho sobre lo anexado debe serle reconocido a la comunidad de bienes, otorgando recompensa en favor del cónyuge aportante del bien al que se incorpora por accesión.

II. FUNDAMENTOS

1. BIENES PROPIOS Y BIENES PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD DE BIENES. LA ENUMERACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

a) La Subrogación real y el carácter de los bienes. Artículo 464 incisos c) y j).

El Código Civil y Comercial enumerara en varios incisos de sus artículos 464 y 465 los bienes propios y gananciales respectivamente que corresponden a cada uno de los cónyuges en el régimen de comunidad de bienes.

El objeto de este trabajo es analizar en particular algunos de sus incisos, los que conforme la redacción de la norma, podrían dar lugar, disuelta la comunidad de bienes, al momento de la liquidación, a soluciones que no se compadecen con la inversión patrimonial que ha efectuado la sociedad conyugal, más allá de su derecho a ser “recompensada”.

Me referiré puntualmente a los casos de subrogación real previstos en los incisos c) y j) de la norma bajo análisis.

Al efecto, mientras la ley califica como propios los bienes adquiridos mediante permuta con otros bienes propios y los incorporados por accesión a las cosas propias², para este segundo supuesto no se efectúa una previsión expresa que deje a salvo la ganancialidad de lo “obtenido” cuando el saldo sea mayor que el aporte propio.

Ello nos impone colegir que, indudablemente, cuando pese a un aporte de uno de los cónyuges, lo que se ha obtenido durante el matrimonio no es una simple mejora al bien ya existente, sino que importa una cuantía muy superior al aporte propio de uno de los cónyuges, debería aplicarse el principio que se desprende del apartado previsto en el inciso c) último párrafo.

² ARTICULO 464.- Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta.

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario;j) los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella;

Es precisamente en dicha norma donde el legislador ha previsto salvaguardar el derecho de la comunidad adjudicándole la propiedad del mayor valor que lo adquirido representa, ello, en tanto lo contrario importaría un daño a ese patrimonio conyugal.

Otra solución siempre dejaría a uno u otro cónyuge en desventaja en orden a que lo que han incorporado y logrado patrimonialmente durante el matrimonio permitiría sólo incrementar el patrimonio personal de uno u otro, el que hubiere realizado un aporte, (o el propietario del bien al que se incorpora por accesión el esfuerzo de ambos), en tanto la recompensa debida no es equivalente al beneficio patrimonial que el bien representa.

Bajo la tesis que intento abordar, cuando la comunidad ha efectuado un aporte sobre un bien propio de uno de los cónyuges, puede ser compensado estrictamente con el valor de lo que aportó, lo que deviene a las claras absolutamente injusto e inequitativo cuando el inmueble ha adquirido un valor infinitamente superior al que tenía, que es cuantificable, y esa es la medida de lo que la sociedad conyugal aportó.

Es decir, a poco que analicemos podemos observar que las mejoras hechas por la sociedad conyugal, cuando se trata de inmuebles, al incorporarse por accesión, darán la propiedad del bien así obtenido al cónyuge y un derecho a la comunidad a ser compensada en los términos del art. 493 del C.C.C.³

2. EL DERECHO A RECOMPENSA

- a) *¿Permite la recompensa dar a cada uno lo suyo? ¿Se ajusta el modo de liquidarla a la realidad económica de nuestro país?*

Las recompensas, como sostiene la doctrina, son créditos que forman parte de la extinción de la comunidad, generados por el incremento del

³ARTICULO 493.- Monto. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

patrimonio de uno de los cónyuges a costa de la comunidad o por el aumento del haber ganancial en detrimento del patrimonio propio de uno de ellos.⁴

La finalidad de las recompensas es reestablecer el equilibrio patrimonial e impedir que los bienes propios de uno de los cónyuges se vean sobrevalorados en desmedro de la masa ganancial o que el patrimonio ganancial se vea enriquecido a costa de los bienes propios.

Al decir de Ferrer las recompensas buscan "impedir que el patrimonio propio de un cónyuge se incremente a costa del patrimonio ganancial, porque en tal supuesto el otro cónyuge está sufriendo un perjuicio; como también que la masa ganancial aumente a expensas del patrimonio propio de uno de los cónyuges, porque en este caso se perjudica este último, beneficiándose indebidamente el otro consorte. Se trata, por lo tanto, al producirse la liquidación de la sociedad conyugal, de mantener la integridad de las masas patrimoniales de cada cónyuge, evitando que uno se beneficie en detrimento del otro".⁵

Ahora bien, el monto de la recompensa, según la norma ya señalada se determinará conforme al menor de los valores que resultan de la comparación entre la erogación y el provecho obtenido al día de la extinción de la comunidad, computándose dicho valor al tiempo de la liquidación.

Es decir, primero podemos observar que la norma señala que debe tomarse para compensar el valor menor, pero además los valores tanto de la erogación como del provecho obtenido deben ser comparados al tiempo de la disolución de la comunidad y a valores constantes, lo que impone corregir las distorsiones derivadas de la depreciación de la moneda en un país como el nuestro, con economías que arrojan índices inflacionarios tan elevados.

La solución brindada por la normativa no parece en principio responder a los fines que persigue, en tanto como dijera al tratar de definir el instituto bajo examen, lo que se busca es establecer un equilibrio entre los patrimonios de los cónyuges.

Sin duda el equilibrio no podrá lograrse si en la liquidación de la comunidad de bienes no puede considerarse que el valor que los bienes que

⁴ MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, "Derecho de familia", Abeledo Perrot, 2016, p. 411.

⁵ FERRER, Francisco, "Código Civil Comentado" en MÉNDEZ COSTA, María Josefa, (dir.), Derecho de familia patrimonial, Rubinzal Culzoni, p. 324.qDF

integran la comunidad y las recompensas que puedan deberse tanto el cónyuge a la comunidad como a la inversa serán siempre deudas de valor que deben ser valuadas en tal sentido.

Ninguno de los patrimonios debería soportar un beneficio superior o un menoscabo, favoreciendo al contrario, pero para ello es necesario considerar estrictamente el valor del bien o aporte efectuado como una deuda de valor, única modalidad que permite mantener más indemne el poder adquisitivo de las sumas que puedan considerarse.

3. FRUTOS QUE PRODUCEN LOS BIENES DESPUÉS DEL DIVORCIO Y HASTA LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

a) *La Situación de la cónyuge “no propietaria” respecto de los frutos de los bienes desde la disolución del vínculo hasta la liquidación de la comunidad.*

El art. 465, Cód. Civ. y Com., en sus incs. c), d) y f), establece que serán gananciales: "c) Los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad; d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad y e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio".

Ello implica que los frutos de los bienes propios de uno de los cónyuges son gananciales, aunque esas ganancialidades son de titularidad del cónyuge dueño del bien propio que los generó.

El carácter de “gananciales” de los frutos de los bienes propios es de suma importancia porque **están destinados a ser partidos por dos a la disolución de la comunidad, y además están protegidos por una serie de acciones que buscan proteger esa ganancialidad.**

Ahora bien, cuando la comunidad ha quedado disuelta por Sentencia de Divorcio, pero no se liquidó la comunidad de bienes, quien administra, usa y goza de los bienes y percibe sus frutos es el cónyuge que resulta ser titular del bien (propio).

Sin embargo, si esos bienes fueren propios pero bajo el supuesto previsto en el art. 464 inc j, hubieren acrecentado durante el matrimonio y sus frutos hubieren correspondido a la comunidad: ¿se justifica que uno solo de ellos sea quien detente el derecho a percibirlos y a administrar tales bienes por devenir propios por subrogación real?

¿Sería justo que hasta que la comunidad no se liquide, lo que puede demorar incluso un buen tiempo, el otro cónyuge no tenga derechos sobre tales frutos?

El grave perjuicio que podría generar una solución como esta en situaciones de abuso, de violencia de género, resultan más que evidentes. Y es por ello que el presente, entiendo que estas situaciones deben tener una respuesta concreta y coherente desde el marco normativo a fin de proteger la institución familiar que es a la que deben dar sustento.

4. CONCLUSIÓN FINAL

A poco que lo analicemos, podemos evidenciar que la norma bajo estudio no puede ser aplicada sin un análisis profundo del juzgador que entienda a ésta como parte de un sistema en el que la enunciación efectuada permite al Juzgador encuadrar el caso puesto a resolver en aquella que más se adecúe efectuando una interpretación a tenor de lo previsto y normado de manera expresa en el art. 2 del C.C.C.N.

Cabe entonces preguntarse: ¿Cuál de ambos incisos es el aplicable cuando los cónyuges, por ejemplo, han construido su vivienda familiar de más de 300 metros cuadrados sobre el terreno que era propio de uno de ellos, invirtiendo sumas de la comunidad que supera 6 veces el valor del terreno?

¿Cuál es la norma que además no “legítima” en el caso que nos ocupa una situación jurídica abusiva por parte de uno de los cónyuges respecto de otro en situaciones como la planteada al disolverse la sociedad conyugal?

En cambio, si compraran esa misma vivienda con la venta de un terreno propio que representa un sexto de su valor, más ahorros de la comunidad ¿la solución es diferente?

Indudablemente ello no se condice con una interpretación coherente con todo el ordenamiento jurídico. Tampoco se condice con la finalidad de la norma y mucho menos con las disposiciones que surgen de tratados de derechos humanos, principios constitucionalmente protegidos y valores jurídicos.

Sin perjuicio de reconocer la subrogación real que emerge de la situación de construir sobre un inmueble de propiedad de uno de los cónyuges (inc. j) lo cierto es que lo aportado por la sociedad debe ser considerado tal como se prevé en el caso de la permuta y su recompensa en

tal caso debe valuarse de modo de reintegrar a la comunidad lo que efectivamente el bien vale, su provecho, no la ecuación menor.

La ley debe ser clara. En el caso que nos ocupa el art. 464 inc j debe modificarse permitiendo una salvedad como la normada en el mismo artículo inciso c), pero además se impone que la liquidación y valuación de las recompensas sea una relación que tienda a un verdadero equilibrio sustentado en considerar que se trata de deudas de valor.

Las instituciones que bordean el Derecho de Familia deben ser claras porque se necesita fortalecer los vínculos y no dejar “lagunas” o espacios de deliberadas interpretaciones que vulneren derechos que requieren tutela judicial efectiva y célere.

LA FORMA DE LOS PACTOS DE CONVIVENCIA

Por Sonia Lukaszewicz¹

I. CONCLUSIONES

1. La autonomía de la voluntad permite que los convivientes, aun habiendo cesado la convivencia, suscriban pactos de convivencia reconociendo cuestiones vinculadas con la atribución del hogar, procedan a la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo en común, fijen de común acuerdo las compensaciones económicas previstas en el art. 524 del CCCN.

2. La autonomía de la voluntad permite que -en el mismo instrumento de adquisición del bien- los convivientes acuerden la administración de este durante la unión y su destino ante el cese.

3. La adjudicación de los bienes adquiridos por el esfuerzo en común en caso de ruptura de la unión convivencial goza de naturaleza partitiva, siendo equiparable a la partición y adjudicación de bienes con causa en la disolución de la comunidad de ganancias, ello acorde a la igualdad de trato que deben recibir las familias conformadas a partir de una unión matrimonial y aquellas conformadas a partir de una unión convivencial.

4. El acuerdo de voluntades de los convivientes expresado en forma diferente a la requerida por ley obliga a las partes a otorgar el instrumento debido, pero no anula el contrato por ellos celebrado.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Los *Pactos de Convivencia* encuentran sucinta regulación en el libro Segundo, Título III del CCCN el cual refiere al instituto *Unión Convivencial*. Ello debido a que la normativa remite a la autonomía de la voluntad de los

¹ Abogada (Facultad de Derecho UBA). Escribana CECBA. Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (Facultad de Derecho UBA). Cargos docentes: Profesora Adjunta Interina de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (Facultad de Derecho UBA) Profesora Titular, Universidad Notarial Argentina. Presidente del Instituto de Derecho Notarial del CECBA. Asesora Jurídico Notarial CECBA.

convivientes² a los efectos de crear el marco regulador de las relaciones que acontecen dentro de la unión, confiando en el criterio de estos para la determinación de los efectos patrimoniales y no patrimoniales derivados de la misma. La voluntad de los contratantes es quien guía, planifica y decide las pautas de conducta y el destino patrimonial de los bienes con valor patrimonial de quienes conforman la unión respetando el “piso mínimo obligatorio”³ y los derechos fundamentales de los contratantes, su dignidad, los principios de igualdad y no discriminación y las normas de orden público.

2. CONTENIDO DE LOS PACTOS DE CONVIVENCIA

La doctrina fue conteste en señalar el acierto del Proyecto⁴ - y por ende de la actual normativa- “cuando pone en manos de los convivientes la regulación de los efectos personales y patrimoniales de su unión”⁵, imponiendo una base de presupuestos mínima que no puede ser dejada sin efecto en la contratación, a saber:

- el deber de asistencia que se deben los convivientes mientras la convivencia persista (art. 519 CCCN);
- la contribución a los gastos del hogar, su propio sostén y el de los hijos comunes en proporción a sus recursos. Dicha contribución se extiende a la obligación de cubrir las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los integrantes de la unión en tanto conviva con ellos (arts. 520 y 455 CCCN);
- la responsabilidad solidaria que los convivientes tienen por las deudas que cada uno de ellos hubiera contraído para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la

² Arts. 513 y 528 CCCN.

³ LUJAN DANIEL, Uniones convivenciales: aspectos patrimoniales y su comparación con el matrimonio. Publicado en: DJ03/02/2016, 10. Cita Online: AR/DOC/3834/2015.

⁴ Refiriéndose al entonces Proyecto de Unificación del CCCN

⁵ LLOVERAS, Nora. Libertad con responsabilidad y solidaridad. La regulación de las uniones convivenciales. Revista Derecho Privado Año II - N° 6 - Septiembre 2013. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, Citando a Giovannetti, Patricia S. y Roveda Eduardo G., "Las Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil", en *eldial.express*, año XV, n° 3527, 05/06/2012

educación de los hijos conforme lo mencionado en el apartado anterior (art. 521 y 461 CCCN).

- la prohibición de la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta -o el traslado de estos fuera de la misma- sin el asentimiento del conviviente no titular del derecho⁶, con la consecuencia de la demanda de nulidad del acto por parte de quien no ha dado su asentimiento dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido en tanto la convivencia continúe.

Fuera de estas limitaciones impuestas por imperio de ley, los contratantes tienen absoluta autonomía de voluntad para decidir las cuestiones vinculadas con su convivencia, como ser: a) previsiones patrimoniales referidas al modo de contribuir a las cargas del hogar durante la vida en común; b) pactos que establezcan previsiones patrimoniales vinculadas con el cese de la unión (la atribución del hogar común o la división de los bienes producto del esfuerzo común en caso de ruptura de la convivencia -art 514 CCCN- resultan ejemplo de lo expuesto⁷);

3. FORMA DE LOS PACTOS DE CONVIVENCIA

a) Lineamientos generales relativos de la forma de los contratos en el CCCN

El acto jurídico se exterioriza oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art 262 CCCN) siendo los supuestos enumerados modos expresos de manifestación de voluntad, sin perjuicio de:

1. la validez de expresión tácita de voluntad, resultado de aquellos actos que permiten conocerla con certeza, pero carentes de eficacia en contextos en los cuales por ley o por convención se exige manifestación expresa de voluntad (art 264 CCCN).

⁶ Si la unión convivencial ha sido inscripta señala la norma (art 522 CCCN).

⁷ PELLEGRINI, María Victoria. Los pactos en las uniones convivenciales. Revista de Derecho de Familia 70, 137 TR LALEY AR/DOC/4968/2015

2. los supuestos en que se atribuye valor al silencio (ej. ante la existencia del deber de expedirse impuesto por ley o por voluntad de las partes (art. 263 CCCN)

Con la amplitud señalada por Lopez de Zavalía⁸, toda manera de expresar voluntad es forma. En tanto, en sentido estricto son “formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada” (art 1015 CCCN)

El art. 284 del CCCN sienta el principio de libertad en la elección de la forma mediante la cual se expresa la voluntad contractual⁹, sin embargo el legislador ha previsto ciertas solemnidades a cumplir en determinados actos jurídicos, por considerarlos relevantes para el ciudadano, sin perjuicio de poder convenir las partes una forma más exigente que la establecida por la ley.

Este enfoque legislativo se evidencia en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), donde la comisión redactora establece un criterio tripartito para clasificar las formalidades: "En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas ad solemnitatem y ad probationem, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no afecta la validez, sino sólo la producción de sus efectos propios", el cual resulta receptado normativamente en el artículo 969 del CCCN al clasificar los contratos y prever que:

- 1) los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha.
- 2) cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad.

⁸ LOPEZ DE ZAVALIA F. J. (2006). Teoría de los contratos. Parte general. (Reimpresión inalterada). Zavalía.

⁹ “Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley” Art. 284 CCCN.

- 3) cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

Asimismo, el artículo 285 de la sección 3ra, del Capítulo 5, Título IV del Libro Primero del CCCN referido a forma y prueba del acto jurídico expresa: “El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”, regla que se repite en el art. 1018 del cuerpo legal: “El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento”.

De lo mencionado, derivan las siguientes consecuencias:

1. El legislador adhiere al principio de que no existe acto jurídico sin forma.
2. La forma es de libre elección por parte de quien manifiesta la voluntad.
3. La libertad de elección está limitada por la ley que -en atención a la relevancia jurídica del acto- ha considerado necesario imponer determinadas formalidades para ciertos actos.
4. Nada impide que las partes contratantes elijan una forma superior a la prevista por la ley cuando esta no lo estipula.

Asimismo, en virtud del artículo 286 del CCCN, cuando se requiera expresión escrita, las partes pueden optar por hacerlo en un instrumento privado o público, salvo que la ley exija un instrumento específico¹⁰.

b) Lineamientos específicos relativos de la forma de los Pactos de Convivencia en el CCCN.

El legislador ha decidido establecer la forma en la cual se deben otorgar los *Pactos de Convivencia*, previendo en el art. 513 del CCCN la necesidad de instrumentar por escrito la voluntad contractual.

¹⁰ ACQUARONE, María T. (dir.), *Derecho notarial*, Bs. As., Estudio, 2022.

Corresponde determinar el carácter de la manda legal, es decir determinar si la forma escrita:

- a) es exigida como requisito para la validez del acto;
- b) es exigida sólo para que el contrato produzca sus efectos propios y el incumplimiento de la forma no acarrea sanción de nulidad;
- c) es un medio de prueba de la celebración del contrato.

A primer grupo corresponden aquellos contratos denominados de forma “ad solemnitatem” o simplemente “solemnes”, donde la forma es sustancia, requisito esencial de la expresión de voluntad. No cumplida la misma el acto es nulo (ej. 1552 CCCN Forma. Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias).

Al último grupo corresponden los actos para los cuales la ley no previó formalidad, la cual se adopta al solo efecto probatorio (ej. Contrato de mutuo).

En tanto, al segundo corresponden la mayoría de los contratos regulados en nuestra legislación, aquellos en los cuales la forma se requiere como requisito de “*solemnidad relativa*” y que -al no preverse sanción de nulidad por incumplimiento de la formalidad exigida- mutan, se transforman en actos en los cuales las partes se obligan a cumplir con la formalidad dicha¹¹.

En este sentido debe interpretarse la formalidad exigida por ley a los actos vinculados con la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, con excepción de los supuestos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa (art. 1017, inc. a., CCCN); las convenciones matrimoniales y su modificación (art. 448, CCCN); el contrato de modificación del régimen patrimonial matrimonial (art. 449, CCCN); el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1601, CCCN); el contrato de cesión de derechos hereditarios (art. 1618, inc. a., CCCN); los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles (art. 1017, inc. b.); los contratos de cesión de derechos litigiosos, teniendo en cuenta que si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también pueden instrumentarse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del

¹¹ Arts. 285 y 1018 CCCN

instrumento (art. 1618, CCCN); los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública y sus modificaciones, excepto cuando dichas modificaciones recaigan sobre estipulaciones accesorias o secundarias o exista disposición legal en contrario (arts. 1016 y 1017, inc. c., CCCN); los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública (art. 1017, inc. d., CCCN)¹².

Y en este sentido es que el legislador se refiere a *la forma escrita de los Pactos de Convivencia*. El acuerdo de voluntades de los convivientes expresado en forma diferente a la requerida por ley obliga a las partes a otorgar el instrumento debido, pero no anula el contrato por ellos celebrado a causa del incumplimiento de la formalidad exigida.

Por ello, los contratantes, en el momento en que lo consideren oportuno de común acuerdo podrán dar forma escrita a aquello que hayan acordado y que aún no escrito es base de su relación patrimonial.

Al respecto debemos señalar que la voluntad escrita puede ser manifestada tanto en instrumento público como en instrumento particular, en este caso instrumento privado, ya que la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde una vez reconocido el instrumento, o declarado auténtico por sentencia o cuya firma esté certificada por escribano (conf. arts. 286, 287, 288 y 314 CCCN).

La elección del instrumento se vincula con la eficacia probatoria de este. Los otorgantes pueden optar por la forma escritura pública, la cual a tenor de lo previsto en el art. 296 del CCCN, hará plena fe en cuanto a que se realizó el acto, la fecha, lugar y los hechos que el escribano manifiesta como cumplidos por él o ante él, hasta su declaración de falsedad (inc. a) o hasta que se produzca prueba en contrario con respecto al contenido de declaraciones sobre pagos, convenciones reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado (inc. b).

Asimismo, y en cumplimiento del deber funcional impuesto por el art 301 del CCCN corresponde el notario calificar y configurar técnicamente

¹² ACQUARONE, María T. (dir.), *Derecho notarial*, Bs. As., Estudio, 2022.

el acto, aseverar la identidad de los comparecientes y asegurar que estos actúen con discernimiento y voluntad¹³.

4. DEL TIEMPO DE LA CELEBRACION DEL PACTO DE CONVIVENCIA

El plazo de dos años establecido en el artículo 510 del CCCN como requisito para el reconocimiento de los efectos jurídicos de la convivencia, no presupone límite temporal alguno para la celebración de los pactos convivenciales, como tampoco lo es la falta de registro de la unión convivencial, ya que esta se efectúa con fines probatorios (conf. arts. 511 y 512 CCCN).

La convivencia es una situación de hecho, por ello sostenemos que los pactos que en torno a ella se celebran pueden otorgarse por escrito:

- a) en forma previa a la misma y con la intención de planificar la regulación de la vida en común;
- b) desde el momento mismo en que la convivencia se inicia;
- c) con posterioridad al cese de la convivencia¹⁴

De hecho, los acuerdos relacionados con cuestiones cotidianas de la vida doméstica -independientemente del reflejo documental escrito de su existencia- suelen acontecer previo al inicio de esta y no por ello pierden su naturaleza jurídica: tómese de ejemplo un acuerdo oral efectuado por los futuros convivientes vinculado con el aporte que cada uno de ellos hará para solventar el pago de los cánones locativos del inmueble destinado a alojar su vivienda.

En este orden de ideas entendemos que los convivientes pueden durante la convivencia efectuar pactos que en principio deben ser considerados parciales, ya que es propio que se modifiquen o rescindan por acuerdo de ambos¹⁵.

¹³ BASSET, Úrsula C. La convención matrimonial. Úrsula C. TR LALEY AR/DOC/1651/2016. LA LEY 17/08/2016, 1 LA LEY 2016-D, 1258

¹⁴ LLOVERAS Nora, ORLANDI, Olga, FARAONI, Fabián, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Norma. Directoras, Tratado de derecho de familia. Rubinzal Culzoni Editores Buenos Aires, 2014, Tomo II

¹⁵ En cuanto a la extinción del pacto, prevista en el art. 516 del CCCN, entendemos al igual que PELLEGRINI, que ella opera salvo para aquellos pactos cuyos

Es por ello que entendemos que los convivientes pueden en forma coetánea a la adquisición de un bien, incluso por el mismo instrumento, acordar la administración de este durante la unión (art 518 CCCN) y su destino ante el cese (art. 528 CCCN).

Vale decir, la regla de la autonomía de la voluntad que regula la relación de los convivientes, hace posible que en la escritura de adquisición de un bien inmueble por ejemplo, los adquirentes establezcan el destino que se le dará al bien durante la unión y luego de su cese, sea este de titularidad de uno o de ambos integrantes de la unión, con el único límite de las previsiones de los arts. 515 y 519 a 522 del CCCN¹⁶. Para el supuesto que el bien adquirido resulte ser vivienda familiar, podrán incluso pactar que frente al fallecimiento de uno de los convivientes su uso sea atribuido a uno de los integrantes sin las limitaciones casuísticas ni temporales resultantes de los arts. 526 y 527 del CCCN.

Basados en el mismo principio, los convivientes -previo a la suscripción de la escritura- pueden por instrumento autónomo reflejar la voluntad acordada. En este supuesto será el notario interviniente quien de publicidad cartular al pacto en el texto de la escritura de adquisición¹⁷.

Con igual criterio, nada impide que los convivientes luego del cese de la convivencia y atento la necesidad de regular las consecuencias patrimoniales producto de la ruptura, decidan instrumentar por escrito aquello que han venido cumpliendo o aquello que acordaron oralmente: la forma en que se adjudican los bienes incorporados al patrimonio durante la convivencia (art. 528 CCCN), las compensaciones económicas derivadas de los desequilibrios que impliquen un empeoramiento de la situación económica de alguno de los convivientes con causa fundada en la convivencia y su ruptura (aún luego del plazo previsto en el art 525 del CCCN) o la atribución de la vivienda familiar. Los dos últimos supuestos están previstos expresamente en los arts. 524, 525 y 526 del CCCN.

efectos se proyectan una vez producido el cese de la convivencia. PELLEGRINI, María Victoria Los pactos en las uniones convivenciales. RDF 70, 137. TR LALEY AR/DOC/4968/2015

¹⁶ PELLEGRINI, María Victoria Los pactos en las uniones convivenciales. RDF 70, 137. TR LALEY AR/DOC/4968/2015

¹⁷ La publicidad cartular de los pactos es recomendable atento la falta de capacidad operativa que tienen algunos registros locales para su toma de razón.

La posibilidad de decidir el destino de los bienes adquiridos durante la convivencia mediante pacto celebrado por escrito luego del cese de esta, encuentra razón en el carácter prioritario¹⁸ que la voluntad de las partes tiene con respecto a la norma, la cual prioriza la autonomía de la voluntad y el interés de los contratantes, al mismo tiempo que se vincula imperativamente con la igualdad de trato que se debe dar a las familias constituidas en base a vínculos convivenciales con respecto a las que reconocen vínculos matrimoniales.

La realidad sociocultural nos muestra que las parejas convivientes en Argentina no suelen suscribir *Pactos de convivencia* en forma previa al inicio de la unión o durante la misma, en especial aquellas que cuentan con menores recursos económicos o escasa información referida a los derechos y obligaciones que los convivientes tienen y sin perjuicio que su celebración es recomendable, atento la ausencia de conflicto en esta instancia¹⁹. Sin embargo en la práctica se observa que lo hacen frente a un eventual o cierto cese.

Quizás uno de los motivos radica en que la convivencia suele surgir de manera paulatina, en muchos casos como una evolución natural de una relación. Este carácter progresivo hace que las parejas no valoren ni prioricen la necesidad inmediata de regular su situación mediante un pacto escrito, ya que, a menudo, la transición hacia la vida en común ocurre sin un hecho puntual que motive la necesidad de tal formalidad, a diferencia del matrimonio que requiere del cumplimiento del rito que establece la ley a modo de solemnidad absoluta.

No es tema menor considerar el contexto económico. La celebración de pactos de convivencia implica erogaciones patrimoniales a cargo de los convivientes que en general se destinan a solventar necesidades más inmediatas, a diferencia de las relaciones patrimoniales que nacen a partir del momento en que se contraen nupcias sean estas bajo el régimen de comunidad o bajo el régimen de gestión separada de bienes. Para aquellos convivientes que enfrentan las cargas económicas de mantener un hogar, el

¹⁸ LLOVERAS Nora, ORLANDI, Olga, FARAONI, Fabián, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Norma. Directoras, Tratado de derecho de familia. Rubinzal Culzoni Editores Buenos Aires, 2014, Tomo II

¹⁹ PELLEGRINI, María Victoria Los pactos en las uniones convivenciales. RDF 70, 137. TR LALEY AR/DOC/4968/2015

costo que representa formalizar un pacto de convivencia puede parecer un gasto innecesario.

Considerar que los pactos celebrados con posterioridad al cese de la convivencia participan de la naturaleza de los *Pactos de convivencia*, permite dar el mismo digno tratamiento legal a los convivientes que a los cónyuges que han decidido cesar el vínculo matrimonial. Al respecto se sostiene que los pactos funcionan como “mecanismos de autocomposición”²⁰ de los conflictos derivados del cese de la unión.

El proceder descripto equipara a las familias producto de la unión convivencial con las resultantes del matrimonio, reconociendo y protegiendo de esta forma derechos humanos esenciales, cuyo desconocimiento no “se compadece ni con la realidad ni con los tratados internacionales, con jerarquía constitucional”²¹.

5. ADJUDICACIÓN DE BIENES ANTE EL CESE DE LA CONVIVENCIA

La ausencia de pacto, hace aplicable la norma del art 528 del CCCN, la que indica que los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial se mantienen en el patrimonio del conviviente que los adquirió, lo que en alguna forma puede permitir enriquecimientos no debidos o dar lugar a la existencia de situaciones simuladas, interposición de personas, supuestos disvaliosos que la ley no persigue ni fomenta.

A través de los acuerdos celebrados habiendo cesado la convivencia, los ex convivientes mitigan el efecto de la norma cuanto este no es querido, acordando la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo en común con plena autonomía y libertad de contratación.

Es frecuente advertir situaciones de hecho en las cuales bienes cuya adquisición se efectuó con el producto del esfuerzo común de los convivientes, registran titularidad dominial a favor de uno de los integrantes. Ello producto de situaciones de hecho, entre las cuales a modo de ejemplo podemos mencionar: únicamente uno de los convivientes tiene empleo registrado y puede acceder a un crédito con garantía hipotecaria para

²⁰ PELLEGRINI, María Victoria Los pactos en las uniones convivenciales. RDF 70, 137. TR LALEY AR/DOC/4968/2015

²¹ SOLARI, Néstor E. Uniones convivenciales y derechos humanos. La Ley. Año LXXIX, Nro 161.

efectuar la compra; el bien ha sido adquirido por uno de los convivientes, pero las construcciones o mejoras fueron efectuadas por el otro. Esta y tantas otras situaciones obligan al profesional del derecho a buscar soluciones en el ordenamiento jurídico a los efectos de adecuar la realidad documental a lo querido por los contratantes. Es así que las respuestas se encuentran en negocios onerosos (compraventa, dación en pago, etc) que no reflejan el verdadero espíritu de la contratación y generan cargas impositivas tanto a nivel nacional como local producto de la onerosidad que conllevan²².

Por ello nos inclinamos por considerar que goza de naturaleza particiva el acuerdo mediante el cual los convivientes -en caso de ruptura- deciden distribuir los bienes adquiridos durante la convivencia como resultado del esfuerzo común efectuado por ambos integrantes. Dicho acuerdo encuentra su equivalente legal en el que efectúan los cónyuges al partir y adjudicar los bienes gananciales, como resultado de la disolución de la comunidad de ganancias, permitiendo que las situaciones que no generan contienda se resuelvan fuera del ámbito judicial.

Los cónyuges y/o excónyuges pueden -en el marco del régimen patrimonial del matrimonio y durante la indivisión postcomunitaria- acordar libremente como dividir los bienes integrantes de la masa común (conf. art 498 CCCN). Así podrán por ejemplo, adjudicar los bienes a favor de uno u otro o en condominio, constituir usufructo o derecho de habitación. Mismo derecho asiste a los integrantes de la unión convivencial: ello equipara el derecho de los integrantes de la unión con los derechos de los cónyuges, ambos merecedores de trato digno e igualitario.

²² Al respecto, SCHIRO sostiene que el pacto “configura un acto un acto jurídico patrimonial a título oneroso, y ello colocaría al/a la supérstite en una situación preferente en relación con los derechos hereditarios ostentados por herederos/as y legatarios” ante el fallecimiento de uno de los integrantes de la unión. SCHIRO, María Victoria “Implicancias patrimoniales del cese de las uniones convivenciales por causa de muerte” CUESTIONES PATRIMONIALES EN EL DERECHO DE FAMILIA. Thomson Reuters. La ley. Noviembre 2019. Suplemento especial.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL EN CASO DE MUERTE

Por Esteban Mazzinghi (h)¹

I. CONCLUSIONES

1. Se propone una modificación del art. 524 del Código Civil y Comercial que deje en claro que el cese de la convivencia en caso de muerte excluye la posibilidad de reclamar la compensación económica. Asimismo, también debería adecuarse el párrafo final del art. 525 del Código, dejando a salvo que la caducidad para el reclamo de la compensación caduca a los seis meses luego de haberse producido las causas de finalización de la convivencia previstas en el art. 523 a excepción del inc. g).

II. FUNDAMENTOS

1. LA SITUACIÓN A EVALUAR

Nuestro Código Civil y Comercial regula dentro de los efectos que produce el cese de las uniones convivenciales, la posibilidad de que uno de los convivientes solicite una compensación económica.

Este derecho aparece regulado en el art. 524 y 525 del Código Civil y Comercial.

Las compensaciones económicas también están contempladas para los matrimonios², quedando regulados los supuestos de procedencia y las pautas para su fijación dentro de los efectos producidos por el divorcio de los cónyuges.

Entre la compensación económica correspondiente al cese de la unión convivencial y la del divorcio de los cónyuges, se respetan,

¹ Profesor adjunto - Ayudante Diplomado de Derecho de Familia, Universidad Católica Argentina.

² Art. 441 y 442 del Código Civil y Comercial. La compensación queda configurada sólo para el caso de divorcio.

prácticamente, iguales pautas. El concepto, los supuestos de procedencia y los parámetros fijados para la cuantificación apuntan a que se tenga en cuenta lo mismo: que el cónyuge o conviviente a quien la ruptura de la relación le produce un desequilibrio económico manifiesto asociado al comienzo y a la evolución de su vida en pareja se vea recompensado.

Sin perjuicio que la redacción entre la compensación matrimonial y la de las parejas convivientes está formulada en espejo, se destaca una gran diferencia entre una y otra: La compensación que procede ante la ruptura de la unión convivencial puede ser reclamada ante el supuesto de muerte de alguno de los convivientes, mientras que el planteo de esta acción en los casos matrimoniales sólo queda admitida en caso divorcio. De este modo, queda excluida esta compensación en caso de muerte de uno de los cónyuges, que es una de las causales de extinción matrimonial.

Los interrogantes que surgen a raíz de esta diferenciación y comparación nos interpelan a nos hacen preguntarnos:

¿Es correcto que pueda admitirse la compensación económica cuando la ruptura de la unión convivencial o el matrimonio se produce como consecuencia de la muerte de alguno de los cónyuges o miembros de la pareja?

¿Tiene sentido la diferencia admitida por el Código Civil y Comercial, que admite el reclamo de la compensación en caso de muerte en las uniones convivenciales y no para los matrimonios que se extinguen por muerte de alguno de los cónyuges?

2. EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

Excede a la presentación de esta ponencia realizar un abordaje completo sobre la naturaleza y alcance del derecho a percibir una compensación económica.

A continuación, a los efectos de poder analizar las respuestas a los interrogantes planteados, me limitaré a considerar solamente algunos de sus rasgos.

Para comenzar, debemos dejar en claro que la compensación puede otorgarse sólo si se verifica, de forma objetiva, un desequilibrio manifiesto que tenga por causa adecuada la relación de pareja (ya sea matrimonial o convivencial).

Queda claro que el punto de partida es el desequilibrio entre las partes que debe ser ponderado al momento de la ruptura. “Sin embargo, ese desequilibrio debe expresar una cristalización del pasado y tal vez una anticipación del futuro en función de la proyección de lo que esa separación implicará en la vida de las partes”³. Sobre este último aspecto, volveremos más adelante.

A su vez, desde una visión un tanto distinta, al referirse a la causa fuente del crédito que comporta la compensación, afirman Iglesias y Krasnow que la verdadera fuente de la deuda es la convivencia, siendo -en el caso que estamos analizando-, la muerte solo el acontecimiento que determina el nacimiento del derecho. Asimismo se entiende que, si bien la muerte provoca el cese de la unión y por tanto la procedencia de la compensación, la fuente de la obligación es el pacto de convivencia que la reconoce o la vida en común que generó el desequilibrio patrimonial. Y en idéntico sentido, se concluye que la ruptura, por cualquier causa que fuera, es solo un acontecimiento que actualiza un desequilibrio económico preexistente de modo que el cese de la convivencia solo devela, hace emerger, un desequilibrio que ya existía y que la convivencia compensaba.

Mediante esta ponencia señalo que esta última postura se aleja en parte del sentido de la compensación que es el de la proyección futura del desequilibrio, que, desde mi punto de vista, es fundamental y resulta un factor constituyente de la compensación.

Merece una compensación quien postergó su desarrollo familiar con motivo de la convivencia porque es injusto que, al producirse la ruptura, -por decisión de cualquiera de los convivientes-, quien pudo crecer profesionalmente a costa del otro materialice en el tiempo y con una proyección futura esos beneficios sin compensar al conviviente sacrificado, quien por su lado dejó pasar oportunidades y cuyo futuro, -como consecuencia de las decisiones de la pareja o familia-, se restringen, quedando en desigualdad en comparación al de su ex pareja.

Sucede que la muerte, naturalmente, saca del plano de análisis del eventual desequilibrio al conviviente fallecido, de modo que la comparación entre con qué perspectiva futura queda uno y otro al momento de la ruptura por muerte pierde sentido.

³ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO – TRATADO EXEGÉTICO, 3ra Edición actualizada y comentada; Editorial La Ley, Tomo III, pág. 252.-

La disputa, en el caso de muerte de alguno de los convivientes, se da entre quien sobrevive y los eventuales herederos del causante, y a propósito de ello, cabría darle intervención en la sucesión del conviviente fallecido al sobreviviente a fin de que éste reclame su derecho a recibir una compensación económica. Esto, naturalmente, representa una complejización del proceso sucesorio.

Podría llegar a interpretarse que la compensación en el caso bajo análisis encuentra sentido en el hecho de que el conviviente, por el mero hecho de estar en unión convivencial, no tiene vocación hereditaria, y por ello se admite el reclamo de la compensación en su sucesión.

A mi modo de ver, esto no representa una razón suficiente para avalar el reclamo de la compensación contra la sucesión cuando la ruptura está dada por el mismo hecho de la muerte. La cuestión sucesoria y los derechos derivados de la unión convivencial no deberían superponerse más allá de lo expresamente contemplado por el art. 527 del Código Civil y Comercial y el eventual derecho a participar de la sucesión cuando así lo haya dispuesto su pareja mediante un testamento.

Corriéndonos de vereda, un caso análogo de una pareja matrimonial que podemos tener en cuenta a la hora de analizar esta situación es la siguiente: nos podemos encontrar ante dos cónyuges se separan y luego de ocurrido el cese de la convivencia alguno de ellos muere. Esta separación provocó la pérdida de la vocación hereditaria⁴ y al mismo tiempo, -si estuviéramos ante un caso compatible con los supuestos previstos para la compensación económica-, el cónyuge sobreviviente que se encuentra en una situación de desequilibrio tampoco podría pedir la compensación porque su matrimonio se disuelve por muerte y no por sentencia de divorcio, de la que hubiera podido derivar el reclamo de la compensación del art. 441 del Código Civil y Comercial.

Este último ejemplo de imposibilidad del reclamo de la compensación económica por muerte de alguno de los cónyuges nos lleva a pensar en tantos otros supuestos en los que a pesar de conservar el cónyuge vocación sucesoria, el entrelazamiento de la compensación económica con

⁴ Art. 2437 del Código Civil y Comercial: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica el cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

los derechos hereditarios poco tienen que ver, porque, precisamente son derechos bien diferenciados.

La solución prevista para los matrimonios en la que queda excluida la compensación económica en caso de que la disolución del vínculo se produce como consecuencia de alguno de los cónyuges es acertada, no porque el cónyuge sobreviviente tenga derechos sucesorios (que muchas veces pueden estar vacíos de contenido en términos económicos, por ejemplo si el cónyuge no tenía bienes propios o si antes de casarse había donado sus bienes) sino porque ocurre lo mismo que señalamos para cuestionar las compensaciones que se reclaman cuando la unión convencional cesa por muerte de alguno de los miembros de la pareja: la muerte de uno de los cónyuges desnaturaliza la perspectiva futura del desequilibrio porque la comparación entre cómo queda uno y otro al momento de la ruptura pierde sentido.

**CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA RESPECTO DE LAS DEUDAS COMUNES
DE LOS CÓNYUGES EN PROPORCIÓN A SUS RECURSOS
ECONÓMICOS**

Por Jorge A. M. Mazzinghi¹

I. CONCLUSIONES

1. En los casos en los que la responsabilidad de los cónyuges es solidaria, la cuota de contribución debe establecerse en proporción a los recursos económicos de los cónyuges y no necesariamente en partes iguales. La medida de la contribución en la relación interna entre los cónyuges está definida por los recursos concretos de cada uno de ellos.

II. FUNDAMENTOS

Como principio general, las deudas que contraen los cónyuges pesan y deben ser atendidas con el patrimonio del cónyuge que las contrajo.

Así es en el régimen patrimonial de comunidad, en virtud de lo establecido por el artículo 467, primer párrafo, del Código Civil y Comercial: “Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos”.

Lo mismo ocurre en el régimen de separación de bienes, conforme a lo que dispone el artículo 505 del Código Civil y Comercial: “Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas”.

Como excepción, hay casos en los que la responsabilidad de los cónyuges es solidaria.

Son los siguientes:

Deudas contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar.

¹ Profesor Titular Ordinario de Derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, Universidad Católica Argentina.

Deudas contraídas para solventar el sostenimiento y educación de los hijos comunes.

Deudas contraídas para atender las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad, de uno de los cónyuges, siempre que los hijos convivan con el matrimonio.

Los casos excepcionales que dan lugar a la solidaridad resultan de lo establecido en los artículos 461 y 455 del Código Civil y Comercial.

Como son supuestos de excepción, que contradicen el principio general de la independencia de las deudas, su interpretación debe ser restrictiva o limitativa.

Como expresión de este criterio ceñido, debería interpretarse que la solidaridad por las obligaciones tendientes a atender las necesidades de los hijos menores de uno de los cónyuges sólo rige hasta los dieciocho años del hijo y no hasta los 21 o 25 años, como ocurre respecto del régimen alimentario de los hijos comunes.

De acuerdo a lo que establece el artículo 840 del Código Civil y Comercial, el cónyuge que, en virtud de la solidaridad legal, paga la totalidad de alguna de estas deudas, tiene derecho a repetir del otro cónyuge la parte que estaba a cargo de este último, a través de una acción de regreso.

La presente ponencia apunta a poner de relieve **que la medida de la contribución en la relación interna entre los cónyuges está definida por los recursos concretos de cada uno de ellos.**

Así resulta de lo establecido en los incisos b), c) y d) del artículo 841 del Código Civil y Comercial, pues el artículo 455 del Código Civil y Comercial, al definir el deber de contribución entre los cónyuges, señala que éste debe graduarse “en proporción a sus recursos”.

Si la cuota de contribución se fijara siempre en partes iguales, conforme al criterio residual de la última parte del artículo 841 del Código Civil y Comercial, podría arribarse a resultados muy injustos y perjudiciales para el cónyuge que ostenta menos recursos y una situación patrimonial más frágil.

Porque, si el cónyuge con una posición económica más sólida contrajera deudas importantes para sostener el hogar o los hijos comunes, y, luego de abonarlas, le reclamara al otro cónyuge la mitad de lo pagado, estaría alterando el equilibrio y razonabilidad del deber de contribución entre cónyuges y en relación a las necesidades familiares.

BIENES ADQUIRIDOS POR LOS CÓNYUGES DESPUÉS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

Por Jorge A. M. Mazzinghi¹

I. CONCLUSIONES

1. Los bienes adquiridos por los cónyuges después de la separación de hecho sin voluntad de unirse son, en principio, gananciales, si no se decreta el divorcio, o si la extinción de la comunidad es la consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges.

II. FUNDAMENTOS

La separación de hecho sin voluntad de unirse, como tal, no es una causal de extinción de la comunidad.

a) Los bienes que adquieren los cónyuges con posterioridad a la separación de hecho deben calificarse como gananciales, a no ser que, luego de la separación de hecho, se hubiera decretado el divorcio del matrimonio.

Si no se dictó sentencia de divorcio, los bienes adquiridos por los separados de hecho son gananciales.

Es que, si no hay divorcio, no opera la retroactividad establecida por el artículo 480 del Código Civil y Comercial.

Si los cónyuges no hicieron nada para impulsar el divorcio, cabe suponer que quisieron prolongar la vigencia de la comunidad, por lo que tiene sentido que los nuevos bienes sean gananciales.

b) También son gananciales los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse, si la disolución del matrimonio y la extinción de la comunidad resultan de la muerte de uno de los cónyuges.

¹ Profesor Titular Ordinario de derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, Universidad Católica Argentina.

La extinción de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges no tiene efecto retroactivo.

Si, al producirse la muerte de uno de los cónyuges, ellos se hallaban separados sin voluntad de unirse, no tendrán vocación sucesoria recíproca, pero los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho tendrán que calificarse de gananciales y dividirse por mitades entre el supérstite y los herederos del fallecido.

El artículo 2437 del Código Civil y Comercial excluye el derecho hereditario, pero no la ganancialidad que se mantiene mientras esté vigente la comunidad.

CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA RESPECTO DE LAS DEUDAS COMUNES DE LOS CONVIVIENTES

Por Jorge A. M. Mazzinghi¹

I. CONCLUSIONES

En los casos en los que la responsabilidad de los convivientes es solidaria, la cuota de contribución interna deriva de lo convenido en el pacto de convivencia y de los recursos económicos de cada conviviente.

II. FUNDAMENTOS

Como principio general, los convivientes responden con su patrimonio por las deudas que contraen.

En algunos casos excepcionales, la responsabilidad de los convivientes ante terceros es solidaria:

Cuando las deudas se contrajeron para solventar las necesidades ordinarias del hogar.

Cuando las deudas se contrajeron para sostener o educar a los hijos comunes.

Cuando las deudas se contrajeron para atender las necesidades de los hijos de uno de los convivientes que convive con ambos, cuando estos hijos son menores, o tienen una restricción en la capacidad, o padecen una discapacidad.

La solidaridad en estos supuestos resulta de lo estipulado por el artículo 521 del Código Civil y Comercial: “Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461”.

Este artículo 461 remite al artículo 455 del Código Civil y Comercial.

¹ Profesor Titular Ordinario de derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, Universidad Católica Argentina.

Si, en virtud de la solidaridad, uno de los convivientes abona el total de la deuda, tienen acción de regreso contra el otro para que contribuya a afrontar su parte.

La determinación de la cuota de contribución debe establecerse o fijarse en función de los siguientes parámetros:

1º) Ante todo, a partir de lo que los convivientes hubieran convenido en el pacto de convivencia. El artículo 841 del Código Civil y Comercial, en su inciso a), hace referencia a “lo pactado”, y puede entenderse a lo pactado con el acreedor, o a lo pactado entre los codeudores solidarios. El pacto de convivencia podría establecer proporciones en la contribución entre convivientes. Entiendo que los convivientes no podrían acordar que las deudas solidarias serán afrontadas en forma exclusiva por uno solo de los convivientes, pues ello importaría negar la solidaridad, quebrar la igualdad de las partes, y contrariar el orden público.

2º) En segundo lugar, de no haber un pacto de convivencia, habrá que atender a los recursos económicos y posibilidades de cada conviviente, pues este es el criterio que consagra el artículo 455 del Código Civil y Comercial.

3º) Sólo en último lugar, si los recursos económicos son equivalentes, la medida de la contribución será por mitades.

No tendría ningún sentido, y sería irrazonable, que se impusiera una contribución por mitades si los convivientes hubieran acordado algo distinto en el pacto de convivencia, o si los recursos económicos de uno y de otro fueran disímiles.

EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD – SEPARACIÓN DE HECHO – FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE

Por Carla Beatriz Modi¹

I. CONCLUSIONES

Se propone De *Lege ferenda*:

1. Se propone para una futura reforma, la modificación del art. 480 con el siguiente agregado en su segundo párrafo "... Debiendo aplicarse también la retroactividad de la extinción del régimen de comunidad en casos de separación de hecho previa al fallecimiento de uno de los cónyuges o sentencia de presunción de fallecimiento".

¹ Abogada recibida en la UNLZ. Doctoranda en Ciencias Jurídicas de la UCA. Cursando la Carrera de Especialización en Derecho de Familia UCALP. Profesora JTP de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA) Comisión Berbere Delgado - Basset. Adscripta UCA – Derecho de las Sucesiones, Cátedra Úrsula Basset. Investigadora Graduada en los Proyectos IUS 2016-2018 "Vulnerabilidad y solidaridad interindividual, familiar y social de las personas en su vejez: entre la responsabilidad pública y privada"; y 2019-2021 "Discriminaciones directas e indirectas contra la mujer en el derecho privado de familia y sucesiones argentino". Investigadora graduada proyecto de investigación DECYT 2020-2022 – Código DCT2007 "Niñez sin cuidados parentales" (UBA). Integrante del proyecto de investigación "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer", Facultad de Derecho, UCA, 2022-actualidad. Integrante del proyecto de investigación "Modelos explicativos de la violencia", Facultad de Derecho, UCA, 2022-actualidad.

De acuerdo con el art. 6° del Reglamento de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la presente ponencia se presenta con el aval de la Dra. Úrsula C. Basset.

Con la colaboración de la Dra. Daniela Manteiga, abogada UBA, Profesora Adjunta en Derecho de Familia, en la Universidad del Cema, Cátedra Ales Uría, Cursando la Carrera de Especialización en Derecho de Familia UCALP.

II. FUNDAMENTOS

1. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD - MOMENTO.

Todo lo relativo al nacimiento, vida y extinción del régimen de comunidad es cuestión de orden público, normas imperativas, inderogables por la voluntad de los cónyuges (arts. 475, 476, 477, 478 y 480 del CCCN).

Por ello la extinción se produce únicamente por las causas taxativamente enumeradas por la ley en el art. 475 CCCN:

La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.

La anulación del matrimonio putativo.

El divorcio.

La separación judicial de bienes.

La modificación del régimen patrimonial convenido.²

Es decir que las únicas causas de extinción del régimen de comunidad de bienes son las mencionadas, no pueden las partes determinar por acuerdo un modo distinto de extinción, tampoco puede un juez establecer una causa de extinción nueva.

Ahora bien, además de lo expuesto, el art. 480 del CCCN establece el momento a partir del cual se entiende por extinguida dicha comunidad:

1. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

2. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

3. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

²FERRER, Francisco A.M., "Tratado de Sucesiones", Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 661.

Es decir, “la ley establece dos situaciones generales y en ellas determina cuándo acontece la extinción de la comunidad. Una, en los casos en que no se verifica una separación de hecho previa (lo cual no es lo más habitual), donde el cese del régimen se producirá con la notificación del pedido de divorcio o en el momento que este se requiera si la solicitud es conjunta. La otra situación general, en cambio, es cuando medie una separación de hecho anterior; circunstancia más común en que la extinción sucederá en el día en que se quebró la convivencia”³.

Podemos observar que el nuevo código ha incorporado a través de su art. 480, una situación fáctica que ocurría cotidianamente, ya que la separación de hecho habitualmente se producía en la mayoría de los casos con anterioridad al divorcio, generando situaciones conflictivas con los bienes adquiridos durante ese período.

El efecto retroactivo de la sentencia provocará que los bienes adquiridos luego de la separación de hecho se reputarán propios, poniendo fin a la categoría de gananciales anómalos, calificación que merecieron bajo el régimen del último párrafo del art. 1306 del CC los bienes comunes que no se dividían conforme las pautas del art. 1315 del mismo Código, tales los adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho, o los adquiridos por cualquiera de los consortes en los supuestos de separación personal o divorcio sin atribución de culpas⁴.

La reforma vino a traer algo de luz, ya que cuando es posible determinar dicha fecha, ya sea porque las partes están de acuerdo o porque la misma surge debidamente probada y documentada por alguna razón, como por ejemplo una exclusión de hogar, el juez debe retrotraer los efectos de la extinción de la comunidad a dicha fecha, salvo que se probase alguna cuestión de fraude o abuso del derecho.

Así, si media conformidad entre las partes, no se advierte obstáculo para que se establezca en la sentencia de divorcio la fecha en la que se produjo dicha extinción, pues la misma norma lo contempla dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito

³ MIZRAHI, Mauricio L., “El divorcio y la extinción de la comunidad de bienes”, LA LEY, 2017. Cita: TR LALEY AR/DOC/1262/2017.

⁴JNCivil N° 92, “M. C. G. c/ F. A. D. s/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL”, Exp: 9200/2013, Mayo 2020.

(en igual sentido, CNCiv., Sala L, “G. N. L. c. O. D. M.”, del 6 de octubre de 2015, y sus citas)⁵.

La separación de hecho no se encuentra regulada como causal autónoma de disolución del régimen de comunidad, y no extingue por sí misma dicho régimen, lo que hace la ley es facultar al juez a establecer como fecha de extinción de la comunidad la fecha de la separación de hecho si la misma ocurre previamente al dictado de la sentencia de divorcio o nulidad.

A su vez el código en su art. 477 inc. c), por otro lado incorpora la separación de hecho sin voluntad de unirse, como causal por la cual uno de los cónyuges puede requerir judicialmente la separación de bienes, poniendo fin al régimen de comunidad.

En definitiva, según la anterior normativa, la comunidad no se extinguía, ni concluía, ni se disolvía por la separación de hecho, ni aún cuando hubiera sido convenida por los esposos, puesto que ello no resultaba de la ley, y como dijimos, el régimen imperativo del matrimonio y en particular lo referido al régimen patrimonial, precisamente por ese carácter, no queda librado a la voluntad de los cónyuges, e impide admitir un supuesto distinto a los enunciados como causa de disolución de la sociedad conyugal, y menos aún, si así pudiera decirse, si se quisiera hacer depender esa disolución, de la voluntad de aquellos⁶.

Ahora por otro lado como veremos a continuación la reforma ha omitido mencionar que sucede en los casos de extinción por fallecimiento del cónyuge, si previamente ha habido entre ambos una separación de hecho sin voluntad de unirse.

2. EXTINCIÓN POR FALLECIMIENTO DEL CÓNYPUGE.

La comunidad de bienes se extingue ipso iure desde el preciso momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, tanto respecto del cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, como respecto de

⁵ CNACivil, sala G, “F. C., M. C. c. G. V., A. N. s/ Divorcio”, 11/11/2020, La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/55343/2020.

⁶ SAMBRIZZI E., “El Régimen Patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, Pág.291.

terceros⁷. En caso de presunción de fallecimiento, se extingue con efecto retroactivo al día presuntivo del fallecimiento conforme lo establece el art. 476 del CCCN.

Para el supuesto de muerte “presunta” de uno de los cónyuges, el mismo operará de pleno derecho desde la sentencia que disponga el fallecimiento y sus efectos se aplicarán en forma retroactiva al día que, esta resolución, se haya dispuesto como el presuntivo día de fallecimiento. Pero, la noticia cierta de su existencia con vida o la reaparición del ausente provocan que quede sin efecto la declaración de fallecimiento⁸

Conforme se desprende de la normativa, en caso de fallecimiento, la comunidad se extingue al momento de la muerte, al igual que disuelve el vínculo matrimonial. Ocurrida la muerte, existirá un patrimonio postganancial entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, que se regirá por las normas de la indivisión hereditaria.

Los bienes deberán ser divididos entre el cónyuge supérstite y los herederos del muerto, debiendo –en principio- escudar la mitad de los gananciales que a aquel le correspondan como consecuencia de la disolución de la comunidad, mientras que la otra mitad de los bienes gananciales que pertenecían al fallecido se dividirá siguiendo las normas sucesorias vigentes⁹.

Sambrizzi señala que: “si la disolución de la sociedad lo fue por el fallecimiento de uno de los esposos, o en el caso de ausencia con presunción de fallecimiento, en esos casos, en que se altera las relaciones de titularidad originaria sobre los bienes gananciales, se produce una comunidad de derechos entre los herederos, o de éstos con el cónyuge supérstite, sobre bienes que se encuentran en el estado de indivisión”¹⁰.

3. SEPARACIÓN DE HECHO PREVIA AL FALLECIMIENTO.

⁷ FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 663.

⁸<http://server2.utsupra.com/la-extincion-de-la-comunidad-de-bienes-en-el-derecho-de-familia-y-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

⁹<http://server2.utsupra.com/la-extincion-de-la-comunidad-de-bienes-en-el-derecho-de-familia-y-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

¹⁰ SAMBRIZZI E., “El Régimen Patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 304.

La "separación de hecho" se refiere a la situación en la que los cónyuges viven apartados o separados de manera efectiva, sin mantener una convivencia conyugal y sin tener un proyecto de vida en común. Esta separación puede ser de mutuo acuerdo o unilateral y puede ser temporal o permanente. No se requiere un proceso formal de separación legal para que se considere una separación de hecho.

No obstante ello, el Código Civil y Comercial prevé a "la separación de hecho sin voluntad de unirse como causa de disolución del régimen de comunidad de gananciales sólo cuando hubiese precedido a la sentencia que declaró la nulidad del matrimonio, decretó el divorcio o la separación judicial de bienes, en cuyo caso la sentencia en estos casos tendría efectos retroactivos al día de esa separación (arts. 475 y 477, inc. c, y 480, 2º párr.)."¹¹

En el régimen vigente, la separación de hecho produce efectos en relación con la disolución de la comunidad sólo si ha mediado en vida de los cónyuges sentencia firme de nulidad de matrimonio, divorcio o separación judicial de bienes, en cuyos casos la sentencia retrotrae la extinción de la comunidad al día de la mencionada separación¹². Pero la misma no existe como causal autónoma de extinción de la comunidad como ya se mencionara.

El legislador ha omitido regular la posibilidad en caso de fallecimiento, de que el juez retrotraiga los efectos de la extinción de la comunidad a la fecha de separación de hecho en caso de que esta ocurriera con anterioridad al fallecimiento, y se tuviera certeza de la misma.

De esta forma han quedado sin regulación específica una serie de situaciones fácticas donde puede darse el caso de existir una separación de hecho previa al fallecimiento, pero aún así, los herederos del fallecido y el cónyuge supérstite, se beneficien de los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante ese lapso en el cual ya no existía vida conyugal alguna.

La situación quedará sujeta al decisorio judicial, quien deberá evaluar la cuestión no prevista en la ley.

¹¹ FERRER - GUILISASTI "La separación de hecho como causa de disolución del régimen de comunidad" TR LALEY AR/DOC/589/2020

¹² FERRER, Francisco A.M., "Tratado de Sucesiones", Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 675.

“No es coherente, en efecto, que la separación de hecho sin voluntad de unirse al momento de la muerte de uno de los cónyuges sea causal de extinción de la vocación sucesoria del supérstite y a la vez no produzca ningún efecto sobre la comunidad; como tampoco que durante la separación fáctica subsista el régimen de bienes que los convierte en socios a los cónyuges, como si nada hubiere pasado, cuando en realidad está faltando el sustento vital, el fundamento propio de la ganancialidad, que es la comunidad de vida, la solidaridad y la colaboración mutua de los esposos, en dos palabras. la “*affectio societatis*”¹³

Así se resolvió en un fallo en la Provincia de La Pampa “...Si bien es procedente la exclusión de los derechos hereditarios de la actora, respecto de su cónyuge en los términos del art. 2437 del Código Civil y Comercial, ello no implica a su vez la exclusión de su participación en el trámite sucesorio en su calidad de cónyuge supérstite de aquel y sobre los derechos que le corresponden en la liquidación de los bienes que pudieran existir en la sociedad patrimonial habida entre ellos... Determinar si existía intención de continuar el proyecto de vida en común, como tal, puede tener ligamen a fin de resolver la exclusión hereditaria de la cónyuge de acuerdo con lo previsto por el art. 2437 del Código Civil y Comercial, pero en lo que interesa al régimen patrimonial basado en la comunidad de bienes y el eventual derecho a la cuota parte en los gananciales no tiene importancia, menos aún dirimente, sino que lo que debe analizarse es si el vínculo matrimonial al tiempo de su muerte estaba previamente disuelto y, por consiguiente, si subsistía la comunidad de bienes”¹⁴.

Ante esta situación es imperante incorporar la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges como causal autónoma de extinción del régimen de comunidad de gananciales ante el fallecimiento de una de las partes “con la finalidad de lograr la correcta calificación jurídica del bien o de los bienes, sobre la base de que fueron adquiridos en esa etapa de separación fáctica, que debe ser debidamente probada, reconociendo a la separación de hecho su efecto disolutorio del régimen de comunidad. Con ello se evitará que se consume un abuso del derecho y un auténtico enriquecimiento sin causa en beneficio del otro cónyuge o de sus herederos

¹³ FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 679.

¹⁴C Civ Com Lab y Minería Santa Rosa, SalaI, “S., M. J. c. N., G. V. s/ ordinario”, 29/09/2021, La Ley online, Cita: TR LALEY AR/JUR/173000/2021.

(arts. 10 y 1794, Cód. Civ. y Com.), con desconocimiento de los principios de la buena fe y equidad que deben regir las relaciones humanas (art. 9º, Cód. Civ. y Com.).”¹⁵

4. BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO.

De lo expresado, nos queda preguntarnos, qué categoría integrarían los bienes adquiridos durante el lapso transcurrido entre la separación de hecho y el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges.

En relación a los bienes adquiridos durante la separación de hecho en el supuesto caso de nulidad del matrimonio o el divorcio existen dos posturas: La primera: “sostiene que hay que distinguir los bienes gananciales puros propiamente dichos que serán alcanzados por la presunción legal (arts. 1315, CC y 466, CCC) de los bienes gananciales anómalos no sujetos a partición una vez operado el cese de la comunidad patrimonial por la sentencia de divorcio que lo convierte por su efecto retroactivo en bienes propios del cónyuge que los adquirió durante la etapa previa de separación de hecho”¹⁶. Y la segunda considera que: “los bienes adquiridos durante la separación de hecho previa a la anulación del matrimonio o al divorcio, no revisten el carácter de gananciales sino de propios de cada uno de los esposos, elevando a la separación de hecho como causal de interrupción de la ganancialidad por haber desaparecido los presupuestos de la misma, tales como el esfuerzo compartido, la solidaridad matrimonial y la vida en común, postulando la reforma de la ley en este sentido”.¹⁷

Ahora bien, cuando dicha separación de hecho es preexistente al fallecimiento de uno de los cónyuges, a pesar de la omisión del legislador, entendemos que deberían aplicarse los mismos presupuestos en razón de los principios de equidad e igualdad ante la ley. Es así que nuestros tribunales mediante la aplicación del art. 2º del Cód. Civ. y Com. que autoriza una interpretación integrativa, al expresar: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones

¹⁵ FERRER - GUILISASTI “La separación de hecho como causa de disolución del régimen de comunidad” TR LALEY AR/DOC/589/2020. Pág.5

¹⁶ MENDEZ COSTA M. en Mendez Costa Ferrer y D'Antonio, “Derecho de Familia” (2008) t. II pág.112, en Ferrer, Francisco A.M., ob. cit., pág. 681.

¹⁷ FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág 681.

que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Y en sus Fundamentos expresa que los principios y valores no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico, que le ha permitido a la Corte Suprema de la Nación descalificar decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos¹⁸, producida la prueba correspondiente, podrían declarar los bienes adquiridos en dicho lapso, con carácter de propios del cónyuge que los adquirió.

Frente al reclamo del cónyuge supérstite o de los herederos del cónyuge fallecido, que pretenden la mitad de los supuestos bienes gananciales adquiridos por el otro durante el período de separación de hecho sin voluntad de unirse, éste cónyuge, o en su caso, sus herederos, deberían promover una acción dirigida al juez competente, con el objeto que declare como propios aquellos bienes que adquirió durante el lapso de la separación de hecho¹⁹.

Los bienes adquiridos luego de la separación de hecho y antes del fallecimiento de uno de los cónyuges, al no existir regulación que permita retrotraer la extinción de la comunidad ganancial al momento de la separación de hecho, ingresan a la comunidad de bienes del matrimonio, y en consecuencia se presume su ganancialidad, sin perjuicio de ello, quien quisiera alegar su carácter propio (cónyuge supérstite o herederos del cónyuge fallecido) deberán probar la existencia de la separación de hecho sin voluntad de unirse, lo que haría desaparecer el fundamento propio de la ganancialidad, como son el principio de solidaridad familiar y el deber de colaboración mutua de los cónyuges, sumado a las restantes pruebas que acrediten el carácter propio del bien.

5. CONCLUSIÓN:

De lo expresado hasta aquí, podemos observar, que nos encontramos frente a un vacío legal, un problema de dificultosa interpretación, por tratarse de una cuestión de orden público, como lo es el régimen patrimonial del matrimonio, lo que significa que tiene un interés

¹⁸ "Código Civil y Comercial. Proyecto del Poder Ejecutivo", dec. 191/20112, Rubinzal-Culzoni, 2012, p.515.

¹⁹ FERRER, Francisco A.M., "Tratado de Sucesiones", Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 683.

público y su regulación es fundamental para la sociedad. Esto podría implicar que las decisiones judiciales en este ámbito deben ser especialmente cuidadosas y basadas en principios fundamentales.

Existen herramientas que permitirán, como hemos visto, al juez, determinar el carácter propio de aquellos bienes adquiridos luego de la separación de hecho, pero ello no significa per se, que dichos bienes tienen ese carácter por efecto de la separación, ello será supeditado a una decisión judicial, quedando las partes a expensas de la discrecionalidad del juez ante este problema, y las pruebas aportadas a la causa.

Por otro lado, al omitirse en el art. 480, párrafo 2, la posibilidad de retrotraerse la extinción del régimen de comunidad al momento de la fecha de la separación de hecho, cuando ésta precedió al fallecimiento, y atento el carácter imperativo de la norma, la imposibilidad de aplicar los otros supuestos en modo análogo, es que debe procurarse una futura modificación de la norma.

Coincidimos con Ferrer, que la solución más apropiada y ecuánime al conflicto sería incorporar la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges como causal autónoma de extinción del régimen de comunidad de gananciales. Ello evitaría: “a que una de las partes incurra en pretensiones abusivas y contrarias a los principios de equidad y enriquecimiento sin causa”²⁰.

La separación de hecho resulta ser un punto crucial en la determinación del carácter de los bienes adquiridos en el lapso que transcurre hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges. Sin embargo, la falta de directrices claras sobre cómo se debe abordar esta situación puede llevar a la incertidumbre y por ello la necesidad de una reforma legal sobre el particular.

La omisión de considerar ciertas situaciones en la ley, como la retroactividad de la extinción del régimen de comunidad en casos de separación previa al fallecimiento, sugiere la necesidad de reformas legales para abordar estas lagunas y garantizar una regulación más completa y justa.

²⁰ FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 682.

RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO Y PRESCRIPCIÓN ENTRE CÓNYUGES

Mariel F. Molina de Juan¹

I. CONCLUSIONES

1. La prescripción entre cónyuges se encuentra suspendida desde la celebración del matrimonio hasta el día en que la sentencia de divorcio queda firme.
2. La acción de liquidación de la comunidad de ganancias no prescribe.
3. El crédito por recompensas no prescribe si el reclamo integra la liquidación de la comunidad de ganancias.
4. La acción fundada en fraude a la ganancialidad comprendida en la liquidación de comunidad de ganancias no prescribe
5. Cuando la violencia de género doméstica sea una causal impeditiva para el ejercicio de los derechos el juez/a puede dispensar la prescripción cumplida.
6. Cuando la acción sea ejercida por una mujer en contexto de violencia de género, la garantía de acceso a la justicia impone la interpretación del plazo de prescripción y su cómputo que más la beneficie.

II. FUNDAMENTOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La prescripción liberatoria es un modo de extinción de las obligaciones² que expresa una particular articulación entre el tiempo y el ejercicio de los derechos. Pretende evitar la perpetua sustanciación de los

¹ Profesora Titular Derecho de las Familia FD. UNCuyo. Directora de las carreras de Especialización y Maestría en Derecho de las Familias UNCuyo. Codirectora Revista de Derecho de Familia. Abeledo Perrot.

² Se encuentra regulada en el Libro Sexto, Capítulo 1 del Código Civil y Comercial, cuerpo normativo que no define la institución.

pleitos al posibilitar que ciertos derechos y obligaciones queden definidos³ por el transcurso del término previsto por la ley. Se trata de una figura anómala⁴ de la esfera obligacional, y en tanto tal, importa un sacrificio para los derechos.

Cuando las partes de la relación jurídica integraron un matrimonio, su aplicación reclama articular las reglas del Derecho de las obligaciones con las del Derecho matrimonial.

Desde esta perspectiva, hay que atender a las tensiones que se suscitan entre la seguridad jurídica como valor del derecho patrimonial y el deber de cooperación y solidaridad que define al matrimonio y al proyecto de vida en común que deriva de la conyugalidad. Es que, aunque existan efectos del matrimonio que se definan en términos estrictamente económicos, y que se conceda a los esposos una cierta autonomía en su ejercicio, no por ello desaparecen las responsabilidades recíprocas derivadas del espacio vital compartido, ni las reglas de orden público que rigen la calificación de los bienes. Aquí la protección al miembro más vulnerable adquiere carta de ciudadanía, y por eso el estudio del instituto de la prescripción exige un análisis cuidadoso de las fronteras entre justicia material y seguridad jurídica.⁵ Más aún cuando la relación ha estado atravesada por un contexto de violencia de género.

2. ALGUNAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Como punto de partida cabe repasar algunas de las reglas de interpretación de la prescripción generalmente aceptadas desde el Derecho de las obligaciones.

a) Interpretación restrictiva de la extinción de la obligación

³ Ampliar en HINIESTROSA, Fernando, *La prescripción extintiva*, 2da. ed. Bogotá, Externado de Colombia, 2004, p. 55.

⁴ WIERZBA, Sandra, La prescripción liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación elDial DC1F65 Publicado el: 13/07/2015.

⁵ Suprema Corte de Justicia de Tucumán, "*M. de A.M.E. vs. A.R.R. s/ Pensión alimenticia*", 15/10/2013, Doc. Jud. N° 18, 30/4/2014, p. 41 comentario KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, MOLINA DE JUAN, Mariel *Prescripción de la obligación alimentaria. Plazo, cómputo y causales de interrupción*, La ley 27/08/2014. La Ley 2014-E, 121: LALEY AR/DOC/2931/2014.

Existe amplio consenso que se trata de un instituto de interpretación restrictiva. Es doctrina de la Corte Federal que, en caso de duda acerca del transcurso del término de prescripción, o sobre el plazo aplicable a una situación en particular, debe estarse a la solución que mantenga vivo el derecho.⁶

b) Interpretación amplia de las causales de suspensión e interrupción de los plazos

En consonancia con la interpretación restrictiva de la extinción de la obligación, las cuestiones atinentes al cómputo de los plazos y las vicisitudes que pueden atravesar (interrupción o suspensión) deben ser valoradas en favor de la conservación del derecho.⁷ Por eso se sostuvo la necesidad de evitar rigorismos formales excesivos para interpretar el concepto de demanda como causal interruptiva de la prescripción.⁸ A esta razón responde la incorporación del plazo de gracia previsto en los ordenamientos procesales (2546 CCyC)⁹

c) Interpretación más favorable a la parte más débil de la relación jurídica.

La interpretación restrictiva de la prescripción es válida para todo el derecho privado y posee especial incidencia como garantía de igualdad real cuando uno de los sujetos de la relación jurídica se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Este criterio generalmente conlleva a flexibilizar las causales de suspensión, interrupción y dispensa de la

⁶ CSJN, 04/04/2006, “Randazzo, Juan C. c. Provincia de Buenos Aires” (Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo) Cita Fallos Corte: 329:1012, LALEY AR/JUR/5119/2006

⁷ SCMza 05/05/2016, Expte.: 13028486000 – S. P. N. EN J:22557 S. P. c/ F. SA P/ORDINARIO P/REC EXT CASACION www.jus.mendoza.gov.ar

⁸ CSJN, 18/02/2003 “Castro, David J. c. Rojas”, Julio C., Cita Fallos Corte: 326:164 LALEY AR/JUR/6475/2003, C.N.A.T., Sala III, sent. 30-08-96; S.T.J. Chaco, Sala II, 06-03-92; 4º Cámara Civil y Com. Mza; L.A. 148-177, entre otros.

⁹ Para la aplicación jurisprudencial, entre otros, CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE JUNÍN (Buenos Aires) - 08/02/2018 Expte. n°: JU-4443-2017 - "S. M. A. c/ D. F. D. y Otro/a s/ cobro ejecutivo" elDial.com - AAA776 Publicado el 13/04/2018.

prescripción.¹⁰ Estas reglas resultan de gran interés cuando se trata de acciones patrimoniales derivadas de una conyugalidad condicionada por un contexto de violencia económica, en tanto proporcionan valiosos insumos para asegurar el acceso a la justicia y la preservación de los derechos de la mujer.

3. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ENTRE CÓNYUGES

El curso de la prescripción, entendido como el período de tiempo que va entre el inicio y el fin del término correspondiente, puede suspenderse.¹¹

Ello acontece en ciertos supuestos previstos por la ley, por los que se detiene el tiempo, inutilizándolo durante el lapso que obedece a circunstancias concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción en curso. De modo que, el tiempo devengado con anterioridad a su aparición debe ser computado y una vez desaparecida, agregado el que transcurra con posterioridad.¹² Ambos se suman y computan conjuntamente para integrar el transcurso total del pertinente término de prescripción.¹³

En lo que atañe a las acciones entre miembros de una familia, el artículo 2543 CCyC enuncia casos especiales de suspensión de la prescripción; el primero de ellos es el matrimonio. La norma persigue evitar litigios judiciales entre esposos que alteren innecesariamente la armonía familia, puesto que presupone una relación de confianza basada en la

¹⁰QUINTA CÁMARA DEL TRABAJO DE MENDOZA, 3/11/2020 Autos n° 23.386 - "C. J. M. c/ Banco Galicia y Buenos Aires S.A y ots. p/ diferencia de indemnización" elDial AAC186)

¹¹ Continúan vigentes las máximas romanas "Cuando no puede accionarse, no corre la prescripción, y la acción que no nace, no prescribe. (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén "Manual de Obligaciones", Astrea, Bs. As. 1977, p.554)

¹² Conf. ALFERILLO, Pascual, *La suspensión de la prescripción en el Código Civil y Comercial* en Revista Derecho Privado y Comunitario 2015-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 44, BORDA, Guillermo A Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 9na ed actualizada por Alejandro Borda, La Ley Buenos Aires, 2008 T II p 19. DIEGUES, Jorge A. *Suspensión de la prescripción*, LA LEY 21/05/2013 , 7 LALEY AR/DOC/944/2013

¹³ Primera Cámara de Apel. lo Civil, Segunda Circunscripción de Mendoza, 27/05/2009, autos "Montemar CIA. FIN. S.A. C/ Osvaldo Vicente Hernandez y Sergio Gustavo Hernandez, P/ COBRO DE PESOS, LS 023-344, www.jus.mendoza.gov.ar

cooperación y solidaridad, trata de impedir que el titular del derecho se vea compelido a accionar¹⁴.

El período de suspensión de la prescripción entre cónyuges se inicia el día en que se celebró el matrimonio (art. 418 CCyC) y culmina a la fecha en que opera la causal de disolución (conf. art. 435 CCyC). En el supuesto del divorcio, dado que la sentencia es constitutiva el plazo se reanuda o nace cuando ha quedado firme.¹⁵

Ello es así, aunque el régimen de comunidad de ganancias se haya extinguido con anterioridad, sea por haber ejercido la opción por la separación de bienes, por haber recaído sentencia en juicio de separación de bienes (conf. art. 477 CCyC), o debido a la retroactividad de la extinción de la comunidad a la fecha de separación de hecho previa (conf. art. 480 CCyC).¹⁶ En adhesión a esta solución se ha dicho que, pensar en una reactivación de los plazos retroactiva constituiría como una "trampa legal" o la defraudación de una confianza legítima para quien goza de la suspensión de la prescripción.¹⁷ Por eso no cabe sino coincidir con el comentario crítico a lo decidido por un Juzgado de Familia de Mendoza, que acogió la

¹⁴ ALFERILLO, Pascual, *La suspensión de la prescripción en el Código Civil y Comercial* en Revista Derecho Privado y Comunitario 2015-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 59 Ver también *Comentario artículo 2543* en LORENZETTI, Ricardo (Dir), Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, XI, p. 290.

¹⁵ SCJ Mendoza, Sala 1; 18/11/1993, "Zanón M c/ Sat Oscar" LS 241-041 LL 1994-B-549; D J, 1994 – 1- 621; ED 159-71 con nota de Jorge Mazzinghi "Un caso singular de prescripción entre cónyuges"; JA 1994 I 686 con nota sin título de Di Lella Pedro; Rev. El foro de Cuyo 1994 12 -124; Lexis Nº 941226 AR/JUR/1188/1993. Cámara Civil, sala H, 22/09/2014, "C. J. S. c. R. M. F. s/ cobro de sumas de dinero". Sumario 24358 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia Cámara Civil, sala L, 30/08/2007, "D. E. c. C. L. A. y otro s/ simulación o fraude", Sumario 17579 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, 07/06/2012, "H. C. c. M. s/ divorcio vincular", AR/JUR/37284/2012. CNCiv., sala C, "G. A. G. c. L. D. I. C. s/ simulación", 07/04/2017; sala E, "B. M. L. c. E. S. s/ simulación", 06/07/2010; sala B, "B. R. H. c. B. R. C. s/ liquidación de sociedad conyugal", 25/04/2007;

¹⁶ ALFERILLO, Pascual, *Comentario artículo 2543* en LORENZETTI, Ricardo (Dir), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, XI, p. 292. CALLEGARI, Mariana G. *Algunas reflexiones acerca de la reivindicación, prescripción adquisitiva y suspensión de su plazo entre los cónyuges (art. 3969 del Cód. Civil)* DFyP 2020 (abril), 14/04/2020, 87 TR LALEY AR/DOC/691/2020).

¹⁷ ALFERILLO, Pascual, "Comentario artículo 2543 CCCN" en LORENZETTI, Ricardo (Dir), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, XI, p. 292

prescripción de la acción de nulidad planteada contra un acto jurídico realizado en el año 2010, no obstante encontrarse vigente el matrimonio hasta abril de 2015, fecha en que se dictó el divorcio.¹⁸

4. ACCIONES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES

La regla es que los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción. No así, las acciones de estado de familia, que son irrenunciables e imprescriptibles (art. 712 CCyC).

Como resulta lógico, el mayor interés para el tema se suscita en la etapa de crisis conyugal, en especial, después de la extinción del régimen, cuando durante la indivisión postcomunitaria nacen (o se actualizan) posibles créditos entre los copartícipes (liquidación, fraude, recompensas, reembolsos) que, reclamados judicialmente, deben ser cuantificados y saldados.

a) El derecho a pedir la liquidación y partición de la comunidad no prescribe

La partición de la comunidad pone fin a la indivisión poscomunitaria y se concreta mediante la adjudicación de los bienes o valores que corresponden a cada uno de los copartícipes. Puede ser privada o judicial. El primer caso solo es posible cuando los interesados (cónyuges, excónyuges o herederos) son plenamente capaces, y se sujeta a las normas relativas a la validez y eficacia de los actos jurídicos.

La partición judicial es a la vez, un acto sustancial y procesal. Comprende la liquidación de las relaciones gananciales de los cónyuges (art. 488 CCyC) en la que se han de realizar todas las operaciones tendientes a establecer la masa neta a dividir. Supone el inventario y avalúo de los bienes, su calificación, la determinación y liquidación del pasivo común o cargas de la comunidad, la fijación de las recompensas, y finalmente, la formación de hijuelas de cada comunero o socio (en el sentido habitual, aunque impreciso técnicamente) de la comunidad. Atento que la indivisión postcomunitaria

¹⁸ IZARRUALDE, Horacio, *El fraude entre cónyuges y la suspensión de la prescripción durante el matrimonio* DFyP 2019 (septiembre), 09/09/2019, 77 - LLGran Cuyo2019 (diciembre), 9 Fallo comentado: Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 20/03/2019 “P., E. E. c. R., R. O. s/ acción de nulidad”.

puede mantenerse durante largos años, es posible que estas operaciones se efectivicen mucho tiempo después de su extinción.

Vigente el Código derogado, existía un debate sobre la prescriptibilidad del derecho a pedir la partición de la vieja *sociedad conyugal*; quienes militaban la postura afirmativa, sostenían que cabía aplicar el plazo genérico (art. 4023 CC).¹⁹

El CCyC optó por la imprescriptibilidad ²⁰y el problema quedó definitivamente zanjado. En efecto, según el art. 496 CCyC, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, y las excepciones a las que se refiere la norma se vinculan a los casos de indivisión forzosa, no de prescripción.²¹ Además, por imperio del art. 500 CCyC para la partición se aplican las reglas de las herencias y el art. 2368 CCyC deja en claro que la acción de partición es imprescriptible mientras continúe la indivisión. La solución parece acertada; no sería razonable que si la causa de extinción de la comunidad es el divorcio prescriba a los 5 años (plazo genérico) y en cambio, si es la muerte, no prescriba. Menos aún si el deceso acontece pendiente la indivisión después de los cinco años, en cuyo caso la regla de la imprescriptibilidad llevaría a la inaceptable conclusión de reestablecer un derecho extinguido.

b) Créditos por recompensas

Si el reclamo integra el contexto de la liquidación y partición y se introduce al momento de ajustar las cuentas de la ganancialidad, la acción no prescribe.

¹⁹ MAZZINGHI, Jorge. (h) *Los créditos por recompensas en la liquidación de la sociedad conyugal*, LL 2004-F-1407; ROVEDA, Eduardo, *La acción de liquidación de bienes gananciales, ¿prescribe?*, LL 2003-B-947. En jurisprudencia, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 9/04/2002

Partes: G., L. c. M., J. LLBA2002, 1307 - LLBA2003, 3 - LA LEY 2003-B, 944,

²⁰ Entre otros, ROVEDA, *La acción de liquidación de bienes gananciales ¿Prescribe?* LA LEY2003-B, 944 TR LALEY AR/DOC/12964/2001.

²¹ Conf. ANTUN, Mariela “La partición de la comunidad de ganancias. Aspectos sustanciales y procesales” en TAVIP, Gabriel (Dir.), *Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales. Un recorrido en el CCyCN y desde otros aspectos interdisciplinarios* Advocatus, Córdoba, 2020, Tomo I, p. 560. De igual modo ARIANNA, Carlos, *Régimen patrimonial del matrimonio*. Astrea, Buenos Aires, 2017, 303

Ello es así porque las operaciones encaminadas a tal fin incluyen las imputaciones de las sumas destinadas a mantener la incolumnidad de las masas de carácter propio y ganancial (art. 488 CCyC), o sea, los créditos por recompensa.

Diferente respuesta merece el crédito que es reclamado luego de la partición. Esto es lo que aconteció en un caso resuelto por la Suprema Corte de Mendoza del año 2005, pues luego de adjudicados los bienes gananciales, la excónyuge inició una nueva acción que fue calificada como crédito por recompensas gananciales en beneficio de un bien propio del exmarido para la construcción de un poso de agua. Con razón la sentencia consideró aplicable el plazo de prescripción genérico previsto en el art. 4023 CC, en tanto la acción deducida “no pretende partir un bien que se posee en conjunto sino del crédito por reintegro de sumas aplicadas en beneficio del capital propio.”²²

c) Inoponibilidad del acto realizado en fraude a la ganancialidad

El artículo 473 CCyC regula un tipo especial de fraude, el ocurrido entre cónyuges y tiene como fin preservar la integralidad del patrimonio ganancial. Se vincula con el fraude a la ley contemplado en el art. 12 CCyC., por lo que no exige que se comprueben los requisitos de la acción pauliana contemplados en el art. 339 CCyC.²³ Se trata de una figura con un sentido propio y específico, a la cual sólo se le pueden aplicar las normas generales en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de los derechos en juego, que no es otra que asegurar la participación en los gananciales con independencia de si el dueño de los bienes se encuentra o no en estado de insolvencia.

La acción procede en contra de los actos realizados por un cónyuge dentro de los límites de sus facultades (se excluyen ilicitudes directas u ostensibles en las que el acto se encuentra en abierta contradicción con el

²² SCMza, 6/7/2005 (LS 353-27), publicada en El Dial 1/8/2005, Actualidad Jurídica de Córdoba, revista general n°83 pág. 5251; Rev. Jurídica de Córdoba Familia y Minoridad, 2005-n° 17 pág. 1776; La Ley Gran Cuyo 2005-1332, Jurisprudencia de Mendoza 69/196 y Actualidad jurídica de Mendoza 2005-1430.

²³ MEDINA, Graciela, “Comentario art. 473 Cód. Civ. y Com”, t. I, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora (Dir.) Tratado de derecho de familia Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2014, p. 791 y ss.

ordenamiento), siempre que exista un propósito defraudatorio.²⁴ O sea, debe ser un acto lícito realizado por el que administra el bien, que encubre una causa ilícita y fraudulenta, consistente en perjudicar económicamente al otro cónyuge. Alcanza tanto a los actos de disposición²⁵ como los de administración, que pueden ser reales o simulados, valerse de figuras societarias, fideicomisos, u otros negocios jurídicos hábiles para burlar la integridad de la masa ganancial.

Aunque la norma se ubica metodológicamente dentro de las reglas de gestión de la comunidad, la acción se puede ejercer durante la vigencia o luego de su extinción; inclusive, por actos realizados durante la indivisión poscomunitaria que afecten la ganancialidad.

El efecto perseguido con esta acción es la inoponibilidad del acto al cónyuge afectado. Se trata de un supuesto de ineficacia relativa, congénita o sobrevenida del negocio jurídico, que, si bien mantiene su eficacia entre los que lo celebraron y también, en algunos casos, respecto de otros terceros,²⁶ protege al cónyuge defraudado mediante el reconocimiento un crédito cuya suma que será “colacionada” en la hijuela particionaria del responsable del fraude.

En cuanto a los plazos de prescripción, si se trata de una acción autónoma de fraude, rige el de dos años (art. 2562 inc. f CCyC) que corre a partir del momento en que la sentencia de divorcio ha pasado en autoridad de cosa.²⁷ Si el cónyuge defraudado desconocía la existencia del acto, se

²⁴ MÁRQUEZ, José., CALDERÓN, Maximiliano, “Fraude entre cónyuges”, en TAVIP, Gabriel (Dir.), Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales. Un recorrido en el CCyCN y desde otros aspectos interdisciplinarios Tomo II, Advocatus, Córdoba, 2020, p. 818-845.

²⁵MÁRQUEZ, José., CALDERÓN, Maximiliano, “Fraude entre cónyuges”, en TAVIP, Gabriel (Dir.), Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales. Un recorrido en el CCyCN y desde otros aspectos interdisciplinarios Tomo II, Advocatus, Córdoba, 2020, p. 818-845.)

²⁶ Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 28/12/2017, autos Nro. 515/16 - B. C. E. C/ L. F. M. P/ SEPARACION DE BIENES. ATRIBUCION DE VIVIENDA, 28/12/2017. Esta doctrina judicial se reitera en fallo del 29/09/2020 en los autos Nro. 713/17/7F-491/19 caratulados “L., M. V. c/ B., H. J. p/ ACC. REL. AL REG. PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO” www.jus.mendoza.gov.ar

²⁷Para el régimen derogado, IZAURRALDE, Horacio, *El fraude entre cónyuges y la suspensión de la prescripción durante el matrimonio* Publicado en: DFyP 2019 (septiembre), 09/09/2019, 77 - LLGran Cuyo2019 (diciembre), 9, TR LALEY AR/DOC/1833/2019.

aplica lo dispuesto en el art. 2563 inc. f que corre desde que el cónyuge afectado conoció o pudo conocer el vicio del acto. Ello porque es perfectamente posible que al tiempo del divorcio se ignore la existencia del acto fraudulento²⁸ que puede mantenerse aún después de la liquidación de los bienes.

Sin embargo, si la liquidación de comunidad de ganancias comprende supuestos en los que se denuncian maniobras fraudulentas y se acreditan los actos concretados en perjuicio del otro cónyuge, el crédito al que dará origen la inoponibilidad declarada tampoco prescribe, de igual modo que la partición.

5. CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DISPENSA DE PRESCRIPCIÓN

La dispensa de la prescripción responde a la regla general que indica: “contra quien no puede actuar no corre la prescripción”. Tiene su consagración normativa en el artículo 2550 CCyC.

La figura no supone la alteración del curso de la prescripción, que se entiende ya cumplida y por ende la persona habría perdido su derecho. Lo que persigue es que, acreditadas ciertas circunstancias excepcionales e inevitables, el juez pueda rehabilitar su facultad de accionar.²⁹

En tanto se asocia directamente con el acceso a la justicia (art. 8 y 25 CADH), puede ser de utilidad para el caso de derechos de mujeres que han decaído por encontrarse inmersas en contextos de violencia de género. Dado que depende de una apreciación que hace el/a juez/a de la gravedad de la situación fáctica impeditiva de la posibilidad de obrar, no se confunde con la suspensión, que opera de pleno derecho cuando concurre la circunstancia prevista por la ley.

La solución luce valiosa porque la violencia (en especial la económica) suele ser todavía un tema tabú. Con escasa cabida en el discurso social, el manejo autoritario del dinero y el control de los recursos por parte del varón puede estar tan naturalizado, que no alcanza a percibirse como una

²⁸ MÁRQUEZ, José., CALDERÓN, Maximiliano, “Fraude entre cónyuges”, en TAVIP, Gabriel (Dir.), *Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales. Un recorrido en el CCyCN y desde otros aspectos interdisciplinarios* Tomo II, Advocatus, Córdoba, 2020, p. 818-845.

²⁹ Conf. WIERZBA, Sandra, *La prescripción liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación* elDial DC1F65 Publicado el 13/07/2015.

estrategia de disciplinamiento, ejercicio del poder y manifestación de relaciones asimétricas, jerárquicas y sexistas.³⁰ Esas circunstancias particulares que involucran a mujer víctima de violencia de género imponen activar la garantía de igualdad sustantiva que el Comité CEDAW recomienda a los Estados en el párrafo 42 de la Res. 33/15.

El instituto de la dispensa ofrece una salida razonable al permitir morigerar el rigor del curso de la prescripción en perjuicio de estas mujeres situadas en contextos de violencia que pretenden hacer valer derechos económicos derivados de la relación conyugal.

No se descarta que esta dispensa pueda ser aplicada de oficio.³¹ De modo que, invocada la prescripción, si los hechos o circunstancias impositivas surgen de las constancias de la causa, acreditadas con el debido rigor, el juez no solo tendría la facultad, sino que debería dispensar³² la prescripción cumplida.

Ello es así porque el enfoque de género aludido ayuda a visibilizar las formas específicas de violencia y discriminación y su objetivo consiste en impactar en las relaciones desiguales de poder y subordinación de las mujeres respecto de los varones. A su amparo los jueces tienen que analizar el caso y dictar medidas sin el sesgo de los prejuicios y estereotipos que reproducen y fortalecen relaciones desiguales de poder.³³

³⁰ Ampliar en MAFFÍA, Diana, “Violencia y lenguaje. De la palabra del amo a la toma de la palabra”. En *Discriminación y género. Las formas de la violencia*. Encuentro internacional sobre violencia de género. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, Publicación financiada por el Programa de Cooperación “Apoyo a Diálogos sobre Políticas entre la Unión Europea y Argentina” de la Unión Europea, CABA Junio 2020, p. 70.

³¹ 5ta Cámara de Apelaciones de Mendoza, 06/08/2019, MEDINA ELIDA NOEMI C/ GARAVAGLIA MARIANO P/ DAÑOS Y PERJUICIOS, LS061-224, www.jus.mendoza.gov.ar

³² Conf. ALFERILLO, Pascual, *Comentario artículo 2550 CCCN*, en LORENZETTI, Ricardo (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, XI, p. 321.

³³ SPIGNO, Irene, “La vocación transformadora de la reparación del daño con perspectiva de género. Breves reflexiones sobre la jurisprudencia interamericana en los casos contra México”, en CARAMILLO GOVEA, Laura Alicia y ROUSSET SIRI, Andrés (Coord.) *Proteger y reparar. Aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje al Profesor Emérito Sergio García Ramírez*, Universidad Autónoma de Baja California, México, 2021, pp 71-93

Sea como sea, cuando la acción es ejercida por una mujer en contexto de violencia de género, la tutela judicial efectiva exige interpretar el plazo de prescripción y su cómputo del modo que más la beneficie. Lo contrario puede conducir a una afectación de su derecho de acceso a la justicia,³⁴y, por ende, generar responsabilidad internacional por violación de los mandatos convencionales vigentes.

³⁴ Conf. propone el Proyecto Nro. 1493-D-2019
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1493-D-2019>

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO LABORAL

Por Ana Ortelli¹ y María Dolores Suriani²

I. CONCLUSIONES

1. Consideramos necesario que se regule dentro de la clasificación de bienes la indemnización por despido laboral.
2. Considerar únicamente la fecha del despido laboral para su calificación como bien propio o ganancial no se ajusta a parámetros de justicia posibilitando en muchos casos un enriquecimiento sin causa.
3. La legislación debe contemplar el carácter de la indemnización por despido conforme el principio de lo devengado distinguiendo los años trabajados durante la vigencia de la comunidad y los trabajados de forma previa al comienzo de la misma.

II. FUNDAMENTOS

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA GANANCIALIDAD

Los cónyuges al contraer matrimonio se encuentran sometidos al régimen de comunidad o bien de separación de patrimonios, según lo decidan, conforme lo reglamentado en el Código Civil y Comercial de la Nación. El régimen de comunidad encuentra su fundamento en la consideración al esfuerzo común que realizan durante la vigencia del proyecto de vida en común. Si bien los cónyuges pueden convenir bajo la

¹Abogada por la Universidad Católica Argentina. Máster en Matrimonio y Familia por la Universidad de Navarra. Profesora de Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad del Salvador. Profesora de Posgrado en UBA, Universidad Austral y Universidad Católica Argentina. Autora de artículos en la materia y coautora de varios libros en Derecho de Familia y de las Sucesiones. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 1984-1990. Socia Estudio Jáuregui & Ortelli 1997-2004. Socia Estudio Biscotti & Ortelli 2004 a la actualidad.

² Abogada por la Universidad Austral. Diplomatura en Persona Humana y Relaciones Familiares de la Universidad Austral. Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Católica Argentina en curso. Master LLM de la Universidad Austral en curso. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 2018-2020. Abogada asociada Estudio Biscotti&Ortelli 2020 a la actualidad

legislación actual someterse a un régimen de separación de bienes, sabido es que el régimen de ganancialidad se impone como supletorio ante la falta de opción. Es así que desde la esfera netamente patrimonial nuestra legislación considera a la institución matrimonial como un proyecto de vida en común que abarca el patrimonio de los cónyuges generando un derecho en expectativa al 50% de los bienes gananciales para el momento del cese de la comunidad por la causa que fuere.

La consideración de la protección del matrimonio como unidad patrimonial se ve consagrada asimismo en la presunción que impone la ley al establecer que resultan gananciales -en principio- todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad, privilegiando dicho carácter ante la falta de prueba.

2. CLASIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. CAUSA FUENTE.

Conforme podemos observar de la lectura de los incisos que contemplan los Artículos 464 y 465 del Código Civil y Comercial de la Nación el criterio de lo devengado prima al proceder a clasificar la naturaleza ganancial o propia de un bien.

Así el legislador estableció dicho criterio al clasificar como propios por ejemplo a *“a) los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad;”* y como gananciales a *“a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464;”*.

El Código no regula específicamente la indemnización por despido como un supuesto diferenciado. Atento a ello se ha sostenido que la clasificación propia o ganancial guarda relación con la fecha del distracto cuando lo cierto es que no obstante la importancia de dicha fecha también deben contemplarse otros parámetros.

Así como el legislador contempla en el inciso ñ del Artículo 464 el carácter propio de *“el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad”* así debería también contemplarse y diferenciarse en la indemnización por despido los montos devengados durante los años trabajados durante el régimen de comunidad de los trabajados fuera del

misma. Toda vez que las sumas percibidas son divisibles y equivalen a un sueldo por año trabajado.

3. FINALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Es de resaltar que la finalidad de la indemnización por despido no es solo garantizar al trabajador una suma de dinero de la que pueda disponer durante el período que se encuentre desempleado, es decir que posee un carácter alimentario al subrogar los frutos civiles del trabajo, sino que también tiene por objeto retribuir al trabajador por el daño personal que supone la pérdida del trabajo y un reconocimiento a los años trabajados para dicho empleador.

Así como el código en el inciso n del Artículo 464 reconoce el carácter propio de las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales entendemos que la indemnización por despido tiene una naturaleza que abarca también las consecuencias no patrimoniales que sufre el trabajador, lo que justifica aún mas no clasificar a la misma utilizando únicamente el criterio de la fecha en la que se produjo el distracto o la de la percepción de la indemnización. En este sentido no consideramos que el carácter tarifado de la indemnización sea argumento suficiente para negar su carácter reparador del daño personal ocasionado.

Puede incluso presentarse la situación que el trabajador consiga prontamente un nuevo trabajo y no resulte necesario utilizar la totalidad de dichas sumas para el pago de los gastos de manutención familiar. Es por ello que atenerse a una mirada que ve únicamente en la indemnización por despido el futuro desde un plano meramente alimentario y bajo dicha consideración establecen su carácter ganancial resulta muchas veces alejado de las situaciones de la vida real.

También puede suceder que no exista proporción alguna entre los ingresos necesarios para la subsistencia y la indemnización recibida presentándose el factor antigüedad como determinante para acceder a un monto mayor.

En ambos casos se constituiría un enriquecimiento sin causa para el cónyuge del trabajador despedido.

4. PROPORCIONALIDAD EN LA LIQUIDACIÓN: ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

A los fines de determinar la cuantía de la indemnización por despido el Artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744, dispone que “se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses”. Es decir que la cuantía de la indemnización encuentra directa proporción con los años trabajados.

Si bien el derecho a percibir la indemnización nace con el distracto, el derecho a la indemnización se devenga por cada año trabajado o fracción mayor a 3 meses.

Por tal motivo debe tenerse presente que la relación laboral puede haber iniciado de forma previa a la celebración del matrimonio por lo que resulta una razón de justicia que se considere de carácter propio el proporcional de la indemnización correspondientes a los años trabajados de forma previa a la celebración del matrimonio y de carácter ganancial el proporcional de la indemnización correspondientes a los años trabajados durante la vida en común. De igual manera a los años trabajados de forma previa a la celebración del matrimonio deben considerarse los años trabajados durante la separación de hecho y posteriores al divorcio.

Solo ajustándonos a dicha proporcionalidad se estaría reconociendo justamente el esfuerzo común de ambos cónyuges durante la vida en comunidad.

Lo contrario supone un enriquecimiento sin causa ya sea a favor del cónyuge despedido o a favor de la comunidad y en desmedro del cónyuge despedido.

En un caso uno de los cónyuges se vería beneficiado con la totalidad de una indemnización percibiendo la misma en base a un ejercicio y esfuerzo ajeno al matrimonio y en el otro supuesto se estaría desconociendo el esfuerzo común llevado adelante durante el proyecto de vida conyugal.

Es así que la ley de contrato de trabajo al establecer la antigüedad como parámetro de cálculo refuerza la tesis de que la indemnización implica un reconocimiento a la trayectoria personal del trabajador.

Resulta por lo tanto necesario que el legislador expresamente considere las indemnizaciones por despidos teniendo en consideración que constituyen respuestas ante un daño tanto patrimonial como moral por lo que su regulación exige se diferencien la cantidad de años trabajados durante la misma de los trabajos de forma autónoma a la misma.

El fundamento del esfuerzo común, propio de la ganancialidad, se ve bastardeado si se considera absolutamente ganancial una indemnización cuya cuantía se vio incrementada por años trabajados de forma independiente a la vida matrimonial. Más aún cuando no subroga el ingreso que se dejó de percibir, por el motivo que sea (ya sea una nueva contratación inmediata, ahorros, seguros de desempleo, etc.).

Es por ello que la regulación del carácter de la indemnización por despido debe ser prontamente resuelta a fin de poner fin a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto, calificando las mismas conforme al principio de lo devengado atendiendo a un justo criterio de proporcionalidad.

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PATRIMONIALES Y LA VIOLENCIA ECONÓMICA DE GÉNERO

Por Adriana Rotonda¹

I. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento del derecho de acceso a la justicia y de las garantías que son su consecuencia -entre ellas la gratuidad y el asesoramiento especializado- debe ser interpretado en el contexto del derecho humano de la mujer a la vida sin padecer violencias, discriminaciones o sometimientos que afecten su igualdad sustancial, con alcance progresivo y no regresivo. Tal progresividad, conduce a aplicar las garantías procesales previstas para la violencia de género no sólo en el proceso específico de violencia en sí mismo, destinado en principio a la resolución de medidas urgentes y reparatorias, sino también en los procesos que debe instar quien ha padecido la violencia económica para obtener su autonomía patrimonial, tras la extinción del régimen económico del matrimonio o luego del cese de la convivencia.

2. Deberemos repensar las implicaciones de los principios procesales específicos derivados de la violencia de género económica en las distintas decisiones a lo largo de los procesos patrimoniales de fondo, en cuanto a: exigencias de tasas de justicia, exigencias de contracautelas, costos de diligencias administrativas, admisibilidad de diligencias preliminares, pericias, otorgamientos de cartas poder, acceso a litigar sin gastos, etc. Todo ello porque es en el proceso de fondo donde la mujer logrará obtener, finalmente, su derecho a la porción de bienes gananciales o su recompensa o la atribución preferencial de bienes, u obtendrá la restitución de bienes propios o la posibilidad de ejercer la administración de bienes, o el recupero de sus contribuciones económicas, u obtener su crédito por enriquecimiento incausado como posibilidad de asunción de sus derechos patrimoniales.

¹ Profesora Titular Regular de Derecho de las Familias y de Derecho de las Sucesiones de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Especialista en Derecho Procesal Civil. Codirectora de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal de Familias de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Docente en Carreras de Posgrado. Titular del Juzgado de Familia n 6 de Mar del Plata.

3. Se encuentra pendiente el reconocimiento legal expreso de los mecanismos necesarios para asegurar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en los supuestos de quienes padecen violencia económica, para accionar en los procesos patrimoniales destinados a liquidar el régimen económico matrimonial o a reclamar aspectos patrimoniales luego del cese de la unión convivencial.

4. Estos fundamentos exigen concretar las acciones positivas a las que refiere el art. 75 inc. 23 de la C.N. en la materia e introducir normas específicas en el Título VIII Procesos de Familia del CCC, en las que se contemple la gratuidad en los procesos patrimoniales del régimen económico del matrimonio y derivados de las uniones convivenciales para aquellas personas que resulten víctimas de violencia de género económica.

5. Se propone como reforma introducir en el art. 706 del CCC el inciso d.

ARTICULO 706.- Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

d) En los procesos patrimoniales derivados de la extinción del régimen económico del matrimonio o del cese de la unión convivencial debe reconocerse el acceso gratuito a la jurisdicción y a las actuaciones administrativas derivadas para las personas víctimas de violencia de género económica.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 707 del CCC enfatiza el acceso a la justicia, como principio básico insoslayable del estado de derecho, de conformidad con el Preámbulo y con los arts. 18, 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional y arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, XXVI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La norma importa una directa toma de posición en favor de la vigencia de los principios republicanos en el ámbito de los procesos familiares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho², que se integra con: el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable, por un juez independiente y a obtener el cumplimiento de esa sentencia. Esa garantía se cumple si el proceso se desarrolla con celeridad, con concentración en los actos y economía procesal, a fin de disminuir tiempos y costos.

El derecho de acceso a la justicia importa la facultad de la que gozan todas las personas en un sistema democrático, para garantizar el ejercicio de sus derechos. Implica el acceso al asesoramiento legal en forma adecuada para el asunto de que se trate, sin costos o con costos accesibles, sin discriminación alguna. Se indican como sus componentes: el derecho a la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso); el derecho a un recurso efectivo; el derecho a la igualdad ante los tribunales; la igualdad de los medios procesales; el derecho a la asistencia letrada; sumado al derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial.³

² CIDH, 22/09/2009, “Caso Anzualdo Castro vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 125. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf

³ ZALAZAR, Claudia E., El proceso eficiente para los vulnerables a la luz de las Reglas de Brasilia, en Revista de Derecho Procesal, 2021-1, El proceso Eficaz, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 359.

En favor de la eficacia del principio de igualdad como no arbitrariedad, pero, además entendida la igualdad como no subordinación⁴-, la legitimidad de la actividad del Estado en materia de derechos humanos se verifica si se cumplen y se concretan efectivamente en las prácticas jurisdiccionales. Así, resultan exigibles tutelas en favor de colectivos desaventajados o excluidos descriptos en las condiciones de vulnerabilidad de las 100 Reglas de Brasilia de 2008⁵. A esas personas deben destinarse prioritariamente procedimientos y reglas de actuación práctica a fin de equilibrar y compensar situaciones y lograr resultados útiles en la jurisdicción, mediante la neutralización de desigualdades.⁶

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PATRIMONIALES A PARTIR DEL CESE DE LA VIDA MATRIMONIAL O DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Los procesos patrimoniales vinculados a la extinción de los regímenes económicos del matrimonio y de las uniones convivenciales deben concretar en su desarrollo los sistemas reforzados de derechos y garantías, en relación a las mujeres -según la CEDAW-, respecto a las personas mayores -según lo previsto en la Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Mayores- y en protección a su calidad de víctimas de violencia económica, cuando así fuera necesario. Estas personas en condiciones de vulnerabilidad requieren adaptaciones procesales específicas

⁴ SABA, Roberto P., Desigualdad estructural y acciones afirmativas en la Reforma Constitucional de 1994 en TR LALEY AR/DOC/3776/2019. Sup. Esp. Const. 2019 (noviembre), 203. Explica el autor: “Mientras la igualdad como no-arbitrariedad se asocia al rechazo del trato parcial, el prejuicio, la arbitrariedad y el favoritismo injustificado, la igualdad como no sometimiento o no-subordinación se asocia al imperativo moral que se opone a la esclavitud o a la instalación de un sistema de castas. La acción afirmativa entraría en conflicto con la primera noción de igualdad, incluso, según algunos, de un modo en el que resulta imposible superarlo, mientras que esa misma política de trato preferente resulta exigida por la segunda concepción de igualdad con miras a dismantelar las causas de la estructura social que coloca algunos en situación de desventaja estructural.”

⁵ Actualizadas en abril de 2018 de la XIX Cumbre Judicial, Quito <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasil/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasil/item/817-cien-reglas-de-brasil-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

⁶ ZALAZAR, Claudia E., El proceso eficiente para los vulnerables a la luz de las Reglas de Brasilia, en Revista de Derecho Procesal, 2021-1, El proceso Eficaz, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 364.

fundamentales porque en tales actuaciones se debaten aspectos patrimoniales que hacen al resguardo de sus derechos humanos.

La CEDAW establece que los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en todas las esferas de la vida para garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación⁷, y contar con medidas apropiadas para asegurar que la mujer pueda ejercer y disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con los hombres⁸. El Comité de la CEDAW ha desarrollado su contenido y alcance en la Recomendación General 33, al decir: “El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia.”

En este texto, se identifica a la discriminación y a la desigualdad - generadas por los estereotipos de género-, como los obstáculos y restricciones, entre otros factores que impiden su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, desde el prisma de la interseccionalidad de las vulnerabilidades que agravan las dificultades para concretar el acceso a la justicia.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁹, en su art. 3, señala como principios generales aplicables a la Convención: entre otros (...) “n) La protección judicial efectiva.”, y refiere al acceso a la justicia y a las garantías procesales de la persona mayor. Así, los Estados Parte se han comprometido a “asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de

⁷ Art. 2 de la CEDAW. El contenido y ámbito de esa disposición se detalla en la Recomendación General número 28 sobre las obligaciones básicas de los Estados partes según el artículo 2 de la Convención.

⁸ Art. 3 de la CEDAW.

⁹ Aprobada por nuestro país por la ley 27360, en 2017.

ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.”^{10 11}

3. LA VIOLENCIA ECONÓMICA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS PATRIMONIALES

La CEDAW plantea en su art. 16 el deber de los Estados Partes de adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, (...) asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”. Esta explicitación del derecho a la igualdad y no discriminación en el aspecto económico de la relación marital, como derecho humano, se propicia tanto en la vigencia de la unión como luego de la disolución y en las relaciones familiares en general, en las Recomendaciones Generales: n 19, n 21, n 23, 27, 29 y n 35.

En cuanto al análisis de la violencia contra la mujer, la Recomendación 19 refiere a ella como una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre y precisó que: “En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, (...). La falta de independencia económica obliga a las mujeres a permanecer en situaciones

¹⁰ La CIDH refirió a los derechos de las personas mayores en “Poblete Vilches c/ Chile” de 2018. Allí refirió a la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, los que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos. La Corte resaltó que el Preámbulo de la Convención Americana, estableció expresamente la interdependencia y protección de tales derechos.

¹¹ Ver, DABOVE, M. Isolina, Derecho de la Vejez en AMAYA, Jorge, (director) *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, Tomo 4, Derechos y Garantías, pp. 401 y ss. Como ha señalado Dabove, el caso instaló en el ámbito de la CIDH el derecho de la vejez, que ha sido definido como: “una rama jurídica transversal que estudia la condición jurídica de las personas mayores (de 60 y más años), expresadas en las prácticas sociales, las normatividades y las valoraciones jurídicas que se desarrollan en torno a esta etapa de la vida. Como refiere la autora, en este caso la Corte IDH se expidió por primera vez acerca del carácter autónomo del derecho a la salud en relación con la vejez, y reconoció su “justiciabilidad” con fundamento en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción".

La Recomendación 21 resalta el derecho de la mujer a la propiedad, la administración y la disposición de los bienes para su independencia económica y para lograr su subsistencia, vivienda y alimentación adecuadas para ella y su familia. Además, se indica que cuando los países permiten que los individuos limitan o restrinjan los derechos económicos de las mujeres, les están negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitan su capacidad de proveer a sus necesidades.

La Recomendación 29 explícita y describe las mayores dificultades económicas que experimentan las mujeres después del divorcio o la separación y enfatiza que los hogares encabezados por mujeres tienen más probabilidades de ser pobres, en cualquier parte del mundo (...) "Pese a las contribuciones de la mujer al bienestar económico de la familia, su inferioridad económica se refleja en todas las etapas de las relaciones familiares, debido a menudo a las responsabilidades que asumen respecto de los dependientes." Se destaca un dato que atraviesa a numerosas realidades judicializadas: "Con independencia de la vasta gama de arreglos económicos dentro de la familia, las mujeres comparten en general, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, la experiencia de verse más perjudicadas económicamente que los hombres en las relaciones familiares y tras su disolución." Por ello, se propicia que la igualdad sustantiva se logre a partir del examen en la aplicación de las leyes y políticas para lograr una igualdad de hecho que tenga en cuenta la desventaja o exclusión de la mujer. A la par, insta a que las consecuencias económicas de la disolución del régimen económico recaigan por igual en hombres y mujeres, a fin de propiciar la igualdad económica en la familia. El documento da cuenta del deber del Estado de asegurar la protección de los derechos económicos de las mujeres en las uniones de hecho, así como en la pareja inscrita o matrimonio y se reconoce que "las mujeres pueden verse expuestas a riesgos económicos cuando finaliza una relación de convivencia, incluso aunque hayan contribuido al sostenimiento del hogar y a crear otros activos".

En el tema de la liquidación del régimen económico, se exhorta a los Estados partes a brindar "la asistencia jurídica gratuita a las mujeres que no cuenten con medios para pagar las costas judiciales y los honorarios de abogados, a fin de asegurar que ninguna mujer se vea obligada a renunciar

a sus derechos económicos para obtener un divorcio.”¹² Además se advirtió que “la eliminación de la discriminación contra la mujer en las uniones de hecho figura entre las obligaciones que incumben a los Estados partes (...) consideren la situación de la mujer en esas uniones, y de los hijos que resultan de ellas, y tomen las medidas necesarias para proteger sus derechos económicos.”

Finalmente, la Recomendación 35 que actualiza a la 19, sobre la violencia de género contra la mujer -terminología más precisa en cuanto al fenómeno social en sí-, describe que: “la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto.”

En cuanto concierne al acceso a la justicia para la liquidación de la comunidad de gananciales, el documento exhorta al examen de leyes y políticas neutrales en cuanto al género, para verificar que ellas no “creen o perpetúen las desigualdades existentes y derogarlas o modificarlas si lo hacen”. De igual manera se propicia la utilización de medidas preventivas legislativas y otras adecuadas “para abordar las causas subyacentes de la violencia por razón de género contra la mujer, en particular las actitudes patriarcales y los estereotipos, la desigualdad en la familia y el incumplimiento o la denegación de los derechos civiles, políticos,

¹² Se insta a Los Estados a “garantizar igual capacidad jurídica formal y de hecho en materia de propiedad y gestión de bienes. Para lograr una igualdad tanto formal como sustantiva en materia de derechos patrimoniales tras la disolución del matrimonio, se alienta encarecidamente a los Estados partes a que prevean el reconocimiento de derechos respecto a los bienes productivos o una compensación, vivienda adecuada, igualdad para la elección y dentro del régimen económico del matrimonio, valoración de contribuciones no financieras a los bienes patrimoniales objeto de reparto, como el cuidado de la familia y del hogar, la pérdida de oportunidades económicas y las contribuciones tangibles o intangibles al desarrollo profesional o a otras actividades económicas de cualquiera de los cónyuges y al desarrollo de su capital humano, etc.”

económicos, sociales y culturales de la mujer, y promover el empoderamiento, la capacidad de acción y las opiniones de las mujeres”. Además, enfáticamente se recomienda instrumentar medidas en los procesos de violencia de género para : “a) Garantizar el acceso efectivo de las víctimas a las cortes y los tribunales y que las autoridades respondan adecuadamente a todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer mediante, entre otras cosas, la aplicación del derecho penal y, según proceda, el enjuiciamiento ex officio para llevar a los presuntos autores ante la justicia de manera justa, imparcial, oportuna y rápida e imponer sanciones adecuadas.” El Comité se encarga de explicitar concretamente que: “No deberían imponerse tasas o costas judiciales a las víctimas y supervivientes”

También conviene recordar que a la violencia de género, pueden adicionarse otros factores de vulnerabilidad, entre ellos la edad. Por ello, también resulta relevante el contenido de la Recomendación 27 sobre mujeres mayores¹³, para visibilizar cuáles son las implicancias de la mayor edad en las temáticas patrimoniales posteriores a la extinción del régimen patrimonial del matrimonio o el cese de la unión convivencial, aún en el caso de muerte

Finalmente, el texto de la Recomendación 27 también contempla la situación de las mujeres viudas y la transmisión hereditaria, se puntualiza que “(L)as mujeres de edad son especialmente vulnerables a la explotación y los abusos, en particular de orden económico, cuando su capacidad jurídica se supedita a la actuación de abogados o miembros de la familia sin su consentimiento.” Y, nuevamente se advierte sobre el deber estatal de mantener informadas a las mujeres de edad acerca de sus derechos y de cómo pueden acceder a servicios jurídicos.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁴ incluye a la violencia económica en la concordancia del art. 2, con el art. 5 que proclama la libertad de la mujer para “ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección

¹³ Recomendación 27, pár.13, La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias.

¹⁴ Aprobada por la ley 24.632 promulgada el 1/4/1996.

de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos".

Como ya he mencionado el sistema interamericano erige al acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos como la primera línea de defensa de los derechos básicos, que incluye los derechos de las mujeres en casos de violencia. Los principios de igualdad y no discriminación representan el eje central del sistema interamericano de derechos humanos y de los instrumentos vinculantes y aplicables al presente análisis, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Todos ellos afirman el derecho de las mujeres a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz que cuente con las debidas garantías cuando denuncian hechos de violencia, así como la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos hechos.¹⁵

En este contexto de reconocimiento de derechos y de vulnerabilidades, la persona víctima de violencia de género económica tiene a su alcance un sistema protectorio reforzado desde los textos y sus interpretaciones. Ese sistema se fortalece aún más cuándo a esa doble condición de vulnerabilidad se le suma la vulnerabilidad por su mayor edad, a partir de la inclusión del sistema establecido por la Convención Interamericana de Derechos de las Personas Mayores.

Desde tal marco se debe revisar tanto el sistema legal infraconstitucional interno, como las prácticas e interpretaciones en sus implicaciones procesales concretas. Sólo de esa forma se puede verificar si realmente los derechos proclamados se concretan y si se logra la superación de los estereotipos. Esa revisión podrá permitir atravesar el principio de igual formal para identificar hasta qué punto esa igualdad es real para las mujeres en el plano del ejercicio de sus derechos económicos y procesales.

4. LAS NORMAS SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

¹⁵ <https://www.cidh.org/women/Acceso07/cap1.htm> Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas.

La ley 26.485 enuncia las políticas públicas para la protección contra la violencia de género su asistencia, prevención y asesoramiento interdisciplinario, contempla fundamentalmente la asistencia y patrocinio jurídico gratuito y destaca como aspecto relevante del acceso a la justicia, el acceso gratuito al asesoramiento jurídico especializado para las víctimas.¹⁶

Ya en el Título de los procesos concernientes a la violencia de género, se regula el catálogo de derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos¹⁷, “a) A la gratuidad de toda diligencia e instancia en el curso de las actuaciones judiciales, y al acceso a los recursos públicos disponibles para la producción de prueba, en particular para la realización de pericias informáticas y al patrocinio jurídico preferentemente especializado. (...)”¹⁸

En cuanto a los procedimientos judiciales, las jurisdicciones locales deben dictar sus normas de procedimiento o adherir al régimen nacional, el cual será gratuito y sumarísimo.¹⁹ El decreto reglamentario 1011/2010 indica que el acceso a la justicia obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos. Así, el acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial.²⁰ Particularmente, en cuanto al acceso a la justicia, expresa que “es gratuito independientemente de la condición económica de las mujeres, no siendo necesario alegar ni acreditar situación de pobreza.”²¹

En cuanto al alcance de la gratuidad el decreto establece que: “(...) implica que todas las actuaciones quedarán eximidas del pago de sellados, tasas, depósitos o cualquier otro impuesto y/o arancel que pudieren cobrar las entidades receptoras.” Entonces, el acceso al asesoramiento profesional

¹⁶ Art. 10 de la ley 26485.

¹⁷ Art. 16 de la ley 26.485

¹⁸ Inciso incorporado por art. 9º de la [Ley N° 27736](#) B.O. 23/10/2023.

¹⁹ El art. 20 al enunciar las características del procedimiento, refiere que éste “será gratuito y sumarísimo.”

²⁰ Decreto 1011/11, art. 2º,inc. f).

²¹ Decreto 1011/11, art. 3.

especializado y la gratuidad constituyen garantías mínimas de procedimiento que se reconocen desde la legislación nacional en favor de quienes padecen violencias de género, entre ellas la violencia económica, sin necesidad de alegar ni acreditar situación de pobreza.²²

En esta ley nacional se incorporó el concepto de violencia económica²³ y se la describe como “toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, en el espacio analógico digital, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.”²⁴ En especial, la violencia de género económica resulta definida como un tipo de violencia: “(...) La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida

²² La ley 27710 creó el Cuerpo de abogadas y abogados para víctimas de violencia de género, a cargo del Ministerio Justicia, luego traspasado al Ministerio de Mujeres. Recuérdese que a partir del decreto 86/2023 el Ministerio de las Mujeres, género y diversidades pasa a ser Subsecretaría de protección contra la violencia de género. Más allá de esta última consideración, debe decirse que los recursos públicos para costear los abogados y abogadas para víctimas se otorgaron a la administración central, en el ámbito del Poder ejecutivo, por fuera del ámbito de la Defensoría General de la Nación.

²³ BASSET, Ursula en La violencia económica contra la mujer en la ruptura: las hipótesis menos pensadas. V Número Extraordinario de Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Año 2021. ISSN 0075-741.

²⁴ Artículo sustituido por el art. 3° de la [Ley N° 27736, Ley Olimpia](#), B.O. el 23/10/2023.

digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”²⁵.

Como afirma Pellegrini, ésta es una de las formas más silenciosas de manifestación de la violencia de género intrafamiliar y puede resultar de prueba difícil o compleja²⁶.

Basset explica que la violencia económica o patrimonial tiene algunas notas particulares en relación con las otras formas de violencia, “puesto que se trata de una forma sutil de violencia”, y con cita de Postmus refiere, además, que ella “es menos perceptible”, “enmascarada, que aprovecha una forma especial de exposición de la mujer precisamente cuando la dimensión patrimonial o económica de su existencia la hace vulnerable a un ejercicio desigual del poder”²⁷

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia y de las garantías que son su consecuencia -entre ellas la gratuidad y el asesoramiento especializado- debe ser interpretado en el contexto del derecho humano de la mujer a la vida sin padecer violencias, discriminaciones o sometimientos que afecten su igualdad sustancial, con alcance progresivo y no regresivo. Tal progresividad, conduce a aplicar las garantías procesales no sólo en el proceso específico de violencia en sí mismo, destinado en principio a la resolución de medidas urgentes y reparatorias, sino también en los procesos que debe instar quien ha padecido la violencia económica para obtener su autonomía patrimonial, tras la extinción del régimen económico del matrimonio o luego del cese de la convivencia.

Los procesos serán diversos de acuerdo a las circunstancias patrimoniales particulares: acciones por de recompensas, acciones de fraude, restitución de bienes propios, ejecución de convenios de liquidación y

²⁵ Artículo 5º, apartado 4.

²⁶ PELLEGRINI, Victoria Una especie de violencia familiar, en Revista de Derechos Privado y Comunitario, 2022-1, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, p. 394.

²⁷ BASSET, Ursula, La violencia económica contra la mujer en la ruptura: las hipótesis menos pensadas, V Número Extraordinario de Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Año 2021. ISSN 0075-741,

partición, acciones de nulidad de actos jurídicos, acciones por enriquecimiento sin causa, etc.

La Corte Interamericana en sentencia dictada contra la República Argentina ha dicho que se vulnera el acceso a la justicia en un proceso de índole patrimonial, cuando no hay posibilidad real de acudir a la justicia o cuando ésta se ve frustrada por condicionamientos económicos a quien no puede afrontarlos o pudiendo hacerlo, resultan excesivos y desproporcionados.²⁸

Desde esta impronta deberemos repensar las implicaciones de los principios procesales específicos derivados de la violencia de género económica en las distintas decisiones a lo largo de los procesos patrimoniales de fondo, en cuanto a: exigencias de tasas de justicia, exigencias de contracautelas, costos de diligencias administrativas, admisibilidad de diligencias preliminares, pericias, otorgamientos de cartas poder, acceso a litigar sin gastos, etc. Todo ello porque es en el proceso de fondo donde la mujer logrará obtener, finalmente, su derecho a la porción de bienes gananciales o su recompensa o la atribución preferencial de bienes, u obtendrá la restitución de bienes propios o la posibilidad de ejercer la administración de bienes, o el recupero de sus contribuciones económicas, como posibilidad de asunción de sus derechos patrimoniales.

5. LAS NORMAS LOCALES: EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD Y SU ALCANCE

Un repaso de algunas legislaciones locales permite apreciar que, en general, los códigos de forma más modernos destacan entre los principios del derecho procesal familiar, el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Así el Código Procesal de Niñez, adolescencia y familia de Chaco²⁹ plantea la gratuidad de los procesos de familia cuando estos

²⁸ CIDH, 28/11/2002, “Cantos vs. República Argentina”, L.L. 2003-C-2. Conf. TSJ Córdoba, Sala Electoral, de competencia originaria y asuntos institucionales, 12-5-2011, “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Córdoba vs. Provincia de Córdoba”, L.L. Córdoba 2011-992; La Ley Online cita AR/JUR 23831/2011. De los Santos Mabel A.: “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, L.L. 2012-B-1062, ap. II

²⁹ Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia de Chaco. Art. 2. Preceptos generales: En el proceso de familia regirán las siguientes reglas y principios generales: Inc. 2) Acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad. Gratuidad. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas a modo de facilitar el acceso a la justicia,

carecen de contenido económico. También el Código Procesal de Familia, Niñez y adolescencia de San Luis³⁰ destaca el principio de gratuidad pero en los procedimientos carentes de contenido económico. En cuanto a los procesos con contenido económico: “quien alegue insuficiencia de bienes e ingresos debe realizar el trámite correspondiente de Beneficio de litigar sin gastos” a excepción del proceso de alimentos. En sentido análogo, se legisla en la ley Procesal de Familia de Entre Ríos^{31, 32}

El Código Procesal de Familia de Corrientes también establece la gratuidad para los procesos de familia, niñez y adolescencia que carecen de contenido patrimonial, sin necesidad de solicitar el beneficio de litigar sin gastos. Además, el Código Procesal Civil y Comercial de esa Pcia. también legisla los “procesos con sujetos vulnerables”. La condición de vulnerabilidad debe ser alegada y admitida por decisión judicial y en ese capítulo se reconoce “el acceso gratuito a la jurisdicción”, con los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos sin necesidad de solicitarlo, la gratuidad cesará si se acredita la solvencia.

En el Código procesal del Fuero de Familia de Río Negro, el principio de gratuidad también refiere a “(L)os procesos de familia carentes de contenido económico” y delimita que están exentos del pago de tasa de justicia y sellado de actuación.³³ Además, incorpora en forma expresa el deber de abordar las problemáticas familiares a partir de la perspectiva de género.^{34 35 36} La decisión de la incorporación de la perspectiva de género

especialmente tratándose de personas en situación de vulnerabilidad, (...), inc. 9) Gratuidad. Los procesos de familia carentes de contenido económico son gratuitos y, en consecuencia, están exentos del pago de cualquier tipo de tributo o carga, de conformidad con el art. 27, inciso i) de la ley 840-F.

³⁰ Art. 3 inc. c: “las normas que rigen el proceso de familia deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia especialmente tratándose de personas vulnerables. Se debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de vulnerabilidad afecte el desarrollo o resultado del proceso.”

³¹ Art. 2 Ley Procesal de Familia de Entre Ríos.

³² Art. 13 inc. 12 y 22 ley 10.668/2019.

³³ Art. 3.

³⁴ Art. 5.

³⁵ Art. 7.

³⁶ Resulta un factor relevante la expresión en tanto visibiliza la necesidad de su ejercicio en la labor y genera la toma de conciencia. Como se lee en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de México: “Tomar conciencia de que los

reaviva su obligatoriedad y traduce en la norma directamente aplicable, la vigencia convencional de los derechos humanos reconocidos en favor de la mujer desde el sistema universal de los derechos humanos en las condiciones de su vigencia³⁷ y desde el sistema interamericano, con su necesaria proyección a colectivos vulnerables por sus disidencias sexuales.”³⁸

En Neuquén, la Ley 2786 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, menciona³⁹ que: “El procedimiento debe ser actuado, gratuito y aplicando las normas del proceso sumarísimo en todo lo que no se oponga a la presente ley.” Por su parte, la ley sobre “Tasa de Justicia”, n 342⁴⁰, expresamente exime del pago de la tasa de justicia a las víctimas de violencia de género⁴¹, que se “encuentren

estereotipos de género perjudiciales existen es una medida necesaria para su eliminación; de lo contrario, operan sin ser detectados, lo cual permite que sean fácilmente reafirmados por el statu quo (Cook y Cursack, 2010, p. 43). En el ámbito jurídico, lo que se requiere es, en esencia, desarrollar la capacidad para advertir cuando una ley, política o práctica aplica, impone o perpetúa un estereotipo de género. El proceso de identificar y poner al descubierto este tipo de estereotipos ayuda a comprender cómo están integrados en las estructuras y significaciones sociales, además de favorecer la toma de conciencia sobre sus efectos nocivos y, con ello, aumentar la presión para que se modifiquen los patrones socioculturales de conducta (Cook y Cursack, 2010, p. 62).” p. 57 [file:///C:/Users/Usuario/Desktop/GENERO.2022/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Desktop/GENERO.2022/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

³⁷ [Ley 26171, ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones, por violaciones a los derechos humanos en cuanto concierne a la CEDAW. <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/6573.html> <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>](https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx)

³⁸ PERACCA, Ana, Violencia económica y efectos patrimoniales del matrimonio, Citas: TR LALEY AR/DOC/1237/2023 Publicado en: RDF 110, 49, con citas a pie de página de la Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias de la Comisión Permanente de Género y acceso a la Justicia XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana 2015 (punto 6.4). Dice la autora: “Su aplicación implica que el intérprete identifique las diferencias de los sujetos procesales, es decir que detecte la existencia de relaciones asimétricas de poder y/o situaciones estructurales de desigualdad (denunciada o no en las actuaciones) tarea que impone cuestionar los estereotipos de género; para luego examinar la existencia de posibles supuestos de discriminación indirecta, es decir cuál es el impacto diferenciado de la aplicación neutral de la regla del caso a varones y mujeres.

³⁹ Art. 6.

⁴⁰ Sancionada el 29/06/2022 <http://www.saij.gob.ar/LPQ0003342>

⁴¹ Artículo 1: Se exime del pago de la tasa de justicia establecida en el inciso a) del artículo 3° de la Ley 1971 a las víctimas de violencia de género que se encuentren

patrocinadas legalmente por un profesional del Cuerpo de Abogadas y Abogados de las Personas Víctimas de Violencia de Género⁴², encuadrados en la Ley 3106”. El Cuerpo de Abogadas y Abogados de las Personas Víctimas de Violencia de Género tiene como función brindar asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito sin que sea requisito acreditar la carencia de recursos económicos. En la misma ley “Se exime del pago de la contribución al Colegio de Abogados establecida en el inciso d) del artículo 57 de la Ley 685 (modificada por la Ley 1764), a las víctimas de violencia de género que se encuentren patrocinadas legalmente por un profesional del Cuerpo de Abogadas y Abogados de las Personas Víctimas de Violencia de Género, encuadrados en la Ley 3106.” Y, también, “Se exime del pago del aporte establecido en el inciso e) del artículo 57 de la Ley 685(modificada por la Ley 1764), a los letrados del Cuerpo de Abogadas y Abogados de las Personas Víctimas de Violencia de Género, siempre que su actuación sea tanto en el marco de la Ley 3106 como en la Ley nacional 27.210.”^{43 44}

Estas normas provinciales exhiben el énfasis puesto en asegurar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva para el ejercicio de los derechos personales y en materia alimentaria, así como en los supuestos de violencia en general, mediante la gratuidad de los procesos. La legislación neuquina es una muestra de un avance mayor y decidido a fin de brindar

patrocinadas legalmente por un profesional del Cuerpo de Abogadas y Abogados de las Personas Víctimas de Violencia de Género, encuadrados en la Ley 3106

⁴² La ley fue reglamentada por el DECRETO 1.469/2020, de 10/12/2020, el Cuerpo de Abogados comenzó a funcionar en octubre de 2021, en la IV circunscripción y en Neuquén capital, con la incorporación de dos letradas. En aquella fecha, se llevaba a cabo una segunda convocatoria para Cutral Co (II), Zapala (III), y Chos Malal (V). <https://www.neuqueninforma.gob.ar/ya-funciona-el-cuerpo-de-abogados-y-abogadas-para-victimas-de-violencia-de-genero/> Los cargos son seis en total: dos para la primera circunscripción (con asiento en la ciudad de Neuquén), uno para la segunda (Cutral Co), uno para la tercera (Zapala), uno para la cuarta (San Martín de los Andes) y uno para la quinta (Chos Malal) Las convocatorias para desempeñarse en ese ámbito, son realizadas por el Ministerio de Gobierno y Educación de la Provincia del Neuquén y se publicitan por intermedio del Colegio de Abogados, <https://abognqn.org/2023/06/01/convocatoria-para-integrar-el-cuerpo-de-abogadas-y-abogados-de-las-personas-victimas-de-violencia-de-genero/>

⁴³ Art. 3.

⁴⁴ Art. 4 remite a los arts. 1, 2 y 3 de la misma ley. El artículo 5, establece que: “Es autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Gobierno y Educación de la provincia del Neuquén o el organismo que lo remplace.”

mejores herramientas para el acceso al patrocinio y facilitar la posibilidad de acompañamiento letrado desde el mismo proceso protectorio de violencia, que sigue los lineamientos de la norma nacional.

6. LA PROPUESTA DE REFORMA

Esta somera revisión permite advertir que aún se encuentra pendiente el reconocimiento expreso legal de los mecanismos necesarios para asegurar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva para quienes padecen violencia de género económica en los procesos de fondo patrimoniales destinados a liquidar el régimen económico matrimonial o a reclamar aspectos patrimoniales luego del cese de la unión convivencial.

Se requiere, entonces, pensar en normas dispuestas en el código de fondo que permitan concretar el acceso a la justicia de las personas vulnerables por violencia de género para poder entablar y llevar adelante estas acciones patrimoniales. En lenguaje de Berizonce, se trata de buscar tutelas diferenciadas procesales que aseguren en concreto la accesibilidad para todas las personas al sistema judicial.⁴⁵

Estos fundamentos exigen ejercer acciones positivas a las que refiere el art. 75 inc. 23 de la C.N. en la materia e introducir normas específicas en el Título de los Procesos de Familia del CCC en las que se contemple la gratuidad en los procesos patrimoniales del régimen económico del matrimonio y derivados de las uniones convivenciales para aquellas personas que resulten víctimas de violencia de género económica.

El reconocimiento de la gratuidad para los procesos específicos de violencia familiar y de género no siempre resulta suficiente en estas cuestiones. En muchos casos es en los procesos de liquidación del régimen económico o en los procesos patrimoniales posteriores al cese de la unión donde, finalmente, se podrá concretar la obtención de los bienes o de los créditos a partir de los cuales la mujer podrá ejercer sus derechos patrimoniales en condiciones de igualdad. Y, es allí donde deben revitalizarse las consecuencias del principio amplio de acceso a la justicia.

En este sentido, creemos oportuno tratar en este encuentro académico la posibilidad de introducir en una futura reforma al CCC la introducción del

⁴⁵ BERIZONCE, Roberto O., Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, Revista de Derecho Procesal 2008-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 35 a 49.

principio de gratuidad en estos procesos en el art. 706. Así se propone la siguiente redacción:

“ARTICULO 706.- Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

d) En los procesos patrimoniales derivados de la extinción del régimen económico del matrimonio o del cese de la unión convivencial debe reconocerse el acceso gratuito a la jurisdicción y a las actuaciones administrativas derivadas para las personas víctimas de violencia de género económica.”

Reconocer las circunstancias de desventajas derivadas del género en materia económica en estos procesos exige al propio Estado evitar la limitación del ejercicio de derechos por imposiciones económicas y, en especial, a Jueces y Juezas dictar decisiones interpretativas amplias para el acceso al proceso con perspectiva de género y vulnerabilidades.⁴⁶

⁴⁶ Trato sobre la temática en los procesos de liquidación de la comunidad en “La violencia de género económica en la liquidación de la comunidad ganancial y el acceso a la justicia” Revista de Derecho de Familia N 115, abril de 2024, ISBN 1851-1201.

RECOMPENSAS EN CASO DE UTILIDADES DE ACCIONES DE CARÁCTER PROPIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Por Eduardo Guillermo Roveda¹

I. CONCLUSIONES

1. *De lege lata:* La presunción de recompensa prevista en el 3er. párrafo del art. 491 del Código Civil y Comercial admite prueba en contrario.

2. El último párrafo del artículo 491 consagra el derecho de recompensa a favor de la comunidad ante el supuesto de que las acciones de carácter propio pertenecientes a uno de los cónyuges adquieran un mayor valor a causa de la capitalización de las utilidades, la cual sostenemos que se trata de una presunción que admite prueba en contrario atento a que una interpretación armónica del párrafo referido con el principio general de recompensas y lo dispuesto por el artículo 464 inc K nos permite inferir que de acreditarse la inexistencia de inversión de fondos gananciales no será exigible un crédito por recompensa.

3. Tratándose de una presunción la carga de la prueba recaerá sobre el cónyuge que pretende evitar que el reclamo prospere.

4. Entre los pases a reserva y la capitalización de utilidades, ambos supuestos de incremento de capital social, la norma se limita a presumir el derecho de recompensa solo ante la capitalización, lo que nos permite inferir que su carácter es restrictivo, vedándose la posibilidad de su aplicación analógica.

5. Algunos de los supuestos en los cuales también podría plantearse la no aplicabilidad de la presunción es cuando esa capitalización de utilidades obedece a la decisión asamblearia de una sociedad donde la participación del cónyuge socio es minoritaria o cualquier otra gestión destinada a mantener a la empresa en el mercado evitando su desvalorización en tanto no se verifique la existencia de fraude a la ganancialidad por parte del cónyuge socio.

¹ Profesor Titular ordinario, Derecho Civil V, Cátedra II, Universidad Nacional de La Plata. Esta ponencia ha sido elaborada con la colaboración de María Alejandra Massano y Julián Maximiliano Violini.

II. FUNDAMENTOS

El art. 491 del Código Civil y Comercial, luego de establecer la regla general en materia de recompensas, aborda dos supuestos especiales. El primero de ellos es el de la venta de bienes propios sin reinversión y, en el último párrafo, regula el supuesto en el cual las utilidades generadas por sociedades donde alguno de los cónyuges tenga acciones de carácter propio sean capitalizadas, determinando que el otro tendrá derecho a una recompensa por el mayor valor de esas acciones.

En primer lugar, debe señalarse que el artículo no resuelve la cuestión relativa a la calificación de las acciones, cuestión que deberá analizarse a la luz de lo dispuesto por el art. 464 y 465 del CCC. De manera tal que el sólo aborda la cuestión de las recompensas derivadas de la capitalización de utilidades.

Es así que la norma presume que toda utilidad que se capitalice durante la comunidad es una ganancia detraída del haber ganancial, y en consecuencia, deviene en un detrimento del patrimonio ganancial en beneficio del cónyuge socio.

Ahora bien, entendemos de lege lata que esa presunción admite prueba en contrario.

Se entiende por utilidad, en materia societaria, a la diferencia en más del patrimonio al inicio y al final del ejercicio. Frente a ese superávit la sociedad, a través de sus órganos, debe decidir el destino que se le habrá de dar, se presentan varias opciones, pero simplificándolas diremos que pueden pagar dividendos, capitalizarlas o pasarlas a reserva.

*"Las utilidades de una sociedad son el incremento del patrimonio social exteriorizado por el balance y provienen de un resultado económico regular, aprobado por los socios, y de ganancias realizadas y líquidas, resuelta su distribución por el órgano de gobierno societario, una vez practicadas las deducciones legales obligatorias y/o las facultativas. La capitalización de aquellas supone transformar en capital social los fondos disponibles inscriptos en el balance."*²²

²²PERACCA, Ana, en comentario al art. 491 "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Herrera, Marisa Herrera — Caramelo, Gustavo — Picasso Sebastián, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 172 y ss.

Del mismo modo la jurisprudencia: “Tomo en consideración, a fin de avalar la postura que he de adoptar, que las “utilidades” son el resultado positivo del ejercicio económico de una sociedad que arroja el “estado de resultados” del balance anual, una vez descontados los gastos y demás rubros correspondientes (art. 64 y 224 de la Ley 19.550). Por su parte, la suerte de dichas utilidades —a su vez— deriva de una decisión propia de la Asamblea que, como órgano integrante del ente societario (persona distinta de la de los miembros que la componen), puede disponer su pase a “reserva”, su “capitalización”, o su distribución, estando —sólo en éste último caso— en presencia de “dividendos” que podrían ingresar como frutos a un patrimonio conyugal —arts. 1272, 1315 y conc. del Cód. Civil— (“Clerici, María A. y otro c. Amor, Daniel H. s/ liquidación de sociedad conyugal. Ordinario”, Expte. N° 31.906/2012, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K).

El derecho al dividendo se materializa cuando la asamblea dispone aprobar y distribuir a los accionistas las ganancias realizadas y líquidas de acuerdo con el balance del ejercicio (art. 68, ley general 19.550), en ese caso ninguna duda cabe que son de carácter ganancial los devengados durante la vigencia de la comunidad por tratarse de frutos civiles, en cambio con la capitalización y las reservas no puede arribarse al mismo resultado, ya que su calificación dependerá del origen de las acciones que las han generado.

La cuestión entonces pasa por determinar si esa capitalización de las utilidades genera un derecho de recompensa, como adelantáramos la solución legal es por la positiva. La sociedad es una persona jurídica diferente a sus socios y por tanto sus acrecimientos de capital no pertenecen a éstos sino como parte del valor de las acciones, en otras palabras, el socio tiene derecho a que sus acciones valgan más como consecuencia de la capitalización, pero el capital que ha crecido es el de la sociedad y no el suyo propio.

Otorgar automáticamente una recompensa como consecuencia de la capitalización de la utilidad pone al cónyuge del socio en una mejor situación que éste, ya que el socio no tiene derecho a retirar las utilidades capitalizadas, en cambio por vía de recompensa, su cónyuge lo tendría.

En este orden de ideas, cabe resaltar que todo lo atinente a la modificación del capital social, ya sea para aumentarlo o disminuirlo,

implica para la sociedad someterse a procedimientos tales como reformar su estatuto social (a excepción de las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública a las cuales no se les exige tal reforma), requiriéndose en consecuencia la toma de decisiones por parte del órgano de gobierno en asamblea de socios tal como hicimos referencia *ut supra*, y ante su resultado positivo proceder a la inscripción en el Registro Público de Comercio a los efectos de su oponibilidad a terceros.

Por ello, puede suceder que el cónyuge socio cuente con una participación minoritaria, no teniendo una injerencia relevante en la administración y toma de decisiones de la sociedad, precisamente en el destino que se les da a esas utilidades, las cuales reiteramos que hasta tanto no sean distribuidas no ingresarán al patrimonio de los socios.

No obstante, en ocasiones los socios minoritarios recurren a la justicia en miras de anular la decisión asamblearia que resuelve el pase a reservas atento a que ven frustrado su derecho a percibir dividendos ante la imposición de una mayoría, pero en rigor de verdad el análisis está sujeto a verificar solamente si se dio o no cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 66 inciso 3) de la Ley de Sociedades al referir que la memoria debe contener *“Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente”*.³

Ahora bien, sin perjuicio de que el pase a reservas implica también un aumento del patrimonio social, la presunción del artículo 491 en su párrafo tercero se limita solo al supuesto de capitalización de esas utilidades, lo cual en consonancia con Arianna y Duprat⁴ entendemos que es de interpretación restrictiva, y en consecuencia no resulta aplicable por vía de analogía a otros supuestos.

Al respecto Arianna plantea la hipótesis de que la capitalización de utilidades en principio tendría fundamento en la innecesaridad de las mismas para el giro del negocio societario por no ser destinadas a actividades o necesidades concretas de la sociedad.

³ ARIANNA, Carlos A. “Liquidación de la comunidad de ganancias. Indemnización por despido. Utilidades de sociedades comerciales no distribuidas” RDF 2018-II, 83 TR LALEY AR/DOC/2950/2018

⁴ DUPRAT, Diego A. “Régimen patrimonial del matrimonio frente a la sociedad de uno de los cónyuges. Recompensas frente a la comunidad del cónyuge socio”

No obstante, refiere seguidamente que dicha idea no le convence atento a que siempre existe un fin o propósito societario para el aumento de capital, ya sea por exigencias de entes reguladores, terceros acreedores, o por pérdida/desvalorización del capital existente.

Por nuestra parte, compartimos esta última concepción, agregando que todas las empresas necesitan realizar reservas y capitalizaciones en miras a la formulación de inversiones que les permitan permanecer en el mercado y esto no puede ser considerado ganancia.

Entendemos que podría establecerse como un claro ejemplo de procedencia de la recompensa si ese mayor valor adquirido por tales acciones se originó en la reinversión o disposición de bienes gananciales, manteniéndose de esa manera incólume el principio general esbozado en el primer párrafo del artículo 491: La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.

Los párrafos siguientes de la norma no constituyen más que ejemplos en los cuales para la procedencia de la recompensa debe cumplirse el principio general de beneficio de uno en detrimento del otro atento a que la finalidad de la misma radica en mantener incólume tanto el patrimonio propio como el ganancial de los cónyuges corrigiendo ese desequilibrio.

Si el mayor valor de las acciones no surge de la inversión de fondos gananciales, no se daría el necesario presupuesto de beneficio/detrimento para que proceda el reclamo de un crédito por recompensa. El mayor valor se lo habría dado la reinversión de un tercero a la comunidad, como es la persona jurídica que es la sociedad, que es el sujeto que titulariza las utilidades, las cuales hasta tanto no se transformen en dividendos no entran al patrimonio de los socios.⁵

Dicha interpretación es la que guarda armonía con el artículo 464 inciso K del CCCN que califica como bienes propios a “*los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición*”.

⁵GIRAUDO Esquivo, Nicolás “Las recompensas en el Código Civil y Comercial” RDF 87, 121, TR LALEY AR/DOC/3518/2018

Ese supuesto de calificación especial para los valores mobiliarios es una incorporación novedosa del CCCN. Antes de la reforma estando vigente el Código Civil, se aplicaba el principio de subrogación real, esto es, en función de la calificación del valor invertido: eran propias las acciones que se adquirían con fondos propios y gananciales las que se adquirían con fondos gananciales.

El cambio operado tuvo como finalidad impedir la calificación dual de un paquete accionario que suele tener un mayor valor que el de la suma de los valores individuales de cada acción, especialmente cuando se trata de un paquete mayoritario que permite el control de la sociedad.⁶

En cuanto a la procedencia de la recompensa por la calificación única operada en ese sentido, del propio texto del inciso k del artículo 464 surge la necesidad de contar con el presupuesto de la inversión de fondos gananciales para poder exigir el derecho a recompensa, en idéntico sentido a la que consideramos la interpretación correcta del art 491.

En esta línea, Eduardo Roca sostiene que "*La sociedad conyugal quedará, pues, titular de un crédito contra el esposo propietario de las acciones, crédito cuyo monto será igual al importe invertido efectivamente en la compra de acciones en ejercicio del derecho de preferencia de acciones propias o al monto nominal de los dividendos declarados por la asamblea y distribuidos a las acciones propias en acciones integradas con dichos dividendos.*"⁷

En una posición contraria a la expuesta, Borda ha sostenido que "*no es posible que la resolución de la asamblea de accionistas de llevarlos a reserva o capitalizarlos altere una calificación legal que es de orden público*"⁸. Y en consonancia con dicho criterio, Sambrizzi afirma que si las ganancias de una sociedad de carácter propio se llevan a reserva o se

⁶ BELLUSCIO, Augusto C., "Las instituciones de derecho comercial en los anteproyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio", Revista de Derecho Comercial, año 25, 1992, p. 5

⁷ ROCA, Eduardo, "Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos", LA LEY 74, 884; TR LALEY AR/DOC/2191/2008.

⁸ BORDA, Guillermo, "Tratado de derecho civil, familia", 10ª ed., t. 1, p. 253.

capitalizan, no pueden reputarse propias, pues, si bien no son dividendos, lo cierto es que se trata de utilidades.⁹

Podemos concluir que la norma crea una regla de prueba, en tanto presume la recompensa, que admitirá prueba en contrario; y que el cónyuge que se oponga a su procedencia podrá probar la inexistencia de ganancias en el caso concreto para desvirtuar el progreso de la acción.

En este sentido, también adquiere relevancia indagar sobre si ese mayor valor deriva de circunstancias ajenas al cónyuge socio, tales como el contexto económico en algunos casos si la participación es mayoritaria puede ser que se utilice la capitalización como una herramienta de fraude hacía el otro, mas ello no puede presumirse, sino que, por el contrario, debe analizarse en cada caso concreto, y ante el supuesto de que esto último sea verificado el cónyuge afectado tendrá expedita la acción prevista en el artículo 473.

⁹SAMBRIZZI, Eduardo, "El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015 p. 224.

ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO Y PODER PARA PRESTAR ASENTIMIENTO

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Para la disposición de los bienes gananciales, los cónyuges pueden prestar el asentimiento conyugal de manera anticipada, caso en el que éste debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457 del CCCN). Asimismo, los cónyuges pueden celebrar contrato de mandato con las limitaciones del art. 459 del CCCN. En este caso, el instrumento de poder para otorgar asentimiento conyugal deberá individualizar el objeto sobre el que recae conforme art. 375 inc. b) del CCCN.

2. El asentimiento conyugal es una herramienta de protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ésta (art.456) como también de los derechos gananciales del cónyuge no titular (art. 470). Es unilateral, recepticio, especial, y puede ser sustituido por autorización judicial (art.458). La omisión del asentimiento genera invalidez relativa con un plazo de caducidad de 6 meses desde que se tomó conocimiento del acto o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.

3. El asentimiento conyugal puede otorgarse anticipadamente, caso en el que se deberá cumplir con los requisitos del art. 457 (naturaleza del acto jurídico y sus elementos constitutivos).

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

4. El poder con facultades especiales para prestar asentimiento, se encuentra regulado por el art. 375 inc. b, siendo suficiente que se especifique el bien sobre el cual versa el mismo. Este apoderamiento puede otorgarse a favor de un tercero o bien al propio cónyuge, excepto cuando se trate del asentimiento previsto en el art. 456 CCCN (vivienda familiar).

II. FUNDAMENTOS

1. ASENTIMIENTO CONYUGAL DEL ART. 470 CCCN

El asentimiento conyugal propiamente dicho, en el régimen de comunidad de ganancias² es un poder de control del cónyuge en función de su crédito o expectativa ganancial orientado a prevenir el abuso o el fraude de uno de los esposos, y además preservar el patrimonio común del empobrecimiento que pueda derivarse por ligereza, mala fe o imprevisión del cónyuge administrador³. El asentimiento conyugal no integra el acto dispositivo del cónyuge titular, sino que, de cierto modo, lo restringe y ante su injustificada oposición o negativa puede ser suplido por la autorización judicial. El artículo 458 CCCN establece que uno de los cónyuges puede solicitar autorización judicial para otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, en caso de ausencia, incapacidad, capacidad restringida, se encuentre temporariamente imposibilitado de expresar su voluntad o si la negativa es injustificada desde el punto de vista del interés familiar.

El asentimiento general anticipado es rechazado por la legislación unificada por entender que el mismo implica una “convención matrimonial” prohibida o bien una renuncia anticipada al control de la expectativa ganancial. Ya en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1971 se debatió el asunto y se declaró: “No es válido el asentimiento general y

² “La restricción al poder de disposición de bienes que establece el artículo 1277 primera parte del Código Civil tiene por finalidad evitar que la libre administración establecida en el artículo 1276 del mismo ordenamiento se convierta en un instrumento de fraude en detrimento del otro, privándolo de la mitad que pudiera corresponderle al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. (Cámara Civil y Comercial, Salta, Sala V, agosto 23-996). LL 1998-B865. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, Sala II, mayo 31-984) ED, 111-241.-

³ CNCiv., Sala G, febrero 23-981, ED, 94-219.

anticipado, dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos en el artículo 1277 del Código Civil, y por lo tanto no lo es ningún otro acto que, bajo cualquier forma, incluida la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado”⁴. La legislación recepta de este modo, un criterio que viene evolucionando tanto en el ámbito doctrinario notarial como jurisprudencial: El asentimiento conyugal debe ser especial para cada acto dispositivo⁵ desechando así la posibilidad del asentimiento general anticipado, y exigiendo que el mismo reúna determinados requisitos de especialidad en cuanto a su contenido⁶, esto significa que deberá detallar la naturaleza de los bienes sobre los cuales se otorga y en consecuencia la determinación del objeto y el título causal que dará nacimiento al acto dispositivo del cónyuge o conviviente titular.

El artículo 470 establece el principio general de administración y disposición separada de los bienes gananciales de titularidad de cada uno de los cónyuges, característico del régimen de comunidad, y a continuación enumera los casos en los que es aplicable el asentimiento del cónyuge no titular para la enajenación o gravamen de estos bienes:

Bienes registrables.

Acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.

Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior.

Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

⁴ Borda, Tratado de Familia, Tomo I, N° 396; 9na Edición; T.I. N° 391; Belluscio, Manual, Tomo II, página 84, N° 368; Vidal Taquini, “El régimen de bienes en el matrimonio y las V Jornadas de Derecho Civil”, LL, 1146-1098.

⁵ Art 457: “Requisitos del asentimiento: En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.”

⁶ Art. 375 inciso b) (...) Son necesarias facultades expresas para: Otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere (...).

El inciso a) se refiere a los bienes registrables, al igual que lo hacía el artículo 1277 derogado. Con respecto a la referencia a los “bienes” registrables, cabe aclarar que el concepto de bienes, es una creación históricamente posterior al concepto de cosa, y guarda una estrecha vinculación con la evolución del comercio y del intercambio de bienes y servicios, que dio el nacimiento de nuevos tipos de bienes intangibles, cuya determinación va acompañada de una abstracción mayor. El artículo 15 del CCCN establece que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este código, y el artículo 16 aclara que los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas, y las disposiciones referentes a las cosas, son aplicables también a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre, sin ser bienes materiales. El artículo 242 establece que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que la normativa declare inembargable o inejecutable, como los expresamente excluidos que establece el artículo 744. En consecuencia, la enajenación o gravamen de todos los bienes registrables existentes en el patrimonio de su titular, que sean de carácter ganancial, deberá complementarse con el asentimiento conyugal.

Asimismo, la norma deja en claro la necesidad del asentimiento conyugal para la enajenación o gravamen de las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, echando luz a la discusión doctrinaria que generó el derogado artículo 1277 del CC con relación a las acciones y su calificación como bienes registrables, desde que la legislación unificada que las conceptualiza como títulos valores. Los incisos c) y d) se refieren a participación ganancial en la empresa, tanto en aquellas vehiculizadas a través de un ente asociativo, como a las que se desarrollan como explotación comercial unipersonal o explotaciones productivas de cualquier tipo, establecimientos comerciales, industriales, ganadero, minero o de cualquier índole que constituye una unidad económica, conforme el criterio que es seguido por los artículos 1010, 2332, 2333, 2380 entre otros.

El asentimiento debe otorgarse en la misma forma que el acto principal y podrá serlo anticipadamente o simultáneamente al acto realizado por el titular de dominio del bien. Es un acto jurídico unilateral, gratuito y

revocable. Con respecto al acto dispositivo otorgado sin asentimiento, se establece en todos los casos una sanción de nulidad con un plazo de caducidad de 6 meses de haberlo conocido el cónyuge omitido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. El conocimiento que exige la norma podrá probarse por la publicidad posesoria o bien por la publicidad registral como modo útil de conocimiento en los términos del art. 983 CCCN.

2. PODER PARA PRESTAR ASENTIMIENTO CONYUGAL, ART. 375 INC. B) CON LAS LIMITACIONES DEL ART. 459 (VIVIENDA)

El acto con el que se inviste a otro de la calidad de representante, es la autorización representativa o procura⁷, por ello el representante voluntario general se denomina procurador. Sostiene Mosset Iturraspe que el poder es el título a la representación, a la gestión en nombre ajeno, sea voluntaria o legal, indicando que sin poder no hay representación y que quien invoca el nombre de otro sin estar legitimado para ello se configura en “*falsus procurator o sediciente apoderado*”⁸.

El *apoderamiento* es un negocio unilateral, abstracto y recepticio, mediante el cual el poderdante confiere al apoderado el poder de representarlo para celebrar en su nombre uno o más actos o negocios jurídicos.

Es abstracto porque el apoderamiento en sí se independiza de la causa que da origen a su configuración, de la relación interna entre poderdante y apoderado que los lleva al otorgamiento del acto, a tal punto que la invalidez de uno no afecta al otro. El apoderamiento ventila la relación entre poderdante y apoderado ya que permite que los terceros con quien éste contrata, conozcan el contenido de las facultades conferidas, a través de la exhibición del apoderamiento con el cual, se lo inviste al apoderado del poder de representación.

El apoderamiento presenta dos aspectos:

a) Uno externo, que consiste en un acto unilateral para cuya eficacia no es necesaria la aceptación del apoderado y que está dirigido a los terceros,

⁷ Nattini, Angelo, *La dottrina generale Della procura. La rappresentanza*, Ed. S.E.L, Milano, 1910.

⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, *Mandatos*, Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 54.

con quienes el representante está destinado a entrar en relación para cumplir con el encargo asumido ante el representado y sirve para “acreditarlo” ante dichos terceros y,

b) Uno interno, que consiste en un contrato que concierne a las relaciones internas de gestión entre representante y representado, pero que no afecta a las relaciones que se entablan entre representante y terceros, y por sí mismo no es fuente de representación.

El lado interno del negocio de apoderamiento, se puede llamar también **relación subyacente o causa**. La causa fuente del apoderamiento es por lo general un contrato, de mandato, de locación de obra, de servicios, un contrato plurilateral de organización, un contrato de fideicomiso, con convenio de división de condominio, un acuerdo partitivo, etc. Asimismo, el mandato es un contrato que puede derivar o no en el otorgamiento de un poder, en la medida que por causa del mandato se confiera la facultad de representación. Por ello existe la figura que se denomina, mandato sin representación, a la que se le aplican las normas de los artículos 1319 a 1334 del CCCN. El *poder es general* cuando contiene facultades para realizar un conjunto de actos jurídicos. El poder general no comprende más que los actos de administración.

La referencia a la administración ordinaria debe entenderse como aquella que no genera modificaciones patrimoniales en el poderdante, y que tiene por objeto mantener estable el mismo, mientras que la extraordinaria requiere la existencia de una facultad expresa, porque de alguna manera produciría una merma patrimonial⁹.

Para actos de administración extraordinaria o actos dispositivos se requieren facultades expresas, conforme lo establece el **artículo 375 del CCCN**. Hay que tener en cuenta que la norma exige facultades especiales contenidas en el texto del poder y no poderes especiales. La enumeración no es taxativa, ya que por ejemplo no contiene actos de disposición como el leasing, el contrato de fideicomiso, contrato de agencia, franquicia, concesión, contrato oneroso de renta vitalicia, etc. Sin embargo, están encuadrados en alguna de las categorías del art 375, por aplicación a estos

⁹ Lamber, Rubén A., *Curso de Técnica Notarial*, Módulo 5. Representación. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. p. 30.

contratos de los principios generales que lo informan, en cuanto constituyen claramente actos de disposición o de creación de obligaciones¹⁰.

Los formularios notariales suelen contener en los poderes generales una cantidad de facultades que cubren las necesidades del poderdante del poder general típico, sin perjuicio de ello, se deben analizar algunos incisos que exigen la inclusión específica de algunas facultades para evitar futuros defectos de legitimación. Sin perjuicio de la inclusión de cada uno de los incisos, el texto podría referir directamente a todos los actos indicados en la norma, o bien detallar cada uno de los casos que plantea el artículo 375.

El artículo 375 inciso b) establece que son necesarias facultades expresas para otorgar el asentimiento conyugal sin el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere. En el caso que el cónyuge asentidor no quiera o no pueda comparecer por sí al acto dispositivo, no se hubiere otorgado un asentimiento conyugal anticipado, y entienda conveniente otorgar un poder a su cónyuge o a un tercero para prestar ese asentimiento dejando al apoderado la libertad de la formalización del negocio, se aplicará la figura del apoderamiento. Así en escena el inciso en estudio que exige que el poder contenga la facultad expresa para otorgar el asentimiento conyugal identificándose los bienes a los que se refiere dicho asentimiento.

La norma establece un requisito de identificación del bien, para evitar los poderes generales de administración y disposición, en donde se colocaba una cláusula que hacía referencia al asentimiento general anticipado para todos aquellos actos que así lo requiriesen. Este tipo de poderes fue fuertemente criticado por la doctrina y por la jurisprudencia, ya que se entendió que implicaba una renuncia anticipada a la ganancialidad, y en los hechos daba lugar al fraude conyugal. Por estas y otras razones, la doctrina se fue encauzando en la especialidad del asentimiento y ello se encuentra plasmado en este inciso.

Ahora bien, la posibilidad de conferir un poder para otorgar asentimiento encuentra otro límite, además de la especialidad objetiva, y es la cualidad subjetiva del apoderado cuando de la vivienda se trata.

10 Etchegaray, Natalio P., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Clusellas, Gabriel (coordinador), Tomo II, Ed. Astrea, 2015.

Como se vio el mandato es un contrato permitido entre los cónyuges, independientemente del régimen patrimonial matrimonial¹¹ adoptado, pero la posibilidad de celebrar este contrato encuentra su límite en el caso de disposición de los derechos sobre la vivienda, donde el mandato no podrá ser celebrado entre cónyuges si el objeto del mismo es prestar el asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda, conforme el artículo 459 del CCCN.

Por lo cual, el mandato entre cónyuges no podrá tener por objeto otorgar el asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella.

Un sector de la doctrina civil y parte de la doctrina notarial¹², entiende que la remisión que hace el artículo 459 al 456 se aplica, asimismo, a los casos de disposición de bienes gananciales, ya que el artículo 470 *in fine* remite también a la aplicación de las normas de los artículos 456 a 459. Por lo cual, el mandato entre cónyuges no podrá tener por objeto el asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella y/o de los bienes gananciales.

Se debe advertir que la remisión que realiza el artículo 470 en el caso de asentimiento para la disposición de bienes gananciales, es exclusivamente a los artículos 456 a 459 y éste último comienza con un principio general y establece una excepción circunscripta a los casos del 456, es decir, cuando el bien además de ser ganancial es la vivienda de los esposos.

La protección de la vivienda es lo que justifica únicamente la limitación en este caso, del mandato entre cónyuges, ya que al ser un bien tutelado por el orden público, o, mejor dicho, el interés general, lo que la norma busca es proteger este interés superior, evitando también conflictos entre los cónyuges, debiendo apoderar a un tercero, ajeno a la relación matrimonial.

Finalmente, en materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del cónyuge o conviviente titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente

11 En el de comunidad el art. 459 opera como norma especial por sobre la inhabilidad del art. 1002 inciso d) y en el régimen de separación es una consecuencia lógica de la estructura de libertad contractual de los cónyuges que caracteriza dicho régimen.

12 Urbaneja, Marcelo E., *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, Segunda Edición, 2017. Págs. 112 y 113

para 1) Dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) Considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos¹³ y 3) No justificar una ampliación de la calificación registral en oportunidad de acceder el título al Registro de la Propiedad Inmueble.

El cónyuge que no prestó su asentimiento no podrá ampararse en la norma del párrafo final del artículo 392 CCCN, y asimismo al configurar la vivienda una situación de hecho que no podrá ser comprobada mediante el estudio de los antecedentes, el título del subadquirente de buena fe y título oneroso será inatacable, sin perjuicio de las acciones personales que se podrán ventilar entre cónyuges o convivientes en caso de corresponder.

¹³ Conclusión de la XXXVIII Jornada Notarial Bonaerense. Bahía Blanca 2013: “La declaración del cónyuge o conviviente titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye su vivienda familiar, será manifestación suficiente para: a) dar por cumplido con los requisitos de ley y b) considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos” Ver el trabajo presentado en dichas Jornadas: Tema I. “El estatuto legal forzoso de la vivienda familiar y su cristalización a través del asentimiento conyugal” El asentimiento habitacional. Salierno, Karina V., Patricio, Laura Marisa, Montes, Patricia y Lavecchia, Ana Antonieta.

**LA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES EN EL RÉGIMEN DE
COMUNIDAD: ADQUISICIONES SIMULTÁNEAS Y SUCESIVAS
¿PROPIOS, GANANCIALES O MIXTOS?**

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. El Código Civil y Comercial de la Nación adopta la calificación única de los bienes en el matrimonio (teoría monista) dentro de un sistema de reconocimiento de recompensas al momento de la extinción del régimen de comunidad (arts. 464 y 465). Esta calificación unitaria de los bienes de titularidad exclusiva de cada uno los cónyuges deriva de la aplicación de los principios de incolumnidad de las masas, accesión, subrogación real y mayor aporte, y permite reconocer al momento de la adquisición, aportes de distinta naturaleza que se resolverán al momento de la extinción a través de las recompensas.

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El régimen patrimonial de comunidad trae como consecuencia la configuración, a lo largo de la vida matrimonial, de dos tipos de bienes, los propios y los gananciales. La enunciación que efectúan los artículos 464 y 465 CCCN, ha receptado la evolución doctrinaria y jurisprudencial en materia de configuración y calificación de bienes matrimoniales. En principio estos criterios objetivos de enunciación de los bienes nos permiten calificarlos rápidamente en virtud de su encuadre en la norma.

2. CALIFICACIÓN DE LOS BIENES EN EL RÉGIMEN DE GANANCIALIDAD: PROPIOS Y GANANCIALES

Con respecto a la calificación de los bienes, se han desarrollado a lo largo de los años dos teorías que se han aplicado controvertidamente en las distintas jurisdicciones del país, teniendo incluso diferente interpretación registral en la Ciudad de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires. Se trata de dos tesis antagónicas que discutieron la dificultad que presenta la calificación de los bienes en el régimen de comunidad: a) Una que determina la calificación única del bien, sin perjuicio del empleo para su adquisición de fondos propios de un cónyuge y gananciales; b) Y la otra que califica de mixto o dual el bien adquirido mediante el empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, en proporción a los aportes que concurrieron para la adquisición². Esta cuestión oportunidad de ser analizada en un pronunciamiento de la Cámara Nacional Civil, en autos “Sanz, Gregorio O.”, del 15/07/1992³, donde la mayoría resolvió que reviste el carácter propio la totalidad del bien, cuando el cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la comunidad. El planteo llegó al tribunal de alzada en oportunidad de resolver un recurso registral interpuesto frente al requerimiento del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires del asentimiento del cónyuge del vendedor para la transmisión del dominio de un inmueble en el cual este tenía originariamente una porción

2 Zanoni, Eduardo A., Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 2000, T.1, pág. 521.

3 LL, 1992-D, 260 - DJ, 1992-2, 501

indivisa propia, habiendo adquirido después, a título oneroso, las restantes porciones indivisas, por entender aplicable el art. 1277 del código velezano. Por otro lado, la minoría consideró que, frente al silencio de la ley, debía estarse a la postura que asegure una protección real y actual de los aportes de los cónyuges en el patrimonio ganancial a través de la aplicación del asentimiento conyugal a las partes indivisas adquiridas durante el matrimonio con independencia del origen⁴.

Para la tesis mayoritaria existe un crédito de la comunidad o del otro cónyuge por los fondos invertidos en la adquisición del bien que se considera propio, el que se haría efectivo en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. En el caso en estudio, al ser un bien propio en origen, las partes adquiridas con posterioridad con fondos gananciales, siguen la misma naturaleza, y en caso de fallecimiento del cónyuge no titular, el bien no entraría en estado de indivisión. Conforme Zanoni⁵ “Cualquiera sea la causa de disolución de la sociedad conyugal, los bienes propios de cada uno de los cónyuges o el supérstite en los casos de disolución por muerte (art. 1291) o por declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 28 y 30 ley 14.394), permanecen siempre en la esfera patrimonial del cónyuge titular. Es decir que los bienes propios están, en principio, fuera del proceso de liquidación de la sociedad conyugal”.

La aplicación de la tesis mayoritaria adoptada por este fallo se cristaliza en el CCCN en los arts. 464 inc. k) y j), y su correlativo 465 inc. n). La teoría monista trae como consecuencia la aplicación de la recompensa (art. 468 y 491 y siguiente CCCN) para el no titular o sus herederos o sucesores, como claramente lo dice el inc. j del art. 464: “... el bien es en su totalidad propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para su adquisición. En este sentido, afirma Belluscio⁶ “...para el supuesto adquisición de nuevas partes indivisas por el cónyuge que ya es propietario de alguna con calidad de propia, si se

4 Guaglianone, Aquiles, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Ed. Ediar, pág. 272; Guastavino, Elías, La calificación dual de bienes en el matrimonio, en La Ley, 123-1181, N° 20. Lafaille, Héctor, Curso de derecho civil. Derecho de familia, Buenos Aires, 1930; Rébora, Juan C., Instituciones de la familia, T.3, Buenos Aires, pág. 101; Moreno Dubois, E., La sociedad conyugal frente al orden público, LL, T. 118, pág. 259.

5 Zannoni, Eduardo. Derecho de familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, T. 1, pág. 734.

6 Belluscio, Augusto C. Manual de Derecho de Familia, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 551.

parte de la base de aceptar que las nuevas partes indivisas conservan el carácter propio, habría entonces recompensa a favor de la sociedad conyugal por las inversiones gananciales hechas en la adquisición de las nuevas partes”. En consecuencia, en tanto el cónyuge o excónyuge no titular, o sus sucesores universales no hayan obtenido medidas cautelares en protección de la garantía del cumplimiento de su crédito de recompensa, no hay restricción alguna para la disposición del bien de naturaleza única, sin perjuicio de su derecho creditorio que puede ejecutar al momento de la liquidación contra el titular registral y/o sus sucesores (conforme arts. 491 y 498 CCCN).

Por el otro lado, la tesis minoritaria se sustenta en el argumento de la inexistencia de criterio o argumento atendible que pueda oponerse a que un mismo bien quede alcanzado por el doble régimen, aplicando los requerimientos exigibles según la doble calidad, respetando el derecho del cónyuge no titular en caso de oposición a la disposición del bien en parte ganancial, y evitando el reconocimiento aplazado de una recompensa una vez extinguido el régimen, que tal vez pueda verse seriamente controvertida en caso de que la extinción se produzca por fallecimiento.

La calificación única de los bienes de la comunidad se asienta sobre los principios de incolumnidad de las masas⁷, accesión⁸, subrogación real y mayor aporte. Asimismo, uno de los argumentos más fuertes a favor de la aplicación de la doctrina monista en el caso de adquisiciones sucesivas de partes indivisas, como fue el plenario Sáenz, es la naturaleza jurídica del derecho real de condominio, ya que en caso de que un condómino adquiera la totalidad de las porciones indivisas de un bien, del que ya tenía una porción indivisa, corresponde considerar que ha sido propietario exclusivo de la totalidad del bien desde el origen de la adquisición ya que en la cuota de condominio está la potencialidad sobre el todo. La cuota de condominio constituye la medida del contenido de un derecho que, precisamente, por ser indiviso entre los restantes condóminos, se ejerce sobre la totalidad de la

7 El “principio de incolumnidad” tiene sus orígenes en el derecho francés y fue introducido en nuestro derecho por Carlos H. Vidal Taquini como un fin de la ley.

8 El principio de accesión que nace de la teoría general del derecho, en particular en lo atinente a los derechos reales, determina que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Repárese que en los casos de aluvión, edificación, plantación u otra cualquier causa, el cónyuge tiene desde el inicio una vocación a la totalidad del bien, por lo que los aumentos son de su propiedad.

cosa, es decir, al representar la parte alícuota la medida de un derecho sobre la cosa, la adquisición de otras partes indivisas no implica la adquisición de nuevos derechos dominiales, sino el acrecentamiento funcional de un derecho que preexiste. Concretamente, el cónyuge titular de una porción propia, si después acrece su cuota parte por adquisiciones con fondos gananciales, lo único que varía es la extensión de sus derechos de participación en el aspecto cuantitativo de la relación de comunidad, pero no varía en su origen el título o causa que determinara la relación de comunidad misma.

Como vimos, el CCCN adopta la calificación única de los bienes en el matrimonio bajo el régimen de comunidad. La naturaleza única del bien se complementa con el reconocimiento de las recompensas al momento de la extinción del régimen y se aplica únicamente a los bienes de titularidad exclusiva. Sobre estos bienes, nada impide, sin embargo reconocer la concurrencia simultánea de fondos propios y gananciales, caso en el que se aplicarán los principios de incolumnidad de masas, causa adquisitiva y mayor aporte según se trate de adquisiciones simultáneas o sucesivas.

3. BIENES DE TITULARIDAD EXCLUSIVA

a) Adquisiciones donde se aportan simultáneamente fondos propios y gananciales

El bien tendrá la calidad de propio o ganancial según el principio de mayor aporte, si el aporte propio es mayor que el ganancial, el bien será propio, si el aporte ganancial es mayor que el propio, el bien será ganancial, y si los aportes son iguales (50% cada aporte de diferente calidad) entonces el bien será ganancial, porque en el régimen de comunidad la regla es la ganancialidad conforme la pauta presuntiva del artículo 466, todo ello sin perjuicio de la recompensa debida al momento de la extinción de la comunidad, al cónyuge propietario o a la comunidad según el caso.

b) Adquisiciones donde se aportan simultáneamente fondos propios y gananciales

Para el supuesto de adquisiciones sucesivas, el carácter del bien resultará de la primera adquisición (art. 464, inc. k, y art. 465, inc. n). El bien tendrá la calidad de su título adquisitivo según la causa adquisitiva originaria y la aplicación del principio de la incolumnidad de las masas, en consecuencia, los aportes gananciales o propios que se hagan en las

adquisiciones sucesivas a lo largo de la vida de la comunidad darán lugar a recompensa a favor de la ésta o a favor del cónyuge al momento de su extinción. El art. 464 inc. k) CCCN es muy claro al respecto: “Son bienes propios ...k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que adquirió durante esta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición”. Por ello, la adquisición parcial onerosa genera una recompensa, crédito que se debe a la comunidad, derecho personal a determinarse, compensarse y liquidarse al momento de la partición de la futura indivisión postcomunitaria.

c) Titularidad compartida: condominio entre cónyuges

Los cónyuges también pueden adquirir bienes en condominio (art. 470 CCCN) sobre los cuales ostentarán una titularidad conjunta de dominio que se regirá por las normas del derecho real del condominio sin alterar por ello la calificación que corresponde hacer de cada una de las alícuotas de uno y otro cónyuge, que podrán ser de la misma o distinta proporción (50% y 50% o 30% y 70% por ejemplo) propias y/o gananciales. A cada parte alícuota del condominio se le aplicarán las reglas propias del derecho real, pero sin posibilidad de aplicar las normas de administración de la cosa común de los artículos 1993⁹ y 1994¹⁰ ya que el artículo 470 establece expresamente la administración y disposición conjunta de la cosa común, excepción que se justifica en el régimen de comunidad y en la necesidad de evitar conflictos entre los cónyuges. El condominio entre cónyuges trasciende sus relaciones internas, a través de cotitularidades sobre la misma cosa. Esta aplicación de las normas del derecho real de condominio a los cónyuges fue sostenida en las Primeras Jornadas de Derecho Civil (Mendoza 1983) en donde por despacho de mayoría se llegó a la siguiente conclusión:

9 Art. 1993: Imposibilidad de uso y goce en común: Si no es posible el uso y goce en común por razones atinentes a la propia cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, éstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administración.

10 Art. 1994: Asamblea: Todos los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación razonable. La resolución de la mayoría absoluta de los condóminos computada según el valor de las partes indivisas aunque corresponda a uno sólo, obliga a todos. En caso de empate debe decidir la suerte.

“La administración y disposición de la cosa común se rige por las normas aplicables al condominio. Al poder dispositivo de cada cónyuge sobre su parte indivisa se aplican las disposiciones relativas al régimen matrimonial (arts. 1276 y 1277 CC)”¹¹.

Cada cuota parte indivisa puede ser embargada y ejecutada por los acreedores del titular. Los cónyuges vigente la comunidad, pueden demandar la división de condominio, y si no fuere posible la división material, solicitar la venta, no configurando una partición anticipada de la comunidad, sino una división de condominio que tiene como fin la materialización del objeto o su sustitución en dinero, que revestirá el mismo carácter que la parte indivisa que le correspondía.

4. PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y PRUEBA DEL CARÁCTER PROPIO DE LOS BIENES

“Artículo 466. Se presume, salvo prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba el carácter propio la confesión de los cónyuges. Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que, en el acto de adquisición, se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no poderse obtener o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”.

El artículo comienza estableciendo la presunción “*iuris tantum*” de ganancialidad respecto de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad, presunción típica del régimen legal de comunidad de ganancias. Para destruir tal presunción, entre los cónyuges,

¹¹ Despacho que suscribieron Mazzinghi, Méndez Costa, Trujillo, Zannoni, Legón, Belluscio, Bendersky, Di Lella, Borda, Kemelmajer de Carlucci y Lloveras. <https://www.derehocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/81-1983-ix-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-mar-del-plata>

todo tipo de prueba será válido, documental, testigos, etc., pero para ser oponible frente a los terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad, por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. Explican los hermanos Mazeaud¹² que hay reinversión cuando se vende un bien propio y su precio se utiliza para la compra de un nuevo bien, y existe inversión cuando para adquirir un bien nuevo se utiliza dinero proveniente de un crédito propio. Con la reforma al código civil de la Ley 17.711, en oportunidad de comentar el artículo 1246, Machado sostenía que la mujer podía probar en todo momento que los dineros con que hizo la compra le pertenecían, no pudiendo la omisión en el acto escritural perjudicarla haciéndole perder un bien adquirido para ella con su dinero. La doctrina posterior a nuestros primeros autores concordó en general, en que la reinversión de los bienes propios exige siempre la mención del origen de los fondos y la prueba de ese origen. En el mismo sentido se expidieron Borda, Vidal Taquini, Guaglianone, Mazzingui, Belluscio, Bossert, entre otros, y desde el año 1882 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que la prueba del carácter propio debe surgir de la misma escritura en la que debe constar que el dinero es de su propiedad y el modo en que lo adquirió, caso contrario deberá reputarse ganancial¹³. En idéntico sentido se pronunció la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹⁴. El artículo 466 sienta la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Para la prueba del carácter propio de los bienes, la confesión de los cónyuges es oponible entre éstos, pero insuficiente para probar frente a terceros el carácter propio de los bienes adquiridos por inversión o reinversión de bienes propios, ya que en este caso la norma exige la concurrencia de tres requisitos:

a) En el acto de adquisición se debe dejar constancia que el inmueble adquirido lo es por inversión o reinversión de bienes propios.

12 Mazeud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas. Europa-América, 1959. Parte Primera, Vol. II, p. 8. 198

13 CSJN, Fallos, 24:177; 30-585; 47:270.

14 SCBA, Fallos, 6 serie, IV-180; *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, VII-115.

b) Se deberá circunstanciar el origen de dicha inversión o reinversión.

c) Conformidad del cónyuge.

Cabe destacar que los requisitos analizados, son aplicables únicamente a aquellos casos en donde la ley no contempla expresamente el carácter propio del bien, ya que en los casos enumerados en el artículo 464, que podemos denominar bienes “objetivamente propios,” es la ley la que determina el carácter del bien y en donde se incluyen los bienes adquiridos por herencia, donación o legado, los adquiridos por permuta de otro bien propio, los adquiridos durante la comunidad pero por causa anterior a la misma, las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, etc., en los cuales la calificación del bien depende de la causa de adquisición que está tasada legalmente y por lo tanto, bastará con acreditar la fecha de adquisición documentada en los respectivos instrumentos para calificar el carácter del bien que en definitiva será exclusiva responsabilidad notarial al momento de legitimar al disponente. En cambio, en el caso de venta de un bien propio y posterior adquisición con el dinero resultante, se podrá presumir que lo obtenido en la venta fue reinvertido en la compra, pero el otro cónyuge podrá probar que el dinero invertido no fue propio sino ganancial, porque el dinero propio ya fue anteriormente utilizado por su titular, justamente esta circunstancia, es lo que viene a cubrir la conformidad que exige el artículo 466 del CCCN. También es aplicable a los casos de adquisiciones con dinero proveniente de donaciones de dinero o de importes resultantes de indemnizaciones propias de los cónyuges. No siempre es fácil seguir el rastro de las sumas de dinero que se manejan en sucesivas operaciones, cuya individualización ofrece con frecuencia dificultades de prueba insuperables, no obstante el juego de presunciones permite también hacer cierta luz: la relativa coincidencia de fechas entre enajenación de un bien propio y la compra de aquel cuyo carácter se discute, la falta de recursos propios que puedan explicar la adquisición de este último, y otras circunstancias que serán valoradas judicialmente. Finalmente, el artículo no impone que el requisito de la confesión del cónyuge se emita simultáneamente a la adquisición del bien por parte del otro consorte, porque cabe perfectamente que se emita después. La falta de declaración del carácter propio del bien ganancial en el acto de adquisición puede subsanarse por instrumento notarial complementario, o

por declaración judicial ante la oposición o negativa del cónyuge¹⁵, así como también podrá subsanarse la omisión de asentimiento conyugal en un acto dispositivo que así lo requiera (artículo 456 o 470), por escritura complementaria confirmatoria del acto originario inválido relativo. Esta es la postura que ha adoptado el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, y un fallo de primera instancia del Juzgado Nacional en lo Civil 63 del 22/12/2015, Expediente 89310, caratulado “Pugliese, Rosana s/Acción Declarativa art. 322 del Código Procesal” en donde el magistrado resolvió que en caso de conformidad de los cónyuges y ante la falta de controversia, no corresponde la vía judicial para complementar la escritura de adquisición en donde se había omitido la declaración del origen de los fondos con la conformidad del cónyuge, debiéndose realizar por escritura complementaria. El criterio registral quedó plasmado en la DTR 21/2016 de CABA donde se expresa “A los fines de subsanar la omisión de consignar el carácter propio de los bienes en el acto de adquisición, pueden los cónyuges efectuar una declaración notarial complementaria, siempre que en dicho acto se dé cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos a los que hace referencia el art. 466”. El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires sostuvo el criterio opuesto en la DTR 11/2016, que en su art. 1 disponía: “En caso de no cumplirse los anteriores requisitos deberá obtenerse la resolución judicial correspondiente, no pudiéndose aclarar o complementar posteriormente por escritura pública”. Este criterio fue finalmente modificado en la DTR 5/2021 que dispone en su artículo 1 sustituir el artículo 1° de la Disposición Técnico Registral 11/2016, el que queda redactado de la siguiente forma: “ARTÍCULO 1°. El carácter propio de los inmuebles adquiridos durante la comunidad de gananciales por inversión o reinversión de bienes de igual condición, deberá ser rogado, siendo objeto de calificación registral que en el acto de adquisición conste en forma expresa, la determinación del origen del dinero y la conformidad del otro cónyuge. En caso de no cumplirse en la citada oportunidad con los anteriores requisitos, dicho carácter podrá ser

15 Conforme, autos “Pugliese Rosana s/Acción Declarativa (art. 322 Código Procesal) sentencia del 22/12/2015, Juzgado Nacional Civil N° 63, Expediente 89310/2015. https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2022/04/fallo_pugliese_art_466_ccycn_juz_63_otro_formato.pdf

instrumentado y rogado mediante escritura pública complementaria o resolución judicial correspondiente”.¹⁶

Los requisitos del artículo 466 se aplican a las adquisiciones formalizadas con posterioridad al 1/8/2015, ya que las anteriores lo fueron bajo la letra del artículo 1246 del CC habiendo integrado los cónyuges su voluntad con las normas vigentes al momento de la celebración del acto, que no exigían la conformidad del cónyuge para la configuración del bien propio, habiendo operado la subrogación en el acto de adquisición, y en consecuencia habiéndose producido el consumo jurídico con respecto a la calificación del bien, por aplicación del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación.

CESIÓN DE GANANCIALES

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. En caso de indivisión postcomunitaria nacida por fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite podrá disponer de sus derechos gananciales a través del contrato de cesión de derechos gananciales (confr. art. 2308) que deberá presentarse en el expediente sucesorio a los efectos de cumplir con la publicidad suficiente que prescribe el art. 2302 inc. b. del Código Civil y Comercial de la Nación.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La muerte de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión inmediata de su herencia a las personas llamadas a sucederle por testamento o por la ley, el hecho de la muerte trasvasa sin más la totalidad del patrimonio del causante a quienes son sus herederos. También produce en ese mismo instante para la persona casada, la extinción del régimen patrimonial matrimonial y la disolución del vínculo matrimonial. Cuando además del cónyuge, concurren herederos del causante, entre ellos se genera un estado de indivisión de todos los bienes del causante, confundándose en principio la comunidad hereditaria con la indivisión postcomunitaria. Disuelta la comunidad por muerte de uno de los cónyuges las normas de la

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

Sección 6, del Capítulo 2 del Título 2, del Libro II, se desplazan, dándole lugar a la aplicación de las normas del Libro VI, en consecuencia las reglas sobre administración y disposición de los bienes indivisos que analizamos en el artículo 481 y 482 ya no son aplicables, siendo necesario remitirnos a lo establecido en materia de indivisión hereditaria⁵⁴.

La indivisión hereditaria existe en toda sucesión en la que hay más de un heredero, se genera y principia en el mismo momento de la muerte del causante y finaliza con la partición. En las sucesiones intestadas no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, excepto en la sucesión del cónyuge porque si los esposos se encontraban casados bajo el régimen de comunidad, las cuotas asignadas al cónyuge sobreviviente y a los herederos que concurren con él difieren según se refiera a bienes propios o a bienes gananciales.

2. EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD Y EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Cuando el fallecimiento de uno de los cónyuges produce la disolución de la comunidad de ganancias o el fallecimiento ocurre mientras subsiste alguna comunidad ganancial en estado de indivisión, la comunidad hereditaria y post comunitaria coexisten. La indivisión postcomunitaria como universalidad, se integra a la comunidad hereditaria, lo cual implica la unidad de masa, respecto de la cual cada comunero tiene derecho a una porción ideal.

Es necesario distinguir estas dos masas de bienes a los efectos de satisfacer los derechos del supérstite sobre los gananciales y luego distribuir los bienes propios y los gananciales que ingresan a la sucesión del causante, o bien en caso de inexistencia de herederos legitimarios ascendientes y descendientes, el cónyuge excluye a los colaterales federando la totalidad de los bienes gananciales. Cuando la extinción de la comunidad de ganancias se produce por muerte, la indivisión postcomunitaria se confunde con la indivisión hereditaria, pero la primera debe liquidarse mediante la cancelación del pasivo, el reconocimiento de las recompensas, para luego ingresar el remanente en la comunidad hereditaria, de la que podrá formar parte o no el cónyuge supérstite dependiendo de la existencia o no de bienes propios o personales. La liquidación de la masa ganancial debe ser previa como cálculo aritmético, a los efectos de esclarecer la cuantía del patrimonio

ganancial que integrará la herencia. Sin perjuicio de ello, también se podrán liquidar de forma simultánea en un acto único que necesariamente deberá distinguir las adjudicaciones en virtud de los derechos y las participaciones hereditarias y comuneras que se ponen en juego en cada caso. El cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de los bienes gananciales que corresponden al cónyuge fallecido, y habiendo descendencia del causante, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo, es decir que concurre con los descendientes en los bienes propios.

Estos bienes propios podrán ser calificados como tales en virtud de los principios de causa, origen, accesión o subrogación y también por adjudicación en caso de mutación del régimen. Con la posibilidad de capitulación matrimonial por cambio de régimen, la separación del patrimonio ganancial se impone como previa a la partición de la comunidad hereditaria. La mitad de los bienes gananciales le corresponden al cónyuge supérstite por derecho propio y no por sucesión universal, sin perjuicio de que la muerte fue la causa de la actualización ganancial, los bienes gananciales no integran el acervo hereditario propiamente dicho, aunque sea en él donde deberán ventilarse por tratarse este de un juicio universal⁵⁵. La distinción entre bienes propios y gananciales debe efectuarse en el caudal relicto y en la masa a partir. El caudal relicto abarca todas las relaciones jurídicas de las cuales era titular el causante y que se transmiten por causa de muerte. La partición se efectúa con los bienes dejados por el difunto y asimismo con las donaciones que efectuó en vida y con los frutos de los bienes hereditarios posteriores a la apertura de la sucesión. Para la determinación de la masa a partir es necesario previamente resolver la partición de la comunidad, ya que la liquidación de ésta puede influir en los bienes propios del causante desde que se deberán contemplar y generar las compensaciones necesarias a partir de la teoría de las recompensas.

El proceso de liquidación de la comunidad se confunde con el trámite sucesorio y no requiere normas especiales, el fuero de atracción que ejerce el proceso sucesorio sobre la liquidación y partición de la comunidad implica que éste es el único ámbito en donde ventilar aquella⁵⁶ (art. 2336).

3. ¿CÓMO TRANSMITE EN VIDA EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE SUS DERECHOS GANANCIALES DERIVADOS DE LA INVISIÓN POSTCOMUNITARIA NACIDA POR MUERTE?

En caso de extinción del régimen de comunidad por muerte de uno de los cónyuges o producido el fallecimiento mientras subsiste la indivisión

postcomunitaria, el cónyuge supérstite o ex cónyuge puede transmitir su derecho a la ganancialidad a través del contrato de cesión de gananciales conf. art. 2308, que establece que las disposiciones del título III, capítulo 3 del Libro quinto, relativas al contrato de cesión de herencia, son aplicables a la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria que acaece por muerte del otro cónyuge.

Con independencia de la titularidad registral que ostentan los cónyuges, ya sea bienes de titularidad exclusiva de uno u otro o bien bienes en condominio entre cónyuges, la totalidad del bien ingresa a la masa hereditaria, justamente por la extinción de la comunidad que produce el fallecimiento de uno de ellos.

En estos casos la cesión de gananciales es el contrato válido y eficaz para disponer de los derechos gananciales nacidos de la indivisión postcomunitaria que nació a consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, y los gananciales que llegan a la sucesión indivisos por extinción de la comunidad en vida de ambos cónyuges, como en caso de divorcio. En ambos casos en la herencia del difunto ingresan los gananciales que le corresponden por la partición de la comunidad y el cónyuge o el ex-cónyuge en su caso tiene que primero partir con los herederos la masa indivisa de gananciales, recoger su parte y luego determinar así la masa hereditaria propiamente dicha susceptible de partición hereditaria. Se deberá liquidar la comunidad en el sucesorio, por lo cual será necesario declarar en el acervo hereditario la totalidad de los bienes gananciales existentes, independientemente de la titularidad de los mismos, para que se proceda a la liquidación conjuntamente con la masa hereditaria, solicitándose la inscripción del ciento por ciento de los bienes a nombre de quien en definitiva resulte adjudicatario. La partición es el modo de hacer cesar la indivisión, y si todos los copartícipes están presentes y son capaces, la partición puede hacerse por el acto y la forma que por unanimidad entiendan conveniente. La partición no es constitutiva ni traslativa de derechos, sino que declara un derecho que se entiende adquirido con retroactividad a la fecha de fallecimiento del causante. Existen actos que sin ser particiones en sentido estricto, tienen el mismo efecto atributivo de bienes y hacen cesar la indivisión total o parcialmente. Es el caso por ejemplo de la cesión de herencia de todos los herederos a favor de uno.

El reconocimiento del contrato de cesión de gananciales en el art. 2308 del CCCN, como una especie del contrato de cesión de herencia deja sin sustento la discusión acerca de la necesidad o no de la inclusión expresa

de los gananciales en los contratos de cesión de herencia, por lo cual ya no caben dudas que la cesión de herencia sin expresión de los derechos gananciales, no los incluye. El contrato de cesión de gananciales sobre la universalidad es el único contrato con eficacia traslativa para disponer de los derechos gananciales que al cónyuge le corresponden por fallecimiento del causante sobre sus bienes gananciales. El instrumento de cesión de gananciales deberá presentarse en el expediente sucesorio a los efectos de darle suficiente publicidad frente a terceros, conf. art. 2302 inc. b) CCCN.

Producida la extinción del régimen de comunidad de bienes por cualquiera de las causales previstas en el art. 457 CCCN, se forma una masa con los bienes gananciales, destinada a liquidarse, partirse y adjudicarse. La indivisión postcomunitaria que nace por muerte de uno de los cónyuges tiene una estructura y un régimen análogo al de la comunidad hereditaria². Fallecido uno de los cónyuges se produce la apertura de la sucesión y la transmisión de los bienes a los sucesores (arts. 2277 y 2280 CCCN y arts. 3282 y 3420 CC derogado); y al mismo tiempo, se disuelve de pleno derecho el régimen de comunidad de bienes que vincula a los cónyuges (art. 475 inc., a)³. Estas dos masas o indivisiones se entrecruzan y coexisten. Por ello, en vida de los cónyuges, los titulares de la indivisión postcomunitaria son ellos, pero cuando fallece uno de ellos, la indivisión se forma entre el supérstite y los herederos del fallecido.

La indivisión postcomunitaria comprende todos los bienes gananciales, tanto los de titularidad del causante, como los del cónyuge supérstite, como los de titularidad de ambos (condominio de gananciales, art. 471 CCCN) en condición de universalidad, cuota abstracta o derecho de copropiedad que se proyecta respecto de todos y cada uno de los bienes integrantes de la masa⁴. Cuando la disolución de la comunidad se produce por muerte, se establecen relaciones patrimoniales “*ut-universitas*” en forma de comunidad de derechos en estado de indivisión, es decir que la muerte produce una alteración de las relaciones de la titularidad originaria sobre los

2 Lacruz Berdejo, J.L y otros, Elementos de Derecho Civil, t. IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008, p. 239.

3 Ferrer, Francisco A., “Comunidad hereditaria e indivisión post ganancial. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994”. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 453.

4 Méndez Costa, M. J., Derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, T.II, p. 293.

bienes de la comunidad que cada cónyuge ostentaba. El fallecimiento de uno de los cónyuges altera la relación de titularidad originaria. Las titularidades subjetivas se disuelven por el hecho de la muerte, la apertura de la sucesión y el trasvasamiento de los derechos a los herederos. La masa a liquidar se unifica en principio, con los bienes y derechos propios del cónyuge fallecido, y con la totalidad de los gananciales, sin importar cuál de los esposos haya adquirido, y como consecuencia de la unidad de masas, los bienes singulares que la integran.

Asumen, *ministerio legis*, una consideración unitaria a los fines de la liquidación, ya que, durante la indivisión, tanto las expectativas del supérstite en lo relativo a la parte de los gananciales, que tiene derecho, como las de los herederos -y eventualmente también del supérstite a título hereditario- se ejercen respecto de la masa como tal, sin consideración a su contenido especial. Los herederos y el supérstite se sujetan a la situación de herencia que el fallecimiento crea, lo que impide desmembrar antes de la partición la universalidad que integran el conjunto de titularidades del causante en donde se unifican la indivisión postcomunitaria con la hereditaria, las cuales serán ventiladas en el proceso judicial sucesorio para satisfacer las expectativas de publicidad que la legislación de fondo ha establecido.

Como la indivisión postcomunitaria se produce por fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes indivisos quedan inmersos en la indivisión hereditaria que se forma entre los herederos del fallecido y el supérstite. Por ello, si el cónyuge concurre con descendientes y solo hay bienes gananciales, el supérstite no integrará la indivisión hereditaria, que se forma solo con la mitad de los gananciales que le corresponden al causante, porque los descendientes en esa mitad lo excluyen. Si en el acervo hubiera bienes propios, la indivisión hereditaria sí se integra con el cónyuge supérstite y los descendientes. Luego, si concurre el cónyuge con los ascendientes, en todos los casos la indivisión hereditaria se constituye con todos los sucesores, ya que el cónyuge participa con la mitad de los gananciales que le corresponden al cónyuge fallecido (arts. 498, 2433, 2434 CCCN). Como se aprecia, la indivisión postcomunitaria le adiciona a la herencia una característica que no posee (art. 2425 CCCN), ya que en este caso se atiende a la naturaleza y al origen de los bienes para la formación de las diferentes masas.

La distinción entre bienes propios y gananciales debe efectuarse en el caudal relicto y en la masa a partir. El caudal relicto abarca todas las relaciones jurídicas de las cuales era titular el causante y que se transmiten

por causa de muerte. La partición se efectúa con los bienes dejados por el difunto y asimismo con las donaciones que efectuó en vida y con los frutos de los bienes hereditarios posteriores a la apertura de la sucesión. En la herencia del difunto ingresan los gananciales que le corresponden por la partición de la comunidad y el cónyuge en su caso tiene que primero partir con los herederos la masa indivisa de gananciales, recoger su parte y luego determinar así la masa hereditaria propiamente dicha susceptible de partición hereditaria. La mitad indivisa de todos los bienes gananciales, con independencia de quien sea el titular, pertenecen al causante y conforman con los bienes propios, el acervo sucesorio. Se deberá liquidar la comunidad en el sucesorio, por lo cual será necesario declarar en el acervo hereditario la totalidad de los bienes gananciales existentes, independientemente de la titularidad de los mismos, para que se proceda a la liquidación conjuntamente con la masa hereditaria, solicitándose la inscripción del ciento por ciento de los bienes a nombre de quien en definitiva resulte adjudicatario. Para la determinación de la masa a partir es necesario previamente resolver la partición de la comunidad, ya que la liquidación de ésta puede influir en los bienes propios del causante desde que se deberán contemplar y generar las compensaciones necesarias a partir de la teoría de las recompensas. El proceso de liquidación de la comunidad se confunde con el trámite sucesorio y no requiere normas especiales, el fuero de atracción que ejerce el proceso sucesorio sobre la liquidación y partición de la comunidad implica que éste es el único ámbito en donde ventilar aquella (arts. 481 y art. 2336)⁵.

5 CCivCom, La Plata, Sala III, 12/9/1995, “Jandizo, Estanislao s/Sucesión ab intestato” donde se expresó que “ la sucesión comprende tanto los derechos que reconocen su fuente en la vocación sucesoria como los que se actualizan por la partición de gananciales. Ello, por la simple razón que ambos se liquidan en el expediente sucesorio”.

LA PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES CONVIVENCIALES

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. La existencia de un pacto convivencial en los términos del art. 519 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común, inscripto en los registros respectivos según la naturaleza de los bienes (arts. 511 y 517), genera una comunidad de hecho de bienes convivenciales (arts. 514, 515, 516, 1984, 1996 y concordantes) con eficacia partitiva al momento del cese de la unión convivencial (art. 523).

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En ejercicio del principio de autonomía de voluntad que rige la unión, los integrantes tienen la libertad de constituir su propio estatuto legal, pactar sobre aspectos personales y patrimoniales de ella, sin perjuicio de conservar un núcleo legislativo imperativo² en virtud del cual no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en los arts. 519, 520, 521 y 522. La historia

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

² Cfr. De la Torre, Natalia, “Comentario a los arts. 509 a 528”, en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, Libro segundo, ps. 202 y 203.

judicial demuestra que, pese a la pretendida voluntad de los integrantes de la unión de vivir al margen de la norma, la ruptura dispara un abanico de reclamos por el reconocimiento de los derechos y obligaciones derivados de la convivencia. En este sentido, los planteos legales sobre enriquecimiento sin causa, sociedad de hecho, simulación o división de condominio, dejan a la suerte de cada caso los derechos de los convivientes, que podrían haber encausado y planificado bajo la figura del pacto convivencial evitando de este modo el futuro litigio. Así, los pactos son la primera fuente de regulación de la convivencia y constituyen la base de la resolución pacífica preventiva de los conflictos. Lo convivientes deben comprender que, en caso de celebrar un pacto de convivencia, su contenido regulará todo aquello que hayan previsto, el resto de las cuestiones que se le presenten como no convenidas quedarán alcanzadas por el régimen legal, de la misma forma que en el supuesto de que no celebren pacto alguno³. Los efectos de fuente legal no pueden ser dejados de lado a partir de la fuente convencional. Ello implica que el debido asesoramiento profesional se impone al tiempo de decidir celebrar un acuerdo o pacto convivencial para que ciertamente puedan todos los efectos (legales y convencionales) evitar el conflicto en cualquiera de las cuestiones que se puedan presentar durante la vigencia de la convivencia o luego de ella en la etapa post convivencial, durante la cual, los aspectos puramente económicos adquieren mayor relevancia. El art. 514 establece una enumeración de los posibles objetos susceptibles de inclusión y regulación a través de estos contratos, con las limitaciones basadas en el régimen primario, el principio de igualdad de los convivientes y la afectación de los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión.

2. PACTOS CONVIVENCIALES

a) *Forma y prueba*

Los pactos deben celebrarse por escrito, conf. art. 513, y pueden ser formalizados en instrumento público o privado. La libertad de formas (art. 284) en materia de pactos convivenciales permite a los convivientes optar por la escritura pública, con los conocidos beneficios del asesoramiento

3 Llorens Rocha, María del Rosario y Minniti; Adriana Rosana, “Nuevo estatus jurídico en las relaciones familiares: efectos patrimoniales de las uniones convivenciales”, trabajo premiado del tema 2 de la 40 Jornada Notarial Bonaerense. Fuente Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

jurídico, la matricidad y la publicidad cartular y registral. A diferencia de las convenciones matrimoniales que tienen un contenido limitado de fuente legal (art. 446 y 475 del CCCN), los pactos de convivencia son de libre decisión. Solo existen algunas cuestiones enunciadas en el art. 514, cuando enumera “la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; la atribución del hogar común, en caso de ruptura y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia”, como posibles materias de los mismos. Más allá de estas cuestiones, los convivientes pueden proyectar en el acuerdo sus conductas y los efectos de ellas bajo una estricta autonomía de la voluntad, tanto en asuntos patrimoniales como extrapatrimoniales, siempre que respeten las limitaciones impuestas en el art. 513 in fine del CCCN. No obstante, el artículo siguiente, el 515 del mismo ordenamiento legal, determina algunos límites como para que se preserve y no se vulneren el orden público, el principio de igualdad entre ellos y sus derechos fundamentales.

Cuando los pactos regulen la división de los bienes inmuebles adquiridos por el esfuerzo común, la vocación registral se impone a los efectos de su publicidad frente a terceros. Los pactos podrán regular la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura o la necesidad del asentimiento convivencial para la disposición de determinada clase de bienes que no son la vivienda familiar de los convivientes. Asimismo, la escritura pública facilitará la modificación total o parcial, la rescisión de común acuerdo de los pactos y su oponibilidad.

b) Contenido

La libertad de autorregulación es amplia, el art. 514 contiene una enumeración no taxativa, que comprende la contribución a las cargas del hogar durante la convivencia, la atribución del hogar común en caso de ruptura y la división de los bienes comunes en caso de ruptura.

b.1) Contribución a las cargas del hogar durante la convivencia

Con respecto a los aportes que hagan para el desarrollo del plan común en el hogar, los convivientes pueden pactar la forma de contribuir a los gastos comunes, es decir, el aporte que efectuará cada uno. Podrán estipular el pago de determinados servicios, o la asunción de las cargas por partes iguales, o en porcentajes diferenciados o solo uno de ellos, con el límite del art. 515. También podrán pactar cuestiones atinentes a la

responsabilidad parental, con las limitaciones derivadas del régimen especial, el plan de parentalidad, que se abone o satisfaga una prestación de la seguridad social, una obra social prepaga o que se haga efectiva una suma de dinero en concepto de alimentos o que uno de los convivientes asuma los costos y erogaciones de los tratamientos médicos que exija la enfermedad del otro⁴.

b.2) Atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura

En toda crisis de pareja, la vivienda familiar se configura en un bien afectado al servicio de la familia, y se analizará en cada caso particular quién seguirá ocupando la vivienda familiar o, en su caso, qué determinación se tomará respecto de ella. En consecuencia, los convivientes pueden decidir, a través del pacto convivencial, cuál de ellos continuará en el uso de la vivienda familiar en caso de ruptura o extinción de la convivencia por mutuo acuerdo o de forma unilateral⁵. Uno de los reclamos judiciales más repetidos ha sido, sin lugar a dudas, la atribución del hogar común en caso de ruptura. La existencia de pacto es, justamente, el título jurídico que legitima el uso y disfrute de la vivienda por el conviviente no titular, pues, en principio, son los integrantes de la unión quienes mejor conocen la realidad íntima de sus familias y pueden adoptar las soluciones más adecuadas a su nueva situación, por lo que, salvo que el interés familiar esté seriamente comprometido, la petición judicial con base en el art. 526 opera solo en subsidio.

b.3) La división de los bienes comunes en caso de ruptura

Las uniones convivenciales cesan por: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los

4 Lloveras Nora y otras, *Uniones convivenciales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2015, p. 178.

5 De la Torre, Natalia, “Comentario a los arts. 509 a 528”, en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, Libro segundo, ps. 202 y 203.

convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; y g) por el cese de la convivencia mantenida (art. 523 del CCCN). La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común” (art. 523). El cese de la convivencia solo podrá ser oponible a los terceros cuando se encuentren inscritos los instrumentos que den cuenta de ese cese (art. 517 in fine). Al tiempo del cese de la convivencia los bienes deben distribuirse como se haya convenido en caso de existir pacto y que se haya acordado esta cuestión en él y si nada se previó, los bienes corresponden a los respectivos titulares de dominio manteniéndolos en su propio patrimonio. En caso de controversia con respecto a la titularidad, en especial sobre bienes no registrables o los registrables a nombre de terceros, es dable incoar las acciones de enriquecimiento sin causa, o interposición de personas o cualquier otro que pueda corresponder (art. 528 del CCCN).

El pacto puede contener el sistema y la forma de distribución de la titularidad de los bienes adquiridos y las ganancias devengadas durante la unión. Ante la inexistencia de pacto, la convivencia no genera un patrimonio común y las titularidades se definen conforme al art. 528 como régimen legal supletorio.

El pacto puede incluir todos los bienes o algunos, adquiridos a título oneroso o gratuito, antes o durante la convivencia y puede establecer un régimen patrimonial convencional, como, por ejemplo, un régimen de administración y gestión individual o conjunta, un régimen de comunidad, de separación o de participación de todas o parte de las ganancias para la determinación de la partición de los bienes al momento del cese de la unión.

La eficacia del pacto convivencial se producirá en caso de cese de la unión, ya sea en vida de los convivientes, como en el caso de fallecimiento de uno de ellos, por esto, la ventaja de la instrumentación por escritura pública y su vocación registral a los efectos de su oponibilidad a terceros. El pacto será el negocio jurídico causal que permitirá la partición y adjudicación de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, conforme a lo establecido en dicho pacto (conforme arts. 514, 515, 516, 1984, 1996, 1997 CCCN).

Cuando no existió pacto, la unión convivencial no crea un patrimonio común o una suerte de comunidad de gananciales. La inexistencia de pacto impide la adjudicación de los bienes de acuerdo a la forma establecida preventivamente. En este caso, las transferencias que se hagan entre los

convivientes será causada por ejemplo en el reconocimiento de la compensación económica de los arts. 524 y 525 en favor de la persona que tuvo un empeoramiento de su situación económica por la convivencia y haberse dedicado a los cuidados del hogar, hijos, familiares, etc. En este caso, nos encontramos frente a una transmisión onerosa, en compensación por dicho menoscabo y ocupación en el sostenimiento no necesariamente económico de la unión convivencial, pero con un evidente lucro cesante por tal razón. En el caso de bienes en condominio, la adjudicación será posible con causa en la división con otras cosas en condominio (arts. 1983, 1996 y 1997 CCCN)⁶.

6 NOTA DEL AUTOR: El presente aporte fue tratado en extenso en los siguientes trabajos: Mourelle de Tamborenea, Cristina (dir.) y Kazmirczuk, Pamela V. (coord.) “Planificación Sucesoria”, Thomson Reuters, La ley 2022, en el tema “Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales”. <http://ecommercearg.thomsonreuters.com.ar/978-987-03-4411-7.pdf>

<https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2024/05/contractualizacion-de-las-relaciones-convivenciales-como-vehiculo-de-planificacion-sucesoria/>

EL ACUERDO DE USO Y GOCE DE LOS BIENES INDIVISOS Y EL ASENTIMIENTO PARTITIVO

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Durante la etapa de indivisión postcomunitaria, los cónyuges pueden celebrar acuerdos de administración, disposición, uso y goce de los bienes indivisos en los términos del art. 482 a los efectos de reglar en forma ordenada la gestión de sus bienes (art. 484). Podrán pactar, por ejemplo, la codisposición de todos sus bienes indivisos o la administración o disposición exclusiva en cabeza de uno de ellos con la previsión del asentimiento partitivo (art. 482).

2. Los acuerdos de disposición de los bienes indivisos, en caso de contener bienes registrales, deben inscribirse en los registros respectivos según la naturaleza de los bienes, a los efectos de la oponibilidad frente a terceros de las limitaciones impuestas.

3. Una vez celebrado el acuerdo de codisposición de los bienes indivisos y obtenida la publicidad registral suficiente, dejarán de aplicarse las reglas de la comunidad (art. 482 CCCN), salvo rescisión, resolución o modificación inscripta.

4. La inexistencia de acuerdo inscripto no impide la codisposición de los bienes indivisos. El acuerdo surgirá del mismo instrumento de enajenación o gravámen del bien en la cual ambos cónyuges comparezcan al acto dispositivo.

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Producida la extinción del régimen patrimonial por alguna de las causales establecidas en el art. 475, muerte comprobada o presunta de alguno de los cónyuges, la anulación del matrimonio putativo, el divorcio, la separación judicial de bienes o la modificación del régimen matrimonial convenido, nace la indivisión postcomunitaria conforme art. 481. Las normas aplicables a este período se encuentran hoy claramente diferenciadas por la causa de la indivisión. Así, si la extinción se produce por causa de muerte de uno de los cónyuges el código remite a la aplicación de las reglas de la indivisión hereditaria. Pero si la extinción se produce en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por las reglas de los arts. 482 y ss. del Cód. Civ. y Com.

En la extinción de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges o producido el fallecimiento mientras subsiste la indivisión postcomunitaria, se produce una confluencia de masas, ya que se conjuga la indivisión postcomunitaria con la indivisión hereditaria, principalmente por el hecho mismo de la muerte, la comunidad de la herencia subsume formalmente a la comunidad ganancial. Las normas de administración y disposición del régimen de comunidad son reemplazadas automáticamente por las normas de la indivisión hereditaria del Libro VI. Ahora bien, la partición de la masa ganancial deberá realizarse previamente a la partición hereditaria, ya que hasta que no se liquide la masa ganancial, se ignorará la cuantía del patrimonio ganancial que se está integrando a la masa hereditaria. El proceso sucesorio es donde se debe ventilar, liquidar, adjudicar y partir tanto los bienes que conforman el acervo sucesorio del causante, como los de la comunidad ganancial disuelta por la muerte. El art. 481 del Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo a Zanoni, indica expresamente que, si la extinción del régimen de comunidad se produce por muerte de uno de los cónyuges, se deberán aplicar las reglas de la indivisión hereditaria, de tal modo que, si a la muerte del causante quedan bienes gananciales, la partición es el acto necesario para poner fin a ambas indivisiones, la hereditaria y la post ganancial.

Asimismo, el cónyuge supérstite puede ceder sus derechos gananciales (art. 2308) a favor de los herederos en el sucesorio de su cónyuge y/o pueden ser incluidos en la partición. El cónyuge supérstite puede partir con los herederos y de esta forma liquidar ambas masas. El

cónyuge supérstite puede adjudicarse el derecho real de usufructo en la partición, es decir la partición y adjudicación de los bienes también puede serlo en dominio desmembrado. Los herederos y el cónyuge supérstite pueden formalizar otros actos que tengan por objeto poner fin a la indivisión hereditaria y post ganancial, como, por ejemplo, transferir a título de venta uno de los bienes del acervo sucesorio. Esta venta, tendrá carácter partitivo en los términos del art. 2403 CCCN. Para este tipo de actos dispositivos se podrá utilizar el sistema de tracto sucesivo abreviado. Es importante dejar constancia la forma de partir el dinero resultante del acto dispositivo para futuras reinversiones del mismo, origen de los fondos y justificación del origen de los bienes.

En cambio, si la extinción de la comunidad se produce en vida de los cónyuges, no hay un cambio subjetivo patrimonial, es decir, un acto o hecho exterior traslativo de propiedad entre el causante (comunidad) y el sucesor (post comunidad). No hay adquisición derivada *mortis causa*, conforme lo establecido en el art. 1892 último párrafo, ni un cambio en el ejercicio de los derechos o de titularidad sobre los bienes indivisos, no se exterioriza la indivisión ganancial; por eso pueden seguir aplicándose las reglas relativas del régimen de comunidad, pero, con las modificaciones que introduce el art. 482. Zannoni² sostiene que, si la disolución de la comunidad se produjo por divorcio o nulidad del matrimonio, subsisten las relaciones *ut singuli* respecto de los bienes a liquidar, manteniéndose frente a terceros la separación de las masas y el régimen de comunidad, en cambio, en los casos de muerte o presunción de fallecimiento, se establecen relaciones patrimoniales *ut universitas*, en forma de comunidad de derechos en estado de indivisión.

La comunidad indivisa es la misma comunidad, solo que muta el régimen aplicable, el régimen de comunidad es reemplazado por el régimen de indivisión postcomunitaria en donde a falta de acuerdo entre los cónyuges subsisten las reglas de administración y disposición de la primera con las limitaciones del art. 482. La indivisión postcomunitaria se integra por todos los bienes que al momento de su extinción estaban en comunidad. Para la determinación de la calificación de los bienes, el Código utiliza una enumeración en los arts. 464 y 465 del Cód. Civ. y Com. El contenido de la

² Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, 5a ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 134.

masa postcomunitaria se integra aun con los créditos y deudas objetivamente divisibles, y las relaciones con terceros acreedores se regulan por los arts. 461, 462 y 467 que consagran la responsabilidad separada por las deudas de cada uno de los cónyuges.

2. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

a) *Convenio regulador. Art. 439.*

Conforme lo establece el art. 438 del Cód. Civ. y Com., toda petición de divorcio debe³ ir acompañada de una propuesta reguladora. Esta propuesta debe ser presentada tanto en caso de divorcio unilateral como en el de presentación conjunta. El convenio regulador es una herramienta de acuerdo que ya estaba presente en el derecho comparado. En el Código francés, el art. 230 impone “someter a la aprobación del juez un convenio que regule las consecuencias del divorcio”. En sentido similar, el art. 81, inc. 1º, del Código Civil español, al que remite el art. 86, estipula la necesidad de acompañar a la demanda, “una propuesta del convenio regulador” (según ley 15/2005)⁴. Decimos que se trata de una herramienta de acuerdo, ya que obliga a los futuros excónyuges a sostener un principio de conciliación sobre las principales consecuencias de la ruptura, evitando incidentes posteriores que pueden llegar a durar muchos años, atendiendo al interés familiar, preservando el núcleo familiar. Esta es otra herramienta en donde se da prioridad a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, entendiendo que el acuerdo arribado en un ámbito de paz brinda un mayor porcentaje de cumplimiento o efectividad frente al compromiso asumido en relación con los casos que se resuelven judicialmente. Este principio de acuerdo se complementará con los acuerdos sobre administración y disposición de los bienes indivisos que plantea el art. 482.

Este convenio es un negocio jurídico bilateral de derecho de familia, ya que se establece un régimen pactado por los cónyuges ante la crisis y ruptura familiar. Asimismo, este acuerdo no es optativo sino obligatorio para dar curso a la petición del divorcio solicitado por ambos cónyuges, o por uno

³ El art. 230 del Código Civil francés impone “someter a la aprobación del juez un convenio que regule las consecuencias del divorcio” (texto impuesto por la ley 2004-439).

⁴ Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 428.

con el consentimiento del otro, pero no vinculante para los cónyuges quienes podrán modificarlo, ya que en la mayoría de los casos los cónyuges necesitan tiempo para lograr acuerdos sobre las diversas cuestiones matrimoniales, el que tal vez sea más sencillo arribar una vez decretado el divorcio entre ellos. Con relación al contenido del convenio regulador, las referencias normativas no son taxativas, ya que los cónyuges pueden incluir en el acuerdo todas aquellas cuestiones de su interés, así entre los establecidos por el art. 439 (la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, las eventuales compensaciones económicas, el ejercicio de la responsabilidad parental) los cónyuges podrán proponer la forma de distribución de los bienes gananciales indivisos. El convenio regulador que contenga el acuerdo de los cónyuges con relación a la distribución de los bienes será homologado judicialmente, y conforme a lo establecido por el art. 500 y la remisión al art. 2369 en materia de partición hereditaria, si los cónyuges acuerdan la división de bienes en esta etapa y de este modo, pondrán fin a la indivisión postcomunitaria, lo que se completará con la correspondiente inscripción registral para ser oponible a terceros, conforme al art. 2363. Asimismo, los cónyuges podrán afirmar que han llegado a un acuerdo sobre los bienes gananciales que no ventilarán en el expediente de divorcio, o simplemente referir que la distribución de los bienes gananciales se realizará en forma privada. El acuerdo privado fuera del expediente se presenta como ventajoso, ya que existen cuestiones que no podrán ser introducidas en esta etapa, como, por ejemplo, la falta de determinación del carácter ganancial de los bienes, por cuestiones de prueba sobre el carácter de ellos; los frutos o rentas de los bienes gananciales devengados con posterioridad a la extinción de la comunidad, al no existir al momento de la propuesta, no podrán ser incluidos en la masa a dividir, por lo cual el acuerdo de los cónyuges sobre la postergación de la división de los bienes puede ser objeto del convenio regulador. Finalmente, también podrán incluir algunos bienes en dicho acuerdo, generando una liquidación parcial y dejar para una futura partición notarial el resto de los bienes gananciales, en donde la homologación del acuerdo primigenio no impide ni condiciona el acto posterior por escritura pública. Si ambos excónyuges están de acuerdo, el convenio puede modificarse o puede ampliarse con la inclusión de otros bienes, a través de una distribución complementaria. Pero en el caso de desacuerdo, deberá resolverse judicialmente. Los convenios privados sobre la distribución de los bienes que no han sido presentados tienen plena validez, tanto los celebrados por instrumento privado con firma certificada,

como los celebrados por escritura pública, y tiene fuerza de obligar a los firmantes al cumplimiento de lo pactado.

b) Acuerdo de administración y disposición de los bienes indivisos. Convenciones post gananciales: art. 482.

Durante la etapa de indivisión postcomunitaria resultante de la extinción de la comunidad en vida de ambos, los cónyuges pueden celebrar, acuerdos de administración, disposición y uso de los bienes indivisos en los términos del art. 482 a los efectos de reglar en forma ordenada la gestión y uso de todos sus bienes. Podrán pactar la codisposición de todos sus bienes indivisos o el mantenimiento de la administración en cabeza de uno de ellos. Dichos acuerdos tienen vocación registral a los efectos de la oponibilidad *frente a terceros* de las limitaciones impuestas a la gestión de bienes registrables, por lo cual una vez celebrado el acuerdo de codisposición de los bienes indivisos y obtenida la publicidad registral suficiente, los cónyuges no podrán disponer dichos bienes aplicando las reglas de la comunidad, sino que deberán respetar el acuerdo de gestión conjunta. La inexistencia de acuerdo inscripto no impide de ninguna manera la codisposición de los bienes indivisos, ya que el acuerdo tácito surgirá de la misma escritura de venta del bien en la cual ambos cónyuges comparezcan disponiendo de él.

c) Asentimiento conyugal frente a la falta de acuerdo

A falta de acuerdo entre los excónyuges, en tanto subsisten en esta etapa las relaciones singulares respecto de cada uno de los bienes a liquidar, permanece también en este período inalterado el régimen de administración y disposición separada de los bienes en cabeza de cada uno de los cónyuges o excónyuges por lo cual continúan vigentes las normas del régimen de comunidad y la aplicación directa de los artículos 470 y 456 del CCCN con una advertencia importante, el asentimiento del artículo 482 no tiene la misma finalidad que los asentimientos establecidos en los artículos relacionados. El asentimiento del art. 470 es un poder de control del cónyuge no titular sobre la expectativa ganancial, que puede ser negado en caso de entender el cónyuge que el acto dispositivo puede ser perjudicial para los intereses del matrimonio, y puede ser suplido por la autorización judicial, si el interés familiar no está comprometido. A su tiempo, el asentimiento del art. 456 tiene una finalidad protectoria del derecho humano a la vivienda y protege el núcleo de desarrollo de la familia en cualquiera de sus formas de

constitución. Por último, el asentimiento del art. 482 es un asentimiento partitivo, busca conformar el acto dispositivo en la etapa de indivisión postcomunitaria, por ello, no es un control de expectativas gananciales, sino que es un poder actualizado que se cristaliza, por ejemplo, en la posibilidad clara de percibir la mitad del precio de la venta.

Otra diferencia fundamental del asentimiento del art. 482 con los vigentes durante el matrimonio, es la obligación de notificar el acto que exceda de la administración ordinaria de los bienes indivisos por parte del cónyuge titular. La obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar el acto de tales características genera un período que habilita el derecho de oposición del cónyuge no titular. Como venimos explicando, a falta de acuerdo en la etapa de indivisión postcomunitaria, el cónyuge titular podrá disponer de los bienes gananciales de su titularidad con el asentimiento conyugal del otro. Este asentimiento en esta etapa se otorga sobre el derecho actualizado a percibir la ganancialidad, por lo cual el dinero recibido debe ser partido y adjudicado, para evitar la subrogación ganancial en estado de indivisión.

Por lo interesante de sus fundamentos y como análisis histórico de la evolución doctrinaria y jurisprudencial, transcribimos a continuación un segmento del trabajo de Horacio Mateo Vaccarelli⁵, presentado en el 53 Seminario Laureano A. Moreira en junio de 2007, denominado “Casos registrales que motivaron recursos de recalificación y sentencias judiciales de alzada”:

“(…) Instrumentada una Escritura Pública de venta, por la cual uno de los enajenantes era de estado civil divorciado, sin que las partes hubieren efectuado partición de los bienes que integraban la masa indivisa; concurriendo al acto escritural el ex cónyuge del mencionado disponente prestando el asentimiento conyugal al acto dispositivo, en los términos del entonces artículo 1277 del Código Civil, en la etapa calificatoria del citado documento, fue motivo de observación por el registrador interviniente en razón de haber considerado que en la especie el acto dispositivo debió integrarse además con el consentimiento de la ex cónyuge, a mérito de que la doctrina imperante de los autores así lo considera. El escribano interviniente se alzó contra el acto calificatorio del registrador interponiendo el correspondiente recurso de recalificación registral, etapa en la cual el

⁵ Revista del Notariado número 893, p. 63

pronunciamiento recurrido fue ratificado por el registrador. Habilitada la instancia administrativa ante el Director General, el recurrente esgrimió los siguientes argumentos: a) En modo alguno el registrador puede alegar “posición institucional”, intentando crear de esta forma una supuesta postura firme adoptada ante estos casos por el Registro de la Propiedad Inmueble ya que puede resolver la cuestión planteada sobre la base de doctrina mayoritaria. Deberá proceder a la toma de razón imperante en orden a la relación jurídica instrumentada. b) De conformidad a la doctrina que formulara Eduardo Zannoni, en los supuestos en los que la disolución conyugal acaece por separación personal, nulidad de matrimonio o divorcio vincular (tal el caso planteado), “la liquidación de los bienes no supone la previa alteración de las relaciones que la titularidad originaria sobre los bienes de la sociedad conyugal permitió, a cada cónyuge oponer frente a terceros título suficiente para disponer y administrar”. En otras palabras, no obstante la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia que decreta el divorcio vincular “los cónyuges o los ex cónyuges continúan siendo *erga omnes* los titulares de los derechos que, ante de la disolución, la ley atribuía respecto de los bienes de la sociedad conyugal (...) c) De esta forma la disolución de la sociedad conyugal no muta ni altera frente a terceros las atribuciones que, en la singular de cada uno de los bienes la ley efectúa respecto del titular. De tal modo, se genera una auténtica comunidad de derechos a los efectos de la liquidación y partición de los bienes, pero una “comunidad interna”, oponible entre los esposos para exigirse mutuamente las restricciones, compensaciones, etc., pero no afecta esto a la legitimación en la disposición de los bienes. El notario consideró en consecuencia que en la escritura autorizada la legitimación dispositiva correspondía al titular dominial por lo que la comparecencia de su ex cónyuge solo asumía el asentimiento que para dicho acto establece el artículo 1277 del Código Civil. Asimismo el notario solicitó como recaudo previo a la autorización de la escritura, la expedición de certificado de inhibiciones respecto de la excónyuge no disponente, con lo cual quedaba acreditado la ausencia de perjuicios a terceros. El decisorio recaído en la instancia de apelación de la Dirección General rechazó las articulaciones del recurrente con los siguientes argumentos: 1o) De conformidad con la doctrina que trata el tema en cuestión, y que cita en detalle, una vez disuelto el Régimen patrimonial, se genera un estado de indivisión post comunitaria durante la cual se impone la codisposición con respecto a la gestión del haber ganancial resultante; por lo que dicha aseveración desplaza la aplicación del primer párrafo del artículo 1277 del Código Civil. 2o) Con apoyo en esta doctrina, cita

jurisprudencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil: a) “El acto de disposición otorgado por uno solo de los cónyuges, existiendo indivisión post comunitaria es nulo por aplicación extensiva del artículo 1331 del Código Civil, que establece la sanción de nulidad para la venta de la cosa común hecha por el copropietario indiviso, y los artículos 2680 y ss., que inhabilitan al condómino para otorgar actos jurídicos que implique el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad del todo de la cosa”. (CNCiv. Sala C. E.T. SRL c/ P.J.-L.L. t 1976-A p. 84). b) “Disuelta la sociedad conyugal cada uno de los esposos deja de ser administrador legítimo de los bienes gananciales que había adquirido, los cuales en lo sucesivo deben ser administrados de común acuerdo, o por aquel a quien la justicia designe.” (CNCiv. Sala D. E.T. V de G.M.E. c. G.C. A -L.L. t. 115, p. 65). En idéntico pronunciamiento (Sala C. TH de F. J.M. c F.F. L.L t. 1975-C., p.108). c) “Disuelta la sociedad por el divorcio del cónyuge titular del dominio de un bien ganancial no puede enajenarlo sin el efectivo concurso de la voluntad, consentimiento y no mero asentimiento del otro cónyuge” (CNCiv, Sala C 26/4/1984. F.E.C S. de F.S.N). d) En igual sentido, la misma Sala resolvió “en cuanto a los casos de disposición de los bienes inmuebles de carácter ganancial, se deberá requerir la comparecencia de ambos cónyuges. La concurrencia del cónyuge titular será, no para dar el asentimiento exigido por el artículo 1277 del Código Civil sino su consentimiento.” 3o) De conformidad a los principios esenciales del derecho registral el de “legalidad” obliga a someter a todos los títulos que pretendan su registración a un examen o verificación para lograr solo el acceso al Registro los documentos que sirven inmediatamente de título al dominio, de derecho real o asiento practicado (conf. artículo 3 inc. c), ley 17.801). 4o) Ello se hace efectivo por medio de la calificación registral que no es otra cosa más que el examen o comprobación que hace el registrador basándose en la ley, en los títulos presentados y en los asientos respectivos. En consecuencia no se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto con relación a la recalificación registral. Dicho pronunciamiento fue consentido por el recurrente”.

Del análisis de este caso, podemos observar la evolución doctrinaria y jurisprudencial con relación a la disposición de los bienes en etapa de indivisión postcomunitaria. Podríamos concluir que en una primera etapa, la disposición de los bienes era realizada por el cónyuge titular con asentimiento del otro, luego, y en virtud de las diferentes posturas doctrinarias existentes que analizaron la naturaleza jurídica de la etapa de indivisión postcomunitaria, se llegó a la conclusión de que, en esta etapa, sin

llegar a conformarse un condominio, se constituye una especie de indivisión singular sobre los bienes gananciales susceptibles de partición. Por ello, la disposición de estos bienes en realidad se trataba de un acto de codisposición. Esta posición tuvo recepción registral en el XIII Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Mendoza en el año 2004 en donde se concluyó “... I. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA. Una vez disuelto el régimen patrimonial matrimonial se genera un estado de indivisión postcomunitaria durante el cual se impone la codisposición, con respecto a la gestión del haber ganancial resultante. II. APLICABILIDAD DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL. La aseveración anterior desplaza la aplicación del primer párrafo del art. 1.277 del Código Civil”⁶. Esta postura tuvo aplicación hasta el 31 de julio de 2015, ya que a partir de la sanción de la legislación unificada, se cristalizó en los artículos 481 y 482 una postura doctrinaria que permite interpretar que durante la etapa de la indivisión postcomunitaria, los excónyuges podrán codisponer o disponer el titular dominial con el asentimiento del otro, ya que la norma establece que si durante la indivisión postcomunitaria los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad con las importantes salvedades relacionadas anteriormente en cuanto a las características particulares del asentimiento partitivo del art. 482, la obligación de informar anticipadamente por parte del cónyuge titular y la aplicabilidad del principio de subrogación. Por ello, se recomienda consignar en el texto de la escritura la partición del precio y el otorgamiento del recibo correspondiente en forma recíproca, caso contrario en dinero ingresará a la masa ganancial en estado de indivisión por aplicación del principio de subrogación.

3. ASENTIMIENTO PARTITIVO: PROTECCIÓN DE LOS BIENES INDIVISOS Y PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 482.

El artículo 482 establece “(...) Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes

⁶ <https://www.elnotariado.com/conclusiones-xiii-congreso-nacional-derecho-registral-1780.html>

indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos”.

En el derecho español, la extinción del régimen provoca la revocación de todos los poderes y asentimientos conyugales anticipados otorgados. Esta medida tiene su fundamento en el cambio de expectativas que produce la extinción del régimen de comunidad, ya que vigente el mismo, las normas de orden público que regulan la protección de la ganancialidad no podrán ser dejadas de lado, sin perjuicio de las acciones específicas que se establecen a dichos efectos. Pero una vez extinguido el régimen, los cónyuges readquieren su capacidad de negociación, y como vimos, la normativa apoya y alienta el acuerdo de los cónyuges, pero a falta de acuerdo, la voluntad de los cónyuges deberá confirmarse en cada acto dispositivo, lo que se ve reforzado por la autorización judicial que prevé el artículo 483 en caso de negativa injustificada.

¿Qué debemos entender por “antelación razonable” y “actos que exceden la administración ordinaria”?

La razonabilidad de la anticipación del acto que se va a otorgar tiene que ver con la necesidad de informar al otro, para que pueda ejercer su derecho de oposición, ya que sin perjuicio de mantenerse exteriormente las titularidades inmutables, la extinción del régimen provocó la actualización de la ganancialidad y el consecuente derecho del cónyuge no titular a pedir la partición de los bienes, ya sea en especie o bien recogiendo su porcentaje producto de la liquidación de los bienes, a través de un acto dispositivo de venta. El deber/derecho de información está directamente relacionado con la modificación interna sustancial que provocó la extinción del régimen patrimonial, por lo cual el notario no puede dejar de analizar y calificar esta mutación patrimonial en la utilización de asentimientos anticipados o bien poderes especiales otorgados con anterioridad a la extinción del régimen. Por ello la norma nos marca el principio general del acuerdo de administración y disposición de los bienes indivisos, porque implica una resignificación patrimonial que debe ser consentida y conformada por ambos cónyuges. Con esta estructura:

¿Se podrá utilizar un asentimiento especial anticipado que ha cumplimentado los requisitos del artículo 470 o un poder especial que ha cumplido con las exigencias del artículo 375 inc. b) y artículo 459, para la disposición de bienes gananciales en etapa de indivisión post comunitaria, basado en la falta de acuerdo y aplicación supletoria del régimen de comunidad que establece el artículo 482?

La respuesta negativa se impone, por lo cual, a falta de acuerdo, la vigencia de las reglas de administración y disposición contienen esta limitación especial con relación al asentimiento conyugal, o bien se prestará simultáneamente con el acto que exceda la administración ordinaria, o bien se otorgarán nuevos poderes o asentimientos sobre los que, en definitiva, para su otorgamiento deberán los cónyuges llegar por lo menos a un principio de acuerdo entre ellos.

La información que debe suministrar el cónyuge está directamente relacionada con la facultad de oponerse que tiene el cónyuge no titular y solicitar las medidas protectorias del art. 483. En la etapa de indivisión postcomunitaria, en caso de que se vean afectados sus intereses, los cónyuges pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes: a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada; b) Su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro.

Asimismo, el artículo 722 establece que independientemente del régimen patrimonial adoptado, una vez iniciada la acción de divorcio o “antes” en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez puede disponer por un plazo cierto, las medidas de seguridad para individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares o evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Y el artículo 721 inc. a) establece que el juez puede determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar.

Se trata de medidas que enfocan la protección de la ganancialidad frente al conflicto matrimonial, que pueden recaer sobre bienes gananciales como propios, en tanto es posible que aquellos resulten insuficientes para cubrir deudas provenientes de recompensas o compensaciones, al momento de liquidar la comunidad. Entre las medidas que se puede solicitar, existen algunas que tienden a evitar las vías de hecho, como la prohibición de innovar, la prohibición de contratar, la remoción del cónyuge administrador, el embargo, el secuestro y el depósito judicial, y también hay otras que buscan individualizar bienes, como la intimación a presentar una nómina de bienes, el pedido de informes a entidades públicas o privadas, la intervención informativa, la exhibición de libros, etc. Finalmente, es forzoso concluir que todas estas medidas deberán obtener su correspondiente emplazamiento registral a los efectos de su oponibilidad frente a terceros.

EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL DE INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege ferenda

1. Al régimen general de inejecutabilidad de la vivienda establecido por los artículos 456 y 522 del Código Civil y Comercial de la Nación para el matrimonio y las uniones convivenciales respectivamente, le son aplicables las excepciones enunciadas en el art. 249 del Código Civil y Comercial de la Nación relativas al régimen especial de protección de la vivienda.

II. FUNDAMENTOS

1. EL RÉGIMEN PRIMARIO

El régimen establecido en la sección 3a del capítulo 1, título II, del Libro segundo del Cód. Civ. y Com., denominado “Disposiciones aplicables a todos los regímenes”, se define como un conjunto de normas imperativas que se aplican a todo régimen patrimonial matrimonial de origen convencional o legal y al régimen económico convivencial. Son normas inderogables por convención matrimonial o por pacto convivencial, ya que están destinadas a la protección de los intereses familiares comprometidos a la satisfacción de las necesidades básicas de los miembros de la pareja, la protección de los derechos de la mujer, de los niños, niñas y adolescentes y

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

las personas con capacidad restringida o discapacidad. Constituyen el piso mínimo de protección que limita la libertad de autorregulación de los cónyuges y de los convivientes, ya que encuentran fundamento en el principio de solidaridad familiar, el principio de igualdad y el respeto de los derechos fundamentales de jerarquía constitucional y convencional.

a) Deber de contribución y asistencia

“La unión familiar coadyuva al desarrollo de las personas, además de posibilitar el trance de momentos difíciles –y de ahí el fundamento de la imposición legal de los deberes de asistencia–, la persona que mantiene vínculos saludables con los miembros de su familia tiene menores posibilidades de desarrollar enfermedades y por ende mayores probabilidades de expandirse en otros ámbitos”². El art. 455, establece que los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes y no comunes (menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad que convivan con los cónyuges), hasta los 21 años (art. 658, y durante la incapacidad, hasta los 25 años mientras estudien o se capaciten (conforme art. 663) siempre que no existan medios para alimentarse (conforme art. 622) y en proporción a sus recursos. Es un deber de carácter material que se cristaliza a través del aporte individual al proyecto común, que, en caso de incumplimiento, podrá ser demandado judicialmente. El deber de contribución de los cónyuges impone la cooperación para el sostenimiento del hogar común, compartiendo esfuerzos y sacrificios de acuerdo con las posibilidades concretas de cada uno, lo que se traduce en una base sustancial para la concreción del proyecto de vida en común. Se complementa con el derecho-deber de asistencia mutua establecido en el art. 431, por el cual los cónyuges se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Asimismo, desde el aspecto material, el art. 432, Cód. Civ. y Com., establece que los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho, y excepcionalmente procederán los alimentos post divorcio en los casos del art. 434 (enfermedad grave preexistente o falta de recursos mínimos e imposibilidad de procurárselos, se tienen en cuenta los incs. b], c] y e] del

2 Córdoba, Lucila, I., Deber alimentario de los padres con relación a sus hijos menores en la estructura jurídica de la República Argentina, Lajouane, Buenos Aires, 2019.

art. 433, con el límite del plazo de duración del matrimonio y la improcedencia en caso de aplicación del art. 441). En el caso de las uniones convivenciales, el art. 519, establece que los convivientes se deben asistencia durante la convivencia. Es un deber imperativo que no puede ser excluido por pacto convivencial³. Este deber tiene un aspecto espiritual, tal cual el establecido en el art. 431, para el matrimonio (cuidado mutuo en la enfermedad, vulnerabilidad, vejez y discapacidad o capacidad restringida), y un aspecto material, representado por los alimentos durante la convivencia. A diferencia de lo que sucede con los cónyuges, no existen alimentos durante la separación de los convivientes o excepcionales posteriores al cese de la unión convivencial; una vez cesada la unión convivencial, la obligación alimentaria se extingue de pleno derecho, salvo pacto convivencial en contrario. Con relación al parentesco por afinidad, sin perjuicio de nacer solo con el matrimonio, ya que la convivencia no genera vínculos de parentesco, en materia de alimentos, más allá del deber de asistencia espiritual establecido por el art. 673 (crianza y educación de los hijos del conviviente), el art. 676, consagra la obligación alimentaria del progenitor afín respecto de los hijos del conviviente. El art. 719, prevé acciones por alimentos entre convivientes que permite hacer efectiva la obligación legal o convencional en caso de existencia de pacto que extienda la obligación alimentaria por sobre el piso mínimo legal establecido en el régimen primario. En definitiva, los convivientes deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos en común o de los hijos de uno de ellos menor de edad o con capacidad restringida que conviva con ellos. Este deber puede tener una mayor extensión en caso de que así se pacte en el contrato convivencial en donde se planifique la estructura patrimonial de la convivencia. Asimismo, el deber de contribución, al igual que los alimentos, cesa de pleno derecho al momento del cese de la unión.

b) Responsabilidad solidaria frente a terceros

En materia de responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas por cada uno de ellos, surgen los dos aspectos de análisis denominados cuestión de la obligación y cuestión de la contribución. Es

3 Lloveras, Nora, "Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", Suplemento especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia, 2014 (diciembre), p. 99.

decir, ¿quién está obligado a responder por la deuda? (responsabilidad separada o conjunta frente a terceros) y ¿con qué bienes responden los cónyuges frente a terceros? El art. 461, establece la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por cada uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sustento⁴ del matrimonio y la familia (vivienda, alimentos, vestimenta, esparcimiento, salud, viajes, etcétera), y la educación de los hijos comunes o de los hijos no comunes que conviven con los cónyuges, configurando una clara excepción al principio general de separación de responsabilidad. La solidaridad genera el derecho del acreedor a agredir el patrimonio de ambos cónyuges. Este artículo marca una gran diferencia con el régimen anterior de los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, en el cual los cónyuges bajo el régimen de comunidad respondían con todo su patrimonio por las deudas por ellos contraídas, mientras que por las deudas comunes, relativas a la conservación de los bienes comunes, la educación de los hijos y el mantenimiento del hogar, el cónyuge que no contrajo la deuda solo respondía con los frutos de los bienes propios y los frutos de los gananciales que él administra. La responsabilidad solidaria consagrada en el “régimen primario” conlleva a que ambos cónyuges deban contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos en común, en proporción de sus recursos, sin tener en cuenta quién es el que contrae la obligación. Esta solidaridad protege a los acreedores, asegurándoles el cobro de su crédito, ya que ambos pueden ser demandados por el cumplimiento de la obligación y ambos cónyuges responden con todo su patrimonio sin limitación alguna. Al configurar la responsabilidad solidaria una fuente de obligaciones de carácter excepcional, la enumeración que hace el art. 461, es de carácter restrictiva sin perjuicio de una razonable valoración judicial en caso de conflicto. Conforme lo expresa Medina⁵, entre los criterios válidos para calificar las deudas contraídas deben tenerse en cuenta la fecha en que se generó la deuda, la causa-fin del gasto (si se encuentra dentro de los rubros que la ley considera enunciados dentro de la solidaridad o un rubro análogo) y los sujetos beneficiarios (hijos comunes o uno de los cónyuges).

4 Capparelli, Julio C., “La responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, noviembre de 2013, p. 19.

5 Medina, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, noviembre 2012, año IV, nro. 10, p. 3; Méndez Costa, Josefa, *Deudas entre cónyuges*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1979; Basset, Úrsula C., *Calificación de bienes en el matrimonio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 676 y ss.

En el caso de las uniones convivenciales, el art. 520, establece en paralelo que los convivientes tienen la obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en los arts. 455 y 521, réplica el art. 461, cuando establece que los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 461. Conforme con Alterini⁶, entendemos que, aunque el art. 521 la califica como responsabilidad solidaria, en el caso está involucrada una responsabilidad concurrente en los términos del art. 851, Cód. Civ. y Com. La falta de identidad entre obligaciones solidarias y concurrentes, pese a su afinidad, se explica porque en las obligaciones solidarias la causa fuente es única, hay una sola deuda con pluralidad de vinculados por ellas, mientras que, en las concurrentes, las obligaciones son distintas y no existe conexión entre los deudores.

c) Régimen general de inejecutabilidad de la vivienda: art. 456 y 522

Cualquiera que sea el régimen elegido por los cónyuges, y aun en el caso de unión convivencial, la protección de la vivienda como derecho humano fundamental se introduce en el piso mínimo de regulación legal del régimen primario a través de dos herramientas fundamentales: el asentimiento conyugal o convivencial y la inejecutabilidad general de la vivienda por deudas contraídas por uno de los cónyuges o convivientes sin el asentimiento del otro. El tema en estudio involucra no sólo al derecho civil, sino que incluye áreas de raigambre constitucional, como resulta ser el derecho al acceso a la vivienda. La inejecutabilidad de la vivienda establecida en este conjunto de normas protectorias se constituye en una excepción al principio que todos los bienes que integra el patrimonio del deudor desempeñan una función de garantía. Su finalidad radica en proteger

6 Alterini, Jorge, H., "Opinión del autor a la glosa al art. 850", en Trigo Represas, Félix A. - Compagnucci de Caso, Rubén, H. (dirs.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, 2a ed. actual. y aument., Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 392.

la morada de una persona y, eventualmente, la de su entorno familiar⁷ y su enfoque se centra en la naturaleza misma de la dignidad humana⁸⁻⁹.

PRIMERA PARTE: ASENTIMIENTO EN INTERÉS FAMILIAR

El art. 456, exige el asentimiento conyugal para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta. Con absoluta independencia de la calificación del bien (propio, ganancial o personal) y la naturaleza real o personal de la relación de poder que se tenga con la cosa, para la “disposición de los derechos sobre la vivienda familiar” en sentido amplio, se necesitará el asentimiento del cónyuge. El art. 457, establece los requisitos del asentimiento e introduce la especialidad como elemento de transparencia, esencialmente objetivo, que procura evitar el fraude entre cónyuges derivado de la utilización de asentimientos generales anticipados¹⁰. En paralelo, el art. 522, establece que, si la unión convivencial ha sido inscripta.

7 En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, en 2005, se estableció de lege lata, que “la protección constitucional de la vivienda beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad”. La vivienda tiene para el individuo un gran valor, no solo patrimonial, sino esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, le brinda amparo a su integridad física; jurídicamente, constituye el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; y en el plano moral, configura su esfera de intimidad. Es por ello que se afirma la necesidad de contar con un espacio benemérito y seguro a través del cual los individuos puedan desarrollarse de manera eficiente y digna.

8 Artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”

9 Esta característica fue puesta de relieve por el doctor Petracchi en su voto en Fallos: 335:452, al referir que “[e]l acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y noches y debe deambular por las calles, no solo carece de una vivienda, sino también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes” (cons. 8° del sufragio bajo reseña. En términos similares: v. voto del doctor Negri en A. 70.138, sent. de 03/07/2013).

10 En la actualidad es casi unánime la doctrina y jurisprudencia que niega validez al asentimiento general anticipado por entender que implica una “convención matrimonial” prohibida. Ya en la V Jornada de Derecho Civil de 1971 se debatió el asunto y se declaró: “No es válido el asentimiento general y anticipado, dado por uno de los cónyuges para los

SEGUNDA PARTE: REGIMEN GENERAL DE INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA

La segunda herramienta del régimen tuitivo primario la constituye el régimen de inejecutabilidad general de la vivienda familiar consagrado en los arts. 456 y 522, último párrafo, respectivamente, que rige a partir de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, por deudas posteriores, contraídas por uno solo de los miembros de la pareja, sin el asentimiento del otro. En términos generales, la regulación de la disposición que prevé la inejecutabilidad de la vivienda familiar, significa una limitación al derecho del acreedor de percibir lo que su deudor le debe, si se encuentra comprometida la sede del hogar familiar. Al igual que el supuesto anterior, la finalidad tuitiva de la norma es evitar que ante una deuda contraída por uno solo de los consortes sin el asentimiento del otro, ponga en peligro el hogar familiar. “Cabe hacer notar que esta prohibición es más amplia que el impedimento a disponer de la vivienda, ya que implica que además de no poderse disponer de la propiedad tampoco se puede disponer del contrato de locación o del derecho de uso y habitación, sin el asentimiento del cónyuge”¹¹.

Tal tutela se torna efectiva sin necesidad de un acto constitutivo ni registración, siempre y cuando el inmueble resulte la vivienda familiar. El sistema consagra una fuerte protección a la vivienda familiar, excluyendo de la garantía común de los acreedores (art 743) a este bien y limitando la ejecución por deudas únicamente a los casos en que las mismas hayan sido contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o registración de la unión convivencial o con posterioridad, pero contraídas por ambos cónyuges convivientes o sólo por uno de ellos, más con el asentimiento del otro. La norma no exige que sea la única vivienda familiar y de ocupación

actos del otro, comprendidos en el artículo 1277 del Código Civil, y por lo tanto no lo es ningún otro acto que, bajo cualquier forma, incluida la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado. La legislación recepta de este modo, un criterio que viene evolucionando tanto en el ámbito doctrinario notarial como jurisprudencial: El asentimiento conyugal o el asentimiento habitacional debe ser especial para cada acto dispositivo desechando así la posibilidad del asentimiento general anticipado, y exigiendo que el mismo reúna determinados requisitos de especialidad en cuanto a su contenido, esto significa que deberá detallar la naturaleza de los bienes sobre los cuales se otorga y en consecuencia la determinación del objeto y el título causal que dará nacimiento al acto dispositivo del cónyuge o conviviente titular”.

¹¹ Medina, Graciela, "En el derecho de familia" LA LEY 10/11/2015, 10/11/2015, 1.AR/DOC/3974/2015.

permanente, no contempla su oponibilidad frente a terceros a través de la publicidad registral y lo consagra como un sistema de protección automática. En particular, es menester evaluar si la norma impugnada importa una restricción desproporcionada del derecho de propiedad y poder de agresión patrimonial del acreedor. Asimismo, cabe preguntarse si existe algún límite o excepción a esta exclusión automática. En este sentido, para efectuar el examen de razonabilidad no puede soslayarse que el derecho a la vivienda digna está íntimamente relacionado con “derechos humanos fundamentales”, con la dignidad, integridad y salud del ser humano. A este caso se le deberá aplicar el principio de ponderación, como lo explica Lorenzetti, “... no se trata entonces de una antinomia en el sentido tradicional, sino de un campo de tensión. El conflicto entre principios se soluciona mediante un juicio de ponderación de intereses opuestos. Se trata de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto. Si se entiende a los principios como mandatos de optimización, como aspiraciones a algo que encierran una referencia a la idea del derecho justo, debe estimarse en qué medida se puede realizar en el caso concreto. De modo que el principio tiene un carácter ‘prima facie’, presentando razones que pueden ser desplazadas o atenuadas por otras razones emanadas de otro principio”.¹²

La idea central del régimen general apunta a evitar que el endeudamiento de uno de los cónyuges o convivientes afecte a la familia¹³. Garantiza la conservación del centro de vida de la familia y de la satisfacción de las necesidades primarias. Como analizamos, el concepto constitucional convencional de “vivienda familiar” se ha integrado con aspectos que van más allá de la edificación inmobiliaria y de la composición tradicional de la familia, sino que se trata del lugar donde reside la familia para la satisfacción de sus necesidades con independencia de su proyecto de conformación personal. Pero, sin embargo, la familia que protege la norma general de inejecutabilidad todavía sigue siendo la matrimonial o la convivencial y, en este último caso, solo cuando la unión convivencial se haya inscripto, ergo, si la unión convivencial no estuviera inscripta, no goza, según la norma en

¹² Lorenzetti, R. L., “El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores”, LL 1998-A, 1039)

¹³ Molina Sandoval, Carlos, *Empresas familiares*, Errerius, Buenos Aires, 2014, p. 430.

estudio, de la protección de inejecutabilidad, aun cuando hayan celebrado un pacto de convivencia¹⁴.

En este sentido, conforme con Alterini¹⁵, los aspectos internos de la unión convivencial no inscripta no podrían proyectarse frente a terceros, y ante la innecesaridad del asentimiento en las uniones no inscriptas, es libre la disposición por el titular del bien, y de ese modo se ha dado primacía al interés de los terceros frente al del conviviente que no participa de esa disposición. En este caso, para gozar de los beneficios de la inejecutabilidad y relativa inembargabilidad, los convivientes deberán optar por el régimen especial de afectación a vivienda consagrado por los arts. 244 y ss. del Cód. Civ. y Com., ya que el art. 246 no exige que la convivencia esté inscripta para declarar beneficiario del régimen especial al conviviente, sin perjuicio de la mención que hace el art. 255 con relación a la necesidad del asentimiento del conviviente en caso de desafectación del régimen si la convivencia estuviera inscripta. Ahora bien, nos preguntamos si existe algún caso de deudas frente a las cuales el régimen legal de inejecutabilidad no tenga eficacia. En este sentido, entendemos que resulta aplicable la enunciación que hace el art. 249 del régimen especial al régimen general por las siguientes consideraciones¹⁶:

a. Deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o la inscripción de la unión convivencial.

Las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o a la unión convivencial no resultan alcanzadas por la protección. Los efectos de inejecutabilidad se producen a partir del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, será oponible a terceros y sus efectos perdurarán siempre y cuando el inmueble sea la vivienda del matrimonio o de los

14 Lamm, Eleonora - Molina de Juan, Mariel, "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales", RDP 2014-3, y Pellegrini, María V., "Los pactos en las uniones convivenciales", RDF 2015-70, p. 137.

15 Alterini, Jorge H., "Opinión del autor a la glosa del art. 522", en Basset, Úrsula C. (dir.) - Alterini, Ignacio (coord.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, 2a ed. actual. y aument., Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. III.

16 Basset, Úrsula, en Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, Tomo III, versión ebook; Medina, Graciela en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo II, pp. 122/123.

convivientes. Los acreedores que no pueden ejecutar, tampoco pueden cobrar sus créditos sobre los importes que sustituyan al inmueble como indemnización o precio por aplicación del principio de subrogación real.

b. *Expensas comunes*

Las expensas comunes son esenciales para la vida en propiedad horizontal y la existencia del sistema y aunque la asunción de la obligación al pago, sea posterior a la celebración del matrimonio o la inscripción de la unión convivencial, el crédito por expensas hace a la esencia misma del régimen de propiedad horizontal. Las expensas provenientes del régimen de propiedad horizontal son un gasto de conservación del inmueble y es inadmisibles que pueda prescindirse de las mismas. Por ello necesariamente los copropietarios deben contribuir con las erogaciones en bien de la conservación, reparación o mejora del inmueble, en consecuencia, su inclusión dentro de las excepciones encuentra pleno justificativo. Lo expuesto tiene su correlato con lo establecido en el art. 2582 inc. a) CCyC, al reconocer a estos créditos privilegio especial¹⁷. En este aspecto, se afirma que las mismas constituyen una obligación originaria y necesaria del sistema de la propiedad horizontal, que nace con la inscripción del Reglamento de Propiedad Horizontal, que es el instrumento constitutivo del derecho real de propiedad horizontal, por ende, con antelación a la adquisición de la primera titularidad dominial, las expensas ya constituían una obligación existente y regulada¹⁸.

c. *Obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituidas con asentimiento del cónyuge o del conviviente*

En este caso, se trata de la asunción de deudas con garantía real que cuentan con el asentimiento del cónyuge o del conviviente porque son actos de disposición de los derechos sobre la vivienda a los que se les aplica el art. 456 y 522 primera parte.

d. *Obligaciones que tienen origen en construcción u otras mejoras realizadas en la vivienda*

¹⁷ Villanustre y Rodríguez Villanustre, La protección de la vivienda frente al crédito por expensas comunes, LL, 2019-A, 14.2.2019.

¹⁸ Villanustre y Rodríguez Villanustre, La protección de la vivienda frente al crédito por expensas comunes, LL, 2019-A, 14.2.2019.

Las obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda incluyen principalmente el cumplimiento de contratos relacionados con obras y servicios, así como la responsabilidad de garantizar la calidad y la seguridad de las mejoras realizadas. Esto puede involucrar tanto la obligación de pagar a los contratistas como el deber de mantener la propiedad en condiciones adecuadas. Incluye los impuestos que afectan los inmuebles -cuya finalidad es el sostén del organismo público estatal nacional, provincial o municipal-, sin importar que se trate de períodos anteriores o posteriores al matrimonio o a la inscripción de la unión convivencial¹⁹.

e. Obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida²⁰.

Se ha afirmado que la inclusión de las obligaciones alimentarias -que no estaba regulado en el régimen de bien de familia anterior- "en algún punto pone en disputa dos valores contrapuestos: vivienda familiar (en la que hay necesariamente un matrimonio o convivencia, pues no sería familiar, a diferencia del nuevo régimen de bien de familia que puede ser constituido por personas solteras) y las necesidades alimentarias de hijos menores o incapaces (que pueden no convivir con dichos progenitores)"²¹. Durante la vigencia del régimen del "bien de familia" la jurisprudencia se encontraba dividida en cuanto a si era o no oponible al crédito por alimentos posterior a la afectación, pues en la legislación derogada no lo mencionaba como excepción El art. 249 inc. f) del CCCN establece que la vivienda afectada no es oponible respecto a las "obligaciones por alimentos a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida." Así adopta la solución correcta que venía siendo aplicada por la mayoría de la jurisprudencia²², evitando que se utilice el régimen de la

19 Bossert, Gustavo en Cód. Civ. comentado, anotado y concordado, Belluscio, Augusto C., (dir.), Zanoni, Eduardo (coord.) Ed. Astrea, Buenos Aires, t, 6, p. 317.

20 Lloveras, Nora, "Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura. Código Civil y Comercial de la Nación", en Suplemento Especial. Familia. Directoras: Kemmelmajer de Carlucci, Aída – Herrera, Marisa, La Ley, Buenos Aires, diciembre 2014, p. 22.

21 Molina Sandoval, Inejecutabilidad de la vivienda familiar, LL, 2016-E-761.

22 CNCiv, Sala E, "C. W., F. A. c. S., A. M., s/ I. F.", 28/5/2007, cit., en elDial.com - AA3E60-; CA2CC, La Plata, sala III, "A., G. B. c. S., C. A. s/ Alimentos-Incidente s/ pedido desafectación bien de familia", 9/2/1993, A 42446 RSD-8-93 S, en elDial.com - W64F2, y en JUBA; CA2CC, La Plata, sala III, "A., G. B. c. S., C. A. s/ Alimentos-

“vivienda” en perjuicio de los integrantes más vulnerables de la familia cuyos derechos tienen protección constitucional. Desde la perspectiva constitucional convencional y del reconocimiento de la obligación alimentaria como un derecho humano basal y con un plus para las personas en situación de vulnerabilidad, es necesario el reconocimiento de la inoponibilidad aún de derechos tan importantes como la vivienda familiar, máxima si, la vivienda es uno de los tantos rubros que involucra o integra el concepto de alimentos. Al hacerse referencia los deberes que tienen los cónyuges entre sí, se incluye la obligación alimentaria que pesa entre ellos, y dentro de las pautas que deben tenerse en cuenta para la fijación de los mismos encontramos la atribución fáctica o judicial de la vivienda familiar (art 433 inc. e)²³. En este sentido, sostiene Kemelmajer: “La afectación tampoco puede ser opuesta al acreedor por alimentos. Aunque el problema es de muy difícil solución desde la perspectiva axiológica, la opción del reformador se funda en que la provisión de vivienda es parte de la obligación alimentaria”²⁴.

Incidente s/ pedido desafectación bien de familia", 9/2/1993, citado, A 42446 RSD-8-93 S, en elDial.com - W64F2. Cadoche de Asvalinsky, Sara. Derecho de familia (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001), 563; Guastavino, Elías P., “Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente”. El Derecho, 113: 286; 291; Novellino, Norberto José. Los alimentos y su cobro judicial. (Rosario: Nova Tesis, 2000), 525.

23 <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10765/1/afectacion-vivienda-expresion-dignidad.pdf>

24 Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 18, Abeledo Perrot, 2001, p. 9 y ss.

CONVENIONES MATRIMONIALES

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, el régimen económico matrimonial argentino es convencional, mutable, con opción cerrada, limitada a dos regímenes patrimoniales, el de comunidad de ganancias o el de separación de bienes, cuyas estructuras están legalmente impuestas y se vinculan por medio de un estatuto legal forzoso de solidaridad familiar que subyace en ambos, como base imperativa de orden público.

2. Las convenciones matrimoniales son convenios familiares previos y posteriores al matrimonio que forman parte del régimen patrimonial matrimonial.

3. El art. 448, Cód. Civ. y Com., impone la escritura pública como forma exclusiva de validez de la convención matrimonial prenupcial y su eficacia se encuentra condicionada a la efectiva celebración del matrimonio. El art. 463 refuerza y confirma la norma, cuando establece que a falta de opción hecha “en la convención matrimonial” los cónyuges quedan sometidos, desde la celebración del matrimonio, al régimen de comunidad de ganancias.

4. En el caso de la existencia de bienes digitales en el patrimonio de los futuros contrayentes, como criptomonedas, cuentas bancarias en línea, arte y gráficos digitales, música, plataformas, blogs, NFTs, información almacenada en la nube, tokens de participación por inversiones, tokens inmobiliarios, etc., la convención matrimonial

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

prenupcial es una herramienta muy valiosa para su identificación, cuantificación, método de valuación y proceso de transferencia en su caso.

5. En la escritura pública que formalice la convención matrimonial de modificación de régimen de comunidad, los cónyuges tienen la oportunidad de pactar las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, en los términos del art. 482 del Cód. Civ. y Com., caso contrario subsistirán las reglas de administración y disposición del régimen de comunidad, o bien podrán simultáneamente liquidar la comunidad poniéndole fin a la indivisión, partiendo los bienes y adjudicándolos en forma total o parcial.

II. FUNDAMENTOS

1. LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, el régimen económico matrimonial argentino es convencional, mutable, con opción limitada entre dos regímenes patrimoniales, el de comunidad de ganancias o el de separación de bienes, cuyas estructuras están legalmente impuestas y se vinculan por medio de un estatuto legal forzoso de solidaridad familiar que subyace en ambos, como base imperativa de orden público y que, como tal, se extiende asimismo al régimen de uniones convivenciales.

Las normas del estatuto legal forzoso de la vivienda familiar y de la solidaridad o régimen primario son inderogables e indisponibles para los cónyuges casados bajo cualquiera de los dos regímenes patrimoniales posibles, porque se basan en objetivos supraindividuales, y que se reconocen como principios constitucionales básicos.

2. CONVENCIONES MATRIMONIALES

Las convenciones matrimoniales son convenios familiares previos y posteriores al matrimonio que forman parte del régimen patrimonial matrimonial. El objeto de las convenciones matrimoniales está delimitado por la ley, por lo cual los cónyuges no podrán pactar sobre modificaciones a los regímenes legales vigentes o realizar una combinación entre el régimen de comunidad y el de separación o diagramar su propio régimen patrimonial como ocurre en el derecho comparado. A diferencia de lo que sucede en Francia o Brasil donde se ofrecen modalidades "abiertas" o "a medida", en

las que los regímenes son versátiles: pueden adaptarse o incluso elegirse otros distintos a los que regulan sus respectivos códigos². Tampoco podrán, pactar en la convención matrimonial la renuncia a la compensación económica, porque el art. 447, Cód. Civ. y Com., lo prohíbe expresamente.

a) Convenciones matrimoniales prenupciales: objeto plural taxativo

En las convenciones matrimoniales prenupciales, los futuros contrayentes pueden celebrar una convención para acordar exclusivamente sobre:

- a) La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- b) La enunciación de las deudas;
- c) Las donaciones que se hagan entre ellos, y
- d) La opción que hagan del régimen patrimonial que los vinculará en el futuro matrimonio.

El art. 448, Cód. Civ. y Com., establece la escritura pública como forma exclusiva de validez del acto y su eficacia se encuentra condicionada a la efectiva celebración del matrimonio, por ello, a partir de ese momento resultan oponibles entre los cónyuges. La elección de la forma impuesta legalmente responde a la necesidad de contar con un profesional del derecho que intervenga en este momento fundamental de la vida en pareja a través del asesoramiento en el momento previo a la celebración del acto sobre las consecuencias jurídicas de la opción realizada, los derechos y deberes de los cónyuges derivados de dicha opción, la forma de administración y disposición de los bienes, el régimen de inejecutabilidad de la vivienda, el asentimiento conyugal, las cargas comunes, la responsabilidad de los cónyuges, las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, ventajas y desventajas del régimen, inhabilidades, la posibilidad de mutar dicho régimen elegido una vez cumplido el plazo de un año y las consecuencias relacionadas con el régimen sucesorio en cada caso.

² TERRÉ, Francois, y Philippe SIMLER. Droit Civil, Les Régimes Matrimoniaux. Paris: Dalloz, 2015, n° 183 y ss.

En este sentido afirma Roveda³: “En cuanto a los requisitos de forma, sólo cabe celebrar la convención por escritura pública, ya sea que la convención se celebre antes o después del matrimonio. Otras soluciones hubieran sido viables sin embargo hay múltiples razones para confiar a los escribanos la tarea de la confección de la convención. La primera y más evidente es que la Argentina no tiene costumbre de celebrar convenciones. Asimismo, Molina de Juan reflexiona sobre la necesidad del asesoramiento “Es esencial que la convención se celebre en el marco de una contención y asesoramiento adecuados”⁴. En este sentido el requisito de forma es solemne absoluto⁵ porque en este caso especial de consentimiento matrimonial no se puede exigir el cumplimiento de la especie de instrumento de forma forzada⁶ (obligación de escriturar). El derecho francés, que es fuente del argentino en este punto conforme lo indica Basset⁷, opta por la "nulidad absoluta" de las convenciones no celebradas en escritura pública⁸. En definitiva, se trata de un acto fundamental en la vida de las personas, que merece un espacio de intimidad, asesoramiento y reflexión, en donde se diseñe el régimen

³ ROVEDA, Eduardo consideró en su momento la conveniencia de que se hubiera previsto la realización en instrumento privado y posterior homologación judicial. ROVEDA, Eduardo G., "El régimen patrimonial del matrimonio" en RIVERA, Julio César, and Graciela MEDINA, Dirs. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 356-7.

⁴ MOLINA de JUAN, Mariel, Comentario al art. 448, en KEMELMAJER De CARLUCCI, Aída Rosa, HERRERA, Marisa, and LLOVERAS, Nora, Dirs. "Tratado de Derecho De Familia" Según El Código Civil Y Comercial De 2014. Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, P. 577.

⁵ KRASNOW, Adriana N. "El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial", en KRASNOW, Adriana N., Dir. Tratado De Derecho De Familia. Vol. II. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 628.

⁶ La hipótesis la plantea Graciela MEDINA durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield y la trae a colación MOLINA de JUAN en su comentario al art. 448, citado supra, adhiriendo. MEDINA, Graciela, "Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil", LA LEY, 1999-E, 1050 y ss.

⁷ <http://www.sajj.gob.ar/ursula-basset-convencion-matrimonial-dacfl60465-2016-08-17/123456789-0abc-defg5640-61fcanirtcod>

⁸ Cfr. Notas al art. 497, Reformas Al Código Civil: Proyecto y Notas de La Comisión Designada Por Decreto 468/92. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma., 1993. Print. (Miembros: Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalda, Eduardo Antonio Zannoni), p. 43.

patrimonial a través de un consentimiento libre e informado sobre las consecuencias personales y patrimoniales del acto a celebrar.

La opción realizada en la convención matrimonial tendrá publicidad suficiente frente a terceros con la anotación marginal en el acta de matrimonio (art. 420, inc. j]). Cabe aclarar que el derecho de opción que se consagra no es libre, ya que se limita exclusivamente al régimen de separación, porque en caso de no existir opción se aplica *ipso jure* el régimen de comunidad que es el régimen supletorio.

El art. 448, Cód. Civ. y Com., no distingue en cuanto a la exigencia forma, el contenido de la convención matrimonial prenupcial, es decir que la convención puede contener todos o algunos de los objetos taxativamente enunciados, o hasta podrá ser utilizada únicamente para la elección del régimen de separación.

La opción formalizada mediante declaración de los cónyuges frente al oficial público del Registro Civil al momento de celebrar el matrimonio (art. 420, inc. j], Cód. Civ. y Com.) no cumple con la especie de instrumento público que exige la norma. En este sentido, el art. 463 refuerza el argumento citado, cuando establece que a falta de opción hecha “en la convención matrimonial” los cónyuges quedan sometidos, desde la celebración del matrimonio, al régimen de comunidad de ganancias.

La comunidad no puede estipularse que comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el art. 449, ergo, en caso de opción realizada en el acta de matrimonio, que no es la convención matrimonial prenupcial técnicamente hablando, los cónyuges quedarán sujetos al régimen supletorio de comunidad y deberán esperar el plazo de un año para mutar al régimen de separación de bienes, con las evidentes consecuencias frente a terceros. Los acreedores pueden solicitar que la opción del régimen, o bien su mutación, les sea inoponible si ello les acarrea perjuicio. La acción para reclamarla prescribe al año de haber conocido el cambio de régimen.

El avalúo de los bienes al momento de la convención otorga seguridad y firmeza a las vicisitudes posteriores que pueda sufrir el bien, fijando de modo fehaciente mediante un acto auténtico el valor de los bienes. Los bienes podrán valuarse de acuerdo con tasaciones y asimismo mediante la valuación fiscal que le otorga el organismo correspondiente en cada demarcación. La importancia de esta designación y avalúo en este momento es fundamental, ya que, los valores declarados y reconocidos por ambas

partes, puede ser útil al momento de la liquidación del régimen y en la determinación y reconocimiento de las recompensas. Con respecto al pasivo que los futuros esposos llevan al matrimonio, es interesante documentar detalladamente las deudas y sus orígenes para evitar futuros pleitos y determinar la utilización de dinero propio o ganancial en la cancelación de ellas, generando así prueba clara de futuras recompensas. La utilidad de este tipo de enumeración se vislumbra en aquellos matrimonios sucesivos, en donde la confusión de patrimonios puede generar conflictos entre los cónyuges y estos con sus futuros herederos. Podríamos decir que la enunciación de la deuda tiene proyección en la vida matrimonial y en el futuro sucesorio, y es un medio fundamental para la preconstitución de la prueba de las recompensas y las compensaciones.

En el caso de la existencia de bienes digitales en el patrimonio de los futuros contrayentes, como criptomonedas, cuentas bancarias en línea, arte y gráficos digitales, música, plataformas, blogs, NFTs, información almacenada en la nube, tokens de participación por inversiones, tokens inmobiliarios, etc., la convención matrimonial prenupcial es una herramienta muy valiosa para su identificación, cuantificación, método de valuación y proceso de transferencia en su caso. La convención puede identificar el patrimonio digital, incluir los nombres de usuarios y contraseñas para acceder a cada cuenta o el lugar de su almacenamiento, guarda o resguardo o la persona encargada de su guarda. En este sentido, las convenciones se podrán complementar con actas notariales de guarda de claves y contraseñas de acceso mediante el debido asesoramiento sobre la gestión de los bienes digitales.

b) Convenciones matrimoniales de modificación del régimen patrimonial: objeto único

Los cónyuges tienen derecho a modificar el régimen patrimonial que los vincula durante el matrimonio mediante una convención celebrada por escritura pública, cuyo objeto será exclusivamente la mutación de este, pudiendo ser otorgada después de un año de aplicación del régimen convencional o legal anterior y tantas veces como lo estimen conveniente.

La modificación del régimen patrimonial matrimonial produce tanto la extinción del régimen de comunidad de bienes como el cese de la separación de bienes. En caso de comunidad de bienes, la extinción del régimen producto de la mutación hará nacer en ese mismo momento la indivisión postcomunitaria sobre los bienes gananciales.

En la escritura pública que formalice la convención matrimonial de modificación de régimen de comunidad, los cónyuges tienen la oportunidad de pactar las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, en los términos del art. 482 del Cód. Civ. y Com., caso contrario subsistirán las reglas de administración y disposición del régimen de comunidad, o bien podrán simultáneamente liquidar la comunidad poniéndole fin a la indivisión, partiendo los bienes y adjudicándolos en forma total o parcial.

De esta forma, se identificarán los bienes que corresponden a cada cónyuge y se facilitará el régimen de administración y disposición de ellos. Solo quedan, tras la extinción de la sociedad conyugal (hoy comunidad), los patrimonios personales de los esposos, a los que no corresponde ya denominar propios, pues esta es una designación que solo cabe emplear dentro del régimen originario, sino que serán bienes personales de cada uno de ellos.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO HERRAMIENTA DE DENATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Por E. Manuela Schulz¹

I. CONCLUSIONES

1. Es necesaria una interpretación restrictiva del régimen patrimonial previsto en el art. 528 del CCCN pues, pudiendo los convivientes normar el entramado patrimonial de su relación de manera pormenorizada, eligieron someterse a esta norma y sus reglas.

2. La acción de reclamación de la compensación económica prevista en los arts. 524 y 525 del CCCN no puede considerarse dentro de las acciones habilitadas por el art. 528, aun cuando el juez pretenda reencausarla, so pretexto de que deben prevalecer los hechos invocados en la pretensión por sobre la denominación que le da el accionante.

3. No es legítimo que, valiéndose de la figura de la compensación económica se justifique una equiparación patrimonial o distribución de bienes que no resultaría viable mediante acciones de división de la sociedad de hecho, o aquellas derivadas del enriquecimiento sin causa.

II. FUNDAMENTOS

1. Con el reconocimiento de la unión convivencial como fuente de derechos y obligaciones personales y patrimoniales, quienes toman la decisión de compartir su vida con otra persona pueden optar por cuatro regímenes bien definidos y diferenciados en la norma: el matrimonio bajo el régimen de comunidad o separación de bienes y la unión convivencial con y sin pactos de convivencia, debiendo esta última reunir los requisitos previstos en el art. 510 del CCCN. para producir los efectos previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo 4.

¹ Jefe de Trabajos Prácticos por concurso en la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, en la Catedra A de Procesos Civiles Especiales. Aval: Pilar Quiñoa.

En la práctica judicial los límites entre estos regímenes fueron desdibujándose de manera progresiva (en especial entre aquellos donde no existe pacto u opción expresa), en conjunción con un reconocimiento *de facto* de facultades legislativas a los jueces de familia.

Esta desnaturalización fáctica de los derechos y obligaciones patrimoniales del matrimonio en sus dos regímenes y de la unión convivencial generan incertidumbre jurídica no solo entre los miembros de la pareja sino entre los profesionales del derecho quienes muchas veces deben recomendar la utilización de figuras jurídicas ajenas al derecho de familia para asegurar estabilidad y previsibilidad en el régimen o relación patrimonial que opten los primeros.

2. Resulta ilegítimo equiparar las posiciones jurídicas de quienes han optado por uno y otro instituto (matrimonio o unión convivencial) como regulador de su vida familiar y eligen de forma voluntaria someterse a las consecuencias de uno u otro régimen.

Más aun teniendo en cuenta el reconocimiento que hace la norma a la voluntad autoregulatoria de los esposos o convivientes en cuanto al régimen patrimonial que rige su relación (con mayores limitaciones de orden público en el régimen patrimonial del matrimonio), encontrando su cénit en los pactos de convivencia previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo 2 del CCCN.

3. Tan amplia libertad de autoregulación (con los límites previstos en los arts. 519, 520, 521 y 522), entiendo, conlleva la necesidad de realizar una interpretación restrictiva del régimen previsto de forma supletoria a esta pues, pudiendo normar el entramado patrimonial de su relación de manera pormenorizada, eligieron someterse al primero y sus reglas.

Esta alternativa aleja más aun a las uniones convivenciales del matrimonio, teniendo este último un menor margen de libertad ya que sólo se les permite a los contrayentes o ya esposos optar por uno de los dos regímenes de orden público previstos (unión o separación de bienes).

4. Así como, salvo vicio de la voluntad en la elección del régimen, no podrían liquidarse los bienes de un matrimonio que ha optado por la separación de bienes como si lo hubiese hecho por la comunidad, tampoco

corresponde que quienes hayan elegido de forma voluntaria mantenerse al margen de la regulación legal marital se vean sometida a ella.

Sin obviar circunstancias específicas donde la voluntad de alguno de los miembros de la pareja pudiese estar viciada por razones relativas al contexto sociocultural (vulnerabilidad derivada de la pobreza, salud o género) o violencia intrafamiliar en cualquiera de sus aspectos, que obligan al juzgador a ponderarlas a la luz de una aplicación sistémica del ordenamiento jurídico, resulta peligroso para la seguridad jurídica someter regímenes de orden público a la libre interpretación judicial de sus alcances.

5. Cesada la unión, aquellos que optaron de forma voluntaria someterse al régimen del art. 528 del CCCN, podrían ejercer las siguientes acciones patrimoniales tendientes al reconocimiento de derechos de esta índole adquiridos durante la vigencia de esta:

- a) Acciones derivadas del enriquecimiento sin causa
- b) Acción de simulación.
- c) Acción de mandato (supuesto de mandato oculto).
- d) Acciones relativas a la liquidación de la sociedad de hecho.

La acción de reclamación de la compensación económica prevista en los arts. 524 y 525 del CCCN no puede considerarse dentro de éstas, aun cuando el juez pretenda reencausarla so pretexto de que deben prevalecer los hechos invocados en la pretensión por sobre la denominación que le da el accionante², pero menos aún es plausible que, valiéndose de este instituto se justifique una equiparación patrimonial o distribución de bienes que no resultaría por las vías mencionadas.

6. Si bien la jurisprudencia entiende lo que califica la acción no es la denominación que le dé la accionante, sino los hechos en que sustenta su pretensión los extremos a acreditarse en la reclamación derivada del art. 524 del CCCN y aquellas que habilita el art. 528 son diferentes, puesto que los requisitos constitutivos de las distintas figuras jurídicas lo son.

2 Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá, 19 de junio de 2019, Sentencia N° 52. Recuperado de URL: https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camara-civcom/pdf/2019/Microsoft-Word-S.52.FLIA_.LXP-15327.doc.pdf

Así, si la o el actor pretende:

a. una compensación económica, deberá demostrar los extremos requeridos por el art. 524 CCCN, a saber: la convivencia en los términos del art. 510 y su cese, un desequilibrio económico entre los ex convivientes, que este sea manifiesto, y el empeoramiento de la situación económica del accionante;

b. la división de bienes invocando la existencia de una sociedad de hecho, debe alegar y acreditar (con amplitud probatoria) la existencia de aportes de trabajo o capital por parte de ambos convivientes (no siendo suficiente una simple colaboración económica), participación en los beneficios y en las pérdidas (con propósito de lucro) y *affectio societatis*, aplicándose para la liquidación las disposiciones en materia societaria³;

c. ejercer una acción derivada del enriquecimiento sin causa, corresponde probar el enriquecimiento patrimonial del demandado, el empobrecimiento correlativo del actor, la relación causal entre ambos, falta de causa en el enriquecimiento y la inexistencia de otras vías judiciales adecuadas para el reclamo (art. 1795 CCCN)⁴.

d. alegar la interposición de persona mediante la acción de simulación, es menester probar el aporte económico conjunto o propio en la adquisición de determinado bien o bienes, no resultando suficiente la acreditación de la convivencia ni que ambos trabajaban o poseían bienes; o si invoca la existencia de un mandato oculto es exigible la prueba de la causa de la interposición.⁵

7. Todos los institutos mencionados tienen requisitos de procedencia y prueba diferentes, así como también persiguen fines disímiles, por lo que reencausar una pretensión original de compensación económica sentenciado como si la acción se tratase, por ejemplo, de una división de la so-

3 LAMM Elenora, MOLINA DE JUAN, Mariel F. (2014) Efectos Patrimoniales del Cese de las Uniones Convivenciales. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2014 – 3. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores. p. 307 – 308.

4 LAMM Elenora, MOLINA DE JUAN, Mariel F. Op. cit. p. 302 – 303.

5 LAMM Elenora, MOLINA DE JUAN, Mariel F. Op. cit. p. 305 – 306.

ciudad de hecho, no sólo es contrario a básicos principios del derecho procesal sino que desdibuja por completo el régimen patrimonial de las uniones convivenciales.

8. El art. 524 CCCN posibilita el pago de la compensación económica mediante una prestación única o una renta por un tiempo determinado con una extensión no mayor a la duración de la unión convivencial, y agrega que “puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.” Tenemos presente las amplias facultades que la ley otorga al juez en cuanto a la fijación de la modalidad de cumplimiento de la obligación que dan base a soluciones como las que la presente ponencia rechaza.

9. Citando a Roveda y Giovannetti⁶ concluyo que los jueces deben extremar los recaudos y no tomar la compensación económica como simplista de imponer justicia o equidad con prescindencia de la regulación vigente en materia de uniones convivenciales, en detrimento de instituciones jurídicas válidas y de libre opción y del orden social y la seguridad jurídica.

6 ROVEDA, Eduardo Guillermo, GIOVANNETTI, Patricia S. Comentarios a los arts. 509-528. RIVERA J., MEDINA G. (dir.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo II. Buenos Aires. La Ley. p. 87

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Por Claudia Iris Varese¹

I. CONCLUSIONES

1. El CCCN admite el condominio entre cónyuges bajo el régimen de comunidad; el matrimonio bajo este régimen siendo los esposos condóminos pueden contratar entre sí, ya que las reglas del condominio se aplican a todas las comunidades, siendo el matrimonio una comunidad de gananciales.

2. El CCCN no exige que los cónyuges que pretendan dividir el condominio sobre bienes gananciales estando bajo el régimen de comunidad tengan que hacerlo judicialmente. El código establece que si hubiere desacuerdo plantearlo judicialmente y el juez lo concederá salvo que afecte el interés familiar por lo que:

3. Una interpretación integral del articulado admite la división extrajudicial del condominio entre cónyuges cotitulares hallándose bajo el régimen de comunidad existiendo acuerdo entre ellos. Es admisible la división del condominio pues al dividir un bien ganancial, éste seguirá siéndolo, o habrá una subrogación por otro bien ganancial lo que no afectaría a la comunidad.

4. La inhabilidad del art 1.002 inc d) no impide que los cónyuges condóminos bajo el régimen de comunidad dividan el condominio y celebren convenios de uso y goce alternado exclusivo y excluyente sobre toda la cosa o una parte material de ella.

5. Título del art 471 CCCN “Bienes adquiridos conjuntamente” reemplazarse por “Bienes de titularidad conjunta”

¹ Escribana, Abogada. Docente Titular de la Universidad Notarial Argentina. Docente Adscripta Cátedra Civil III, Universidad Nacional del Nordeste. Miembro del Ateneo de Estudios e Investigaciones Científicas de D. Notarial y Registral, Colegio de Escribanos de la Prov. de Corrientes, y del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado. Coautora del Diccionario Jurídico Latinoamericano de D. Notarial y Registral, Editorial CEP Gaceta Notarial, Perú Ed. 2021; de la Enciclopedia Notarial Editorial Dykinson, Madrid, Reino de España Ed. 2022; y del Manual para Concursos Editorial ASTREA FEN, Ed. 2024

6. Autonomía de la voluntad en el CCCN, ante dos interpretaciones que se contraponen Artículo 2 del Título Preliminar del código y el art 1.002 inc d) que restringe, se concluye que ante conflicto entre una interpretación literal y una sistémica predominará la interpretación sistémica.

7. Pactos de Convivencia, mecanismo de planificación convivencial, régimen diseñado por los convivientes para establecer pautas asimilables a un régimen de comunidad, o de separación con asentimiento convivencial para la disposición de los bienes que permita causar la división y futura adjudicación en las proporciones establecidas en el pacto en caso de cese de la convivencia. Conveniencia de la escritura pública.

II. FUNDAMENTOS

1. EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

a) Introducción

Es preciso ubicarnos en el Libro Segundo del CCCN, ya que el cúmulo de derechos y obligaciones de un matrimonio del mismo o distinto sexo quedan alcanzados por los mismos regímenes patrimoniales matrimoniales en los efectos económicos, y en los mismos derechos y obligaciones en los efectos personales y no hay diferencias, estando en un pie de igualdad, libertad y autonomía de la voluntad.

Esta autonomía de la voluntad se evidencia en los efectos económicos, en las circunstancias vinculadas a los acuerdos o convenciones matrimoniales anteriores y posteriores al matrimonio.

El CCCN determina que rigen los efectos económicos del matrimonio tres sistemas: a-) El Régimen de Comunidad; b) El Régimen de Separación de Bienes; c-) y las normas obligatorias de la Vivienda del matrimonio del Libro II siendo éste régimen aplicable tanto en el sistema de comunidad como en el sistema de separación.

Cuando los contrayentes van a celebrar sus nupcias tienen la opción de someter los efectos económicos de su matrimonio a un régimen, y ese será el régimen aplicable, estos efectos económicos bajo el régimen de comunidad se determinará con forma *residual*, lo cual significa que si los futuros contrayentes no definen optar por el régimen de separación

celebrando una convención matrimonial previa al matrimonio van a estar sometidos por el Régimen de Comunidad. Las convenciones matrimoniales aunque sean anteriores al matrimonio cuando concluye la celebración en sí misma aplica a la parte económica, ya que por medio de la convención matrimonial deciden someter los efectos económicos de su matrimonio al régimen de separación de bienes; si nada dicen al momento de la celebración quedan alcanzados por el régimen de comunidad.

b) Régimen de comunidad de bienes

En este régimen los bienes se clasifican en propios y gananciales, y su enunciación está en los artículos 464 y 465 CCCN.

La calidad de los bienes gananciales la fija el artículo 470 CCCN con un principio general de que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. La titularidad de este tipo de bienes es del cónyuge que los adquiere generando una expectativa ganancial futura que le otorga al otro cónyuge derechos que serán representados por el asentimiento conyugal sobre el cincuenta por ciento del mismo.²

c) Bienes propios

El punto fundamental a tener en cuenta es la subrogación de fondos propios en inversión o reinversión para la adquisición de un bien que va a conservar esa calidad. Cuando hay inversión o reinversión de fondos propios para adquirir otro bien se plantea una subrogación real que tiene determinados recaudos para que adquiera la entidad de tal y en la escritura aclarar: -el origen de esos fondos propios; -cómo esos fondos propios le corresponde al cónyuge que los está utilizando; - y que el otro cónyuge concurra a conformar la declaración del que está adquiriendo con fondos propios para que la subrogación jurídicamente esté completa.

Si el cónyuge que está adquiriendo el bien y abonando el precio con inversión o reinversión de fondos propios no lo menciona en el acto escriturario, o bien su cónyuge no comparece en la escritura, el CCCN plantea que debe ser resuelto judicialmente; ante esta situación el notariado plantea una posición beneficiosa e interpreta que el cónyuge podrá por

² Código civil y Comercial de la Nación

escritura complementaria expresar la declaración que omitió al tiempo de la escritura de adquisición. La subrogación real “*es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados. Su función consiste, para el caso de enajenarse o perderse uno de estos elementos, en trasladar salvo intereses de tercero, de pleno derecho o por voluntad de las partes, al bien adquirido en su reemplazo, los derechos que gravaban al bien salido del patrimonio*”³

El artículo 1002 inc d) expresa que los cónyuges bajo el régimen de comunidad no pueden contratar entre sí en interés propio; no obstante está permitido: -celebrar convenciones matrimoniales bajo el régimen de comunidad; - otorgar poder al cónyuge (bajo ciertas condiciones) alcanzado por las normas del mandato; -constituir *sociedades* es decir conformarla, pero si un cónyuge luego quiere vender las acciones o las cuotas sociales al otro y están casados bajo el régimen de comunidad sí les alcanza la inhabilidad, pueden conformar una persona jurídica distinta porque no es una contratación entre ellos .

En la *fianza presenta dudas* cuando uno de los cónyuges afianza las deudas del otro, en la idea que no se está celebrando entre ellos el contrato sino que el que afianza tiene una vía tripartita con el tercero acreedor afianzado; esta situación genera dudas ante la posibilidad de que se pueda entablar una nulidad, una ineficacia de invalidez absoluta por las inhabilidades del Art 1.002 inc d), se aconseja utilizar otra vía.

d) Régimen de separación de bienes:

En este régimen los bienes que los cónyuges adquieran se denominan bienes personales, cada uno tiene la administración y disposición plena. En cuanto a los efectos patrimoniales de este régimen los cónyuges pueden celebrar todo tipo de contratos entre sí en total y absoluta libertad contractual sin limitaciones, más que lo referido a vivienda y no les alcanza las inhabilidades. Premisas:-contratación libre;-la adquisición no genera ganancialidad.

e) Régimen de la vivienda

³ LAFAILLE, La teoría de la subrogación real” JA 1942-IV-1 y ss

Es preciso no confundir el Régimen de la Vivienda del Libro II, del Régimen de la Vivienda del Libro I sucedánea de la Ley N° 14.394 Bien de Familia.

Las normas del Libro II se aplican al Régimen de Comunidad y al de Separación de Bienes refiriéndose a la vivienda matrimonial: -al régimen de administración; *-el deber de contribución pues los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el hogar y el de los hijos comunes o de los hijos de uno de ellos que convive con los cónyuges, si son menores de edad, tienen capacidad restringida o discapacidad. Se prioriza entre los cónyuges el deber de asistencia establecido por el Art 431 del CCCN como deber jurídico que vincula a los cónyuges durante el matrimonio. Como excepción se establecen los alimentos posteriores al divorcio a favor del cónyuge enfermo, o de quien no tiene recursos propios suficientes, ni posibilidad razonable de procurárselos art 434 inc a) y b)⁴*; -régimen de disposición; -régimen de solidaridad por deudas, *la responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes o de los hijos de uno de ellos que convive con los cónyuges sin son menores de edad, tienen capacidad restringida o discapacidad.⁵*; -el régimen del asentimiento conyugal: cuándo debe prestarse, de qué forma, y cual es la modalidad de prestar el asentimiento cuando se refiere a la vivienda con la prohibición de que el apoderamiento sea al otro cónyuge y sí pueda ser otorgado el apoderamiento a un tercero. *La Necesidad de contar con el asentimiento para la realización de cualquier acto dispositivo sobre los derechos de la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta y su transporte, bajo pena de nulidad.⁶*

Si la persona está casada y el régimen es ganancial, o el bien es propio pero *es la vivienda*, indefectiblemente va a tener que asentir el cónyuge no titular, y el asentimiento matrimonial es el del artículo 470 CCCN. El artículo 456 CCCN establece un sistema especial para la vivienda que tiene que ver con el otorgamiento de poderes, con la expresión personal

⁴ Karina Vanesa Salierno *Régimen Patrimonial del Matrimonio* FEN Cap. 1 p. 21

⁵ Karina Vanesa Salierno *Régimen Patrimonial del Matrimonio* FEN Cap. 1 p. 21,
22

⁶ Karina Vanesa Salierno *Régimen Patrimonial del Matrimonio* FEN Cap 1 p. 2

y declaración del cónyuge. *En el régimen patrimonial matrimonial se instala el estatuto legal forzoso de la vivienda familiar que impone la necesidad de contar con el asentimiento del cónyuge para la disposición de los derechos de la vivienda familiar o los muebles indispensables de ella (art 456) vedando en este caso la posibilidad de conferirse mandatos entre ellos conforme el artículo 459. La protección se otorga en forma independiente desde el nacimiento del matrimonio con el único requisito de que en la vivienda convivan los conyuges independientemente de la existencia de hijos menores o incapaces.*⁷ La protección de la vivienda se plasma con un amplio cuerpo normativo en el derecho internacional muy avanzado en su desarrollo con miras proteccionistas y de defensa del principio de que el derecho a la vivienda debe ser para todos.

f) División de condominio entre cónyuge

Otro de los efectos patrimoniales fuertemente controvertido plantea la división de condominio entre cónyuges casados bajo el régimen de comunidad presentándose en convergencia: -el Derecho Real de Condominio regulado en el Libro de los Derechos Reales Art 1.893 CCCN y ss; -y en paralelo el Régimen Patrimonial Matrimonial regulado en el Libro II de las relaciones de familia (Art 446 y sgtes CCCN). Se desenvuelven paralelamente pero presentan puntos de contacto en cuanto a los efectos patrimoniales. Los cónyuges al ser cotitulares de un bien se colocan en presencia de estos dos regímenes con una aparente colisión ante la prohibición de la contratación entre ellos en interés propio bajo el régimen de comunidad, inhabilidad regulada en el Art 1.002 inc d) del CCCN. Y no existe en el código un artículo que sostenga que los cónyuges pueden dividir el condominio como una suerte de excepción a esta prohibición de contratar; entonces como una primera conclusión pareciera que la respuesta es negativa.

Como un primer efecto entre ambos regímenes es la aplicación subsidiaria de las normas del condominio a otros tipos de comunidades (Art1.984 CCCN), y precisamente la comunidad a la que subsidiariamente se le aplica la regulación del condominio es a la comunidad de gananciales (Art 463 del CCCN y sgtes); por lo tanto resulta claro que si los cónyuges pretenden dividir un condominio de bienes propios no existe obstáculo,

⁷ Karina Vanesa Salierno Régimen Patrimonial del Matrimonio FEN Cap 1 p. 22

tienen libre administración y disposición y no hay inconveniente para dividir aún siendo cónyuges, se rigen por la normativa del condominio y es intrascendente la normativa del régimen patrimonial matrimonial.

El CCCN reconoce el Derecho Real de Condominio entre cónyuges ya sea recayendo sobre bienes propios o sobre bienes gananciales, Arts 464, 465, 471, 472, 506. Fabiana Carlucci sostiene que dentro del régimen de comunidad, aquellos bienes bajo titularidad exclusiva de uno de los cónyuges no implica un condominio sino solo *“una comunidad en expectativa respecto de la mitad de los bienes gananciales del otro. El derecho sobre esos bienes se va a concretar recién al momento de su disolución; por eso se habla de una comunidad diferida.”*⁸

-El segundo efecto se observa en el modo de partir estas comunidades de distinta naturaleza: el Condominio y la Comunidad de Gananciales Arts 1.996, 500, 2.363, y sgts CCCN.

-El tercer efecto surge de las facultades de uso y goce del condómino, (Arts 1.986, 1.987 y conc. CCCN) similares a la del cónyuge sobre bienes comprendidos en la comunidad de ganancias⁹. En el uso, en materia de comunidad hay una gestión separada por el cónyuge titular; y si el inmueble es de titularidad de ambos el uso le corresponde a los dos, siempre y cuando no alteren el destino y no desvirtúen las facultades del otro cónyuge, art 484 CCCN.

Mismo criterio se aplica en materia de condominio, el uso en principio le corresponde a todos los condóminos (art.1.986 CCCN) y aquí cabe hacer un primer paréntesis: - artículo 1.988 si se ha admitido el uso exclusivo de uno de los condóminos y no se hizo oposición, no podría reclamarse una indemnización por el tiempo por el cual se permitió el uso exclusivo; - y segundo, hace viable la celebración entre los cónyuges bajo el régimen de comunidad de los llamados convenios de uso y goce alternado exclusivo y excluyente sobre toda la cosa o sobre una parte material (art 1987 y sgtes CCCN). Para admitir que estos convenios puedan celebrarse entre los cónyuges no obstante la prohibición del art. 1.002 inc.d) es que

⁸ Carlucci Fabiana, “Condominio en los bienes gananciales. Principales problemas. , RDF 115,62, Cita:TR LA LEY AR/DOC/1273/2024. Conc. Camara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 2 Nominacion de Rio Cuarto, “A.,D.O.c. A.,O.” LLC,2000-75

⁹ Art 484 CCCN Durante la indivision postcomintaria continúan las mismas facultades

estos convenios generan es un derecho personal que está vinculado solo a la utilización de la cosa, una atribución propia que tiene todo condómino; y no habría objeción para que los condóminos, cónyuges bajo el régimen de comunidad celebren entre sí estos convenios de uso y goce alternado de la cosa común o se ejercite de manera exclusiva y excluyente.

- Otro efecto patrimonial son las deudas de los comuneros: en un inmueble de cotitularidad de ambos cónyuges, el que contrae la deuda es quien tiene la responsabilidad de pagarla (art 467), pero esta responsabilidad de la gestión de quien contrae la deuda no alcanza algunos aspectos solidarios como son las necesidades ordinarias del hogar, los gastos de la educación, alimentación de los hijos (arts 461,455 y conc.CCCN), gastos de conservación de las cosas comunes (art 467 y spts CCCN) que deben ser cubiertos por ambos.

-Y otro efecto no menos importante se refiere a los cónyuges condóminos que responden con toda la cosa de acuerdo a la normativa general de la responsabilidad del guardián y dueño respecto de las indemnizaciones por los daños derivados de la cosa común (art 1758 y conc. CCCN).

g) Bienes adquiridos conjuntamente

El art 471 del CCCN se refiere a la adquisición conjunta por los cónyuges dentro del régimen de comunidad y establece una mecánica que se podría enlazar con el art 506 del CCCN, siendo que éste último se encuentra dentro del Régimen de Separación de Bienes. Este artículo 471 cuyo título se refiere a bienes que adquieren conjuntamente los cónyuges parece referirse a una “adquisición conjunta” donde en el mismo acto cada cónyuge adquiere una parte indivisa del mismo bien. Quedaría comprendido también el supuesto de que uno de los cónyuges compre un 50% en un acto, y luego su cónyuge por otro acto adquiere el 50% restante, aquí existe un condominio entre cónyuges que han adquirido partes indivisas en momentos diferentes (no en forma conjunta) y sin embargo se le aplica el art. 471 CCCN.

Se sugiere reemplazar el título del artículo 471: “Bienes adquiridos conjuntamente”, por el de “Bienes de Titularidad Conjunta”.

Otro punto a analizar del artículo 471 CCCN es la última parte del primer párrafo: “... *En caso de dicenso entre ellos el que toma la iniciativa*

del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los terminos del articulo 458”.

La autorización judicial a la que se refiere se limita: - a los supuestos de no obtención del asentimiento conyugal?; o se refiere al supuesto en que al mismo tiempo autoriza la transferencia de la parte indivisa del cónyuge que no presta el asentimiento?

La redacción del artículo plantea dudas de lo que pretende el cónyuge que desea realizar el acto que el otro rechaza, no es claro si la autorización a la que se refiere el artículo 471 es solamente para que el juez preste el asentimiento respecto de la parte indivisa del que quiere realizar el acto; o, si la autorización se extiende también para que se administre y disponga de la parte del cónyuge renuente.

Por otro lado, el artículo 458 al cual remite es una norma que se refiere a casos en que no se pueda obtener el asentimiento conyugal porque el cónyuge esta ausente, o sea incapaz, o con capacidad restringida, o imposibilidad temporaria, entonces haciendo una interpretación literal de la última oración del primer párrafo del art. 471 y remisión al art. 458 pareciera que si el cónyuge no está de acuerdo, el otro puede pedir la autorización judicial para realizar ese acto de administración o disposición, o bien solamente para suplir el asentimiento conyugal respecto de su parte indivisa.

Se sugiere no hacer una interpretación literal del art 471 sino tomarlo integralmente, es claro como empieza el artículo cuando dice la administración y disposición debe ser conjunta de ambos cónyuges, refiriéndose a la parte indivisa de ambos, y si a esto se suma el derecho del condómino a pedir en cualquier momento la partición (art 1999), y el derecho en expectativa que menciona Fabiana Carlucci pareciera que es lógico extender esta autorización judicial del art 471 no solamente para pedir que el juez supla el asentimiento conyugal sobre la parte indivisa del que quiere disponer, sino tambien sobre los actos de administración y disposición del otro cónyuge; el juez resolverá conforme al interés familiar, lo concederá si éste no está comprometido y si el inmueble no es sede de la vivienda protegida.

Admitir que la autorizacion judicial se pueda extender no solamente para suplir el asentimiento conyugal que se necesita del cónyuge que no lo quiere prestar, sino ademas para administrar y disponer la parte indivisa del conyuge renuente, genera controversia

El art 471 CCCN expresa que a las partes indivisas de dichos bienes se le aplica los dos artículos anteriores refiriéndose al art. 469 (bienes propios) y al art. 470 (bienes gananciales) que requieren asentimiento conyugal en determinados casos y aún en los bienes propios si es vivienda protegida. Al hacer esa remisión a “los dos artículos anteriores”; quizás el legislador quiso remitirse a la prioridad en la adquisición de la parte indivisa, cuando un cónyuge adquiere como bien propio un porcentaje y por esa prioridad es propio el porcentaje que adquiera con posterioridad; quizás quiso expresar que en estos bienes de titularidad conjunta se aplican los dos artículos anteriores pero hubiera agregado dentro del artículo lo referente a la prioridad en la posterior adquisición de partes indivisas.

La partición del condominio y de la comunidad de ganancias se rigen por el articulado de la partición de herencia (arts 1.996, 500 y conc. del CCCN) y éstas (art 2.363) dan las indicaciones en cuanto a:- extensión: total o parcial (art 2.367); especies: partición privada (art 2.369 para mayores, capaces y estén de acuerdo), o partición judicial (art 2.371, para los casos de disenso, incapaces, capacidad restringida o quienes se oponen a la partición y tengan interés legítimo); -los modos de partir 2.372- 2.374-2.377-2.380-2.381 todos del CCCN.

El CCCN ha regulado la inhabilidad de contratación de los cónyuges entre sí casados bajo el régimen de comunidad en art 1.002 inc d) en los Contratos en General (Titulo II del libro Tercero) y no en la compraventa como en su precedente regulación¹⁰; generando contradicción entre una interpretación literal y el ámbito de autonomía de la voluntad prevista por el legislador. El deber de aplicar una interpretación sistémica del cuerpo legal (art 2 CCCN)¹¹. El Art 1.002 inc d) se utiliza literalmente sobre todo por los registradores defendiendo la aparente colisión que genera; el legislador del CCCN ha otorgado una importante relevancia a la autonomía de la voluntad, mientras que el art 1.002 inc d) restringe; por lo que frente a dos interpretaciones que se contraponen como el Art 1.002 inc. d) y el Artículo

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo, “Código civil y Comercial de la Nación Comentado”, Edit Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2015, Tomo V, pág. 708

¹¹ Bono Gustavo, “ Los conyuges frente al condominio y la union, anexion o subdivision de inmuebles” Revista Notarial 2016/01, Colegio de Escribanos de Cordoba pag. 361

2 del Título preliminar del código se resuelve que cuando hay conflicto entre una interpretación literal y una interpretación sistémica predominará la interpretación sistémica.

2. UNIONES CONVIVENCIALES

Cuando irrumpen en el derecho argentino generan una sensación de bienestar ya que no existía regulación alguna y quedaban los concubinos desprotegidos frente a la muerte o ante la frustración de ese vínculo, por ello se la entiende como un avance importante de la legislación argentina que recogió una situación real de la comunidad y la plasmó en la legislación con miras protectorias. El régimen de la convivencia se aplica ministerio legis, va más allá de la voluntad de las partes y tiene que ver con un período de convivencia junto a otra persona con eficacia afectiva, en una convivencia singular, permanente, pública por un plazo mínimo de dos años para considerar que esas normas se le aplican. Lo más importante es que la norma dice dos años de convivencia y luego de este período con las características mencionadas, ameritan estar en unión convivencial, quedando alcanzados por normas que tienen finalidad protectoria, y luego de este período nace para ambos la protección respecto: -a las deudas porque van a ser solidarias, - y participación en lo atinente a la vivienda convivencial, y si la unión está registrada el conviviente deberá prestar el asentimiento convivencial. Estas situaciones son generadas por el acercamiento de una vinculación plenamente de hecho a una vinculación jurídica como el matrimonio, pero sin serlo.

Dos aspectos importantes a tener en cuenta por los efectos patrimoniales que genera y son: -la registración; - y los acuerdos convivenciales o pactos.

a) *Registración*

¿La registración de la unión convivencial surte efectos patrimoniales trascendentes en la vida de los convivientes, o no surte efectos trascendentes? La unión se inscribe al solo efecto probatorio, su antigüedad se prueba con la registración y con la eficacia que tiene esta registración respecto del asentimiento convivencial, y cuando no está registrada se prueba por cualquier medio. La diferencia entre estar registrada o no estarlo radica en el acto de prestar el asentimiento que se debe prestarlo cuando está registrada la unión, no solamente para el acto dispositivo de la vivienda

convivencial de titularidad registral de uno de los convivientes, sino también para la disposición de la vivienda regulada en el Libro I.

Se presta el asentimiento convivencial: -cuando se trata de un acto dispositivo del inmueble que es de propiedad de uno de los convivientes y el otro concurre al acto y presta el asentimiento convivencial en caso de que haya una registración de la unión, (se observa en la práctica notarial cada vez mas incorporar el asentimiento convivencial aún en casos de no registración de la unión); - y cuando hay registración de la convivencia y el inmueble está afectado a Régimen de Vivienda del Libro 1, aquí el conviviente presta el asentimiento convivencial en la desafectación. El conviviente puede otorgar poder al conviviente titular para prestar el asentimiento convivencial, pues no tienen prohibido contratar entre sí.

b) Los pactos o acuerdos convivenciales

Los términos en que se redacten los pactos es primordial ya que en ellos puede existir la libertad de pactar que en caso de frustración de la convivencia el inmueble se adjudique al otro conviviente, por cuanto el acuerdo convivencial puede determinar que al tiempo de la frustración de la convivencia existan beneficios económicos que surgen del régimen de compensaciones. El derecho de compensación tiene un plazo de seis meses para ser exigido, y la compensación que le deba un conviviente al otro no puede ser mas extensa que el tiempo de duración de la convivencia, salvo pacto en contrario derivado de la autonomía de la voluntad y la libertad.

Los acuerdos no tienen límite de contenido, siempre y cuando no atenten contra la moral, las buenas costumbres y el orden publico; puede ser modificado cuantas veces deseen, e inscribrilo no solamente en el Registro Civil y Capacidad de las Personas sino tambien en los registros correspondientes de acuerdo a la naturaleza de los bienes. Inscribir los pactos sin inscribir la Unión convivencial? el código de fondo no lo prohíbe.

La convivencia no marca ningún tipo de “ganancialidad” con las ganancias, ni ningún tipo de derechos sobre los bienes del otro, está totalmente separado y no hay nada que los vincule.¹² Pero sí se vincula con la vivienda convivencial y con la limitación de la transmisión de la misma

¹² Fallo: “MSB vs GMR s/División de Bs. UC”. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial: (Confirma la sentencia) (CCCL, Curuzu Cuatia, Corrientes; 19/06/2029; Rubinzal Online; 15327/2017; RCJ 6853/19)

libremente, de los muebles indispensables, y del régimen de las llamadas deudas solidarias. El conviviente supérstite tiene Derecho de Habitación por dos años, lo mismo ocurre con las locaciones pudiendo el conviviente permanecer por el plazo de la locación; no tiene ningún derecho sucesorio con lo cual si un conviviente quiere dejar protegido al otro podrá por vía testamentaria, o beneficiarlo por acto entre vivos con un usufructo ya que no existen inhabilidades para contratar entre ellos. Ante el cese de una unión convivencial el conviviente no podrá desalojar al otro de la vivienda familiar mediante el juicio de desalojo, deberá recurrirse a un proceso de familia 13.

La libertad imperante hace posible establecer acuerdos convivenciales que pueden ser ejecutables frente a los herederos del conviviente que se ha obligado y en consecuencia tienen eficacia mas allá de la vida de este último. La conveniencia de realizar los acuerdos convivenciales por escritura publica se instala, aunque la norma no lo exija, ya que ante conflictos podrán ejecutarlos sin mas; realizarlos por instrumento privado surten efectos, pero se podría generar la oponibilidad del instrumento privado y tener que plantear un reconocimiento forzado de las firmas. Consejo de práctica y por seguridad jurídica realizar la instrumentación por escritura pública.

En los pactos al crear el régimen patrimonial de la unión convivencial se puede hacerlo similar al régimen de comunidad del matrimonio, con extrema libertad en la redacción para referirse a bienes que sean fruto de esa unión convivencial, se puede establecer la exigencia del asentimiento para la disposición de cualquiera de esos bienes (art 509 y siguientes del CCCN); o qué hacer con los demas bienes de titularidad de ambos ante el cese, y haciendo uso de la autonomía de la voluntad pactar plazos aun mayores que los establecidos con miras a evitar conflictos que lesionan la familia y la integridad emocional de los hijos menores o incapaces.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS PATRIMONIALES DE DERECHO DE LAS FAMILIAS: EL CASO DEL MATRIMONIO Y LAS UNIONES CONVIVENCIALES

Por Guillermina Zabalza¹ y M. Victoria Schiro²

I. CONCLUSIONES

1. La perspectiva de género (a semejanza de lo que ocurre con el interés superior del niño en la Observación General Nro. 14), es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento; y ello puede apreciarse en el marco de los procesos de Derecho de familias.

2. Los procesos patrimoniales apreciados en perspectiva de género, permiten otorgar visibilidad y posibilitar la garantía de los principios propios del proceso de familia vinculados, entre otros, al acceso a la justicia, las cargas probatorias dinámicas, la organización de la competencia.

3. Constituye una obligación estatal el deber de debida diligencia reforzada frente a situaciones de violencia económica y patrimonial que surjan en los procesos patrimoniales de Derecho de Familias, como los vinculados al matrimonio y las uniones convivenciales.

4. El deber de debida diligencia reforzada incluye asimismo el acceso a la justicia, que puede manifestarse en desplazamientos de la competencia territorial o en hacer ceder el fuero de atracción de procesos universales.

¹ Doctora en Derecho. Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho de Familias y de Derecho Sucesorio, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; mail: guiyito14@gmail.com

² Doctora en Derecho, Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho Sucesorio y de Derecho de Familias, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; mail: mvschiro@gmail.com

II. FUNDAMENTOS

1. EL PROCESO DE FAMILIAS DE ÍNDOLE PATRIMONIAL EN PERSPECTIVA DE GÉNERO

a) Nociones generales

El Código Civil y Comercial de la Nación³ comprende dentro de su normativa una serie de principios procesales que poseen como criterio hermenéutico de interpretación el principio de igualdad en el abordaje de los diversos conflictos y procesos de familias. Se materializan entonces, nuevos cauces en dichos procesos que visibilizan un nuevo Derecho procesal, cuya axiología encarna el principio de convencionalidad. Indica Famá que “esta necesaria transformación del proceso de familia conlleva la humanización de las formas y principios procesales tradicionales que responden al sistema adversarial o litigioso... Uno de los principios más arraigado en el viejo orden procesal que es puesto en crisis en aras de esta humanización es el principio dispositivo, o, mejor dicho, el aprovechamiento de la aplicación estricta de este principio por parte de los litigantes, dando lugar a situaciones abusivas que entorpecen el proceso, potencian la hostilidad entre las partes e inciden negativamente en la búsqueda de la ‘verdad’ para la solución justa del caso”⁴.

Esta mirada convencional y humanista del proceso de familia, requiere ineludiblemente poner en acto la perspectiva de género, como los marcos teóricos que implican “i) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres; ii) que estas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas, y iii) que ellas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión”⁵.

³ En adelante CCyCN

⁴ FAMÁ, María Victoria. “Alcances del principio de oficiosidad en los procesos de familia”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Nro. 69, 2015, AR/DOC/4818/2015. p. 154.

⁵ GAMBA, S. (coord.) (2007), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, Buenos Aires, Biblos, como se cita en RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina. “La cuestión del

En efecto, las instituciones familiares no son inocuas para el presente y destino económico de las mujeres. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha mostrado preocupación “*por las consecuencias económicas para la mujer del matrimonio, el divorcio, la separación y la muerte ha ido en aumento. Los estudios realizados en algunos países han puesto de manifiesto que, mientras que los hombres suelen experimentar pérdidas de ingresos pequeñas, incluso mínimas, después del divorcio o la separación, muchas mujeres experimentan una reducción sustancial de los ingresos del hogar y una mayor dependencia de la asistencia social, cuando existe. En cualquier parte del mundo, los hogares encabezados por mujeres tienen más probabilidades de ser pobres (...) Pese a las contribuciones de la mujer al bienestar económico de la familia, su inferioridad económica se refleja en todas las etapas de las relaciones familiares, debido a menudo a las responsabilidades que asumen respecto de los dependientes*”⁶.

El CCyCN comprende principios y reglas procesales de un derecho de familias en clave convencional y constitucional, cuyo eje de protección es la persona humana y fundamentalmente la persona en contextos de vulnerabilidad. Por ello, el art. 706 del CCyCN toma un rol protagónico en esta protección especial a través de la enunciación de los principios rectores en el proceso de familia y respecto de la labor del Juez como operador clave para la materialización real de la tutela judicial efectiva. Dentro de este quehacer de la labor judicial, se torna vital aplicar la perspectiva de género, exigiendo un permanente análisis y revisión de las valoraciones y creencias a fin de detectar cuándo inciden en las decisiones los estereotipos que impensadamente están incorporados en el acervo personal y colectivo⁷. Así, la perspectiva de género (a semejanza de lo que ocurre con el interés superior del niño en la Observación General Nro. 14), es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una

cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico?”, *Revista CEPAL* N° 106, abril 2012, p. 24. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/37365-revista-cepal-no106>

⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución)*, párr. 4.

⁷ ROTONDA, Adriana. “Comentarios al Capítulo 1 del Título VIII Procesos de Familia,” en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, *Código Civil y Comercial de la Nación y Leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Buenos Aires: Editores del Sur. p. 556

norma de procedimiento; y ello puede apreciarse en el marco de los procesos de Derecho de familias.

El análisis de la adecuación al bloque de constitucionalidad federal de la regulación del Código Civil y Comercial sobre efectos patrimoniales del matrimonio y las uniones convivenciales, ello debe complementarse con una interpretación y aplicación del plexo normativo que asuma tal marco teórico y detecte en la práctica aquellas situaciones que responden al contexto socio cultural opresivo al que han sido sometidas históricamente las mujeres en el ejercicio de sus derechos. La labor de los operadores jurídicos será de central importancia, y en particular la adopción de medidas que le cabrá como obligación al poder judicial en los casos de esta naturaleza que le toque resolver, y deberán tener como norte morigerar las consecuencias de tal desbalance de poder que la estructura patriarcal ha determinado en la práctica. Nos situaremos en el proceso de familias de tipo patrimonial, en particular en el acceso a la justicia, la prueba.

b) Acceso a la justicia en los procesos patrimoniales en perspectiva de género

La garantía de acceso a la justicia para hacer efectiva la compensación económica, ha tenido desarrollo jurisprudencial cuando se planteó el tema de la caducidad prevista en el artículo 525 del Código Civil y Comercial. En particular, un decisorio señero al respecto, fue el de la Cámara neuquina dictado en 2018⁸. Parte de una situación fáctica en la que mediaron situaciones de violencia contra la mujer que determinaron el retiro del hogar y el cese de la convivencia, y donde la solicitud de la compensación económica acaeció ya extinto el plazo de caducidad establecido legalmente. La sentencia neuquina entendió que las disposiciones del CCyCN en materia de caducidad deben interpretarse en un diálogo de fuentes, que no puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad y con la Convención sobre la eliminación de todas las

⁸ Cámara de Apel. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería. Neuquen, Neuquén, autos M. F. C. c/ C. J. L. s/ compensación económica, 06/07/2018, http://www.saij.gob.ar/camara-apel-civil-comercial-laboral-mineria-local-neuquen---compensacion-economica-fal8070001-2018-07-06/123456789-100-0708-lots-eupmocsollaf?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-provincial

formas de discriminación contra la mujer y, en especial, con la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Otro supuesto que pone en acto la necesidad de apreciar en perspectiva de géneros el acceso a la justicia de la conviviente para reclamar derechos económicos, está dado por habilitar la posibilidad de que inicie el proceso sucesorio a efectos de peticionarlos en su marco. Convencidas de que en tales casos opera el fuero de atracción sucesorio, cabe reconocerle legitimación para iniciarlo en calidad de acreedora de la compensación económica así como de las prestaciones que pudieron haberse fijado en un pacto de convivencia⁹.

Cuando el cese de la convivencia tiene por causa la muerte, nos presenta una particularidad: aquello que no fue un conflicto en vida de los convivientes, puede devenir en uno cuando la muerte determina el fin de la relación de pareja pero el inicio de otros vínculos que forzada y transitoriamente deberán forjarse para dar lugar a la satisfacción patrimonial pretendida¹⁰. El escenario de desarrollo de los mismos será el proceso sucesorio, y abrir paso a que la conviviente dirima allí sus pretensiones parte de considerarla acreedora del causante, legitimada entonces para iniciar el proceso sucesorio, esto es, garantizarle el acceso efectivo a la justicia para hacer valer sus derechos¹¹.

c) La prueba en perspectiva de género

⁹ ARTICULO 514.- Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

- a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;
- b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;
- c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

¹⁰ SCHIRO, María Victoria. Implicancias patrimoniales del cese de las uniones convivenciales por causa de muerte. en *Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia* / María Mercedes Brandone ... [et al.]; coordinación general de Yamila Cagliero - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019. p. 121.

¹¹ Puede verse: "T., A. B. C/ M., S. M. y otro/a s/ materia a categorizar". Juzgado de familia N° 5 - La Matanza

Una de las manifestaciones actuales de este cambio de perspectiva al momento de la producción de la prueba, que ponen en evidencia las consecuencias disvaliosas de una distribución de roles que responden a un contexto patriarcal y colocan a una de las partes en situación de vulnerabilidad frente al proceso, está dado por la producción de la prueba en el marco de los procesos de liquidación de comunidad de ganancias. Observa Rotonda que “la amplitud y la flexibilidad probatoria evocan, asimismo, el principio del llamado favor probationes, o visión judicial tendiente a favorecer la admisión, producción y valoración de la prueba, por cuanto en los procesos familiares una gran cantidad de hechos o situaciones son de difícil acreditación”¹². El principio de las cargas probatorias dinámicas, en virtud del cual el deber de probar ya no reside en quien invoca un hecho determinado, sino en cualquiera de las partes que se encuentre en mejores condiciones de acreditar la circunstancia controvertida¹³, enmarca aquellas circunstancias en las cuales la diversidad de roles económico familiares, impide la posibilidad de desplegar una actividad probatoria tendiente a acreditar los pormenores de la actividad patrimonial del cónyuge, que a la postre, definen la participación o su definitiva frustración. De esta manera se desplaza el esfuerzo probatorio hacia la parte más fuerte en la relación procesal, en vinculación con la actividad probatoria. Un decisorio del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 92 penetra en el entramado del vínculo y en las circunstancias que lo rodearon, para evaluar los dichos y probanzas de las partes en un proceso de esta naturaleza¹⁴. El fallo estima como la parte más vulnerable del matrimonio a la cónyuge, vulnerabilidad que se proyecta en el proceso y en la capacidad de producir prueba, por lo que corresponde analizar desde tal perspectiva la prueba aportada. Así, la sentencia expresa que nos hallamos frente a un matrimonio

¹² ROTONDA, Adriana. “Comentarios al Capítulo 1 del Título VIII Procesos de Familia”, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia. *Código Civil y Comercial de la Nación y Leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Buenos Aires: Editores del Sur. p. 629; citando a KIELMANOVICH, Jorge. *Procesos de familia*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 21.

¹³ GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela. “Comentarios del artículo 710”, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián. *Código civil y comercial de la Nación comentado*, T. II, 1a ed., Buenos Aires: Infojus, 2015. p. 573 y ss.

¹⁴ Juzg. Nac. Civ. N° 92, 29/03/2021, “M. L. N. E. c/ D. B. E. s/liquidación de régimen de comunidad de bienes” (sentencia no firme). Recuperado de: <https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2021/05/liquidacion-de-la-comunidad-de-bienes.html> Fecha de obtención: 04/05/2021.

que se estructuró sobre la base de un esquema tradicional de poder donde el dinero era administrado e invertido unilateralmente por el hombre, sin participar ni rendir cuenta alguna de su empleo a la mujer, siendo una muestra de ello el destino de las rentas percibidas por el alquiler de un local calificado como propio del ex esposo. Una serie de indicadores reseñados en el fallo, analizados a la luz de los principios de la carga probatoria dinámica y la necesidad de juzgar con perspectiva de género, permiten a criterio de la juzgadora desvirtuar la presunción en la que se ampara el demandado de haber consumido los alquileres en gastos de la comunidad (de hecho, la jueza advierte que “El demandado se ampara en dicha presunción adoptando -al igual que frente al resto de los reclamos de autos- una posición de relajo probatorio, en contra del principio de las cargas probatorias dinámicas, hoy reconocido expresamente por el art. 710 del CCyC...”); por el contrario, resulta a su criterio evidente que el demandado atesoró para sí las sumas percibidas en concepto de alquiler durante la convivencia y tras la separación de los cónyuges, sin participar a la actora de su derecho sobre los frutos gananciales. Por tanto, entiende que corresponde incluir dentro del acervo ganancial a liquidar todas las sumas percibidas en concepto de alquiler.

d) La competencia y su funcionamiento en perspectiva de género.

La consolidación del respeto y garantía de los derechos de mujeres y disidencias sexuales requiere no sólo que los principios y reglas contenidos en la legislación denominada “de fondo” se adecúe a los estándares emanados de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos. También las normas procesales deben ajustarse a los mismos, pues es el Estado, en sus diferentes estamentos, el que asume la responsabilidad de remover los obstáculos que históricamente determinaron las condiciones de destitución de tales grupos en situación de vulnerabilidad. Tales situaciones de vulnerabilidad exigen una tutela diferenciada también en relación a la determinación de la competencia, no sólo como pauta normativa general, sino a partir de su funcionamiento en el caso concreto.

De Cesaris efectúa un análisis muy interesante vinculado a situaciones en las que el concurso preventivo es iniciado por quien no se encuentra en cesación de pagos, y que tiene como finalidad impedir el cobro

de los créditos de origen familiar¹⁵ (podemos pensar en créditos reconocidos en el marco de una liquidación de comunidad de ganancias, como aquellos derivados de la compensación económica, alimentos para la ex cónyuge o los hijos, etc). Al respecto, cita a Spagnolo cuando afirma que “...la tutela del crédito, la condición de vulnerabilidad de la mujer, y el orden público familiar se encuentran por encima del orden público concursal”¹⁶. En la misma línea Gabriela Boquin refiriéndose a los créditos “de género” en los procesos concursales, en los cuales incluye el crédito por alimentos, el crédito de las mujeres por hechos de violencia (vg. indemnización por daño producido por abuso sexual), compensación económica, entre otros, sostiene que “una sentencia con perspectiva de género debería considerar esos créditos como extraconcursoales en caso de acuerdo preventivo, y de pago prioritario o con privilegio en caso de falencia, fundándose en las normas del bloque federal ya enunciadas, teniendo en cuenta que la violencia económica es una forma más de violencia contra la mujer”¹⁷.

En este sentido, traemos a estudio una sentencia de Luján de Cuyo del año 2022¹⁸. Se presenta el Juzgado de Familia Nro. 10 de Luján de Cuyo, Mendoza por parte de la ex cónyuge, la inhibitoria del Tribunal de Virasoro, Corrientes para resolver las cuestiones relativas a la liquidación de la comunidad de ganancias, iniciadas por el Sr. R. E. N., solicitando se declare la inconstitucionalidad por inconveniencia del art. 717 del CCyC, y su correlativo art. 16 inc. d de la ley 9.120 que organiza la competencia territorial y en consecuencia, que el tribunal mendocino (donde ella se encuentra radicada junto a sus hijos) asuma la competencia en la causa.

¹⁵ DE CESARIS, María Cristina, “Insolvencia y derecho patrimonial del matrimonio. Un análisis con perspectiva de género”, en DECONOMI, Año V, Nro. 16, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/ediciones-anteriores.php> p. 13.

¹⁶ DE CESARIS, María Cristina, “Insolvencia y derecho patrimonial del matrimonio. Un análisis con perspectiva de género”, Op. cit., p. 14-15.

¹⁷ BOQUIN, Gabriela, “Perspectiva de género en la normativa y los procesos comerciales “en HERRERA, Marisa- DE LA TORRE, Natalia (Coordinadoras) *Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad* Editores del Sur, CABA, 2021, p. 589, citada por DE CESARIS, María Cristina, Insolvencia y derecho patrimonial del matrimonio. Un análisis con perspectiva de género, Op. cit., p. 15-16.

¹⁸ 10mo Juzgado de Familia GEJUAF Luján de Cuyo Provincia de Mendoza, 6/4/2022, “P., N. R. C/ N., R. E. P/ INCIDENTE (INHIBITORIA ART. 11 DEL CPCCYT)”. Revista Género y Derecho actual, Nro. 6, Diciembre 2022

Relata que “el matrimonio se organizó en conforme a los estereotipos patriarcales asociados al contexto socio-familiar de estilo “feudal” donde los roles de cada uno de los cónyuges fueron determinados de modo intransigente por el Sr. N. y su “clan”, caracterizados por la existencia de una discriminación sesgada por razones de género. En su calidad de empresario e hijo de la acaudalada familia, N. “condujo el hogar” en forma autoritaria y ejerció todo tipo de malos tratos hacia la Sra. P., muchas veces asociado al excesivo consumo de alcohol y sustancias adictivas”. Manifiesta que acordaron que la progenitora y los hijos de la pareja se radicarían en la Provincia de Mendoza, haciéndose cargo el progenitor de todos los gastos del sostenimiento de la familia, en cuanto la actora había pospuesto su desarrollo profesional y laboral para dedicarse a la misma. Aduce que pensó que la distancia física iba a servir como un escudo de protección frente a la violencia psicológica, económica y moral ejercida por N. Que sin embargo ello no ocurrió, razón por la que solicitó una medida de protección a favor de su persona encontrándose bajo tratamiento psicológico por derivación del Consejo de la Mujer de Luján de Cuyo. Relata que, dada la situación de agobio económico y el incumplimiento de los compromisos asumidos por N. a la fecha de la separación, -entre otros el de comprar una casa para que pueda vivir con sus hijos y no tener que pagar un alquiler- tuvo que solicitar en los autos una contribución alimentaria para ella para cubrirlos, y también una petición de aumento de cuota alimentaria para sus hijos. En ese contexto, el Sr. N. inició el divorcio unilateral en Corrientes, proceso al que la señora no compareció por dos razones: el temor a sufrir represalias hacia su persona (dado que en aquella provincia su ex esposo y su familia gestionan y manejan como si fueran “los dueños”) y, por la imposibilidad de asumir los costos de un viaje y los que le insumiría contratar un patrocinio letrado en aquella provincia. El fallo no declara la inconstitucionalidad del art. 717 CCyCN y hace lugar al pedido de inhibitoria de la mujer. Entiende para ello que la perspectiva de género es una forma de concretar un mandato constitucional-convencional que obliga al Estado argentino, y que adquirió plena efectividad sobre todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación, en función de lo dispuesto en los arts. 1, 2, 3 del propio cuerpo legal, dada la centralidad que adquieren los derechos humanos en la interpretación y aplicación de las normas. Por ello la pregunta ante el conflicto de competencia planteado sería cuál de los jueces estará en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales de esta mujer víctima de violencia y carente de recursos para afrontar un litigio en otra provincia. Por ello, teniendo por acreditadas las alegaciones

antes expuestas de la actora, acoge su pedido, entendiendo que el rechazo de la inhibitoria implicaría condenar a la mujer víctima de violencia a ser revictimizada, por lo que no puede avalarse desde la justicia un accionar que constituiría violencia institucional.

2. DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA REFORZADO ANTE LA VIOLENCIA ECONÓMICA EN LOS PROCESOS PATRIMONIALES VINCULADOS AL MATRIMONIO Y AL DIVORCIO

a) Violencia económica y deber de debida diligencia. Aspectos conceptuales

La diversidad de circunstancias de afectación de la situación patrimonial de las mujeres en contexto familiar, puede presentar situaciones que configuran violencia de género. Como expresa Molina de Juan, una de las formas en que se manifiesta este complejo y polifacético fenómeno, quizás la más oculta y silenciosa, es la que se desenvuelve en el terreno económico¹⁹. Conforme la ley 26.485, la violencia económica y patrimonial es “la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo” (art. 5, inc. 4º).

El esquema de roles fijos y rígidos de hombre proveedor/madre cuidadora en el hogar, con una clara dependencia económica, determina la resistencia a renunciar a los privilegios patriarcales que supone ser el dueño de los medios económicos, bajo el entendimiento de que quien provee el dinero, pone las reglas. Y este fenómeno puede observarse tanto en el marco de una comunidad de ganancias, donde al momento de su disolución y liquidación tal cosmovisión de naturaleza patriarcal se refleja en la

¹⁹ Molina de Juan, Mariel F., “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, *LA LEY* 28/06/2017, 4 - *LA LEY* 2017-D, 15. Cita Online: AR/DOC/1586/2017.

resistencia a “compartir” lo que se entiende ganado exclusivamente en base al propio esfuerzo, sea en el contexto donde, independientemente del régimen aplicable, y de que la unión de pareja sea convivencial o matrimonial, no se concibe espontáneamente el recurso a una herramienta equilibradora como la compensación económica y ésta debe dirimirse en un marco litigioso. De igual modo, frente a la distribución de bienes luego del cese de la unión convivencial, cuando no exista una exteriorización formal del aporte de ambas partes, e incluso cuando el escenario del conflicto sea el proceso sucesorio frente a la muerte de un conviviente, y sea el supérstite quien tenga que dirimir su pretensión en un marco subjetivamente complejo. En un extremo de tales conductas, se presentan las acciones fraudulentas tendientes a privar de la participación en los bienes gananciales al cónyuge y de esa manera frustrar su expectativa²⁰; o bien en otras conductas, también constitutivas de violencia económica, que quedan demostradas en el proceso y que incluso se despliegan dentro del proceso de que se trate.

Como ejemplos de lo expuesto, podemos acercar algunos precedentes que reflejan la aplicación del deber de debida diligencia estatal en los casos de violencia económica y patrimonial vinculados al régimen patrimonial del matrimonio. Previo a ello, delinearemos brevemente este deber jurídico asumido por el Estado en materia de violencia de género, y que es aplicable a cualquier tipo y modalidad que la misma asuma²¹.

El contexto normativo que enmarca en el ámbito interamericano el deber de debida diligencia estatal, como la obligación del Estado de investigar graves violaciones a los derechos humanos, a efectos de garantizar

²⁰ Molina de Juan trae a colación un fallo inédito del Juzg. Civ. y Com., 4ª Nom. Villa María (01/02/2017, P., O. - G., M. A. - Divorcio vincular – No contencioso) que impuso al ex marido las costas del juicio de liquidación de la comunidad de ganancias por razones de violencia de género. “Aunque las agresiones físicas (que habían existido durante la convivencia) cesaron con el divorcio, su conducta se encuadró como una manifestación de violencia económica ejercida sobre la mujer, en tanto la obligó a reclamar judicialmente para obtener el reconocimiento de sus derechos, por desconocer e incumplir el acuerdo que habían firmado. De este modo, la colocó en una condición de vulnerabilidad, de conformidad con las reglas de Brasilia”, Molina de Juan, Mariel F., “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, *LA LEY* 28/06/2017, 4 - *LA LEY* 2017-D, 15. Cita Online: AR/DOC/1586/2017.

²¹ El análisis que sigue se corresponde a una síntesis de lo desarrollado en: SCHIRO, María Victoria, “Avances y desafíos en la protección de las niñas. El deber de debida diligencia frente a las niñas víctimas de violencia en el Sistema Interamericano”, en Herrera, Marisa- Gil Domínguez, Andrés – Giosa, Laura, *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos*, Ediar, 2019, p. 1253 y ss.

la tutela de los derechos fundamentales²², se encuentra en los artículos XVIII de la Declaración Americana y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, cuando establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados; protección reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el artículo 1.1 de la Convención Americana²³. Las acciones fundamentales que dicho deber implica: prevenir, investigar, reparar, sancionar, requiere de una disponibilidad de recursos real, puesto que “El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a una disponibilidad formal, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas”²⁴. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, en el Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, a título de ejemplo, la Corte determinó que tal obligación de investigar se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”²⁵. Esto último resulta de central importancia en los casos de violencia de género, particularmente en aquellos ejercidos en el ámbito doméstico.

Ahora bien, en los casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan²⁶ con las obligaciones derivadas

²² Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL, “Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos”, CEJIL, Buenos Aires, 2010, p. 1. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007, párr. 24. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, Op. Cit., p. viii.

²⁵ Corte IDH, Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 78

²⁶ “...los instrumentos internacionales que rigen la materia, a la luz de la interpretación que de ellos han ido haciendo los organismos internacionales —esto es, “en las condiciones de su vigencia”— han construido un estándar superior del deber de debida

del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7 inc. b), fija la obligación del Estado de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”²⁷. Las referencias al Sistema Universal, parten de la labor del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer. Recordemos que la CEDAW, en su artículo 2, establece como obligación general de los Estados parte la eliminación de la discriminación contra la mujer. Dicha obligación consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género; al tratarse de una obligación de carácter inmediato, las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso²⁸. La Recomendación general número 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, detalla una serie de medidas a ser adoptadas por los Estados partes “en las esferas de la prevención, la protección, el enjuiciamiento y el castigo, la reparación, la recopilación y supervisión de los datos y la cooperación internacional a fin de acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer. Todas las medidas deberían aplicarse con un enfoque centrado en la víctima o superviviente, reconociendo a las mujeres como titulares de derechos y promoviendo su capacidad para actuar y su autonomía, en particular la evolución de la capacidad de las niñas, desde la infancia hasta la adolescencia. Además, las medidas deberían concebirse y aplicarse con la participación de la mujer, teniendo en cuenta la situación particular de las mujeres afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación”²⁹.

diligencia para los casos de violencia contra las mujeres”. UFEM | Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, *Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género*, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, p. 8 https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2017/08/Ufem_Dossier-2.pdf

²⁷ A efectos de visualizar la construcción jurídica del deber de debida diligencia por parte de la Corte IDH en los casos de violencia de género, la sentencia dictada en el Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México (Sentencia de 16 de noviembre de 2009), nos ilustra acerca del Corpus Iuris que rige en la materia.

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35, párr. 21.

²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 35 citada, párr. 28.

A partir de esas nociones, seleccionamos algunos decisorios que concretan este deber en el marco de actos de violencia económica y patrimonial al momento de dirimir relaciones jurídicas de índole patrimonial tanto el matrimonio como en las uniones convivenciales.

b) Un recorte jurisprudencial ilustrativo

El primero que comentamos es el de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal que revocó el sobreseimiento del ex cónyuge quien enajenó un vehículo de carácter ganancial a espaldas y sin el consentimiento de su ex esposa, quien en consecuencia se vio perjudicada al no recibir la parte que le correspondía por la venta del bien. Para ello, conforme alude expresamente el fallo, el imputado falsificó las firmas de su ex mujer y justificó la ausencia de su cónyuge alegando un cuadro depresivo a raíz del conflicto matrimonial. Asimismo, en orden a perfeccionar tal operación, llevó a una mujer al Registro de la Propiedad Automotor quien se hizo pasar por su ex cónyuge^{30/31}El juez de grado dictó el procesamiento del imputado por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de estafa en concurso ideal con el delito de falsificación de documento público. La Cámara confirmó el criterio del juez y descartó la tacha de arbitrariedad alegada por la defensa en su recurso pero entendió que correspondía evaluar el caso a la luz del artículo 185 en atención a que, a la fecha de los eventos estaban casados. El fallo de Casación, en el voto del Juez Hornos, analiza la solución desde una perspectiva de género. Enmarca el caso en las previsiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y las Recomendaciones del Comité que la misma crea; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) y en lo dispuesto en la ley 26.485, y encuentra que la conducta del cónyuge orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su esposa constituye violencia de género del tipo económica y bajo la modalidad de violencia doméstica (arts. 5.4.a y 6.a de

³⁰ Cámara Federal de Casación Penal, sala I, 30/12/2016, autos R., E. Á. s/ delito de acción pública Publicado en: *LA LEY* 16/05/2017, 9 - *LA LEY* 2017-C, 121 - *LA LEY* 28/06/2017, 5 - *LA LEY* 2017-D, 14 - *DFyP* 2017 (agosto), 04/08/2017, 153. Cita Online: AR/JUR/91383/2016.

³¹ Puede verse el interesante comentario del fallo en cuestión efectuado por Mariel Molina de Juan “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, Op. cit.

la ley 26.485), y que la maniobra investigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer (art. 6 de la Convención Do Pará y art. 5 inc. a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Por tanto entiende que “...la cláusula del art. 185 en cuanto exime de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide la investigación de los hechos, contraviene en forma expresa, las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al momento de ratificar la Convención de Belém Do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, en particular, el deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Por lo que “la aplicación del artículo 185 del Código Penal, no supera el test de convencionalidad porque atenta contra la posibilidad de investigar y sancionar hechos calificados como violencia de género a cuya erradicación el Estado se comprometió. A la vez, entiende que los fundamentos del mencionado artículo que esgrime la Cámara, anclados en sustraer de la injerencia estatal las relaciones que se dan en el ámbito familiar, no resultan aplicables a casos como el de autos, pues “ya no es posible sostener que la violencia de género intrafamiliar es un supuesto en el cual el Estado no debe intervenir”. Entendemos resulta de central importancia este argumento, puesto que reivindica una conquista fundamental en materia de géneros, como es la responsabilidad estatal en relación a las violaciones de derechos que ocurren dentro de las familias. El devenir de la historia de las familias, demuestra que durante siglos muchas de las conductas violatorias de los derechos de las mujeres quedaban fuera de la injerencia estatal y sometidas a la jerarquía masculina que se erigía en el ámbito de lo doméstico.

El otro decisorio que comentamos, del Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario ³², se dicta a partir de la solicitud de tutela anticipatoria solicitada por la cónyuge de lo que en definitiva le corresponda en la liquidación final de los bienes pertenecientes a la comunidad de ganancias habida con quien fuera su esposo, del que se encuentra divorciada desde el 02/06/2016. Se separó de hecho en el año 2013 y desde ese momento la administración y disposición de los bienes de la comunidad de

³² Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 18/08/2017, autos L., S. M. c. M., C. D. s/ tutela anticipada. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/70695/2017.

ganancias se encontraron exclusivamente en manos de su cónyuge. El Tribunal advierte *“claramente una posición dominante, una relación desigual de poder por parte del ex esposo respecto de quien fuera su esposa y madre de su descendencia, la cual afecta su integridad psicológica y económico-patrimonial”*. Tal posición dominante, afirma el fallo, se desprende del accionar del demandado a lo largo de los procesos³³, tanto desde el punto de vista fáctico como discursivo. De sus dichos *“se desprende una visión de la mujer estereotipada que restringe su libertad, su capacidad, su desarrollo, cercenando claramente el derecho de toda mujer a elegir libremente y tener una vida digna de acuerdo con sus principios y valores (...) Juzgar el modus vivendi adoptado por el matrimonio, en relación con*

³³ Citamos el complejo de causas que trae a colación el fallo:

“1) Causa “L.S. c. M.C s/ alimentos”, iniciado en fecha 01/08/2014, en la cual recayó sentencia Nro. 4970 de fecha 11/12/2015, en la que se fijó una cuota alimentaria definitiva a favor de dos hijas en la suma de \$6.000 mensual a cada una de ellas y a favor de la cónyuge separada de hecho la suma de \$3.000 mensual. Debe señalarse que una vez dictado el divorcio vincular, el señor M. solicitó el cese de los alimentos con resultado favorable, iniciando la señora L. la compensación económica.

2) Causa “M.C. c. L.S s/ divorcio vincular”, iniciado el 21 de setiembre de 2015, con sentencia Nro. 2145 de fecha 2 de junio de 2016, en la que se establece que la comunidad de ganancias se extingue en fecha 11 de marzo de 2016. En dicho proceso se fijaron tres audiencias conforme lo normado por el art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a los que el señor M. nunca compareció (...)

3) Causa “L.S. c. M.C.”, iniciada el 24 de octubre de 2016, en turno de urgencia, habiéndose ordenado la medida de prohibición de acercamiento del señor M. hacia la señora L. por la Jueza Dra. Graciela Carciente. Resulta importante destacar que la denunciante manifiesta que en el marco de una reunión familiar “para ver el tema de la partición de bienes, yo le dije que de mi casa no me iba a ir, que me correspondía la mitad, él respondió que si no me iba de mi casa me sacaba con los pies para adelante, es decir muerta” (fs. 3). La Psicóloga Belmonte, integrante del equipo Interdisciplinario observa que la problemática es esencialmente económica y la forma en como cada parte resarcirá a la otra de acuerdo a lo que sienta le corresponde como derecho adquirido o como producto del esfuerzo propio (fs. 30/32).

4) Causa “L.S s/ atribución de vivienda” (...)

5) Causa “L.S. c. M.C. s/ compensación económica” (...)

6) Causa “L. S. s/ medidas cautelares y preparatorias” (...)

7) Causa “L.S. c. M.C. s/ administración y disposición de bienes” (...)

8) Causa “M. C. c. L.S. s/ medidas cautelares y precautorias” (...)

9) Causa “M.C. c. L. S. s/ venias y dispensa” (...), para la venta del inmueble asiento del hogar conyugal”

las tareas del hogar, la comida, etc., como responsabilidad única de la señora L. pone en evidencia el lugar al que la misma quedó relegada a lo largo de 25 años de matrimonio y la función de “proveedor”, detentador del poder económico y general del grupo familiar en la cual se asentó el señor M. Por otra parte, la crítica que éste realiza sobre el modo en que la señora L. resolvió las labores que quedaron a su cargo, revela su visión de que ha de ser la esposa quien cargue, en el sentido de la responsabilidad y del trabajo físico, con todas las tareas”³⁴. A la vez, el fallo revela la conducta obstruccionista del cónyuge en los procesos (falta de interés en resolver los efectos derivados del divorcio, entre ellos la cuestión de los bienes; incomparecencia injustificada a las tres audiencias dispuestas conforme al art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; a la vez estima posible inferir mala fe de la propuesta formulada por el ex esposo en relación a los bienes, dado el ocultamiento del patrimonio real, específicamente, respecto del cereal acopiado). Entendiendo entonces que la demandante es una pretensora diferenciada, que conforma el grupo de personas denominadas vulnerables, que exigen una tutela de protección especial, otorga la tutela anticipada solicitada y encuadra normativamente la decisión en el plexo normativa que brinda protección para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Asimismo del ámbito santafesino, traemos a análisis una sentencia de Primera instancia de Rafaela³⁵, donde se condena al cónyuge como autor del delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar cuando la víctima fuere el cónyuge. Además de incumplir con la cuota alimentaria fijada en beneficio de la cónyuge, en 2019 ingresó a la casa con dos camiones llevándose gran cantidad de mobiliario, artefactos, electrodomésticos, obras de arte, etc. Y notificó de ello a la cónyuge a través de mensaje de whatsapp donde le hace saber que no habitaría más la casa de

³⁴ Pueden citarse algunas de las manifestaciones del demandado al contestar traslado que trae a colación el fallo y que denotan tal visión estereotipada de roles y funciones familiares “...la señora L. durante los días de semana no cocinaba, sino que compraba viandas ya preparadas, que suelen tener mayor costo que las elaboradas por sus propias manos, que contaba con una persona que hacía tareas de limpieza a la que se suele abonar entre \$60 y \$100 la hora, cuenta con una persona que hace tareas de jardinería al que abona entre \$250 y \$320 según la superficie de césped que corte (...) Manifiesta que no le sorprendería que al estar actualmente haciendo dieta bajo órdenes del médico endocrinólogo Dr. P. lo sea para acreditar en autos que bajó de peso por no alimentarse”.

³⁵ Juzgado de Distrito Judicial Nro. 5 en lo Penal de Sentencia de Rafaela, 05/09/2022, N., R. c. C., G., TR LALEY AR/JUR/188066/2022

y que ella debía en adelante hacerse cargo de los costos del personal que presta servicios, que él ya había “avisado” al jardinero, al piletero, a la empresa de alarmas para “que se pongan en contacto y acuerden cómo continuar”; que al día siguiente iría a la EPE y pediría la baja sin retiro del medidor con lo cual la cónyuge dispondría de 3 días hábiles para poner a su nombre. Asimismo que había pagado las cuotas del colegio de sus hijos, pero que el mes siguiente ella debía abonarlas. Se consideran circunstancias agravantes que el autor es un profesional de la Abogacía, con estudios universitarios y suficientes medios económicos para hacer frente a sus obligaciones alimentarias, sin ninguna excusa que ampare el desentenderse de las obligaciones alimentaria de su cónyuge, desoyendo su deber, ejerciendo violencia económica y patrimonial configurando violencia de género, conforme lo establecido por la Ley 26.485.

En el caso de las uniones convivenciales, se consideró en el marco de la distribución de bienes un supuesto de violencia económica³⁶. El demandado obtuvo beneficios económicos de los aportes realizados por la actora, quien puso a disposición del proyecto común, su respaldo económico, necesario para el acceso al crédito y para la construcción de la vivienda, al menos en sus inicios y hasta la ruptura de la relación, sea mediante aportes realizados directamente o indirectamente asumiendo los gastos personales de ambos. Luego de la ruptura —meses antes de finalizarse la construcción—, encontrándose el terreno donde se construyó el inmueble bajo titularidad dominial del conviviente, el mismo desconoció estos aportes, vedándole cualquier posibilidad de reclamo, e incluso negó una convivencia que en su oportunidad reconoció en instrumento público. Ello no sólo desplazó a la actora de cualquier beneficio presente y/o futuro quedando seriamente condicionada su posibilidad de acceso a un crédito para construcción de una vivienda, sino que además la invisibilizó en la relación que los unió. Estima la sentencia que no cabe duda entonces que esta conducta del demandado constituyó un hecho de violencia económica, sin ingresar a las afectaciones que podría haber padecido la actora respecto a la incidencia que este hecho en otras esferas.

La vinculación entre violencia económica y compensación económica, puede apreciarse a título de ejemplo en una sentencia

³⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, 05/09/2023, P. J. c. M. L. s/ división de condominio, TR LALEY AR/JUR/131391/2023

formoseña³⁷, donde se dirime la compensación económica solicitada por la ex conviviente ante el cese de la unión convivencial. Se entiende por mayoría procedente la compensación, a la vez que se encuadra la situación en los términos de violencia económica. El conviviente negó la participación de su ex conviviente en el negocio que, de acuerdo a las probanzas de la causa, era común y conjunto de ambos y desarrollado luego de iniciada la unión convivencial (a partir del año 2009). Además, después de producida la ruptura, el mismo –tal como lo reconoce en la absolución de posiciones– se ha llevado consigo tanto la actividad como los ingresos generados con ella, en su totalidad, despojando así a la conviviente del estado patrimonial que gozaba durante la convivencia, obligándola a “reiventarse” para generar ingresos a través de la venta de comidas. Es decir que, pese a que el negocio ha contribuido al crecimiento económico del ex conviviente, éste no reconoce a su ex conviviente como artífice del mismo, desvalorizando así el rol que aquélla desempeñaba y que, en definitiva, ha tenido incidencia directa en el funcionamiento próspero de la actividad comercial, la que era común de la pareja convivencial.

3. CONCLUSIONES

La perspectiva de género (a semejanza de lo que ocurre con el interés superior del niño en la Observación General Nro. 14), es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento; y ello puede apreciarse en el marco de los procesos de Derecho de familias.

Los procesos patrimoniales apreciados en perspectiva de género, permiten otorgar visibilidad y posibilitar la garantía de los principios propios del proceso de familia vinculados, entre otros, al acceso a la justicia, las cargas probatorias dinámicas, la organización de la competencia.

Constituye una obligación estatal el deber de debida diligencia reforzada frente a situaciones de violencia económica y patrimonial que

³⁷ Excmo. Tribunal de Familia, “R., D. E. c/ S., J. F. A. s/ apelación Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo Clorinda-”, 25/11/2022, <http://www.jusformosa.gob.ar/oficinadelamujer/index.php/jurisprudencia/accesos-jurisprudencia-formosa/35-jurisprudencia/cat-jurisprudencia-familia/275-2022-compensacion-economica-con-perspectiva-de-genero>

surjan en los procesos patrimoniales de Derecho de Familias, como los vinculados al matrimonio y las uniones convivenciales.

El deber de debida diligencia reforzada incluye asimismo el acceso a la justicia, que puede manifestarse en desplazamientos de la competencia territorial o en hacer ceder el fuero de atracción de procesos universales.

¿GANANCIALIZACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CESE A LAS UNIONES CONVIVENCIALES?

Por María Zúñiga Basset¹ y Lucas Bellotti San Martín^{2 3}

I. CONCLUSIONES

Para que las Jornadas Nacionales de Derecho Civil declaren de *LEGE LATA* que

1. La unión convivencial no genera un régimen de comunidad de bienes. Por ello, los demás institutos a los que alude el art. 528 CCCN se aplicarán según los principios generales de derecho común.
2. Las tareas propias de la vida en común y la distribución de esfuerzos, vigente la convivencia, no dan derecho a la aplicación de estas figuras sino a la compensación económica del art. 524 CCCN. En particular
 - a. El enriquecimiento sin causa no surge por el sólo esfuerzo invertido por una de los miembros de la unión convivencial en la obtención de bienes a titularidad o ganancias a beneficio del otro, sino que en tanto figura civil patrimonial exige para su configuración la acreditación de beneficios concretos y palpables que den cuenta de tal enriquecimiento de uno de los cónyuges, que tena su contracara en el empobrecimiento del otro.
 - i. La sociedad de hecho no surge ni puede presumirse por el hecho de la unión convivencial. Por ello, no bastan las tareas propias de la vida cotidiana ni los esfuerzos repartidos entre

¹ Abogada por la Universidad Católica Argentina. Magíster en Derecho Judicial y Magistratura por la Universidad Austral. Miembro de Proyectos de Investigación en UCA y UBA en temáticas de derechos de la mujer y niñez. Se desempeña en el Juzgado Nacional Civil 23 - especializado en Asuntos de Familia y Capacidad.

² Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho y Magistratura por la Universidad Austral. Docente de grado y posgrado en Derecho Civil - Parte General; Familia y Sucesiones y Capacidad de las Personas. Secretario y Defensor Coadyuvante de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 2 de la Capital Federal.

³ Con el aval de la Dra. Ursula C. Basset, miembro titular de estas Jornadas Nacionales.

convivientes para tenerla por acreditada. Se requiere un propósito de lucro y un ánimo de dividir las ganancias y soportar las pérdidas por determinada actividad. No cualquier participación del conviviente en la actividad mercantil, comercial o industrial del otro permite considerar que se ha formado entre ellos una sociedad de esta clase.

3. De plantearse la existencia de estas figuras, el juez debe tener consideración respecto de las singulares circunstancias en las que se desempeñó la convivencia de pareja. En particular, nada impide que el juez tenga presente para el análisis de las singulares circunstancias de cada pareja un análisis desde la equidad.

II. FUNDAMENTOS

1. ¿GANACIALIZACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES?

Existe una preocupación creciente en la jurisprudencia, sobre los efectos de la división de bienes tras la ruptura de la unión convivencial. Del régimen legal surge claro el artículo 528 CCCN, que sienta una regla meridianamente clara acerca de estos efectos. Añade un remedio en instituciones del derecho civil general, pero quizás sea esta sentida estrechez lo que motiva en fallos recientes una cierta inquietud acerca de resultados eventualmente injustos a los que podría conducir la división de bienes. Ello aparece, especialmente, cuando se visualiza a uno de los dos ex-convivientes como más vulnerable.

Alguna doctrina y jurisprudencia han referido que el título del artículo es en sí mismo incorrecto, esto es, no hay tal división, si los convivientes conservan sus propios bienes en su propio patrimonio⁴, dejando a salvo los pactos. Pactos los cuales son otra muestra del principio que prepondera en el instituto de las uniones convivenciales, como lo es la

⁴ Sojo, Agustín, “Comentario al art. 528 CCCN”, en López Mesa y Barrerira Delfino (directores) y Basset (directora del tomo), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, tomo 5-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 399; Cám. de Ap. de Curuzú Cuatiá, “M. S. B. c/ G. M. R. s/ división de bienes de la unión convivencial”, 19/6/2019.

autonomía de la voluntad, en un contraste intentado por el legislador con el instituto matrimonial.

Son los efectos percibidos como injustos por los jueces, como consecuencia de esa autonomía de la voluntad, los que inspiran aquellos fallos que echan mano a las instituciones civiles a las que remite el artículo 528 CCCN^{5 6 7 8}. Se encara así una faena orientada a encontrar alguna forma de participación en las ganancias del conviviente⁹”.

Esa tendencia ganancializante¹⁰, que uno creería propia de la institución matrimonial(art. 466 CCCN), se extiende de esta manera a las uniones convivenciales en la jurisprudencia que analizaremos para los efectos de esta ponencia.

2.A. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: UNA RESPUESTA JUSTA, SI CABE.

La figura del enriquecimiento sin causa (ESC), expresamente mencionada en el art. 528 CCCN, parte de entender que uno de los ex convivientes ha aumentando su patrimonio a costa del empobrecimiento del otro, en un esfuerzo el cual tenía su causa en la vida en común durante la convivencia. Al cesar dicha convivencia, el enriquecimiento aparecería de causa¹¹.

⁵ CNCiv, Sala L, “C., E. E. c/ Sucesión de T. M. E. s/ división de bienes por cese de convivencia”, fallo de fecha 22/05/2024

⁶ Cám. de Ap. de Curuzú Cuatía, “M. S. B. c/ G. M. R. s/ división de bienes de la unión convivencial”, fallo de fecha 19/06/2019, cita: AR/JUR/23563/2019

⁷ Cám. de Ap. Civ. y Com. de San Isidro, Sala II, “F. M. A c. R. A. D. s/ medidas precautorias”, fallo de fecha 02/05/2017, cita: AR/JUR/56135/2017

⁸ STJ Río Negro, "Ll., M. c. Y., A. s/ Liquidación de la sociedad convivencial s/ Casación", 02/02/2023, Cita AR/JUR/20086/2023

⁹ Basset, Ursula, “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los efectos patrimoniales de las parejas de hecho: novedades sobre la relación entre autonomía y protección”, a publicarse por Editorial La Ley.

¹⁰ Basset, Ursula, *La Calificación de Bienes en la Sociedad Conyugal*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 319.

¹¹ Basset, Ursula, “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los efectos patrimoniales de las parejas de hecho: novedades sobre la relación entre autonomía y protección”, a publicarse por Editorial La Ley.

Ahora bien, la remisión a la figura del derecho civil general, prevista en los artículos 1794 y 1795 CCCN da algunas pautas para estudiar lo estricto de su aplicación. El art. 1794 CCCN se refiere a la ilicitud de la causa del enriquecimiento (ilicitud respecto de la cual es válido titubear en el marco de las uniones convivenciales¹²), y el art. 1795 a la subsidiariedad, esto es, el enriquecimiento sin causa es una figura residual, sólo utilizable cuando no existen figuras jurídicas específicas más adecuadas al marco fáctico y jurídico en el que se halle el reclamante.

El hecho de que la jurisprudencia analizada al utilizarla se refiera al esfuerzo invertido por una de las partes en la obtención de determinados bienes o ganancias¹³, necesariamente nos recuerda a la figura de la compensación económica, la cual se advierte, debe ser utilizado en prelación a la figura del ESC¹⁴. Sin embargo, es visualizada por la misma jurisprudencia como una salida para uniones muy prolongadas, o con distribución de roles muy marcados que significaron ese desequilibrio característico de la compensación económica, pero ésta última no es procedente por alguna razón (p.e. caducidad que es muy breve, o imposibilidad de tipificar una unión convivencial en sentido estricto porque mediaba cierto impedimento).

En todo caso, la posibilidad de su aplicación debe seguirse de un análisis estricto y es así señalada por doctrina, en cuanto a la rigurosidad en su configuración. Así, en cuanto a la acreditación de beneficios concretos y palpables que den cuenta de tal enriquecimiento de uno de los cónyuges, y del otro lado, el correspondiente empobrecimiento del otro¹⁵.

Un análisis de esta naturaleza aparece hecho de manera breve pero contundente en un fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁶. Se trató allí de una convivencia extendida por casi medio siglo,

¹² *Ibidem* anterior.

¹³ CNCiv, Sala L, “C., E. E. c/ Sucesión de T. M. E. s/ división de bienes por cese de convivencia”, fallo de fecha 22/05/2024.

¹⁴ Sojo, Agustín, “Comentario al art. 528 CCCN”, en López Mesa y Barrerira Delfino (directores) y Basset (directora del tomo), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, tomo 5-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 399.

¹⁵ Caparelli, Julio César, *La ruptura de la convivencia*, Editorial El Derecho - Colección de Ebooks, Uniones matrimoniales, Cita Digital: ED-CMXXIII-619

¹⁶ CNCiv, Sala I, “P. S. H. c. L. R. F. O. s/ daños y perjuicios”, fallo de fecha 17/7/2020; LL *online*, cita: AR/JUR/26007/2020

finalizada por la muerte de uno de sus integrantes. Quien continuó con vida dirigió su reclamo por enriquecimiento incausado contra los herederos del fallecido, en la comprensión de que resultaba injustificada su pretensión de hacerse de todos los bienes de titularidad de aquel. Pretendió así el 50% del acervo.

La cámara se apresuró a aclarar que el debate de las consecuencias jurídicas patrimoniales de las uniones convivenciales no se inscribe en el terreno de la valoración de esa forma de familia respecto de la fundada por el matrimonio. Por lo contrario, señaló, se trata de discernir las diferencias que median entre ambos regímenes, en lo cual se juega el respeto a la autonomía de la voluntad de quienes pudiendo contraer nupcias decidieron no hacerlo.

En cualquier caso, lo medular de la sentencia es la determinación de que la existencia de un proyecto de vida en común -aún uno muy prolongado, como se ve- no alcanza para hacer nacer una ganancialidad no prevista por la ley. Y que no constituye razón suficiente para hacerse de la mitad de los bienes dejados por el fallecido los mancomunados esfuerzos que hayan podido poner en la comunidad de vida desplegada.

Es de señalar, con todo, que el fallo considera explícitamente que la actora había desempeñado tareas formalmente retribuidas y adquirido bienes inmuebles a su nombre durante la vigencia de la unión. Pero ello aparece afirmado como una consideración bastante lateral y cuesta imaginar cómo un escenario fáctico distinto desplazaría a las otras premisas consideradas por los juzgadores.

En un fallo de un Juzgado de Familia mendocino se fijan estrictos los requisitos que se deben alcanzar para tener por configurada el ESC, que se encontrarían probados en el caso, y que resultan enumerados de la siguiente manera: *“1) un enriquecimiento patrimonial del demandado, pues ha visto incrementado su patrimonio tanto en forma directa (cobro del seguro de ella) e indirecta (ha sido beneficiado con el uso exclusivo de la vivienda desde la separación de hecho. 2) empobrecimiento correlativo de ella, que supone una pérdida económicamente valorable (ha debido pagar una*

empleada doméstica, adquirir bienes y pagar un alquiler) 3) relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento y 4) Falta de causa en el enriquecimiento patrimonial (No debe existir animus donandi)¹⁷. En el caso recién citado, sin perjuicio de considerar probados estos extremos, admite el juzgador un recurso a la equidad, entendida ésta como “*paliativo para defender a aquel que, por la estricta aplicación del sistema jurídico, no tendrían derecho alguno a participar de los beneficios o bienes obtenidos por el otro*¹⁸”. Este recurso facilita que determinados esquemas fácticos presentados al juzgados entren en la figura de ESC, en el entendimiento de este magistrado.

Los mismos requisitos que recién enunciamos son mencionados por un caso resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, aunque con un criterio bastante más laxo de su configuración.

Así, cuando se refiere al enriquecimiento considera que entra dentro de este concepto “la prestación de un servicio, puesto que éste produce un beneficio, sea que se mire el problema como un verdadero enriquecimiento o como el ahorro del gasto que el demandado hubiera debido realizar contratando otros servicios análogo¹⁹”.

En el caso, se trataba de una unión convivencial con alegada división de roles de cuidado, por un lado, y trabajo, por otro, por lo que la referencia parece intencional. Nuevamente, la cercanía conceptual con el instituto de la compensación económica resulta evidente. Volviendo a la laxitud de la consideración de los requisitos del ESC, y en el mismo sentido, los camaristas mencionan también como parte de un posible empobrecimiento la “*pérdida de trabajos o tiempo*²⁰”. En cuanto a la relación de causalidad

¹⁷ Juzgado de Familia Nro 10 de la Ciudad Mendoza, “A. F. R. c. R. O. B. s/ cese de la unión convivencial”, 29/03/2021, cita: A/JUR/111760/2021

¹⁸ *Ibidem* anterior, en cita a Gallego Domínguez, “Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales”, p. 224, citado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3. Uniones convivenciales. Rubinzal-Culzoni Editores. Este entendimiento de la equidad es dudoso, no se corresponde con el entendimiento aristotélico del término equidad (o *epieikeia*), sino más bien con una cierta interpretación flexible de la equidad en sentido de la *aequitas* romana (Ver Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Editorial Instituto de Estudios Filosóficos, Buenos Aires, 1991, pp. 427 a 435)

¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul - Sala I, “C. F. c/D. D. A. s/Disolución y Liq.”, fallo de fecha 05/07/2024, Cita Digital: ED-V-DCCCXXXIV-868

²⁰ *Ibidem* anterior.

dicen que “*No es necesario el traspaso de los valores sea directo del patrimonio del empobrecido al enriquecido*”²¹. La ductilidad en la interpretación de la figura de la ESC realizada en este caso no es exclusiva de la interpretación de los requisitos, sino también en cuanto a su utilización. Los magistrados se refieren a que cuando no es posible aplicar la figura de la sociedad de hecho, corresponde aplicar la figura aquí estudiada²².

En similar senda de menor rigurosidad, está una resolución reciente de la Sala L de la Cámara Nacional Civil.

Cuando los magistrados narran el *iter* discursivo que los hizo arribar a la consideración de que existía un ESC, refieren elementos propios de la configuración de una compensación económica. Así, mencionan que “*la actora aportó ahorros y tareas económicas no remuneradas -trabajo doméstico y de cuidado- posibilitando que su compañero tuviera más capacidad de ahorro, que le ha permitido la adquisición y mejoras de bienes... todo ello torna procedente el reclamo de la actora, al verificarse los principios del enriquecimiento sin causa*”²³. ¿Cuál fue la evidencia concreta en qué se basaron los jueces para llegar a tal conclusión? No parece haberla.

Más bien, la apreciación probatoria parece encontrarse flexibilizada desde la perspectiva de género, a la cual los magistrados acuden expresamente. También se visualiza un recurso a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. Son dos argumentaciones usuales²⁴.

En el caso que venimos tratando, se trataba del reclamo de la exconvivente en el marco de una sucesión, por lo que su reclamo iba dirigido a la única sucesora del causante, quien fuera el conviviente de la primera durante más de 10 años. Allí los magistrados hacen referencia a la falta de causa del enriquecimiento del fallecido en cuanto a un bien inmueble por él

²¹ *Ibidem* anterior.

²² *Ibidem* anterior en cita a Azpiri en su obra "Uniones de Hecho" (págs.. 136/137)"

²³ Cámara Civil, Sala L, “C., E. E. c/ Sucesión de T. M. E. s/ división de bienes por cese de convivencia”, fallo de fecha 22/05/2024.

²⁴ Eminente antecedente de tal tendencia es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo”, fallo del 20/05/2014, publicado en Diario La Ley, del 10/06/2014, cita online AR/JUR/15946/2014. Ante la comprobación de una discriminación por motivos de género, invirtió la carga probatoria. Es más habitual en el fuero laboral, así en, entre otros CSJN, Fallos 334:1387.

adquirido durante la duración de la convivencia, pese que en párrafos anteriores se referían a la existencia de una comunidad de vida entre ellos que “*en el ámbito patrimonial...funciona como una verdadera unidad económica*”²⁵. Es decir, sí hay causa (la unidad económica que es la esfera patrimonial de la unión convivencial), y causa lícita, probándose nuevamente la inviabilidad del recurso a la ESC. La solución al caso importó declarar a la actora copropietaria de los bienes a titularidad del demandado en un 40%, en una de las verificaciones de efectos cuasi gananciales que hemos detectado.

Colocamos en este grupo de relajamiento de las exigencias usuales un peculiar fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario²⁶. Los argumentos de la mayoría y de la concurrencia exteriorizan una silenciada tensión que reaparece aquí y allá en estos debates.

Para la postura triunfante lo que definió el caso es la demostración de que la reclamante había realizado tareas de mejoras en el inmueble de su ex pareja y adquirido con su dinero materiales empleados en construcciones levantadas sobre el inmueble de aquella.

La concurrencia, en cambio, estructura su razonamiento en torno al reparto de las tareas durante la unión (varón proveedor - mujer cuidadora) que permitió el progreso material de uno de sus integrantes. Llega a decirse, incluso, que la acción de reembolso debía prosperar por aplicación analógica de las normas de compensación económica entre convivientes, las cuales no eran aplicables al caso porque la unión se había disuelto antes de 2015.

Párrafo aparte merece el modo en que una y otra postura cuantificó el monto de ese enriquecimiento. Los tres camaristas afirmaron que mediaba una orfandad probatoria visible en orden a la determinación del valor de los aportes de la actora pero, mediante consideraciones genéricas difíciles de controlar externamente, arribaron a un 40% del valor de la cosa mejorada.

Aquel es un guarismo curiosamente repetido en más de un fallo según hemos visto. Esto conduce a pensar si no se está razonando, en verdad, en el enriquecimiento sin causa como una ganancialidad disminuida. Parece

²⁵ Cámara Civil, Sala L, “C., E. E. c/ Sucesión de T. M. E. s/ división de bienes por cese de convivencia”, fallo de fecha 22/05/2024.

²⁶ Cám. de Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala I, “N., P. S. c. A., M. M. s/ cobro de pesos” fallo del 07/09/2021, cita online: AR/JUR/151055/2021

subyacer la idea de que otorgar el 50% del valor de los bienes sería ingresar en una ganancialidad sin ley, por lo que se le hace una operación de reducción muy propia del modo de pensar las cifras en el sistema decimal: de diez en diez. Se llega así a una curiosa fórmula de determinación de la medida del enriquecimiento:

$$\text{ESC} = \text{ganancialidad} - 10\%$$

$$\text{ESC} = B / 2 - 0,1. B$$

Donde “B” es el valor total de los bienes adquiridos durante la vida en común, ingresados al patrimonio de uno de los convivientes.

Lo problemático del asunto es que con esto el fundamento de equidad de la acción *in rem verso* queda desbaratado. Justamente lo que se persigue con ella es restituir un patrimonio disminuido, en la exacta medida de tal disminución y no aplicar fórmulas apriorísticas que existen en otras instituciones de derecho, justamente no residuales como la aquí estudiada.

La posibilidad de laxitud en la exigencia probatoria se vuelve a presentar en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea. Se trata de un caso interesante²⁷, en que el centro del conflicto está dado por una crédito PRO.CRE.AR., que fuera tomado por ambas partes, según alega la actora, en un proyecto conjunto de construir sobre un terreno adquirido por fondos propios del demandado mientras duraba la unión convivencial.

La actora afirmó haber destinado fondos al pago del crédito y alega lo compartido del proyecto de construcción; mientras que el demandado negó ese hecho. Adujo que fue el hecho de que la actora figurara como coprestadora del crédito fue meramente casual, y que él afrontó los pagos de dicho crédito unilateralmente, no correspondiéndole ningún derecho a la actora. Ya con un rechazo en primera instancia, en tanto la actora argumentó

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, "P. J. C. c/ M. L. s/División de Condominio", fallo de fecha 05/09/2023, Cita Digital: ED-V-LX-710

en clave de acción de división de condominio, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea dispone reconducir la acción, según lo peticionado por la actora en su memorial, en enriquecimiento sin causa. La principal dificultad en el camino procesal es la orfandad probatoria, que reaparece: la actora aporta una serie de pagos realizados a la tarjeta de crédito del demandado con la cual se enfrentaban los pagos del PRO.CRE.AR, sin que se pueda establecer una correspondencia estricta entre esos pagos y los efectivamente realizados para afrontar el pago del crédito. Restaba únicamente la testimonial, parcialmente impugnada por una y otra parte. En esas condiciones, los magistrados recurren a la perspectiva de género (la cual es mencionada, pero no vinculada con los hechos del caso); a la existencia de indicios graves, precisos y concordantes; a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba que rige en materia de familia; y con ello corona el éxito del ESC para la actora.

Del recorrido anterior se tiene que la aplicación del enriquecimiento sin causa presenta una fuerte discontinuidad en su aplicación en el ámbito de las consecuencias patrimoniales de la ruptura de la unión convivencial respecto de lo que tradicionalmente se entendió por él. La modificación opera en dos planos: el conceptual y el probatorio.

En cuanto a lo primero, lo usual en estos ámbitos era la consideración de que la figura procedía frente a la comprobación de desplazamientos patrimoniales entre los convivientes, *stricto sensu*. Tradicionalmente se consideraron excluidos de su ámbito los esfuerzos propios de la vida en común²⁸.

La posición antes minoritaria en este cuadrante afirmaba que para determinar el ESC debían computarse todos los esmeros hechos por los integrantes de la unión. Al decir así, se hacía especial referencia a los cumplidos en el ámbito del hogar, y no solo los que tienen un signo patrimonial *per se*. En doctrina, Solari ha sido uno de los principales defensores de esta tesis²⁹.

Nosotros nos ubicamos entre quienes afirman que del deber de asistencia natural entre convivientes no se sigue necesariamente el

²⁸ Sambrizzi, Eduardo A. “Reclamo de la devolución de aportes que aumentaron el patrimonio de la concubina”, publicado en DJ 2007-III, p. 450.

²⁹ Solari, Néstor E. “Enriquecimiento sin causa entre convivientes”, publicado en LL2007-F, p. 67.

enriquecimiento ajeno. La amalgama de vida que importa la unión convivencial parece ser causa lícita suficiente para explicar esos empeños.

En cambio, esta figura es especialmente prolífica y equitativa para corregir ciertos movimientos patrimoniales entre los integrantes de la unión, como ocurre en los casos en que se han hecho mejoras con dinero de uno sobre bienes del otro; o cuando con dinero de un conviviente se adquieren cosas que quedan a nombre del restante³⁰. Claudio Belluscio participa también de este concepto³¹.

Sostenemos que el telón de fondo de este debate es la lógica de lo ganancial, que se considera equitativa para solucionar las consecuencias patrimoniales por la ruptura de todas las uniones estables. El punto es que aquella lógica está mal entendida incluso para el ámbito matrimonial: no es lo factual lo que determina la partición por mitades al cese del matrimonio, sino lo institucional; como -según se vio- demuestra Basset. Justamente aquel ingreso a un instituto transido de orden público lo que no aparece en la unión convivencial y, podría decirse, lo que la tipifica (arg. art. 523 inc. d CCCN).

Algo que se ha dicho hace mucho tiempo en un ámbito afín quizás sirva para ilustrar esto que decimos. Pensamos que vale la cita porque señala cómo el asunto debe ser captado desde el derecho de familia, en su singular y complejo alcance, bastante rebelde por momentos a las lógicas más pedestres de lo excluyentemente patrimonial. Dijo un tribunal frente a una pretensión de repetición de alimentos que: **“quien presta ayuda a un semejante para vivir, impulsado por una obligación legal, por un deber de conciencia o por un querer voluntario, no puede después pretender la recuperación de lo gastado, echando al olvido los ímpetus generosos, las inclinaciones solidarias, las incitaciones caritativas, los estímulos piadosos, las sugestivas expresiones de la convivencia y, tal vez, el amor”**³²

³⁰ Caparelli, Julio César, *La ruptura de la convivencia*, Editorial El Derecho - Colección de Ebooks, Uniones matrimoniales. Cita Digital: ED-CMXXIII-619.

³¹ Belluscio, Claudio A. “El principio de la ganancialidad de los bienes adquiridos durante las uniones matrimoniales y convivenciales”, publicado en *Revista Argentina de Derecho Civil*, N° 2 - Agosto 2018.

³² CNCiv, Sala I, LL 1989-B, 2358. El énfasis nos pertenece.

2.B. SOCIEDAD DE HECHO: LA UNIÓN CONVIVENCIAL NO LA PRODUCE, PERO TAMPOCO LA IMPIDE.

El art. 528 del CCCN elude esta figura, históricamente vinculada al tema de la ruptura de las convivencias de pareja. Es un dato significativo, a poco que se tenga en cuenta que ha sido una de las más invocadas (antes y ahora) para intentar soluciones de equidad en el ámbito patrimonial frente a la ruptura de esa clase de uniones. De todos modos, nada impide invocarla, porque aquella norma contiene una cláusula elástica al permitir al conviviente reclamar la aplicación de “otros principios generales [...] que pudieran corresponder”.

Es probable que la resistencia del legislador se deba al prácticamente unánime consenso que existe entre doctrina y jurisprudencia en orden a la imposibilidad de asimilar la convivencia a una sociedad de tal naturaleza. En esto se insinúan, por cierto, las dificultades que plantea el trasplante de instituciones del derecho civil en su faz patrimonial a las realidades de familia que también regula.

Dos de los más prestigiosos autores de la doctrina nacional han afirmado la imposibilidad de esta asimilación entre unión convivencial y sociedad de hecho. Bossert³³ y Zannoni³⁴ coinciden en que la sociedad de hecho entre convivientes es posible, pero no necesaria. Similar y más modernamente, tras la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, la interpretación rigurosa de su configuración es mayoritaria³⁵. Así, interpreta Sojo que para demostrar dicha configuración deberán tenerse por probados tres hechos fundamentales “1) *los aportes concretos de cada*

³³ Bossert, Gustavo A., *Régimen jurídico del concubinato*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, pp. 63 y ss.

³⁴ Zannoni, Eduardo A., *El concubinato*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1970, pp. 40 y ss.

³⁵ Así lo fue en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en tanto aprobaron que “De lege ferenda. Debe incluirse como principio general, que en las figuras en que se admita la comunidad de intereses, división de condominio o sociedades del título IV u otras figuras análogas o semejantes, probados los aportes de capital (prestaciones de dar) o servicios (prestaciones de hacer) los bienes o ganancias se atribuirán en proporción a los aportes o servicios”

*conviviente, 2) participación de ambos en las pérdidas y las ganancias, 3) el propósito de lucro dentro de una comunidad de intereses*³⁶”

De allí que, para ellos, no basta la demostración de que una unión de esta naturaleza efectivamente existió, sino que resulta necesario acreditar los elementos tipificantes de un contrato societario, que no se cubre con la mera mancomunidad de esfuerzos de todo proyecto de vida en conjunto.

Como la convivencia no es en sí misma una sociedad de estas características, los aportes característicos del contrato no pueden ser las tareas de cuidado, los socorros mutuos o los esfuerzos de cuidado cumplidos vigente la unión. Aunque es indudable que ellos tienen un valor que puede apreciarse en dinero, no son los que caracterizan a una sociedad que busca el enriquecimiento de sus integrantes^{37 38}.

Estas corroboraciones doctrinarias han sido también seguidas jurisprudencialmente durante la vigencia del código de Vélez, en sus postrimerías y luego de entrada en vigor el Código de 2015.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos no tiene su causa eficiente en esa unión y es independiente de ella; y que por lo tanto debe probarse la existencia de la sociedad mediante aportes y el propósito de obtener una finalidad de lucro³⁹
40 41

³⁶ Sojo, Agustín, “Comentario al art. 528 CCCN”, en López Mesa y Barrerira Delfino (directores) y Basset (directora del tomo), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, tomo 5-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 403.

³⁷ Bossert, ob. cit, 72. El autor incluye dentro de este rubro las tareas del hogar y las contribuciones para afrontar los gastos de este o para la atención de enfermedades.

³⁸ Ver en este sentido, CNCiv, Sala D, “S., M. T. y otros c/ T., J. H. s/ acción declarativa”, fallo de fecha 15/2/2008

³⁹ CNCiv, Sala L, “R., D.E. c/F., L.G. s/disolución de sociedad”, fallo de fecha 8/6/1994.

⁴⁰ CNCiv, Sala E, “F., C.E. c/ C., B.A. s/ cobro de dinero”, fallo de fecha 11/3/1998.

⁴¹ CNCiv, Sala H, “L.I., S.M. c/ G., F. s/ sucesión - disolución de sociedad”, fallo de fecha 29/9/1999.

Esta doctrina se mantuvo en la etapa inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del CCCN, pese a la evolución social y cultural respecto de las convivencias de pareja^{42 43 44}.

De tal suerte que, fallos recientes, han considerado que no constituyen aportes de esa naturaleza las erogaciones patrimoniales que razonablemente se hacen en el contexto de una comunidad de vida, pues ellos no se orientan a obtener utilidades⁴⁵. También por aplicación de esta lógica se han considerado ajenos a la dinámica de una auténtica sociedad de hecho los pagos de impuestos, tasas y expensas del inmueble sede de la familia⁴⁶. Y, más modernamente, los desembolsos necesarios para sostener el hogar, desde que -según se falló con hondura- “no consisten más que una forma de participar, en lo personal, en lo propio de la vida común, y no un aporte societario”⁴⁷

Acaso con mayor rigor se ha llegado a afirmar que para la procedencia de la disolución de una sociedad de hecho debe producirse “*prueba indubitable* de que se realizaron aportes ciertos y efectivos, dirigidos a la explotación del objeto social, con el fin de obtener utilidades y participando de las pérdidas que pudieran registrarse⁴⁸” (cursiva añadida).

La jurisprudencia reciente se ha mantenido en la misma línea que la anterior al Código de 2015 respecto de la improcedencia de asimilar la sociedad de hecho a la convivencia o a tener por conformada la primera por

⁴² CNCiv, Sala H, “H.M., G. c/ O.P., B.A.M.L. s/ división de condominio”, fallo de fecha 2/3/2010.

⁴³ CNCiv, Sala A, “D.F.E.D. c/ V.M.R. s/ disolución de sociedad”, fallo de fecha 2/2/2012.

⁴⁴ CNCiv, Sala H, “P., E.G. c/ Z., M.A. s/ liquidación de sociedad conyugal”, fallo de fecha 23/9/2014.

⁴⁵ CNCiv, Sala F, “A. B. S. c/ C., M. J. s/ disolución de sociedad”, fallo de fecha 5/11/1991.

⁴⁶ CNCiv, Sala D, L., M. I. c/ A., R. s/ liquidación de sociedad”, fallo de fecha 14/7/2000.

⁴⁷ CNCiv, Sala H, “P., E.G. c/ Z., M.A. s/ liquidación de sociedad conyugal”, fallo de fecha 23/9/2014.

⁴⁸ CNCiv, Sala H, “H.M., G. c/ O.P., B.A.M.L. s/ división de condominio”, fallo de fecha 2/3/2010.

la mera existencia de la última^{49 50 51 52}. Incluso se ha llegado a afirmar en un fallo de 2020 que el nivel de independencia entre ambas instituciones es tal, que el reclamo de disolución de una sociedad de las características señaladas debe considerarse regido por las normas mercantiles y ser resuelto por la justicia civil patrimonial y comercial⁵³.

Como se ve, las tendencias dominantes ahora en este ámbito son las mismas que existieron durante la vigencia de la norma velezana. Tiene entero sentido que así sea, porque el reconocimiento de efectos jurídicos de las uniones convivenciales no ha llevado a establecer un régimen de bienes general para el caso de la ruptura.

La ausencia de esta figura, tan invocada en la práctica, en el artículo 528 del CCCN permite pensar que el legislador se ha hecho eco de lo inadecuado que resulta abordar las complejidades patrimoniales de la ruptura de la convivencia mediante una asimilación de la unión disuelta a la sociedad de hecho.

Persiste además una evidente razón jurídica que apuntala esta noción. Si el régimen de bienes conyugal, típicamente de orden público, comienza con el matrimonio (art. 463 del CCCN) sería imposible trasladar sus efectos a una circunstancia de hecho donde, justamente, lo que falta es ese acto voluntario que supone la entrada a un régimen de bienes singular e imperativo⁵⁴.

⁴⁹ Cám. de Ap. Civ. y Com. de 7ª nom. de Córdoba, en lo Civil y Comercial de 7a Nominación de Córdoba, “Pavón, Noelia Elvira c. Chiambretto, Alberto José s/ ordinario”, 27/06/2023 LL *online*, cita: AR/JUR/93424/2023.

⁵⁰ Cám. de Ap. Civ., Com., Lab. y de Min. de General Pico, Sala A, “O.J. M. c/ V. M. M. s/ ordinario”, 23/8/2022, LL *online* cita: AR/JUR/152135/2022

⁵¹ Cám. de Fam. Mendoza, “M., J. L. c. A., S. E. s/ separación de bienes”, 18/10/2017, LL *online*, cita: AR/JUR/89008/2017

⁵² Cám. de Ap. Civ. y Com. de Curuzú Cuatiá, “M. S. B. c/ G. M. R. s/ división de bienes de la unión convivencial”, 19/06/2019, cita: AR/JUR/23563/2019.

⁵³ Cám. de Ap. Civ. y Com. de San Isidro, sala I, G. M. M. c. D. L. J. V. s/ Liquidación de la comunidad, 08/04/2020, cita: AR/JUR/18821/2020

⁵⁴ Doct. CNCiv Sala H, 21/11/12 V.E., M.L. c/ M.A., A. s/ disolución de sociedad”: Allí se afirmó que “como el art. 1261 del Código Civil dispone que la sociedad conyugal comienza desde la celebración del matrimonio, en modo alguno pueden considerarse aplicables a aquél las disposiciones que la rigen, aunque fuera en forma supletoria. De

3. EL ANÁLISIS DE LAS FIGURAS INVOCADAS. SINGULARIDADES. RAZONAMIENTO PROBATORIO.

Las exigencias del razonamiento probatorio son un pilar esencial de la razonabilidad de la sentencia (arts. 28 CN, 3 CCCN).

Desde tal comprensión, parece obvio que no puede exigirse el mismo celo en la acreditación de los movimientos patrimoniales a quienes fueron meros socios respecto de aquellos que, además, se encontraban en un contexto de singular confianza e intimidad, como el que preside las uniones convivenciales.

No se trata de que la sociedad de hecho o el enriquecimiento sin causa sean más o menos probables por el antecedente de la unión convivencial. Lo que se afirma es que, mientras que en el caso de los meros sujetos de derecho privado la falta de instrumentación de aquellos desplazamientos patrimoniales es un argumento de prueba contrario a la pretensión; aquí el razonamiento parece invertirse. Lo usual será que en estos casos el ex conviviente actor carezca de prueba documental categórica en respaldo de sus dichos.

Aparece enseguida la pregunta de qué esfuerzo probatorio es razonablemente exigible al demandante en estos supuestos. Máxime si se tiene en cuenta que, por tratarse de un proceso de familia podrá operar la teoría de las cargas dinámicas de la prueba (art. 710 CCCN); no siempre felizmente administrada y criticada en sus fundamentos mismos por la buena ciencia del proceso⁵⁵.

Nos adscribimos a lo que se ha considerado el “criterio amplio” de la valoración de la prueba en estos supuestos. Amplitud no es laxitud: el precepto no comporta una relajación para el actor del riesgo probatorio que asume al encarar un litigio de esta naturaleza. Significa, en cambio, una directriz para el juez, que no debe acercarse a estos problemas con fórmulas prefijadas o tabulaciones *a priori*.

ahí que, la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio (art. 1271 del Código Civil) no puede aplicarse por analogía al concubinato”.

⁵⁵Nieva Fenoll, Jordi; Ferrer Beltrán, Jordi; Giannini, Leandro J., *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2019.

Se deja así atrás la tesis restrictiva, conocidamente defendida por Llambías⁵⁶, que reclamaba un análisis marcadamente restrictivo de la configuración de estos institutos si se planteaban vinculados a la convivencia de pareja. Es probable que subyaciera en este posicionamiento una valoración negativa, propia de la época, respecto de estas formas de familia⁵⁷, que ya no se sostiene a la luz de su recepción expresa en el ordenamiento positivo.

La propuesta que hacemos encuentra una relevante referencia en Arianna, quien tiempo atrás ya reclamaba una aproximación casuística, libre de toda idea preconcebida y consustanciada con la realidad para resolver estos problemas con equidad⁵⁸.

Una buena presentación del modo de razonar la prueba que se propone fue hecha por Hitters, en un sonado fallo de la casación bonaerense. Se dijo allí que para *“acreditar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, no existe precepto legal alguno que establezca que la valoración de la prueba deba realizarse con mayor estrictez, por lo que puede tenerse por acreditada con cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por las leyes procesales y de conformidad al sistema de valoración en ellas establecido”*⁵⁹.

Antes, la Sala I de la alzada marplatense había propuesto una tesis similar, pero más próxima aún a lo que proponemos más arriba al decir que en estos casos las pruebas deben ser juzgadas prudentemente, sin perder de vista que la vida en común, el afecto y la buena fe influyen para los actos patrimoniales entre convivientes no se instrumenten debidamente⁶⁰.

También milita en esta postura, nos parece, un meduloso fallo de la Cámara de Familia de Mendoza dictado ya durante la vigencia del Código

⁵⁶ Véase Bossert, ob. cit., pág. 76, con citas de fallos de Llambías como integrante de la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

⁵⁷ Solari, Néstor E., Valoración de la prueba en la sociedad de hecho entre convivientes. LL *online*, cita: AR/DOC/6180/2011

⁵⁸ Arianna, Carlos A., “Cotitularidades entre concubinos y el rigor probatorio” Abeledo Perrot, cita: 0029/000422

⁵⁹ SCBA, “B.D. c. S.M.R.” 6/6/2011, LL *online*, cita: AR/JUR/27802/2011. Con nota aprobatoria de María Magdalena Galli Fiant en “Convivientes asociados a una empresa común” LL *online*, cita: AR/DOC/3209/2011.

⁶⁰ Cám. de Ap. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala I, “C., B. v. L., H.”, 12/2/2002.

Civil y Comercial⁶¹. La sentencia, tras repasar los criterios de valoración de la prueba existentes en estos juicios sin adscribirse explícitamente a ninguno, asume una postura de indisputable racionalidad.

Así, valora la totalidad de los elementos aportados, sopesa la fuerza probatoria de cada uno en relación con la alegación fáctica de cada parte y concluye que: 1) Como la unión convivencial no hace nacer la sociedad de hecho, la acreditación de la primera no releva de esfuerzo probatorio a quien invoca la última; 2) La existencia de prueba pericial, instrumental y documental que respaldan la tesis según la cual los bienes en disputa pertenecen genuinamente a su titular no puede ser desvirtuada solo con prueba testimonial unida a la reconocida existencia de la convivencia de pareja.

En otro caso que ya hemos citado, en el que el juez tuvo por probada la existencia de una sociedad de hecho tras un meduloso análisis probatorio, vuelve el sobre la cuestión de la valoración, y se refiere a algunas cuestiones probatorias que creemos válido dejar plasmadas, en tanto van en línea con lo recién desarrollado. El magistrado hace referencia a la dificultad probatoria que se sigue de la intimidad cuando la sociedad de hecho está atada a la unión convivencial, lo cual no excluye un deber probatorio, sino que debe traer una admisión de la necesidad de esta amplitud probatoria. En este sentido afirma “*(allí) donde deben probarse los aportes comunes específicos, corresponde apreciar la prueba de los mismos con la suficiente amplitud y flexibilidad, claro está sin incurrir en suposiciones ni arbitrariedades, y partiendo de la idea que entre los ex-conviviente existía una lógica confianza, propia de un vínculo de esa naturaleza*”⁶².

En esta lectura que proponemos se inscribe también un interesante fallo de la Sala K de la Capital Federal en cuanto ha dicho, con visible inspiración en la sentencia de la Casación Bonaerense ya citada, que no hay motivo ni fundamento alguno para que el criterio de apreciación de la prueba

⁶¹ Cám. de Fam. de Mendoza, “M., J. L. c. A., S. E. s/ separación de bienes”, 18/10/2017, LL *online*, cita: AR/JUR/89008/2017.

⁶² Juzg. Civ., Com. de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Cura Brochero, “O., N. N. c. S., J. C. s/ Ordinario - Daños y perjuicios”, 22/04/2021, cita: AR/JUR/101803/2021

en estos casos “sea restrictivo o liberal; ni una cosa ni otra, pero es menester la prueba efectiva”⁶³.

Finalmente, la jurisprudencia que ha asignado el conocimiento de este tipo de juicios al fuero especializado de familia y no al de asuntos patrimoniales ha hecho hincapié en esta noción⁶⁴.

4. GANANCIALIZACIÓN. A DIVERSIDAD DE REGULACIONES, DIVERSIDAD DE EFECTOS. FUNDAMENTO DE LA GANANCIALIDAD. ¿ES VÁLIDA LA PROYECCIÓN INDIRECTA DE SUS EFECTOS A LAS UNIONES CONVIVENCIALES?

La ganancialidad es considerada un principio general del régimen de bienes del matrimonio⁶⁵, que a la vez que principio, es fin y esencia de ese régimen. En este apartado nos proponemos apuntar algunas cuestiones acerca de la ganancialidad y su fundamento, en atención a los efectos ganancializantes que otorgan los jueces a la división de bienes en las uniones convivenciales, para analizar si es válida esta proyección.

Según Basset⁶⁶ existe una tendencia doctrinal, reproducida jurisprudencialmente, que quizás explique el razonamiento de los fallos reseñados. Se trata de la que considera que el fundamento de la ganancialidad está en la existencia de una convivencia, en la cual se configura una unidad de vida, de colaboración y común esfuerzo. El origen de esta tendencia se hallaría en una interpretación de Guaglianone⁶⁷ quien afirma tal fundamento y es citado por prestigiosísimos autores que

⁶³ CNCiv, Sala K, “H. M., G. c/ D. O. P., B. A. M. L. s/ división de condominio” 17/8/2010, *ED*, cita digital: ED-DCCCCVII-328.

⁶⁴ Cám. 2^a Apel. Civ. y Com. de Paraná, Sala I, “P., J. R. c. C., D. A. s/ ordinario - simulación” 2/11/2022, *LL online* cita: AR/JUR/187612/2022

⁶⁵ Basset, Ursula, *La Calificación de Bienes en la Sociedad Conyugal*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 290 y ss; Fassi y Bossert, *Sociedad Conyugal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, tomo I, p. 342; Mazzinghi, *Tratado de Derecho de Familia*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo 2, pp. 142/143; entre otros.

⁶⁶ Basset, Ursula, *La Calificación de Bienes en la Sociedad Conyugal*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 292 y ss.

⁶⁷ Guaglianone, Aquiles H, *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1965, pp.76 y ss., 94 y 95.

reproducen su interpretación⁶⁸. Si bien la mayoría de esos doctrinarios tienden a referirse a esa unidad de vida, colaboración y común esfuerzo como propia de la institución matrimonial, lo cierto es que tal fundamentación podría derivarse en que el sustrato de la ganancialidad no es institucional (esto es, el matrimonio y las reglas para él previstas por el legislador) sino, meramente fáctica: la existencia de tal unidad de vida, colaboración y común esfuerzo. Esta es la diferenciación que realiza la autora que venimos siguiendo.

De allí a la proyección de efectos cuasi gananciales a las uniones convivenciales, si partimos de tal sustrato fáctico como fundamento de la ganancialidad, hay solo un paso. Este aparece inmediatamente dado en más de una sentencia, bajo invocaciones plausibles en abstracto pero no siempre bien justificadas o razonadas en el caso concreto. Sin embargo, desde nuestra posición, esto no es un razonamiento lógicamente válido, según probaremos seguidamente.

Por lo pronto la existencia de regulaciones diversas para dos instituciones diversas, habla por sí misma. La pluralidad de regulaciones es reconocida expresamente por la jurisprudencia, que en un caso se refiere a que “*la razón de esta decisión de política legislativa responde a la necesidad de diferenciar en los efectos jurídicos las dos formas de organización familiar*”⁶⁹. De esa manera, los magistrados del mismo caso recién citado rechazaron el encuadre jurídico propuesto por una de las partes que pretendía la liquidación por partes iguales de los bienes adquiridos durante la unión convivencial.

Lo cierto es que, comprensiblemente, los jueces se ven a diario interpelados por los esfuerzos comunes históricos invertidos en la pareja. Mas de ello no siempre se sacan conclusiones adecuadas en Derecho.

Así, en otro de los casos analizados, los juzgadores se han detenido con tanto celo en las circunstancias propias de la vida en conjunto que, tal vez sin advertirlo, incluyeron en una misma categorización los esfuerzos

⁶⁸ Entre otros citados por la autora anteriormente mencionada figuran: Fassi y Bossert, Kemelmajer de Carlucci, Vidal Taquini, Zannoni, Fleitas Oscar de Rozas, Sambrizzi, Azpiri, Chechile, entre otros (ver notas 26 a 36 de Basset Ursula, *La Calificación de Bienes...*, op.cit., p. 293)

⁶⁹ Cám. de Ap. de Curuzú Cuatiá, “M. S. B. c/ G. M. R. s/ división de bienes de la unión convivencial”, 19/06/2019, cita: AR/JUR/23563/2019.

propios de la vida entre convivientes (socorros mutuos, tareas de cuidado, sostenimiento del hogar) con los desplazamientos patrimoniales típicamente corregidos por las instituciones de derecho civil que hemos considerado (inversión de dinero en reformas sobre bienes de otro)⁷⁰.

Y luego de ese *íter* de razonamiento indiferenciado se afirma la existencia de una unidad económica ⁷¹de alcances no muy claros. Ya vemos los atisbos de las instituciones jurídicas analizadas: una unidad económica, cuando se den los requisitos estrictos mencionados en ese punto, puede significar la existencia de una sociedad de hecho, y en tales casos, se sigue de justicia que exista una división de esa sociedad de hecho que redunde en beneficios debidos a quienes fueron socios.

Hay, como destacaba Basset en su artículo reciente⁷², una preocupación de justicia, moral, casi diríamos, de los jueces, especialmente cuando no logran tener por probados los institutos que provee el art. 528 CCCN. Y esa preocupación surge enunciada por los mismos protagonistas: *“..mantener una regla de separación patrimonial a ultranza que ignore ese dato de la realidad podría provocar situaciones injustas y distantes de las necesidades de las personas. Es por ello que, si los convivientes no establecieron pautas de distribución de sus adquisiciones para el momento del cese, la regla de la separación patrimonial no clausura el tema”*⁷³ afirmaban los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul.

Aquel tenor de razonamiento, los llevó a flexibilizar y reinterpretar la exigencia de la configuración de los requisitos del enriquecimiento sin causa, bajo el prisma de la división de roles en la pareja. De la misma manera, afirman la necesidad de aplicar la figura cuando no se llegaban a configurar los requisitos de una sociedad de hecho, a su consideración de mayor exigencia probatoria. Y todo ello puesto que es necesario *“para atenuar la evidente injusticia que significa(ba) hacer prevalecer la verdad*

⁷⁰ CNCiv, Sala L, “C., E. E. c/ Sucesión de T. M. E. s/ división de bienes por cese de convivencia”, 22/5/2024

⁷¹ *Ibidem* anterior.

⁷² Basset, Úrsula, “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los efectos patrimoniales de las parejas de hecho: novedades sobre la relación entre autonomía y protección”, a publicarse por Editorial La Ley.

⁷³ Cám. de Ap. Civ. y Com. de Azul - Sala I, "C. F. c/D. D. A. s/Disolución y Liq.", 5/7/2024, Cita Digital: ED-V-DCCCXXXIV-868

formal sobre la material, en una suerte de "castigo" a la elección de vivir sin contraer matrimonio⁷⁴."

Aquella afirmación es, a la vez, desconcertante y reveladora. Lo primero porque afirma que el ingreso a la institución matrimonial es un aspecto formal de la realidad familiar; lo cual es redondamente errado. Es un tema bien sustancial, que supone el emplazamiento en un estado de familia y consecuencias jurídicas de todo tipo. No se trata de la registración oficial de una vivencia fáctica (como sí podría ser la registración de la unión convivencial con miras a la facilitación de su prueba) sino la elección libre y consciente de un estado jurídico indisponible, radicalmente distinto a aquel en el que se encontraban antes los contrayentes.

De otro lado, es elocuente que se afirme que la decisión se basa en la búsqueda de evitar una especie de sanción por haber optado por la unión convivencial en lugar de matrimonial. Lo que subyace en el razonamiento es la errada tesis, bien advertida por Basset, acerca del carácter no institucional de la ganancialidad. Se trataría, en cambio, de una cuestión de tipo factual, posible de probar en cada caso, siempre que se acredite cierta unidad de vida o amalgama de esfuerzos personales y patrimoniales.

Las derivaciones inmediatas de ese razonamiento son sencillas de adivinar. Cabría el imposible debate frente al divorcio acerca de que, durante el consorcio de vida, no hubo verdaderos aportes comunes sino denodados esmeros de una sola de las partes; que entonces pretenderá más de la mitad ganancial que la ley le asegura.

A su turno, los argumentos que valen para los integrantes de uniones convivenciales valdrían para cualesquiera personas que se han brindado colaboraciones mutuas, pues lo definitorio serían esos esmeros mancomunados y no la específica institución bajo la cual han decidido llevar adelante su vida las personas. Tal aseveración no podría explicar por qué todo esta deliberación tiene lugar siempre en el cuadrante de las convivencias de pareja y no de cualquier clase, sino las que llenan los recaudos del título III del libro segundo del Código Civil y Comercial.

Lo cierto es que *“el legislador optó por una regulación de las uniones convivenciales de “mínima” intervención y diferenciada del*

⁷⁴ *Ibíd*em anterior.

matrimonio”⁷⁵. La alteración de la regla contenida en el art. 528 CCCN es, por lo tanto, excepcional y debe operar a través de la acreditación de alguna de las instituciones que el código alude u otras propias del derecho común.

Lo que no es viable es resolver el asunto a través del trasplante de reglas y efectos propios del matrimonio a la unión convivencial. Es que lo que hemos comprobado en el estudio de los casos es que, si bien la jurisprudencia no admite una ganancialización expresa de los efectos de la división de bienes en las uniones convivenciales, a través de la utilización de los institutos estudiados, de manera poco rigurosa, o flexible, la admiten implícitamente aunque con efectos a veces atenuados, otorgando a la división de bienes en las uniones convivenciales efectos cuasi gananciales que debieran serles ajenos.

Pasemos entonces, para concluir esta sección, a los efectos adversos que creemos acarrea esta ganancialización implícita de los efectos patrimoniales de las uniones convivenciales.

La primera ya se intuía en los párrafos precedentes. Se trata de dos institutos diversos, con dos regulaciones diversas. Esa diversidad aparece fundada en la ley que es de muy reciente factura. El Código Civil y Comercial de la Nación recién cumplirá 10 años de vigencia el año próximo, esto es, en el 2025. Por ello, mal puede acusarse a la normativa de ajena por su antigüedad a ciertas realidades sociales que el derecho no puede soslayar. Esta necesidad de mayor deferencia hacia el legislador en asuntos tan delicados, como lo son las bases constitutivas mismas del fenómeno familiar, ha sido reconocida por un fallo reciente del derecho de familia, que hemos comentado en otro lugar⁷⁶. Es perfectamente plausible la crítica acerca de si los legisladores han regulado adecuadamente la realidad social. Pero su acierto o error no es un asunto que le toque a los jueces determinar⁷⁷, pese a que ello aparece cada vez más como una tentación frecuente.

⁷⁵ CNCiv, Sala M, “C., E. Z. c/ S., E. R. s/fijación de cuota asistencial art. 519 CCCN”, 2022.

⁷⁶ Nos referimos al fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que anotamos en Bellotti San Martín, Lucas y Scarramberg, Juan Martín “De filiaciones, jueces y Estado de Derecho” *El Derecho* 11/9/2023, 2, cita digital: ED-MVDCCCXIII-27

⁷⁷ CSJN, Fallos: 342:411; 340:1480, entre muchos otros.

Ligado a este argumento existe otro, que se vincula eminentemente con la seguridad jurídica. Según Rodolfo Vigo, este es un valor del Derecho, que se predica como exigencia respecto de las disposiciones jurídicas, como de los órganos judiciales. Dentro de esas exigencias se presenta la generalidad, accesibilidad, estabilidad y suficiencia de las normas. Por su parte, los órganos judiciales tienen una responsabilidad para la conservación de esos caracteres que hacen a esa seguridad⁷⁸.

Existe una norma específica que trata los efectos patrimoniales del cese de la unión convivencial. Esta remite, para casos particulares, a la aplicación de institutos del derecho civil a su vez también claramente regulados.

El apartamiento radical de las exigencias de aquel sistema desbarata la razonable previsibilidad que requiere la proyección de vida que se hace al elegir un formato familiar. Es claro que, quebrada la armonía, las partes habrán de reclamarse incluso más allá de lo que genuinamente creyeron justo durante la vida común. Lo que interesa es si aquella juridicidad por la que optaron puede válidamente ser dejada de lado porque conduce a resultados repudiados por el Derecho; y no el sentimiento de justicia que cada día trae consigo para el juzgador.

Sobre el punto enseñaba Rivera el peligro que entraña que, por invocación de nociones generales como la constitucionalización del derecho privado, este último sea sustituido por “una serie de principios vaporosos que habiliten a los jueces a apartarse de la ley y sustituirlo por su propio sentimiento de justicia”⁷⁹.

Es que la justicia que se encarga a los servidores públicos es algo más complejo que el una sensación o vivencia subjetiva. Esta, de no tener parámetros objetivos de verificación, mal puede ser un parámetro para regir las relaciones sociales. La medida objetiva de la justicia se da mediante el

⁷⁸ Vigo, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, en Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ISSN 1133-0937, Año nº 3, Nº 6, 1998, pp. 495-516

⁷⁹ Rivera, Julio César, “Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a más de seis años de su entrada en vigencia”, en Basset, Úrsula y Santiago, Alfonso, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2022, tomo I, p. 227.

derecho, y éste último, también, puede expresarse a través de normas y principios⁸⁰.

Se trata, por fin, de entender que la misión primera del Poder Judicial es juzgar con equidad según la ley y no de la equidad de la ley, como bien lo ha dicho la Corte Suprema en general⁸¹, y en el ámbito de las cuestiones patrimoniales post-ruptura de la unión en particular⁸².

Como se ve, lo anterior también plantea problemas en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los contrayentes que eligieron el instituto de la unión convivencial, y a la inversa, dejaron de lado la matrimonial.

Ello fue destacado en uno de los casos analizados para rechazar una pretensión de enriquecimiento sin causa por falta de extremos para probar su configuración, en tanto los magistrados acordaron preeminencia a la necesidad de respetar los efectos del tipo de unión elegida por los convivientes durante todo el (largo, en el caso) tiempo de su unión⁸³. Es interesante el fallo recién citado, en tanto relaciona esta autonomía con el deber de no injerencia del Estado en el desarrollo del derecho a la vida privada y familiar de las personas⁸⁴. Nos preguntamos: ¿se cumple este deber de abstención cuando se otorgan efectos cuasi matrimoniales al cese de la unión convivencial? ¿Cómo juega la valoración de aquella voluntad lícita, que confirmaron los convivientes durante todo el tiempo que duró la

⁸⁰ Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Editorial Instituto de Estudios Filosóficos, Buenos Aires, 1991, pp.307-323

⁸¹ Fallos: 302:1611; 270:99.

⁸² Fallos: 231:33. En la ocasión, expresó la Corte que merecía confirmación la sentencia que “no prescinde de los hechos que considera probados en autos ni se desentiende de las disposiciones legales relativas a la sociedad conyugal y, **sin juzgar de la equidad de la ley, se limita a establecer su sentido y alcance que considera más concordante con la razón de ser de sus disposiciones** y con el principio del art. 35 de la Constitución Nacional, para determinar la solución que corresponde a las particularidades del caso planteado” El destacado es nuestro. Se alude al art. 35 de la Constitución de 1949, parecido al artículo 28 de la de 1853/60.

⁸³ CNCiv, Sala I, “P. S. H. c. L. R. F. O. s/ daños y perjuicios” 17/7/2020; LL online, cita: AR/JUR/26007/2020

⁸⁴ Recordemos la amplia acogida constitucional-convencional de este principio, faz negativa, y su faz positiva, en la protección del derecho a la vida privada y familiar se encuentra en múltiples tratados de derechos humanos como resultan ser art. 1 DUDH, art 17. 1 y 2 PIDCP, arts. V y IX DADH, art. 11 CADH, art. 12 CIPDHPM, entre otros.

unión, de apartarse de las consecuencias, muchas veces gravosas, de la ganancialidad?

Aparece, también, la pregunta por el pluralismo. Se ha dicho, con acierto a nuestro ver, que la decisión del ingreso a una conformación familiar no matrimonial en Argentina obedece a causas múltiples. Y muchas de ellas se vinculan a la búsqueda deliberada de no someterse, en absoluto o al menos por el momento, a las consecuencias rígidas del estatuto conyugal.

De allí que la nueva legislación se orientó a plasmar esas diversidades⁸⁵ y garantizar unos derechos de mínima que protegen al conviviente más vulnerable. Mas no se persiguió con ella hacer ingresar a las personas que conforman la unión convivencial en una especie de matrimonio por ministerio de la ley. Así lo han hecho otros países, como Bolivia⁸⁶; pero no ha sido esta la alternativa seguida por los legisladores en quienes hemos delegado el debate de estos asuntos.

En la siempre difícil tarea de trazar una demarcatoria respecto de cuánto de protección cabía acordar sin la voluntad (o contra la voluntad) de los sujetos concernidos en las uniones convivenciales se ha dicho que el eje ha sido la protección de los Derechos Humanos. Y que por ello, se incluían regulaciones en áreas que los involucraban directamente (asistencia o vivienda, por ejemplo). En cambio, se afirmó, se dejaba librados a la autonomía de la voluntad aquellos aspectos en los que esos Derechos no se veían directamente afectados: el régimen de bienes o los derechos sucesorios⁸⁷.

Si por vía de pronunciamientos judiciales termina adscribiéndose a la ruptura de la unión convivencial las mismas o muy similares consecuencias que al divorcio, lo que se tendrá es que el derecho argentino habrá forzado la existencia de una única configuración familiar: la conyugal. Es indiscutible que la orientación de la reforma del quince es muy otra y no

⁸⁵ Molina de Juan, Mariel F. y Lamm, Eleonora “Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales” *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2014-3, pp. 281-315.

⁸⁶ Art. 137 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, Ley No. 603 del 19 de noviembre de 2014.

⁸⁷ Fernández, Silvia E. en Lorenzetti, Ricardo L. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, Tº III, p. 365. En similar sentido véase Herrera, Marisa, “Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto” *Revista de Derecho Privado y Comunitario*; 2014-3, pp.11-57.

se entiende por qué se habilitaría a los jueces a vaciar de contenido a aquello que es producto de un debate dado allí donde el sistema republicano lo prevé, que es el Congreso de la Nación.

En definitiva, en todos los casos y puntos recién desarrollados, se trata del siempre vigente contraste entre autonomía de la voluntad y protección. Es oportuno volver a la autora anteriormente citada para expresar una formulación que desmiente tal confrontación: *“la autonomía, cuando no se integra con mecanismos protectorios, viola la autonomía. Y la protección, cuando no se integra con el reconocimiento de la libertad, anula la personalidad jurídica de las partes, en lugar de protegerlas. No están opuestas autonomía y protección, sino que dependen la una de la otra⁸⁸”*. En verdad, cuando hablamos de los efectos patrimoniales de las uniones convivenciales, de un régimen marcado por la autonomía de la voluntad, ya sea visto desde su regulación normativa, y como fue pensado por el legislador; sea desde la elección realizada por los convivientes. Esa autonomía de la voluntad merece respeto y resguardo por parte del juez no sólo en cuanto a la configuración familiar que tiene por delante, sino también en cuanto a los efectos que ésta genera. Ahora bien, ello no quita que, cuando se den supuestos particulares, parcialmente contemplados por la normativa, pueda acudir a las herramientas jurídicas, para regular efectos patrimoniales que van más allá de la regla primaria sentada por la primera parte del art. 528 CCCN, para accionar mecanismos de protección cuando uno de los exconvivientes vea vulnerado sus derechos. Para que ello, a su vez, sea una aplicación respetuosa de la autonomía de la voluntad de los convivientes, y del mismo conjunto normativo, deberá realizarse un razonamiento jurídico estricto, contemplativo de los requisitos exigidos por cada figura y adecuadamente fundada.

⁸⁸ Basset, Úrsula, “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los efectos patrimoniales de las parejas de hecho: novedades sobre la relación entre autonomía y protección”, a publicarse por Editorial La Ley.