

[SEPTIEMBRE DE 2024 - NRO. 109]

CUADERNOS JURÍDICOS DE DERECHO DE FAMILIA

Edición especial

**REVISTA DE JURISPRUDENCIA
Y DOCTRINA**

DIRECTORA: URSULA C. BASSET - SECRETARIA ACADÉMICA: ELIANA M. GONZÁLEZ - COORDINADORA GENERAL: LUCÍA GUASTAVINO - CONSEJO ACADÉMICO: JORGE A. MAZZINGHI (H.), ALEJANDRO C. MOLINA, JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, AGUSTÍN SOJO Y MARCO A. RUFINO

**EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO
Y DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL**

Autores:

URSULA C. BASSET

(en colaboración con Gladys Karina Penayo y otros)

MARÍA ZÚÑIGA BASSET y LUCAS BELLOTTI SAN MARTÍN

CARLA BEATRIZ MODI

KARINA VANESA SALIERNO

LOS CUADERNOS JURÍDICOS DE DERECHO DE FAMILIA SE CONSAGRAN A LAS XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, BUENOS AIRES, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024



EL DERECHO

CONTENIDO

EDITORIAL

El régimen patrimonial en las conyugalidades a debate en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por Ursula Basset
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXVII-920

DOCTRINA

¿Ganancialización de los efectos del cese a las uniones convivenciales?, por María Zúñiga Basset y Lucas Bellotti San Martín
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXVII-921

Extinción del régimen de comunidad - Separación de hecho - Fallecimiento del cónyuge, por Carla Beatriz Modi
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXVII-930

Artículo 480 CCCN, extensión interpretativa y reforma en el sentido de incluir la muerte, por Ursula C. Basset en colaboración con Gladys Karina Penayo y otros
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXVII-922

Principio de proporcionalidad y solidaridad familiar. Reducción de la legítima. Autonomía de la voluntad del testador, por Carla Beatriz Modi
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXVII-923

La calificación de los bienes en el régimen de comunidad: adquisiciones simultáneas y sucesivas ¿Propios, gananciales o mixtos?, por Karina Vanesa Salierno
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXVII-924

El régimen patrimonial en las conyugalidades a debate en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil

por URSULA BASSET (Pontificia Universidad Católica Argentina - Universidad de Buenos Aires)

En el número que presentamos, acompañamos las ponencias presentadas por distintos juristas a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a celebrarse en el Campus Pilar de la Universidad Austral a fines de septiembre.

El tema de la convocatoria esta vez, se desplaza de los asuntos personales de las relaciones de familia, en general, más inquietantes, a temas más periféricos y que parecieran más relativos a la ruptura de la relación que a su vigencia. Esto porque, en general, la cuestión patrimonial, tanto en las uniones convivenciales como en el matrimonio, se plantea cuando se disuelven y casi nunca o excepcionalmente durante su vigencia.

Esta afirmación es cierta en la mayoría de los casos, con algunas pocas excepciones, como algunos problemas derivados del asentimiento conyugal o de los unidos para la disposición o traslado de determinados bienes o el reclamo de deudas de naturaleza contractual por parte de terceros que genera responsabilidad solidaria o el régimen especial de responsabilidad limitada a los bienes gananciales en el régimen de comunidad.

Con todo, aun cuando el grueso de las problemáticas remitan a la disolución, en realidad, dicen todo sobre la visión que tiene el legislador sobre la naturaleza de las relaciones entre casados y unidos, y también dicen mucho sobre la versión sobre la proporcionalidad de efectos en ambos tipos de relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, nos enteramos que para el legislador, el matrimonio es una unión presuntamente más fuerte y más durable, por eso, se prevé un régimen legal muy preciso para los efectos patrimoniales, que en muchos aspectos es de orden público, también en la disolución por causa de muerte. Al Estado, pareciera importarle menos lo que sucede entre unidos convivenciales, para lo cual se deja un amplio margen de libertad, salvo en lo que se refiere a cuestiones imperativas en la contribución a la vida en común y la responsabilidad por deudas frente a terceros.

De alguna forma, la intensidad de la solidaridad es idéntica en todo tipo de unión, así como lo es su reverberación en la responsabilidad solidaria por deudas contraídas en virtud de la convivencia o los hijos comunes. Es sorprendente que tanto el matrimonio como la unión convivencial compartan la regulación del deber de contribución y de solidaridad por deudas.

Quizás deja dudas la coherencia de la regulación cuando se advierte que las uniones convivenciales, si bien no se formalizan ni se “contraen” (no nacen de un acto jurídico consensual, sino de los hechos), requieren más inversión personal que el matrimonio. Para ellas se requiere al menos dos años de convivencia ininterrumpida, pública, notoria y permanente. Para el matrimonio, esa inversión no es necesaria y su disolución puede acaecer inmediatamente, sin tiempo de espera. No hay tampoco exigencia jurídica de exclusividad, a diferencia de la unión convivencial.

Viendo esta diferencia, no sorprenden los planteos que clamen por mayor coherencia en los efectos. No puede ser tratada de la misma manera, una unión que dure toda la vida que un matrimonio que dure un mes, por más que en el matrimonio se valore la elección de una unión más exigente en términos patrimoniales. En este sentido, las ponencias de Carla Modi, María Zúñiga y Lucas Belotti, y la nuestra.

Junto con estas incoherencias, a casi diez años de vigencia del Código Civil y Comercial, los ponentes advierten otras incoherencias que se abordan en las ponencias. En el caso de Karina Salierno, la incongruencia de criterios para la calificación única de bienes cuando se adquieren partes sucesivas de un bien, y la primera adquisición determina la calificación, que contradice la regla de accesión (*major pars trahit ad se minorem*).

Ojalá la lectura resulte de interés!

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - RECOMPENSAS - DOLO - FALLECIMIENTO - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - SUCESIÓN TESTAMENTARIA - SUCESIÓN AB-INTESTATO - SOLIDARIDAD - SOCIOAFECTIVIDAD - VOCACIÓN SUCESORIA - LEGÍTIMA HEREDITARIA - MENORES - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - UNIONES CONVIVENCIALES - DIVISION DE BIENES - ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - SOCIEDAD DE HECHO

¿Ganancialización de los efectos del cese a las uniones convivenciales?

por MARÍA ZÚÑIGA BASSET^(*) y LUCAS BELLOTTI SAN MARTÍN^(**) (Universidad Católica Argentina - Universidad de Buenos Aires)

Palabras clave: *Ganancialidad - Uniones Convivenciales - Cese - División de Bienes - Enriquecimiento sin Causa - Sociedad de Hecho*

Resumen: A través de un estudio jurisprudencial, los autores hacen un análisis del tratamiento de los efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales, y la aplicación de figuras del derecho civil común, como el enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho. En particular, se centran en la tendencia jurisprudencial de aplicar efectos cuasi-gananciales a las consecuencias patrimoniales del cese de las uniones convivenciales, sobre las repercusiones jurídicas, y –finalmente– sobre la validez de tal aplicación.

I. Introducción. Estado del arte sobre la creciente ganancialización de los efectos patrimoniales del cese 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.

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⁽¹⁾. Se encara así una faena orientada a encontrar alguna forma de participación en las ganancias del conviviente⁽²⁾.

Esa tendencia ganancializante⁽³⁾, 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.

II. La opción por la aplicación del enriquecimiento sin causa a los efectos patrimoniales del cese de la unión convivencial

La figura del enriquecimiento sin causa (ESC), expresamente mencionada en el art. 528 CCCN, parte de entender que uno de los ex convivientes ha aumentado 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 causa⁽⁴⁾.

(*) 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.

(**) 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.

(1) 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.

Cám. de Ap. de Curuzú Cuatiá, "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.

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.

STJ Río Negro, "L., M. c. Y., A. s/ Liquidación de la sociedad convivencial s/ Casación", 02/02/2023, Cita AR/JUR/20086/2023.

(2) 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.

(3) Basset, Ursula, *La Calificación de Bienes en la Sociedad Conyugal*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 319.

(4) 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 títubeo en el marco de las uniones convivenciales⁽⁵⁾), 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 ganancias⁽⁶⁾, necesariamente nos recuerda a la figura de la compensación económica, la cual se advierte, debe ser utilizada en prelación a la figura del ESC⁽⁷⁾. 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.

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 otro⁽⁸⁾.

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 Civil⁽⁹⁾. Se trató allí de una convivencia extendida por casi medio siglo,

"...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"

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.

En un fallo de un Juzgado de Familia mendocino se fijan estrictos los requisitos que se deben alcanzar para te-

(5) *Ibidem* anterior.

(6) 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.

(7) Sojo, Agustín, "Comentario al art. 528 CCCN", en López Mesa y Barreira Delfino (directores) y Basset (director del tomo), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, tomo 5-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 399.

(8) Caparelli, Julio César, *La ruptura de la convivencia*, Editorial El Derecho - Colección de Ebooks, Uniones matrimoniales, Cita Digital: ED-CMXXIII-619.

(9) 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.

ner 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*)”⁽¹⁰⁾. 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*”⁽¹¹⁾. Este recurso facilita que determinados esquemas fácticos presentados al juzgador 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 análogo*”⁽¹²⁾.

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. 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 estudiada⁽¹³⁾.

En similar senda de menor rigurosidad, está una resolución reciente de la Sala L de la Cámara Nacional Civil. Cuando los magistrados narran el íter 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*”⁽¹⁴⁾. ¿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 usuales⁽¹⁵⁾.

(10) 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.

(11) *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).

(12) 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.

(13) *Ibidem* anterior en cita a Azpiri en su obra “Uniones de Hecho” (págs. 136/137).

(14) Cámara Civil, Sala I, “C., E. E. c/ Sucesión de T. M. E. s/ división de bienes por cese de convivencia”, fallo de fecha 22/05/2024.

(15) 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.

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 Rosario⁽¹⁶⁾. 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. 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 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.

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.

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 común⁽¹⁷⁾.

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 tesis⁽¹⁸⁾.

Nosotros nos ubicamos entre quienes afirman que del deber de asistencia natural entre convivientes no se sigue necesariamente el 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 convivien-

“... 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”

(16) 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.

(17) Sambrizzi, Eduardo A. “Reclamo de la devolución de aportes que aumentaron el patrimonio de la concubina”, publicado en DJ 2007-III, p. 450.

(18) Solari, Néstor E. “Enriquecimiento sin causa entre convivientes”, publicado en LL2007-F, p. 67.

te se adquieren cosas que quedan a nombre del restante⁽¹⁹⁾. Claudio Belluscio participa también de este concepto⁽²⁰⁾.

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).

III. La opción por la aplicación de la figura de la 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. Bossert⁽²¹⁾ y Zannoni⁽²²⁾ 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 mayoritaria⁽²³⁾. Así, interpreta Sojo que para demostrar dicha configuración deberán tenerse por probados tres hechos fundamentales “1) los aportes concretos de cada conviviente, 2) participación de ambos en las pérdidas y las ganancias, 3) el propósito de lucro dentro de una comunidad de intereses”⁽²⁴⁾.

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⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾.

(19) Caparelli, Julio César, La ruptura de la convivencia, Editorial El Derecho - Colección de Ebooks, Uniones matrimoniales. Cita Digital: ED-CMXXIII-619.

(20) 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.

(21) Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico del concubinato, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, pp. 63 y ss.

(22) Zannoni, Eduardo A., El concubinato, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1970, pp. 40 y ss.

(23) 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”.

(24) Sojo, Agustín, “Comentario al art. 528 CCCN”, en López Mesa y Barreira 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.

(25) 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.

(26) 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.

Estas corroboraciones doctrinarias han sido también seguidas jurisprudencialmente durante la vigencia del código de Vélez, en sus postrimerías y luego de entrado en vigor el Código de 2015⁽²⁷⁾. 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 comercial⁽²⁸⁾.

“...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 registrarse...”

En 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 utilidades⁽²⁹⁾. 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 familia⁽³⁰⁾. 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”⁽³¹⁾.

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 registrarse”⁽³²⁾ (cursiva añadida).

Como se ve, las tendencias dominantes ahora en este ámbito son las mismas que existieron durante la vigencia de la norma velezana.

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 apun-tala 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 imperativo⁽³³⁾.

(27) Cám. de Ap. Civ. y Com. de 7º nom. de Córdoba, en lo Civil y Comercial de 7º Nominación de Córdoba, “Pavón, Noelia Elvira c. Chiambretto, Alberto José s/ ordinario”, 27/06/2023 LL online, cita: AR/JUR/93424/2023.

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.

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.

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.

CNCiv, Sala L, “R., D.E. c/F., L.G. s/disolución de sociedad”, fallo de fecha 8/6/1994.

CNCiv, Sala E, “F., C.E. c/ C., B.A. s/ cobro de dinero”, fallo de fecha 11/3/1998.

CNCiv, Sala H, “L.I., S.M. c/ G., F. s/ sucesión - disolución de sociedad”, fallo de fecha 29/9/1999.

CNCiv, Sala H, “H.M., G. c/ O.P., B.A.M.L. s/ división de condominio”, fallo de fecha 2/3/2010.

CNCiv, Sala A, “D.F.E.D. c/ V.M.R. s/ disolución de sociedad”, fallo de fecha 2/2/2012.

CNCiv, Sala H, “P., E.G. c/ Z., M.A. s/ liquidación de sociedad conyugal”, fallo de fecha 23/9/2014.

(28) 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.

(29) CNCiv, Sala F, “A. B. S. c/ C., M. J. s/ disolución de sociedad”, fallo de fecha 5/11/1991.

(30) CNCiv, Sala D, L., M. I. c/ A., R. s/ liquidación de sociedad”, fallo de fecha 14/7/2000.

(31) CNCiv, Sala H, “P., E.G. c/ Z., M.A. s/ liquidación de sociedad conyugal”, fallo de fecha 23/9/2014.

(32) CNCiv, Sala H, “H.M., G. c/ O.P., B.A.M.L. s/ división de condominio”, fallo de fecha 2/3/2010.

(33) 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

IV. Conclusión: A diversidad de regulaciones, diversidad de efectos. ¿Es válida la proyección indirecta de sus efectos a las uniones convivenciales?

La ganancialidad es considerada un principio general del régimen de bienes del matrimonio⁽³⁴⁾, 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 Basset⁽³⁵⁾ 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 Guaglianone⁽³⁶⁾ quien afirma tal fundamento y es citado por prestigiosísimos autores que reproducen su interpretación⁽³⁷⁾. 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

... 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..."

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"⁽³⁸⁾. De esa manera, los magistrados en un caso 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. Se afirma la exis-

tencia de una unidad económica⁽³⁹⁾ de 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 reciente⁽⁴⁰⁾, 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"⁽⁴¹⁾ 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 formal sobre la material, en una suerte de "castigo" a la elección de vivir sin contraer matrimonio"⁽⁴²⁾.

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.

...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..."

Lo cierto es que "el legislador optó por una regulación de las uniones convivenciales de "mínima" intervención y diferenciada del matrimonio"⁽⁴³⁾. 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

(39) *Ibidem* anterior.

(40) 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.

(41) 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-DCCCXXIV-868.

(42) *Ibidem* anterior.

(43) CNCiv, Sala M, "C., E. Z. c/ S., E. R. s/fijación de cuota asistencial art. 519 CCCN", 2022.

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 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".

(34) Basset, Úrsula, 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.

(35) Basset, Úrsula, La Calificación de Bienes en la Sociedad Conyugal, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 292 y ss.

(36) Guaglianone, Aquiles H, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1965, pp.76 y ss., 94 y 95.

(37) 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 Úrsula, La Calificación de Bienes..., op.cit., p. 293).

(38) 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.

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 lugar⁽⁴⁴⁾. 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 determinar⁽⁴⁵⁾, pese a que ello aparece cada vez más como una tentación frecuente.

Como se ve, lo anterior también plantea problemas en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los contratantes 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 unión⁽⁴⁶⁾. 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 personas⁽⁴⁷⁾. 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 unión, de apartarse de las consecuencias, muchas veces gravosas, de la ganancialidad?

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 sucesorios⁽⁴⁸⁾.

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 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 otra”*⁽⁴⁹⁾. 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 convivientes 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.

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - FRAUDE - GANANCIALIDAD - UNIONES CONVIVENCIALES - DIVISION DE BIENES - ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - SOCIEDAD DE HECHO

(44) 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.

(45) CSJN, Fallos: 342:411; 340:1480, entre muchos otros.

(46) 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.

(47) 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.

(48) 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.

(49) Basset, Úrsula, “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los efectos patrimoniales de las parejas de hecho: novedades sobre la relación entre autonomía y protección”, en vías de publicación por Editorial La Ley.

“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...”

Extinción del régimen de comunidad - Separación de hecho - Fallecimiento del cónyuge

por CARLA BEATRIZ MODI (Universidad de Buenos Aires)^(*)

Resumen: La autora propone en su ponencia de *lege ferenda* para una futura reforma, la modificación del art. 480 del CCCN 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".

Palabras clave: *Matrimonio - Régimen de bienes - Extinción de la comunidad - Separación de hecho - Divorcio - Fallecimiento cónyuge - Retroactividad - Principio de Igualdad.*

A) 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:

- a) La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.
- b) La anulación del matrimonio putativo.
- c) El divorcio.
- d) La separación judicial de bienes.
- e) La modificación del régimen patrimonial convenido⁽¹⁾.

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.

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"⁽²⁾.

(*) 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 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.

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.

(1) FERRER, Francisco A.M., "Tratado de Sucesiones", Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 661.

(2) MIZRAHI, Mauricio L., "El divorcio y la extinción de la comunidad de bienes", LA LEY, 2017. Cita: TR LALEY AR/DOC/1262/2017.

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 culpas⁽³⁾.

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 (en igual sentido, CNCiv., Sala L., "G. N. L. c. O. D. M.", del 6 de octubre de 2015, y sus citas)⁽⁴⁾.

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 aquellos⁽⁵⁾.

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.

(3) JNCivil N° 92, "M. C. G. c/ F. A. D. s/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL", Exp: 9200/2013, Mayo 2020.

(4) 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.

(5) SAMBRIZZI E., "El Régimen Patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, Pág.291.

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.

B) Extinción por fallecimiento del cónyuge

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 terceros⁽⁶⁾. 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 fallecimiento⁽⁷⁾.

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 superviviente 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 vigentes⁽⁸⁾.

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 superviviente, sobre bienes que se encuentran en el estado de indivisión”⁽⁹⁾.

C) Separación de hecho previa al fallecimiento

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.)”⁽¹⁰⁾.

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 separación⁽¹¹⁾. 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, aun así, los herederos del fallecido y el cón-

yuge superviviente, 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.

“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 superviviente 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”⁽¹²⁾.

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, aun así, los herederos del fallecido y el cónyuge superviviente, se beneficien de los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante ese lapso en el cual ya no existía vida conyugal alguna

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 superviviente 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”⁽¹³⁾.

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 consuma un abuso del derecho y un auténtico enriquecimiento sin causa en beneficio del otro cónyuge o de sus herederos (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.)”⁽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 consuma un abuso del derecho y un auténtico enriquecimiento sin causa en beneficio del otro cónyuge o de sus herederos (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.)”⁽¹⁴⁾.

D) 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

(6) FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 663.

(7) <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/>

(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) SAMBRIZZI E., “El Régimen Patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 304.

(10) FERRER - GUILISASTI “La separación de hecho como causa de disolución del régimen de comunidad” TR LALEY AR/DOC/589/2020

(11) FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 675.

(12) FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 679.

(13) C Civ Com Lab y Minería Santa Rosa, Salal, “S., M. J. c. N., G. V. s/ ordinario”, 29/09/2021, La Ley online, Cita: TR LALEY AR/JUR/173000/2021.

(14) FERRER - GUILISASTI “La separación de hecho como causa de disolución del régimen de comunidad” TR LALEY AR/DOC/589/2020. Pág.5

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”⁽¹⁵⁾. 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”⁽¹⁶⁾.

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. 2° 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 que surgen de los

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 hecho

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 jurídicos”⁽¹⁷⁾, 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 hecho”⁽¹⁸⁾.

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.

E) 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 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.

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.

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 ecuaníme 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”⁽¹⁹⁾.

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.

VOCES: FAMILIA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - FALLECIMIENTO - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓN- YUGES - MATRIMONIO - DIVORCIO - SOCIEDAD CONYUGAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - UNIÓN CONVIVENCIAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - VOCACIÓN SUCESORIA - DISOLUCIÓN POR CAUSA DE MUERTE - SEPARACIÓN DE HECHO

(15) MÉNDEZ COSTA M. en Méndez Costa Ferrer y D'Antonio, “Derecho de Familia” (2008) t. II pág. 112, en Ferrer, Francisco A.M., ob. cit., pág. 681.

(16) FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 681.

(17) “Código Civil y Comercial. Proyecto del Poder Ejecutivo”, dec. 191/20112, Rubinzal-Culzoni, 2012, p.515.

(18) FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 683.

(19) FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed., Capítulo XII, pág. 682.

Artículo 480 CCCN, extensión interpretativa y reforma en el sentido de incluir la muerte

por URSULA C. BASSET en colaboración con GLADYS KARINA PENAYO y otros^(*)
(Universidad Católica Argentina - Universidad Católica de Salta)

Palabras Clave: *Disolución por causa de muerte - Separación de hecho - Fraude - Abuso de derecho*

Resumen: La autora se refiere a la disolución matrimonial por causa de muerte, y la aplicación normativa a este supuesto. En este respecto, reflexiona acerca del juego del art. 480 CCCN, que no dispone su aplicación en su interpretación literal a la disolución por causa de muerte, con el art. 10 CCCN, por la facultad que tiene el juez de modificar la extensión del efecto retroactivo de la disolución ante la existencia de fraude o abuso de derecho; y finalmente el art. 2437 CCCN, que dispone la pérdida de la vocación hereditaria ante la separación de hecho. Finalmente, para mayor claridad normativa, proponen *de lege ferenda* que en una futura reforma se incluyan los supuestos de disolución por causa de muerte en los efectos retroactivos a la separación de hecho en el art. 480 CCCN.

I. Introducción

El Art. 480 CCCN 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.

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*.

II. La historia detrás de la normativa

Esta posición se funda en el viejo fallo de la década 1923, resuelto por la Cámara 2da. de la Capital⁽¹⁾. 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 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 perso-

nas 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. Advértase qué la calificación de conducta: abandono no es separación.

En otro caso resuelto en 1926, la Cámara 1ª, de la Capital Federal⁽²⁾, 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*”⁽³⁾.

III. El debate

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.

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 Pampa⁽⁴⁾, 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 CCCN, 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”

“...la ausencia del fundamento de la comunidad de vida...constituye la esencia de la vida matrimonial, y frente a... [su] ausencia se disuelve el fundamento de los efectos más tangibles del matrimonio, aunque pueda sobrevivir algún deber asistencial”

“... 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...”

En este fallo se advierte que se realiza una aplicación literal de la norma consagrada en el artículo 475 CCCN 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

(2) G. del F. T. 62, p. 185, sentencia de mayo 17 de 1926.

(3) Fassi, Santiago, «La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal», publicado en *La Ley*, T. 91, pp. 977 y ss.

(4) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, Sala I, “S., M. J. c. N., G. V. s/ ordinario”, fallo de fecha 29/09/2021.

(*) Con la colaboración de Gabriela Roldán, Susana E. Colombo y Emilia Poggi.

(1) G. del F. T. 16, p. 35, sentencia de agosto 8 de 1923.

la comunidad, y en el artículo 480 del CCCN 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 superviviente de la vocación hereditaria por aplicación lisa y llana del artículo 2437 del CCCN.

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 “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 CCCN.

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 compartido⁽⁵⁾, 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,

“...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... 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 aquella...”

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

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

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 cónyuges⁽⁶⁾. 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 hecho⁽⁷⁾, 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 superviviente de los gananciales adquiridos con posterioridad a la separación.

Ahora bien, que el cónyuge superviviente carece de vocación hereditaria en caso de “separación de hecho sin voluntad de unirse” surge expresamente de lo dispuesto en el artículo 2437 CCCN. Por analogía, y teniendo en cuenta una interpretación 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 aquella.

IV. Conclusión

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.

VOCES: FAMILIA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - FALLECIMIENTO - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓN- YUGES - MATRIMONIO - DIVORCIO - SOCIEDAD CONYUGAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - UNIÓN CONVIVENCIAL - CONSENTIMIENTO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - - VOCACIÓN SUCESORIA - LEGÍTIMA HEREDITARIA - MENORES - DISOLUCIÓN POR CAUSA DE MUERTE - SEPARACIÓN DE HECHO - FRAUDE - ABUSO DE DERECHO

(6) Molinario, Alberto D. “De algunas distinciones de los bienes gananciales”, publicado en Diario El Derecho, T. 135, p. 1311.

(7) Méndez Costa, María Josefa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, EDIAR; Buenos Aires, 1977, p. 38.

Principio de proporcionalidad y solidaridad familiar. Reducción de la legítima. Autonomía de la voluntad del testador

por CARLA BEATRIZ MODI (Universidad de Buenos Aires)^(*)

Resumen: La autora propone en su ponencia de *lege ferenda* para una futura reforma, Incorpórese el art. 2445 bis: Reducción de la legítima activada por la autonomía de la voluntad del testador: a) Podrá reducirse la porción legítima de los descendientes a un medio, cuando el causante por testamento, disponga declarar heredera a su conviviente supérstite. b) Podrá reducirse la porción legítima individual de los descendientes, cuando el causante por testamento disponga incluir a su hijo/a afín, en iguales condiciones que sus descendientes, como si fuera uno más, siempre que haya sido criado por el causante, y adquirido el estado de hijo dentro del seno familiar.

Palabras clave: *Conviviente supérstite - hijo afín - vocación sucesoria - autonomía de la voluntad - legítima - principio de proporcionalidad - solidaridad familiar - socioafectividad.*

A) Análisis preliminar

La propuesta de modificación normativa plantea reducir la porción legítima de los descendientes en ciertos casos específicos (conviviente supérstite e hijo/a afín), lo que abre un debate sobre el equilibrio entre la libertad de testar, la protección de la familia y el principio de proporcionalidad.

Conforme el art. 2444 (Legitimarios), art. 2445 (porciones legítimas), art. 2447 (Protección – inviolabilidad – orden público), se establece que los descendientes, ascendientes y cónyuge poseen una porción legítima de la que no pueden ser privados por ningún acto del causante en vida o testamento, estableciendo cuales son dichas porciones, y determinando la inviolabilidad de dicha legítima, salvo determinadas excepciones (art. 256, 2330, 2332, 2333, 2448, 2383, 5270)⁽¹⁾.

“Legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito”⁽²⁾. En el nuevo ordenamiento legal no hay una definición de legítima, limitándose a designar a los herederos que denomina legitimarios y que se limitan a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

La discusión dada desde el inicio entre todos los autores, los de antes y los de ahora, referida al derecho de propiedad consagrado en la CN y la concepción de familia como base fundamental de toda sociedad, pujando unos hacia la protección de la legítima y otros hacia la libertad de testar, dependiendo de lugar donde se ubiquen, hoy debe ser analizada a la luz del contexto socio-cultural y económico de la sociedad actual⁽³⁾, debiendo existir una mayor flexibilidad, en la aplicación del instituto de la legítima, donde en casos puntuales su aplicación estricta podría derivar en graves injusticias para los individuos que se supone la ley dice proteger.

Como bien dice Perrino “el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad, y al derecho sucesorio incide de manera decisiva en la libertad de testar, y consecuentemente, en la aceptación o rechazo de la legítima

hereditaria”⁽⁴⁾. Por lo pronto para comenzar el análisis de la cuestión a tratar debería adentrarme a analizar dichos institutos, tanto en nuestro derecho, como su evolución histórica y legislación comparada, lo que excedería en gran medida el presente trabajo.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar, que claramente el concepto de familia tradicional, no es el concepto actual y es lo que nos trae aparejadas una variedad de interrogantes sobre el caso particular. Entonces así lo deslumbraba ya en su tesis el Dr. Aquiles Horacio Guaglianone en el año 1940, al decir “Todo ensayo, en conclusión, sobre la legítima debe abordar, como peldaño de sus inducciones, el problema del cuerpo social, no ya en la amplitud de los derechos específicamente determinados que le constituyen, sino en la abstracción del núcleo último que lo caracteriza en las sucesivas etapas de su historia... tiempo queda para seguir a los fenómenos sociales en el devenir que les lleve, desde la genuina concepción que les dio vida, hasta el depurado criterio de justicia que fundamente su eternidad. En tanto, el acertado método científico brindará nuevas soluciones para los problemas que sin cesar se suscitan”⁽⁵⁾.

En el derecho romano existió una amplia libertad de testar, y luego fue sufriendo restricciones, hasta la época de Justiniano, donde se plasmó la legítima, similar a como es en la actualidad. En el derecho medieval, la legítima, resulta importante para concretar el patrimonio de los señores feudales al asegurar la conservación íntegra de los bienes inmuebles dentro de la familia, para continuar prevaleciendo en el aspecto político, económico y social. Sin embargo por distintos motivos, los emperadores y la Iglesia Católica fueron partidarios de la libertad para testar, los primeros para disminuir el poder de los señores feudales y los segundos para permitir las disposición de bienes a favor del alma del testador y de la iglesia⁽⁶⁾.

En cada época, por las razones que fuera, se tuvo intereses diferentes, y dichos intereses, han ido modificado la legislación de un lado o del otro, es decir establecer cuál es el bien jurídico a proteger por la norma, que es lo mejor para la familia como célula fundamental de la sociedad, lleva a colegir que tipo de norma vamos a preferir por sobre otra, y que consecuencias trae aparejadas para la sociedad el tipo de norma de que se trate.

Nuestro derecho limita la voluntad del causante, a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, o a título gratuito durante su vida, en protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad. Y así establece una serie de normas tanto a los fines de evitar que disponga por testamento libremente (art. 2447), inviolabilidad de la legítima, como una serie de remedios procesales para el caso que haya dispuesto de ellos en vida a título gratuito.

Nuestro derecho limita la voluntad del causante, a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, o a título gratuito durante su vida, en protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad. Y así establece una serie de normas tanto a los fines de evitar que disponga por testamento libremente (art. 2447), inviolabilidad de la legítima, como una serie de remedios procesales para el caso que haya dispuesto de ellos en vida a título gratuito.

Por último y previo a adentrarnos en el desarrollo, es importante tener claros ciertos conceptos para un mejor análisis:

Sucesión legítima: Es aquella que se difiere conforme a la ley cuando el causante no ha dejado escrita su última

(*) 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 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.

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.

(1) Ferrer, Francisco A., Santarelli, M., Soto, F. Germán, Dirs. “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”, ALTERINI, Jorge H. Director general, 1° ed., La Ley Ciudad de Buenos Aires, 2015, Tomo XI, pág. 579.

(2) BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones-Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.78.

(3) AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

(4) PERRINO, Jorge O. “Derecho de las Sucesiones” 1° ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Vol. 2, pág. 1780.

(5) GUAGLIANONE, Aquiles Horacio “Historia y Legislación de la Legítima” Fuentes Antiguas – Tesis laureada con el Premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939). Buenos Aires, 1940. Pág. 18/19.

(6) AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

voluntad, es la ley quien determinará quienes y como sucederán al causante.

Legítima: Es la porción que deben recibir los herederos forzosos protegidos por la ley, y que el causante no puede afectar ni por actos de última voluntad, ni por actos entre vivos a título gratuito.

Es añejo el debate sobre el alcance de las cuotas de legítima establecidas en el Código Civil, considerándose la necesidad de su adecuación a porcentajes menores. En los países que admiten la legítima, las cuotas son variables, y en este aspecto las establecidas en el Código Civil son las más elevadas en el derecho comparado⁽⁷⁾.

B) Principio de proporcionalidad y solidaridad familiar

La legítima es una institución de orden público, pues ha sido acogida, no en miras del interés individual del heredero forzoso, sino en miras de un interés general, que radica en la consolidación, permanencia y solidaridad familiar, como institución del derecho natural básica de nuestra sociedad, su interés está por encima del individuo⁽⁸⁾.

En el nuevo código, la legítima sigue manteniendo las características de inviolabilidad, irrenunciabilidad, y orden público, ya que, si bien se han morigerado las porciones legítimas, y establecido excepciones, no se han afectado las mismas.

Actualmente dicha norma posee conforme se expone en el Código Civil y Comercial comentado Tratado Exegético del Dr. Jorge H. Alterini, las siguientes excepciones: a) Art. 256, la constitución del bien de familia afecta al inmueble y limita la libre disposición del mismo y se trasmite a los herederos; b) Art. 2330, la indivisión forzosa que puede disponer el causante por testamento por un plazo de 10 años; c) Art. 2332, la indivisión que puede imponer el cónyuge superviviente sobre un establecimiento que constituya unidad económica, o sobre cuotas o acciones sociales, sienta este el principal socio o accionista, por un plazo máximo de 10 años, siempre que haya adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que haya participado activamente en su explotación, correspondiéndole la administración del establecimiento de las cuotas acciones sociales por todo el término que dure la indivisión, y dicha indivisión puede prorrogarla judicialmente hasta su muerte; d) Art. 2333, el mismo caso anterior, pero quien puede imponer la indivisión es cualquier heredero, que cumpla con iguales condiciones; e) art.2448, la mejora especial a un ascendiente o descendiente con discapacidad, consistente en dejarle por el medio que estime más conveniente el causante, no solo la cuota libre de disposición, sino también un tercio de la porción legítima. Este es un avance importante sobre la legítima que se justifica por la vulnerabilidad en la que se encuentra una persona incapaz; f) Art. 1668 y 2493, en la misma línea anterior, el fideicomiso testamentario en el cual el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, en cuyo supuesto puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad, o hasta su muerte, aun cuando esos acontecimientos se produzcan más allá del plazo máximo de treinta años del fideicomiso; g) Art. 2383 y 527, el derecho real de habitación del cónyuge superviviente vitalicio, gratuito, que opera de pleno derecho sobre el inmueble propiedad del causante, que no se debe encontrar en condominio con terceros a la fecha de la apertura de la sucesión, y que haya constituido el último hogar conyugal, asimismo se establece este derecho a favor del conviviente superviviente, que carezca de vivienda propia y sin recursos suficientes, por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que no se encuentra en condominio con terceros a la fecha de la muerte del causante⁽⁹⁾.

Como podemos ver a primera vista, estas excepciones algunas se basan en principios de solidaridad familiar, en otros casos en protección de los más vulnerables, o en la autonomía de la voluntad del causante, y hasta en la voluntad del cónyuge superviviente.

(7) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil – Sucesiones", Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83.

(8) PERRINO, Jorge O., "Derecho de las Sucesiones" 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Vol. 2, pág. 1876.

(9) Ferrer, Francisco A., Santarelli, M., Soto, F. Germán, Dirs. "Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético", ALTERINI, Jorge H. Director general, 1ª ed., La Ley Ciudad de Buenos Aires, 2015, Tomo XI, pág. 578 y 579.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se dice que el instituto de la legítima conforme se encuentra regulado actualmente, se basa en una tradición jurídica, en los usos y costumbres de nuestra sociedad, y en una necesidad de proteger económicamente a la familia.

Si volvemos a la historia de la legítima en el Derecho Romano, se puede observar que lo que estuvo en juego siempre fue el interés familiar, ya sea en los tiempos antiguos (familia monolítica), como posteriormente en la que se trató de conjugar el interés integral de la institución, con los intereses individuales de los familiares más próximos, en este sentido los romanos, siempre fueron consecuentes con la consideración socio-económicas de la familia en cada una de las épocas⁽¹⁰⁾.

Ahora es importante conjugar todo ello con el principio de proporcionalidad, siendo esencial para asegurar que las decisiones en el ámbito del derecho de familia sean justas, razonables y equilibradas, protegiendo los derechos fundamentales de todos los involucrados.

Dentro del ámbito familiar, donde las partes se nutren de los lazos afectivos, y teniendo en cuenta lo expuesto, es razonable la búsqueda de normas que incluyan a todos los integrantes de la familia, que les reconozca derechos a todos los hijos, considerado como tales por el causante.

Este principio constitucional nos exige que la norma al ser aplicada no discrimine entre unos u otros integrantes del grupo familiar, y menos aun cuando es voluntad del causante que todos sean incluidos como una familia.

Este principio constitucional nos exige que la norma al ser aplicada no discrimine entre unos u otros integrantes del grupo familiar, y menos aun cuando es voluntad del causante que todos sean incluidos como una familia.

El principio de proporcionalidad ayuda a guiar el proceso de cómo se pasa de la norma ya establecida (la ley) a una interpretación o aplicación concreta de esa norma (la norma adscrita). El principio de proporcionalidad es clave para asegurarse de que esta aplicación sea justa y adecuada en relación con los derechos fundamentales involucrados⁽¹¹⁾. Es decir, actúa como una guía para interpretar y aplicar una norma de manera que sea adecuada y razonable, especialmente cuando esa norma afecta derechos fundamentales.

C) Vocación sucesoria y socioafectividad

Varias son las definiciones que podemos encontrar sobre socioafectividad, aunque continúa siendo un término ambiguo, que no podemos desconocer que se basa en el amor, y eso nos lleva a preguntarnos, puede el derecho de familia basarse en el amor, desde una perspectiva personal, diría que sí, pues no existe fuerza más inconmensurable que el amor, ahora desde una perspectiva racional, sabiendo que no cualquier amor siempre es bueno, pues todo en exceso puede ser perjudicial, claramente no es lo único que debe ser evaluado al momento de resolver una cuestión de filiación basada en la socioafectividad. En definitiva, cuando el derecho habla de la dignidad humana, los derechos humanos, el respeto mutuo, la buena fe, y en consiguiendo el respeto a los derechos fundamentales y personalísimos, podemos ver su relación con el amor y el respeto a la persona humana.

Más que socioafectividad, debería referirme al término jurídico relevante y configurativo, "vida privada familiar", estándar que aparece en los Tratados Internacionales, y que permite fundamentar el razonamiento jurídico, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 11, inc. 2, CADH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Art. 8.1. CEDH)⁽¹²⁾.

(10) DI PIETRO, Alfredo, "La legítima en el Derecho Romano", Prudentia Iuris N° 44, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Sep. 1977, pág. 207.

(11) "El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la norma directamente estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita. En otras palabras, el principio de proporcionalidad se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental", Carlos Bernal "La función del principio de proporcionalidad" pág. 138, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/carlosbernal>

(12) BASSET, U.C., "Multiparentalidad y el deber de garantía del interés del niño. Cómo evitar una deriva adultocéntrica", LA LEY 22/03/2023, 3, TR LALEY AR/DOC/594/2023.

Si bien la sucesión legítima, como tradicionalmente la conocemos, se basa en los lazos de sangre, o como el caso del cónyuge, del matrimonio, también es cierto que las familias modernas están conformadas en muchas oportunidades como las descriptas por lazos puramente de amor, donde ni la ley ni la naturaleza han intervenido y no por ello dejan de ser familias.

“en el ámbito de los derechos fundamentales donde más claramente aparece la complementariedad entre el Derecho y el amor, porque se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad con el otro. Son ideales de justicia

inspirados por el amor, por lo que no se puede, a mi juicio, sostener, como lo hace Aristóteles, la incompatibilidad entre la amistad --que es una forma del amor- y la justicia. A través de los derechos fundamentales, en todas sus facetas individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, se tiende a favorecer por medio del Derecho el desarrollo integral de la persona, y esa colaboración del Derecho con el esfuerzo ético tendente a conquistar la libertad moral, la libertad autonomía, la libertas maior de los clásicos, es obra a su vez de una relación de apoyo mutuo entre el Derecho y el amor”⁽¹³⁾.

En el caso de los hijos afines, si bien el código habla de progenitor afín, indefectiblemente surge la figura del hijo afín, ya que la relación es recíproca⁽¹⁴⁾, el art. 620 del CCyCN ha regulado la adopción por integración mediante la cual el progenitor afín puede adoptar al hijo del cónyuge o del conviviente, pero si por la causa que fuera así no lo hiciera ese hijo que ha sido criado desde la primera infancia y posee estado de hijo dentro del seno familiar, no tiene ningún derecho a la sucesión de quien en vida fuera como su padre, y ahí es donde propongo que el causante pueda disponer por testamento de manera tal que reciba lo mismo que sus descendientes, si así lo deseara.

Igual solución debería adoptarse para el conviviente supérstite, quien se encuentra en total desprotección ante la muerte de su compañero, donde si bien la ley le otorga el derecho real de habitación, solo lo hace por dos años, y es así que el causante debería poder disponer si así lo deseara que reciba una porción igual a la que recibiría si fuera su cónyuge supérstite.

Si bien la sucesión legítima, como tradicionalmente la conocemos, se basa en los lazos de sangre, o como el caso del cónyuge, del matrimonio, también es cierto que las familias modernas están conformadas en muchas oportu-

nidades como las descriptas por lazos puramente de amor, donde ni la ley ni la naturaleza han intervenido y no por ello dejan de ser familias.

“...forman parte del complejo axiológico propuesto principalmente la utilidad y el amor (como personalización de unos por la personalización de otros). La sucesión participa de esa complejidad axiológica. Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la ab intestato y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador”⁽¹⁵⁾.

D) Conclusión

Históricamente, la legítima ha sido una herramienta jurídica destinada a asegurar que ciertos parientes no sean privados de su parte en la herencia, garantizando así la estabilidad económica de la familia. Sin embargo, el concepto de familia ha evolucionado con el tiempo, y la rigidez de las normas sobre la legítima puede resultar en situaciones injustas en el contexto actual. La propuesta busca adaptar la legislación a estas nuevas realidades, permitiendo que convivientes e hijos afines reciban una mayor protección sucesoria en reconocimiento de los lazos afectivos y familiares que comparten con el causante.

Teniendo presente los principios de proporcionalidad y solidaridad familiar, el derecho sucesorio debe evolucionar para reflejar la complejidad y diversidad de las familias modernas. Esto implica una mayor flexibilidad en la normativa para asegurar que todos los miembros de una familia, no solo aquellos vinculados por lazos de sangre o matrimonio, puedan ser protegidos adecuadamente.

En conclusión, la modificación propuesta responde a una necesidad de modernización del derecho sucesorio, buscando un equilibrio entre el respeto a la voluntad del testador y la protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la familia, especialmente en situaciones donde los lazos afectivos prevalecen sobre los vínculos tradicionales.

VOCES: SUCESIÓN - FAMILIA - DERECHO CIVIL - PERSONA - CAPACIDAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO CIVIL - MATRIMONIO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS - HERENCIA - HEREDEROS - DECLARATORIA DE HEREDEROS - PROCESO SUCESORIO - CADUCIDAD - DERECHO PROCESAL - ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA - PLAZO - SUCESIÓN TESTAMENTARIA - SUCESIÓN AB-INTESTATO - MEJORA - SOLIDARIDAD - SOCIOAFECTIVIDAD - VOCACIÓN SUCESORIA - LEGÍTIMA HEREDITARIA - MENORES - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

(13) PECES-BARBA MARTINEZ, G. “El Derecho y el amor: sus modelos de relación”, artículo de una conferencia prevista para el verano de 1982, en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander, y que no tuvo lugar por enfermedad del autor, pág. 78.

(14) AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia”, 1ª ed., 8º reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pág. 272.

(15) CIURO CALDANI, Miguel A., “Aportes Integrativistas del Derecho de Sucesiones”, ISSN 1851-2844, www.centrodefilosofia.org.ar, Investigación y Docencia N° 40, pág. 29.

La calificación de los bienes en el régimen de comunidad: adquisiciones simultáneas y sucesivas

¿Propios, gananciales o mixtos?

por KARINA VANESA SALIERNO^(*)

Palabras Clave: *Calificación de Bienes - Teoría Monista - Recompensas - Código Civil y Comercial de la Nación*

Resumen: la autora propone de lege lata que se declare 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 CCCN). Busca demostrar que 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.

I. Introducción. Las dos teorías sobre la calificación de bienes en el matrimonio

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.

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 concurren para la adquisición⁽¹⁾. Esta cuestión oportuna de ser analizada en un pronunciamiento de la Cámara Nacional Civil, en autos “Sanz, Gregorio O.”, del 15/07/1992⁽²⁾, 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 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 origen⁽³⁾.

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 Zannoni⁽⁴⁾ “*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 Belluscio⁽⁵⁾ “... para el supuesto adquisición de nuevas partes indivisas por el cónyuge que ya es propietario de alguna con calidad de propia, si se 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 ejecutarse al momento de la liquidación contra el titular registral y/o sus sucesores (conforme arts. 491 y 498 CCCN).

“...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...”

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 masas⁽⁶⁾, accesión⁽⁷⁾, subrogación real y mayor aporte. Asi-

(1) Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, T.1, p. 521

(2) Cámara Nacional Civil, en pleno, “Sanz, Gregorio O.”, fallo de 15/07/1992, publicado en LL, t. 1992-D, p. 260; y DJ, t. 1992-2, p. 501.

(3) Guaglianone, Aquiles, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Editorial Ediar, p. 272; Guastavino, Elías, La calificación dual de bienes en el matrimonio, La Ley, pp. 123-1181, N° 20; Lafaille, Héctor, Curso de derecho civil. Derecho de familia, Editorial Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; Rébora, Juan C., Instituciones de la familia, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, T.3, p. 101; Moreno Dubois, E., La sociedad conyugal frente al orden público, publicado en La Ley, T. 118, p. 259.

(4) Zannoni, Eduardo. Derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, T. 1, p. 734.

(5) Belluscio, Augusto C. Manual de Derecho de Familia, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 551.

(6) 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.

(7) 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

mismo, 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 adquiriera 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 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 pre-existe. 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.

II. Los bienes de titularidad exclusiva

Tenemos, por un lado, aquellas adquisiciones donde se aportan simultáneamente fondos propios y gananciales. En ese caso, 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.

Por otro lado, están las adquisiciones sucesivas donde se aportan fondos propios y gananciales. Para ese supuesto, 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.

III. Los bienes de titularidad compartida

Los cónyuges también pueden adquirir bienes en condominio (art. 470 CCCN) sobre los cuales ostentarán una titularidad conjunta de dominio que se registrará por las nor-

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.

mas 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 1993⁽⁸⁾ y 1994⁽⁹⁾ ya que el artículo 470 CCCN 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 inter-

“... el artículo 470 CCCN 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...”

nas, 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: “*La administración y disposición de la cosa común se rige por las normas aplicables al condominio. Al poder positivo de cada cónyuge sobre su parte indivisa se aplican las disposiciones relativas al régimen matrimonial (arts. 1276 y 1277 CC)*”⁽¹⁰⁾.

Cada cuota parte indivisa puede ser embargada y ejecutada por los acreedores del titular. Los cónyuges 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.

IV. Presunción de ganancialidad y prueba del carácter propio de los bienes

Reza el art. 466 CCCN “*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*”.

Como se advierte, 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, todo tipo de prueba será válido, documen-

(8) 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.

(9) 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.

(10) Despacho que suscribieron Mazzinghi, Méndez Costa, Trujillo, Zannoni, Legón, Belluscio, Bendersky, Di Lella, Borda, Kemelmajer de Carlucci y Lloveras. Se puede consultar online en: <https://www.derechocivil.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> (consultado con fecha 10/09/2024).

tal, 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 Mazeaud⁽¹¹⁾ 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 ganancial⁽¹²⁾. En idéntico sentido se pronunció la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires⁽¹³⁾. El artículo 466 CCCN sienta la presunción de ganancialidad de

“Cabe destacar que los requisitos previstos por el art. 466 CCCN, 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 CCCN, que podemos denominar bienes “objetivamente propios,” es la ley la que determina el carácter del bien...”

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.

b) Se deberá circunstanciar el origen de dicha inversión o reinversión.

c) Conformidad del cónyuge.

Cabe destacar que los requisitos previstos por el art. 466 CCCN, 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 CCCN, 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 todos aquellos bienes en los cuales su calificación depende de la causa de adquisición 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 ti-

tular, 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:... 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...”

V. Otras cuestiones sobre la prueba y normativa sobre la calificación de los bienes para finalizar

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.

Es oportuno recordar que el artículo 466 CCCN 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 cónyuge⁽¹⁴⁾, así como también podrá subsanarse la omisión de asentimiento conyugal en un acto dispositivo que así lo requiera (artículo 456 o 470 CCCN), 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 CCCN”. 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 1º de la Disposición Técnico Registral 11/2016, el que queda redactado de la siguiente forma: “ARTÍCULO 1º. 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 instrumentado y ro-

(11) Mazeud, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, vol. II, p. 198.

(12) CSJN, Fallos, 24:177, 30-585, 47:270.

(13) Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fallo publicado en Revista de Legislación y Jurisprudencia, nro. VII, p. 115, ver Fallos, 6 serie, IV-180.

(14) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 63, “Pugliese Rosana s/Acción Declarativa (art. 322 Código Procesal), fallo de fecha 22/12/2015, disponible online en: https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2022/04/fallo_pugliese_art_466_cccyn_juz_63_otro_formato.pdf (consultado con fecha 10/09/2024).

gado mediante escritura pública complementaria o resolución judicial correspondiente⁽¹⁵⁾.

Los requisitos del artículo 466 CCCN entonces se aplican a las adquisiciones formalizadas con posterioridad al 1/8/2015, ya que las anteriores lo fueron bajo la letra del artículo 1246 CCCN 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

(15) La normativa citada se puede consultar en el sitio web online del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires: <http://www.rpba.gov.ar/files/Normas/2021/DTR/DTR-005-2021-Actualizada.pdf> (consultado con fecha 10/09/2024).

con respecto a la calificación del bien, por aplicación del artículo 7 CCCN.

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - SOCIEDAD CONYUGAL - SUBROGACIÓN REAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - DOLO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - VIENDA - BIEN DE FAMILIA - ESCRITURA PÚBLICA - REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE - RECOMPENSAS - DOLO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE