

XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

JUNIN, 3 al 5 de noviembre de 2011

TEMA I : ROL DEL NOTARIO EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

COORDINADOR: Not Sebastián Justo COSOLA

SUB COORDINADOR: Not. Antonio Miguel BERRO MADERO

TRABAJO PRESENTADO POR LA DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

AUTORES:

Not. Maisa Lorena DI LEO RECALDE

Not. Ana Luján GENARO

Not. Néstor Daniel LAMBER

Not. Javier Hernán MOREYRA

“NUEVOS ENFOQUES SOCIALES DE LA FAMILIA Y LA PARTICION DE

BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL”

PONENCIAS Y FUNDAMENTOS

1.- La tutela de derecho de familia actual no está directamente condicionada a la celebración de matrimonio ante los órganos pertinentes del Estado, sino que también debe regular la asimilable situación de quienes constituyen una familia sin este acto administrativo previo.-

2.- Debe interpretarse el concepto de familia de la ley 14.394, como comprensiva de toda unión familiar, aún de hecho y en cualquiera de las nuevas modalidades sociales existentes: tradicional, monoparental, homoparental, o ensamblada.-

3.- Los concubinos con hijos (en común o no) que constituyan una verdadera familia en los hechos, tienen el derecho constitucional y supranacional humano, y pueden afectar a Bien de Familia un inmueble en condominio entre ambos, bastando que tal circunstancias se acredite con su sola declaración jurada ante el notario interviniente.-

Asimismo el no titular, y sus hijos de otra unión matrimonial o de hecho, pueden ser beneficiarios del Bien de Familia constituido por el otro.-

También podrán constituir Bien de Familia los concubinos sin hijos, en atención a la potencialidad de tenerlos, y la necesaria aplicación de los principios constitucionales de igualdad y acceso y protección de la única vivienda.-

4.- De lege ferenda se propone la eliminación de la prohibición de la donación al hijo del cónyuge del art. 1807 inc. 2º Código Civil, sin perjuicio de las acciones de protección de la porción hereditaria legitimaria.-

5.- En el derecho de familia actual tiene mayor aplicación la autonomía de la voluntad.- La prohibición de contratar entre cónyuges se limita sólo a aquellos contratos que implican la transmisión de la propiedad.-

6.- Se propicia la recepción legislativa de la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales entre los cónyuges con la sola formalidad des ser otorgados por escritura pública, estableciendo un régimen de separación de bienes entre cónyuges,

como alternativo al preestablecido legalmente de comunidad de gananciales vigente, de lo cual se deberá tomar nota al margen de la partida de matrimonio.-

7.- Se propicia la posibilidad de celebrar la convención matrimonial durante el matrimonio por escritura pública, con la previsión de un previo procedimiento judicial de oposición de los posibles acreedores de las deudas de la sociedad conyugal y los cónyuges.-

8.- Se ratifica la posibilidad de celebrar la partición y adjudicación de bienes de la ex sociedad conyugal en forma privada por escritura pública, con la sola acreditación de causal de disolución.-

9.- Se ratifica la posibilidad de celebración de convenios partitivos de la sociedad conyugal, durante el proceso de divorcio o separación judicial, o aún antes de su inicio pero concurrentes a éste, y condicionados a la sentencia firme respectiva.- Estos convenios podrán ser presentados en cualquier instancia de dichos procesos, o no serlo nunca, y luego ratificados por escritura pública.-

Estos convenios podrán ser oportunamente ratificados por ex cónyuges, o sus apoderados.-.

10.- Es plenamente admisible el otorgamiento de poderes especiales irrevocables o post-mortem, a terceros o al ex cónyuge -con la previsión de la expresa facultad de autocontratar-, causados en estos convenios (autorizados judicialmente o no), que cumplida su condición tendrán plenos efectos jurídicos desde la presentación conjunta de la demanda o su interposición en su caso.-

11.- Ante el fallecimiento de uno o ambos ex cónyuges de una sociedad conyugal disuelta por distinta causal pero sin haberse liquidado, siendo todos los herederos del causante mayores y capaces, pueden partir y adjudicar privadamente los bienes no liquidados oportunamente, en los términos del art. 3462 CC y la aplicación extensiva

de la remisión del art. 1313 CC, sin necesidad de aprobación u homologación judicial alguna.-

12.- Se ratifica la necesidad de solicitar la inhibición de ambos ex cónyuges en caso de disposición de bienes de la ex sociedad conyugal, aún cuando se opte por la teoría que admite la disposición del titular registral con el asentimiento del otro.-

13.- Ante la existencia de dos teorías sobre la disposición o codisposición de los bienes que integran la indivisión post comunitaria, deben interpretarse armoniosamente los poderes otorgados al respecto, y así considerar que el poder otorgado por el ex cónyuge para disponer o asentir, implica el de partir y adjudicar, y viceversa, el de partir y adjudicar, implica el de disponer o asentir; pudiendo utilizar el mismo el escribano receptor indistintamente para redactar el acto notarial según la teoría que él estime válida.-

14.- La sentencia judicial que resuelva la disolución de la sociedad conyugal debe estar firme.- Su acreditación natural se da por la inscripción de la misma al margen de la respectiva partida en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; excepcionalmente se puede acreditar también por el respectivo testimonio u oficio judicial no inscripto que tienen la suficiencia del traslado judicial suscripto por el Secretario del Juzgado o Tribunal.-

La acreditación con el expediente a la vista, traslada al notario la responsabilidad por la calificación sobre la firmeza o no de la resolución, y el cumplimiento de los recaudos procesales respectivos.-

15.- En los casos de adquisición de bienes durante el proceso de divorcio o separación personal, entre la presentación conjunta de la demanda o su interposición, y el dictado de la sentencia respectiva, una vez firme ésta con efecto retroactivo al primer acto procesal indicado, se tiene por desvirtuada la presunción de ganancialidad desde dicha

fecha.- El bien es propio del adquirente, y la oposición del otro ex cónyuge requerirá una acción judicial de anulabilidad, cuyo efecto en caso de ser admitida, tendrá los efectos previstos en el art.1046 CC.-

En este caso es conveniente pero no obligatorio, el asentar el cumplimiento de la condición en nota marginal.

16.- Se recomienda dejar expresa atestación documental en el cuerpo de la escritura, de la declaración del adquirente de estar separado de hecho, sin voluntad de unirse y desde cuándo, en miras a la posible exclusión por resolución judicial del carácter de ganancial del mismo.-

“NUEVOS ENFOQUES SOCIALES DE LA FAMILIA Y LA PARTICION DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL”

PRIMERA PARTE: CONCEPTO ACTUAL DE FAMILIA. EVOLUCION HISTORICA. DERECHO ARGENTINO.

Como en tantos otros órdenes de la vida, el derecho nos enfrenta al desafío y a la responsabilidad de actualizar los conceptos sobre los cuales nos erigimos como sociedad.

Es legítimo y valedero preguntarnos, comprometidamente, ¿quiénes somos, de verdad? ¿Quiénes somos, ahora?¹

La necesidad de obtener respuestas que reconstruyan el presente y proyecten una sociedad más plural, igualitaria y justa, conllevará al enfrentamiento con la

¹ El filósofo Alejandro Rozitchner, en su artículo “Notas sobre Responsabilidad”, reflexiona e invita a preguntarnos: *La responsabilidad se liga con la autenticidad: ¿Quién soy yo, de verdad?; la responsabilidad pide actualización: ¿Quién soy yo, ahora?*. En 100volando.blogspot.com

valoración. Al menos dos nuevos interrogantes surgen entonces: ¿Vale porque existe?
o ¿Existe porque es valioso?

Lo que surge como indiscutible, frente a tanto cuestionamiento, es que estamos condenados a innovar.

En la post modernidad, donde la complejidad, la inestabilidad, la celeridad y el individualismo son notas características, no puede sino reconocerse que, transformando a las distintas instituciones sociales, estas notas conviven con las estructuras sólidas y estables que contienen a clanes y generaciones, construidas sobre reglas cuidadosamente establecidas, que cumplidas, generan el sentido de pertenencia, seguridad y tradición.

De este modo, pues, entre tantas otras cuestiones, nos es necesario reflexionar: ¿Cómo son y están compuestas en la actualidad las familias? ¿Cuáles son sus estructuras y sus funciones?

Atento la complejidad dada por distintas variables, no será factible obtener un único concepto de familia que involucre y describa la realidad social actual. *La igualdad de derechos, las obligaciones compartidas entre los integrantes de la pareja, la autonomía económica de quienes integran el grupo, el incremento de hogares monoparentales, el aumento de personas que viven solas, los elevados índices de separación y divorcios, la marcada tendencia del aumento de familias reconstruidas, la aprobación del matrimonio civil homosexual* ², entre otras variables, hacen de la familia una extensión mayor en términos cualitativos y cuantitativos, modificándose el concepto de la llamada familia tradicional.

² Traba, Suray. "Configuraciones Familiares en la Actualidad", 2010. Tesina inédita presentada para la obtención del título de Licenciada en Psicología, en la Facultad de Psicología de la Universidad de Belgrano.

Enriquecer aquellas reflexiones implica nutrirnos del discurso de otras disciplinas. Desde un punto de vista antropológico, *Lévi-Strauss (1981) conceptualiza a la familia en términos de grupo familiar, y lo define como un conjunto de personas ligadas entre sí por constantes espacio-temporales y vínculos de parentesco, y articuladas por su mutua representación interna, que se propone explícita o implícitamente realizar una tarea que constituye su finalidad. La familia es la unidad primaria de interacción y sostén de la estructura social.*³

Ya no definen a la familia la unión legal entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear y educar a los hijos.

Desde la psicología, podemos citar el aporte de Arés Muzio (1998) quien propone que *la familia es la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.*⁴

A fin de superar la crítica y la falacia de que “todo tiempo pasado fue mejor”, citamos a continuación una breve pero concluyente reseña histórica de la evolución de la familia, sintetizada en tres grandes períodos:

Familia Tradicional: tenía como fin principal la transmisión del patrimonio. Los casamientos eran convenidos entre los padres de los futuros cónyuges, sin consideración de los deseos de éstos. La organización familiar era patriarcal.

Familia Moderna: entre fines del siglo XVIII a mediados del siglo XX, la familia pasa a ser el receptáculo afectivo de sus miembros, dándosele trascendencia

³ Traba, Suray, Op. Cit.

⁴ Traba, Suray. Op. Cit.

al amor romántico. La organización patriarcal entra en crisis. La atribución de la autoridad se vuelve problemática, debido al alto índice de disolución del vínculo marital y de la recomposición de nuevas parejas.

Desde el punto de vista que podríamos denominar “de pertenencia”, es posible analizar la evolución de la familia también en tres grandes períodos:

Derecho Romano: el pater familia era quien se autodesignaba como padre de un hijo por adopción. En este período el vínculo biológico no es trascendente, y por ello, “el niño que no es reconocido como su hijo por un hombre, aún cuando haya nacido de su esposa legítima y de sus actos, carece de padre”.⁵

Familia Post Moderna: iniciada en los años 60, la familia es la unión afectiva y sexual, en busca de la intimidad por un período de tiempo relativo.

Cristianismo: impone la primacía de una paternidad biológica. La paternidad deriva, pues, de Dios y no de la voluntad del hombre.

Psicoanálisis: hacia finales del siglo XIX, Freud plantea que el padre deja de ser el vehículo exclusivo de la transmisión psíquica y carnal, comenzando a compartir ese rol con la madre.

En cuanto a su evolución, concluimos *que la familia occidental en la época moderna abandonó el paradigma de un poder divino o estatal para ponerse en cuestionamiento y paradójicamente, seguir siendo la institución humana más sólida de la sociedad.*⁶

Ahora bien, habiendo llegado nuevamente al punto del cual partimos, resta preguntarnos: ¿Qué características tienen, pues, estas nuevas familias?

⁵ Traba, Suray. Op. Cit.

⁶ Traba, Suray. Op. Cit.

A fin de analizar puntos jurídicamente relevantes, nos centraremos en la siguiente clasificación:

Familia Nuclear: Dice Eva Giberti, que es la constituida por un hombre y una mujer con sus hijos.⁷ Es la también llamada Familia Tradicional, aquellas que han podido mantenerse sin rupturas en el tiempo.

Familia Ensamblada: La misma autora la define como la reestructurada a partir de varias familias nucleares o miembros de éstas, como es el caso de padres divorciados o viudos, y los hijos de éstos, que vuelven a casarse o a formar una unión de hecho.

Familia Monoparental: es la constituida por un solo progenitor, y uno o más hijos.

Familia Homoparental: es la formada por parejas del mismo sexo, con uno o más hijos.

Familia de Hecho: la unión entre la pareja, de igual o diferente sexo, no está constituida en los términos del derecho civil. Son uniones que no basan su compromiso moral y afectivo en un estatuto legal, sino social.

Familia sin Hijos: es la formada por una pareja de distinto o igual sexo que por decisión de vida o por impedimentos de salud o jurídicos, no tienen hijos.

La familia en el derecho argentino.

En el ordenamiento jurídico argentino están reconocidas como familia la llamada familia tradicional, acorde al momento histórico y sociológico que rodeaba a la época de la sanción del Código Civil y de sus sucesivas reformas, y a partir de la sanción de la Ley 26.618 en el año 2010, llamada de Matrimonio Igualitario, las

⁷ Traba, Suray. Op. Cit.

también constituidas por matrimonios cuyos integrantes son del mismo sexo. Pero también la familia de hecho ha logrado el reconocimiento en nuestro derecho positivo: así, la Ley 24.374 admite la continuación o petición de la Regularización Dominial de inmuebles, al conviviente del poseedor legítimo.

La transformación del derecho de familia viene también a raíz de la incorporación en nuestro derecho de tratados internacionales a los que se les ha dado jerarquía constitucional. Así, la Convención de los Derechos del Niño trae aparejado el interés superior del menor como nuevo principio rector.⁸ El art. 7º, Anexo 1º, del Decreto 415/2006, reglamentario de la Ley 26.061, reglamentaria a su vez de la Convención de los Derechos del Niño, dice: *Se entenderá por “familia”, o “núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección.*

En jurisprudencia y doctrina se ha logrado la ampliación del concepto de familia también en otros ámbitos, reconociendo que lo son aquellas uniones de hecho con descendencia. Es el caso, por ejemplo, de la permisón en la jurisdicción de nuestra provincia, y recientemente en la de la Ciudad de Buenos Aires⁹, de que una

⁸ LAMBER, Néstor. “Bien de Familia constituido por concubinos con hijos menores (familia de hecho): Derecho de Familia y el interés de los menores. Cuaderno N° 5, Centro de Estudios Notariales (CEN), Octubre 2009. Pág. 23. *Es el interés del menor, en momentos en que se pierde en nuestra sociedad el apego, o al menos se menosprecia todas las instituciones, entre ellas la matrimonial, el faro que debe guiar a las nuevas regulaciones del derecho de familia, y de ahí su importancia actual.*

⁹ C. N. Civ. Sala H, “M. V. M. c/Registro de la Propiedad Inmueble s/Recurso”, 28/05/2010. Entre los argumentos esgrimidos, se destaca la invocación de la equidad para la interpretación amplia del art, 43

pareja de convivientes con hijos pueda afectar su vivienda familiar al régimen tuitivo de la Ley 14.394, nombrando beneficiarios del Bien de Familia a los hijos que tengan en común.¹⁰

La justicia de la provincia de Río Negro, por su parte, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 312, primer párrafo, del Código Civil, que prescribe la prohibición de adoptar en conjunto salvo que los adoptantes estén casados, fallando en el caso por la admisión de la adopción de una pareja de concubinos. Dijo el Tribunal: *Pero el argumento más determinante para hacer lugar a la demanda, lo constituye el interés superior de G (el menor), ya que no resulta razonable privarlo de un padre con los alcances legales que la paternidad implica (ya que es el padre en los hechos y en la función) por un requerimiento que se ha impuesto en el Código Civil pero que debe necesariamente ceder ante la mayor jerarquía del tratado internacional incorporado en el bloque de constitucionalidad federal.*¹¹

Incluso la jurisprudencia ha entendido improcedente la solicitud de la división de condominio planteada por un concubino condómino de su pareja, toda vez que en el inmueble en cuestión vivía la hija menor de ambos. Dijo el Tribunal: *Es improcedente decretar la división del inmueble que fuera adquirido conjuntamente por los concubinos, hasta tanto su hija menor alcance la mayoría de edad, pues habitando la niña en el hogar, resulta aplicable analógicamente lo dispuesto por el art. 1277 del Código Civil, en tanto no deben formularse distinciones desde la perspectiva del*

de la Ley 14.394, y así, *interpretar la ley en su recto sentido y acorde con las posibilidades que aquella le plantea, a fin de lograr la justicia del caso particular*, y los principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño, entre los cuales se encuentra el de no discriminación, que tiende a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

¹⁰ Conf. PANDIELLA, Juan Carlos. "Revista de Derecho de Familia y las Personas", Año 2, Número 9, Pág. Op. Cit. Pág. 113 y sts.

¹¹ Citado por LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 24.

derecho de los hijos, más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial. ¹² El fallo también invocó la Convención de los Derechos del Niño para fundar su decisión.

La descripción de las distintas realidades familiares actuales demuestra que la libertad individual y la autonomía de la voluntad son también pilares sobre los cuales debe fundarse la innovación en la protección jurídica familiar, toda vez que cada vez son más los casos de familias que se erigen de hecho. Es necesario aclarar que aún no decidiendo ajustarse a un estatuto jurídico definido, ni las obligaciones ni los derechos de los padres con sus hijos debe ser desconocida por los operadores jurídicos. En tal sentido, *frente al desapego voluntario de parte de nuestra sociedad a cumplir los recaudos de instituciones matrimoniales, son las situaciones de hecho las que comienzan a reclamar reconocimiento de intereses que deben ser jurídicamente respetados; y el interés superior de los menores, como fundamento de toda sociedad que pretenda continuar, y no tener vocación suicida, es el que se impone como esencial en esta tarea.* ¹³ Bogamos, pues, por un derecho que aluda, y no por uno que eluda.

Por lo antedicho cabe ratificar la apropiada postura del Registro de la Propiedad de nuestra provincia, en cuanto a la admisión de la afectación a Bien de Familia de inmuebles en condominio entre concubinos con hijos, receptando el nuevo concepto de familia que antes hemos descripto en jurisprudencia y doctrina, no ligada necesariamente a la celebración del matrimonio ante los organismos estatales, y

¹² C. N. Civ. Sala K, 31/05/2005.

¹³ LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 23.

recogiendo la manda constitucional ¹⁴ y supra nacional de un derecho humano elemental como es la protección de los menores y las futuras generaciones.¹⁵

El Bien de Familia y el hijo del cónyuge o concubino en la Familia Ensamblada.

La nueva realidad de las familias nos pone ante la necesidad de abordar la situación planteada por Méndez Costa ¹⁶ en cuanto a que lo más significativo y trascendental de la problemática de las denominadas familias ensambladas, es lo relativo a la situación de los hijos de una unión anterior en relación a las nuevas nupcias o uniones de hecho de sus padres.

Esto nos lleva a considerar a los hijos propios de la nueva unión y a los de uniones anteriores, desde la perspectiva de la institución de los beneficiarios del bien de familia.

Este particular carácter de la Ley 14.394 que coadyuvaba a definir el concepto de familia, como vimos en Levi-Strauss, importa determinar el sentido tuitivo del instituto, y a quienes beneficia. Por ello, ante esta nueva interpretación de “lo familiar”, deviene en discriminatorio el desproteger o considerar ajeno a quien carece del vínculo sanguíneo con algunos de los que de hecho ejercen la función parental, pero con quienes integran ese particular núcleo conviviente fundado en la

¹⁴ XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Apartado 1, Despacho de Lege Data de la Comisión 4: *El régimen tuitivo de la Ley 14.394 (arts. 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y la de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional, art. 75 inc. 22, C. N. Así alcanza la protección tanto de la vivienda individual como a la vivienda familiar.*

¹⁵ *Más allá de los disensos jusfilosóficos, y los argumentos para justificar diferentes efectos, deberes o derechos reconocidos por el orden jurídico positivo, los argumentos vertidos por la doctrina más moderna para justificar la autoridad parental, con sus derechos - deberes hacia los menores, tiene el mismo fundamento que Santo Tomás de Aquino, en su Tratado de la Ley, reconocía como fin primero de la institución matrimonial, la continuación de la especie humana, a través del cuidado y crecimiento de la prole.* LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 23.

¹⁶ MENDEZ COSTA, María Josefa. “Un Proyecto Legal sobre Familia Ensamblada”. ED, 16/06/2009.

colaboración, la asistencia, y la recíproca protección. En consecuencia, este menor se encuentra en una situación que ampara la Convención de los Derechos del Niño y sus reglamentaciones locales, que llevan a la lógica y necesaria deducción de que puede y debe ser beneficiario de ese bien de familia que constituye el o la conviviente con su progenitor.

Cabe aclarar que en la evolución del instituto del bien de familia, el carácter de beneficiario no atribuye ningún específico derecho, hasta el momento en el que los beneficiarios accedan a la copropiedad del bien afectado, por una transmisión mortis causa.

No debe perderse tampoco de vista que estos nuevos beneficiarios pueden no tener una convivencia permanente con los instituyentes del régimen, sin por ello alterarse el concepto de que lo que se está protegiendo es la vivienda que contiene a los integrantes de esa modalidad familiar en particular.

Este mismo razonamiento que remarcaran las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005, donde la piedra basal del sistema está en la protección de la vivienda como lo mandan las convenciones de rango constitucional, implica la necesidad de considerar su aplicación directa y de modo ejecutivo también para la admisión de esta protección para la vivienda de la familia sin hijos. Así, debemos tener muy presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a la asimilación de la “cláusula de inembargabilidad” del artículo 35 de la Ley 22.235 del Banco Hipotecario Nacional, por la cual los concubinos sin hijos que accedían a estas hipotecas, tenían el reconocimiento jurisprudencial de esta misma protección por vía indirecta.

También en este sentido debemos tener presente las permanentes normas impositivas por las que eximen del pago de impuestos a aquellos que acceden a la

vivienda para asegurar la misma, o a la frustrada reforma de la Constitución Provincial, que emprendiera el entonces gobernador Cafiero, en la cual incorporaba el genérico beneficio para toda persona sobre su única vivienda.

¿La familia en crisis?

Desde su origen, la familia es la institución primaria y más importante para la conformación de una sociedad y la realización de los sujetos que la componen (cualquiera sea la forma que ella adopte), razón por la que debemos asumir un mayor compromiso con la libertad, el amor y el respeto por la diversidad.

Creemos que la familia está cada vez más en boga, desde que hombres y mujeres apostamos a reciclar criterios en búsqueda de la felicidad compartida con los seres queridos. Muchas conquistas sociales así lo demuestran. Día tras día escuchamos en nuestras notarías el reclamo de los requirentes por un mayor respeto a la autonomía de sus voluntades, creadoras de realidades menos pétreas, y con ello, más enriquecedora de la experiencia vital.

El derecho no tiene más remedio que hacerse eco de estos cambios, transformando lo que está permitido, lo que es jurídicamente valioso, y reconsiderando lo que es naturalmente posible.

En consecuencia, el derecho debe ocuparse de las relaciones socialmente relevantes en la interferencia intersubjetiva, dejando librado a la conciencia de la persona los actos privados de los hombres y mujeres, en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional.

SEGUNDA PARTE: PATRIMONIO FAMILIAR Y SU LIQUIDACION

La autonomía de voluntad en el derecho patrimonial familiar

Hemos analizado la evolución del concepto tradicional de familia, y la inclusión de nuevas realidades familiares como la familia ensamblada o reconstruida, monoparental, etc. y el concubinato o familia de hecho, con su consecuente opción de no someterse en su totalidad al estatuto forzoso del régimen jurídico en la materia.-

Así, en su aspecto jurídico -que es más restringido que el sociológico y se concentra en ciertas relaciones conyugales, paterno-filiales y parentales, relevantes para la función social de esta institución- se verá el mantenimiento normativo para aquellas relaciones especialmente en el aspecto paterno-filial y parental, que no puede ser evadido con la mera constitución de una familia de hecho.

La recepción de nuevas relaciones familiares de hecho, o que por superponer o unir más de una, generan estructuras complejas que no pueden ser ajenas al ordenamiento jurídico, se desprenden del debilitamiento de la cohesión tradicional entre los cónyuges y del concepto de solidaridad, sumados a una imperante idea de incertidumbre, que hace aparecer a la institución familiar más ligera o flexible como señala Zannoni citando a Bauman.-

Pero debemos tener presente que estas características de flexibilidad, no son exclusivas de la institución familiar, sino que están inmersas en una descripción que se hace de la modernidad actual (o post-modernidad) de todas las relaciones sociales.-

Bauman en su análisis sobre la sociedad actual¹⁷, asimila esa precariedad de la relación familiar, a la del trabajo, y el divorcio de este con el capital, donde hoy las formas fugaces de asociación son más útiles a las personas que las conexiones a largo plazo. Explica que se deriva de los temores a vernos privados de nuestros medios de vida, y *“sus perspectivas no pueden ser repelidos ni enfrentados o mitigados mancomunando fuerzas, cerrando filas o debatiendo u acordando conjuntamente medidas de fuerza”*

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt – “MODERNIDAD LIQUIDA” – FONDO DE LA CULTURA ECONOMICA, Bs.As. 2006, pag.157

que nos conducen a la incertidumbre actual que es una poderosa fuerza de individualización, que divide en vez de unir.

Así hace un parangón entre ambas relaciones y dice: *“Podríamos decir que este cambio fatal es idéntico al pasaje del matrimonio al “vivir juntos”, con los gestos propios y las consecuencias estratégicas que implica, incluyendo el carácter temporario de la cohabitación y la posibilidad de que esa sociedad pueda romperse en cualquier momento y por cualquier motivo una vez que el deseo o la necesidad se hayan agotado.-Si permanecer juntos era el resultado del acuerdo recíproco y del compromiso mutuo, el desprendimiento es unilateral: uno de los que determina la ecuación ha adquirido una autonomía que probablemente siempre haya deseado en secreto pero que nunca se había atrevido a esbozar seriamente.-”*¹⁸

Este carácter se ha visto receptado plenamente con la admisión del divorcio vincular por la Ley 23.515.-

Sin embargo, esta incertidumbre no puede verse como un rasgo específico o distintivo de esta época, pues como señala Beck, *“la amenaza y el riesgo son condición de la existencia humana desde siempre... El riesgo es el patrón perceptivo intelectual que moviliza a una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en redentores de las utopías”*¹⁹.-

Los sociólogos nos describen nuevas realidades, con modelos basados en la interpretación de los valores que se dice están en su faz crítica de cambio,

¹⁸ BAUMAN Zygmunt – op. Cit.- pág. 159

¹⁹ BECK, Ulrich – “LA SOCIEDAD DEL RIESGO MUNDIAL – En busca de la seguridad perdida” – Ed. PAIDOS, Barcelona, 2007.-

pretendiendo explicarse que no es, pero sin acertar a aseverar que son.- Así las palabras de Bindé en su introducción de la reseña de coloquios que organizara la UNESO: *“...cuando la cohesión social se ha desvanecido ante el incremento de un individualismo cada vez más radical que destruye vínculos heredados y las identidades, se observa el un crecimiento de nuevas formas de asociación, el nacimiento nuevos tipos de solidaridad...El derrumbamiento de los marcos patriarcales (con sus dimensiones éticas, institucionales, culturales y metafísicas) está vinculado a estas preguntas; una fractura considerable que implica una feminización de los valores de consecuencias profundas, que todavía es difícil de medir plenamente, pero que desde luego influirá en todos los aspectos del S.XXI”*²⁰.-

Nos enfrentamos entonces a dar respuesta jurídica a nuevas realidades que se describen, pero el sistema jurídico debe brindar la protección a las relaciones que son relevantes para la función social de la institución (interés jurídico a proteger), como son las relaciones parentales y paterno-filiales, y sin embargo se hace necesario en ciertos aspectos donde existen nuevos paradigmas el devolver al individuo la autonomía de la voluntad.-

Es más lógico incorporar a la institución familiar a que adscriba al orden jurídico, a que lo evite en todo, permitiéndole la regulación por si mismos a los interesados de ciertos aspectos como pueden ser los patrimoniales, mediante la adopción de régimen de bienes convencional, o la ratificación de la plena autonomía de voluntad al momento de liquidar o partir los bienes de la ex sociedad conyugal.-

En consecuencia, cabe reconocer una mayor aplicación del principio de autonomía de voluntad en la materia, como surge de la recomendación de las Jornadas

²⁰ BINDE, Jérôme (Director) - ¿HACIA DONDE ES DIRIGEN LOS VALORES? – FONDE DE LA CULTURA ECONOMICA- Mexico, 2006, pág. 18.-

Nacionales de Derecho de 1987 celebradas en Buenos Aires a favor de la adopción regímenes de bienes del matrimonio alternativos que regulen las relaciones entre los cónyuges²¹; la del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998): *“el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio”*.-

La labor normativa creadora de la autonomía de la voluntad, reconocida en su mayor punto en material contractual en el art. 1197 de nuestro código civil, nos llevan a parangonarla con las palabra de BECK: *“Es típico de los juristas pensar que la transgresión de una norma sólo puede afirmarse si la norma ya existe. Los sociólogos del derecho y sobre todo los antropólogos del derecho admiten también el caso inverso: que las normas cobran forma cuando ciertas expectativas se ven defraudadas y algún acontecimiento espectacular pone a esto en evidencia como inaceptable”*²².-

Esta visión hacia la libertad creadora individual se relaciona con la mentalidad actual de la personalización del software de cada ordenador o teléfono celular, al gusto del consumidor, y el extremo del ser humano de ser quien tiene incluso la posibilidad de su propia autotransformación antropológica²³.-

²¹ EL DERECHO PRIVADO EN LA ARGENTINA – CONCLUSIONES DE CONGRESOS Y JORNADAS DE LOS ULTIMOS 30 AÑOS, p. 54.-

²² BECK, Ulrich – Op. Cit., pag.306.-

²³ “La singularidad histórica que diferencia a la sociedad del riesgo mundial de la sociedad industrial nacional y de todas las civilizaciones precedentes es la posibilidad de la autoaniquilación (sin precedente histórico) como la posibilidad de la autotransformación antropológica del ser humana.” BECK, Ulrich Op. Cit, pág. 262

También deberá ponderar el reconociendo su igualdad a través de la evolución del derecho, por lo cual ya no cabe fundar la intervención del estado prohibiendo el acuerdo de los futuros cónyuges o ex cónyuges, de modo tajante.-

La tendencia hacia la libertad privada, sin intervención administrativa o judicial, la debemos reflejar también al momento del tratamiento de la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta o en trámite de ello, con la realista aplicación de la reforma del artículo 236 CC y sus demás convenios a tal fin durante el proceso de divorcio y luego de la sentencia respectiva, con la mayor flexibilidad según la voluntad de las partes, y ello -haciendo nuestras las palabras de la Graciela Medina-: *“porque la tendencia vigente en la actualidad es hacia la apertura al régimen de la autonomía de la voluntad, y que en esta tendencia resulta inadmisibles declarar la nulidad de un convenio de liquidación de bienes de una sociedad conyugal celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio por presentación conjunta y cumplido parcialmente con posterioridad a la sentencia de divorcio..”*²⁴

Por lo tanto, ante las nuevas perspectivas de realidades de relaciones familiares ente cónyuges – o convivientes-, donde las soluciones normativas vigentes no son plenamente satisfactorias; la mejor solución en el ámbito patrimonial, será el permitir a los miembros de esta institución (formal o de hecho) elegir dentro de un marco más abierto o flexible, fundado en su autonomía de voluntad, en vez de soluciones prohibitivas que pretendan limitar sus decisiones con imperativos estatutos forzosos, o la voluntad de terceros mediante la intervención de la voluntad del Estado a través de sus órganos judiciales o administrativos.-

²⁴ Voto de la Dra. Medina en autos: “B.C c/M.L.” Cám. C.y C. San Isidro, Sala I, 19/19/1989, LLBA 2000-264.-.

1.-Características de la sociedad conyugal y su disolución: BIENES GANANCIALES ANOMALOS

Vélez Sarsfield denomina sociedad conyugal al régimen patrimonial que la ley impone a los esposos.- Durante la vigencia de la sociedad conyugal, que comienza con la celebración del matrimonio, los bienes pertenecen a aquel de los cónyuges que los adquirió y consta como titular de los mismos, existiendo dos masas de bienes administradas por cada uno de los esposos, compuestas cada una de ellas por los bienes propios de ese cónyuge y por los gananciales que el mismo adquirió con su trabajo personal o cualquier otro título legítimo.-

Mientras están casados ambos esposos tienen un derecho en expectativa que se hace efectivo con la disolución de la sociedad conyugal, en principio sobre el cincuenta por ciento, del total de los bienes gananciales .- La disolución de la sociedad conyugal, se produce únicamente por las causales previstas en el Código Civil, enunciadas en el artículo 1291 que establece: la sociedad conyugal se disuelve por separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio, y por la muerte de alguno de los cónyuges, como asimismo lo contemplado en el artículo 1306 del Código Civil, sentencia de separación personal y divorcio, y en el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, conforme el artículo 30 de la ley 14.394.-

Nuestro régimen patrimonial matrimonial es de carácter imperativo, se trata de un estatuto forzoso impuesto por la ley, que rige durante la vigencia de la sociedad conyugal, indisoluble, por la propia voluntad de los esposos y cualquier convenio o contrato celebrado que pretenda modificarlo es nulo, de nulidad absoluta (artículo 1218 y 1219 del Código Civil), así como tampoco se disuelve por la separación de hecho de los mismos.-

La separación de hecho constituye una práctica social frecuente, incluso generalmente transcurre un lapso de tiempo, a veces prolongado entre la separación de hecho y la iniciación del juicio de divorcio.-Carlos Lagomarsino ha definido la separación de hecho como "*la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada que lo imponga, ya sea por voluntad de uno o ambos cónyuges*".- El Código de Vélez solo hacía referencia a la separación de hecho como causa de exclusión de la vocación hereditaria (art. 3573 CC).-Posteriormente la ley 17.711 modificó el art. 1306 contemplando la separación de hecho, no permitiendo al culpable beneficiarse con los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del inocente.-Y la reforma de la ley 23.515 del año 1987 en los arts. 204 y 214 inc.2 del C.C la incluyó como causal autónoma objetiva de la separación personal y divorcio vincular, sin atribución de culpas.-²⁵

Un sector de la doctrina considera que la separación de hecho constituye una causal de disolución de la sociedad conyugal, basándose en la separación en sí misma y la intención de no continuar conviviendo, haciendo una interpretación extensiva del artículo 3575 del Código Civil, que establece "*la cesación de la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, en caso de que viviesen de hecho separados, sin voluntad unirse*", aplicándolo a otras situaciones similares y no mencionadas expresamente.- Entre ellos, Carlos Vidal Taquini considera que existiendo separación de hecho sólo cabe precisar la fecha en que ella tuvo lugar, pues a partir de ese instante cesa para los

²⁵ El art. 204 dispone: "Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando estos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años.-Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.-"El art.214 establece: "Son causas de divorcio vincular: 1) Las establecidas en el art. 202, 2) La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el art. 204.-"

dos cónyuges el derecho a la ganancialidad, porque la calificación es única.- Eduardo Zannoni a contrario, expresa, no puede hablarse de disolución cuando la ganancialidad continúa, a pesar de la separación de hecho de los esposos, pero que cobrara relevancia una vez disuelta la sociedad conyugal.-

Se ha tratado el tema en varias Jornadas, entre ellas las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1989) donde se resolvió: "*debiera sustituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial, por la separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo.*"-En igual sentido se propuso de leyenda, en la VII Jornadas Bonaerense de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junin 1996)" Modificar el artículo 1294 del CC reemplazando el abandono de hecho de la convivencia por la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal" y como postura de la mayoría se sostuvo "*cuando la separación personal o el divorcio vincular se dicten con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, ninguno de los cónyuges participará en los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho.*"- Igual criterio se utilizó para el proyecto de reforma del Código Civil en que se dispone que las sentencias de separación personal, divorcio vincular y separación judicial de bienes producirán la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los esposos, pero a pedido de uno de los cónyuges, el tribunal podrá decidir, si lo considere equitativo, que en las relaciones entre ellos los efectos de la liquidación se retrotraigan al día de la separación de hecho.-"

Para nuestra legislación la separación de hecho no es causa de disolución, durante el lapso que transcurre hasta la disolución, se producen todos los efectos derivados del matrimonio, pero con relación a la adquisición de bienes, no participa el cónyuge culpable, de los bienes gananciales, adquiridos por el otro desde la separación

de hecho, pero si el inocente que tendrá derecho en su calidad de socio a participar de los gananciales, adquiridos en el mismo lapso por el declarado culpable, tal como lo dispone en su última parte el artículo 1306 del Código Civil.-

En orden a lo expuesto, si una persona ha adquirido bienes siendo de estado civil casado, pero separado de hecho, por más que conste dicha circunstancia en la escritura pública de adquisición, no por ello excluye la presunción de ganancialidad, que resulta de las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio, cabe invocar un fallo de la Suprema Corte de la Justicia Bonaerense de fecha 13 de abril de 2005 en la causa AC.87609 "AEM y SHJ s/ Incidente de liquidación de sociedad conyugal" en el que una pareja solicita su divorcio vincular por la causal prevista en el art. 215 de C.C, por presentación conjunta, admitiendo que se encontraban separados de hecho desde hacia más de 25 años.-Pero la esposa en el incidente de liquidación de la sociedad conyugal, pretende participar de lo bienes adquiridos por su marido durante la separación de hecho.-En primera instancia se hace lugar, decisión que es revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Nicolás con los siguientes argumentos:1.-Se aplica al supuesto en análisis el art. 1306 del C.C que niega el derecho de participación al cónyuge culpable en los gananciales adquiridos por el otro.- 2.-Dado que peticionaron su divorcio por la causal de presentación conjunta, en la que reconocieron una interrupción de la vida en común por un lapso más prolongado, ambos eran culpables de la situación.-3.-Cuando se invoca la causal del art.215 los efectos son los mismos que cuando se declara el divorcio por culpa de ambos.- 4.-Como en la presentación conjunta no hay declaración de culpabilidad ni de inocencia, no corresponde a ninguno de los esposos la posibilidad de participar en los bienes gananciales adquiridos por el otro durante la vida separada.- La Suprema Corte confirma la providencia destacando los siguientes argumentos: Se

trata de un divorcio sin atribución de culpabilidad (voto Hitters).- En nuestro sistema el art. 1306 mantiene la vigencia de la sociedad conyugal a pesar de la separación de hecho, aunque sanciona al culpable.(voto Hitters).-Resulta palmariamente abusiva la conducta del *"cónyuge que pretende participar en los bienes adquiridos después de la separación de hecho sin voluntad de unirse, cuando es lo cierto que el comparte con el otro la responsabilidad de la decisión de poner fin a la convivencia, que reitero, es la razón de esencia del efecto típico de la ganancialidad impuesta por la sociedad conyugal (art.1071 CC)*.-La prohibición del abuso de derecho es un principio cardinal en nuestro derecho positivo, se proyecta hacia todos sus ámbitos y se encuentra consagrado en la ley, precisamente, para poner coto a conductas *disvaliosas como la del recurrente*".-(voto Roncoroni).-

Con este fallo la Corte provincial reafirma que la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal, pero que produce efectos con relación al carácter de los bienes adquiridos, no participando ninguno de los cónyuges de los bienes adquiridos con fondos propios por el otro, denominándolos la doctrina moderna como gananciales anómalos, o no sujetos a división, pero es una circunstancia que debe determinarse en sede judicial.- Ana María Chechile sostiene que al no haber calificación de culpas, en la separación de hecho y en el supuesto de juicio por presentación conjunta de los esposos (art. 204, 205, 214 inc.2 y 215 CC) no hay culpables, ni inocentes, ni sanciones, ni beneficios, por lo que ninguno de los cónyuges participa de los gananciales adquiridos por el otro luego de la separación de hecho.- En el supuesto de fallecimiento, es decir adquirió un cónyuge siendo de estado civil casado, pero separado de hecho, se ha resuelto en consulta al Colegio de Escribanos de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires, *"que fallecido el otro cónyuge el bien integra la indivisión post comunitaria, y deberá discutirse en esa instancia, si la adquisición se*

realizó antes o después de producida la separación de hecho.- Si se realizó antes el bien será considerado ganancial, si se realizó con posterioridad a la fecha de la separación de hecho, ello determinara la exclusión del bien del sucesorio, por corresponder como propio de la adquirente separada de hecho, no teniendo los herederos de este derecho alguno sobre el mismo.-Pero se requerirá intervención judicial".-

Por lo expuesto estimamos conveniente dejar plasmado en las escrituras adquisitivas de dominio, que el adquirente es de estado civil casado, manifestando que se encuentra separado de hecho, sin voluntad de unirse, desde hace tantos años, a fin de preconstituir prueba al efecto.-

1.1.- Bienes adquiridos durante la separación de hecho o el proceso judicial

A pesar de ser ya lejana en el tiempo aquella calificación que propuso MENDEZ COSTA cuando definió como “*gananciales anómalos*” a ciertos bienes que escapan del destino final de los bienes gananciales cuando se produzca la disolución de la sociedad conyugal, es decir su división y adjudicación a alguno de los ex-cónyuges, es en los últimos años cuando se ha tomado verdadera conciencia de la existencia de los mismos, a lo que no debe resultar ajeno el hecho de los más de veinticinco años que han transcurrido desde la sanción de la ley de divorcio vincular en nuestro país.

La doctrina y especialmente la jurisprudencia han delineado las particularidades de estos bienes, que son aquellos que, y de manera sintética: a) Han sido adquiridos por algunos de los cónyuges, con posterioridad a la separación de hecho, y hasta la notificación de la demanda de divorcio ó presentación conjunta; o bien, b) Han sido adquiridos desde la notificación de la demanda de divorcio o presentación conjunta, hasta la sentencia que declara el divorcio vincular.

Así, claramente surge que de la aplicación del artículo 1306, última parte, de

nuestro Código Civil, que sostiene que el culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que el otro hubiese adquirido, más la interpretación cada vez más concordante de los Tribunales, en especial luego del Plenario del 29 de Septiembre de 1999, que sostuvo por mayoría, que en caso del llamado “*divorcio por causales objetivas*” debe presumirse que han sido ambos los culpables de la misma, sin que ninguno de ellos pueda considerarse inocente, se ha abierto un campo muy fértil de situaciones a analizar.

Por supuesto, debemos destacar que en las dos situaciones antes planteadas, si bien hablamos de “*gananciales anómalos*”, las consecuencias jurídicas no son las mismas.

En el primero de los supuestos, y más allá de la buena y recomendable técnica notarial de dejar constancia en el texto de la escritura de compra de la situación particular del estado civil del adquirente, la situación de ganancial no partible, o anómalo, entendemos que no se presume: así, para disponer del mismo, sin encontrarse dictada la sentencia de divorcio y encuadrado el caso dentro de lo previsto en el artículo 1306, última parte del Código Civil, deberá requerirse el asentimiento del otro cónyuge en los términos del artículo 1277 del Código Civil, ya que no se supone, *per se*, el carácter de *personal* del mismo. Es por esta circunstancia que la sentencia de divorcio debe reflejar la circunstancia de que nos encontramos ante un ganancial *anómalo* o no partible.

Asimismo, debe analizarse, no sólo desde el punto de vista judicial, sino también desde el notarial, con especial énfasis en la calificación registral del bien, algunos supuestos que pueden presentarse durante el proceso.

No cabe dudas que, como ya ha sido expuesto, la sentencia de divorcio debe hacer mención expresa del carácter particular del bien adquirido por este cónyuge

durante el período de separación de hecho; así no sería suficiente que el Juez se limite a reproducir en la sentencia la manifestación de la parte interesada, sino que es necesario y obligatorio para él, dejar constancia que, previo mérito de las circunstancias a los fines de encuadrar el caso dentro de las previsiones del artículo 1306 del Código Civil ya citado, y eventualmente producción de la prueba ofrecida por las partes, el bien no reviste carácter de ganancial partible, sino que le corresponde, en su totalidad, al cónyuge que lo adquirió.

En base a estas circunstancias es que el cónyuge titular podrá requerir que se otorgue una escritura complementaria a los fines de reflejar registralmente el hecho de la calificación realizada por el juez del carácter del bien, a los fines de que no sea necesaria la exigencia del artículo 1277 del Código Civil en el supuesto de transferencia o gravamen posterior; sin perjuicio que sea el notario quien, al tener que autorizar uno de los actos de esta clase con posterioridad, realice la circunstanciada narración de los hechos por los cuales deviene innecesaria la exigencia del artículo 1277 del Código Civil.

En cualquiera de ambos supuestos, el notario requerido deberá verificar la resolución judicial, tal como realiza la verificación en casos análogos sujetos a decisión judicial.

Sin embargo, tal presunción de ganancialidad se invierte en aquellos bienes adquiridos con posterioridad a la notificación de la demanda o presentación conjunta de ambos cónyuges. Más allá de que autores como ARMELLA y FALBO resaltan acerca de que puede presentarse la situación de que un cónyuge, durante este período, adquiriera un bien con fondos gananciales, por lo que por el principio de subrogación real, el bien adquirido también resultaría de ese carácter, entendemos que el cónyuge perjudicado debe hacer valer su pretensión en el proceso de divorcio respectivo

promoviendo el pertinente incidente, y que para los terceros contratantes, por el efecto retroactivo de la sentencia dictada, el bien adquirido resulta de carácter personal del transmitente, no siendo obligatorio la mención acerca del origen del dinero utilizado para la compra.

2.- DISOLUCION, PARTICION Y LIQUIDACION DE LOS BIENES DE LA EX SOCIEDAD CONYUGAL

En el derecho vigente debemos tener presente desde el inicio el límite de esta la autonomía de la voluntad en la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal.-

Una cosa será la posibilidad de acordar con plena libertad el modo y forma de partir y la consecuente liquidación de los bienes, donde se harán patentes los principios del derecho de los contratos desde que los miembros de la disuelta sociedad conyugal (o en vías de ello) recuperan la plena capacidad de contratar entre sí; y otra es la prohibición de establecer por vía convencional una causal de disolución de la sociedad conyugal no prevista por la ley.-

Como señala LAMBOIS²⁶ *“la liquidación de la sociedad conyugal solo tiene lugar en los supuestos previstos en la ley, sin que los esposos puedan pactar lo contrario, lo prohibido fue alterar el régimen de bienes durante su vigencia y cuando la doctrina consideró nulas las estipulaciones referidas a la liquidación de los bienes entendió que con ellas se pretendía encubrir un acuerdo disolutorio. Es que el orden público sólo es vulnerado “cuando las partes pretenden disolver la sociedad conyugal por una causa o una forma distinta a las taxativamente previstas en la ley, pero las estipulaciones sobre el orden en que se van a dividir los bienes, o sobre como se van a atribuir una vez que el juez pronuncie la sentencia definitiva, constituyen pactos que*

²⁶ LAMBOIS, Susana E. – “UNA VEZ MAS SOBRE LOS CONVENIOS DE LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL PREVIOS A SU DISOLUCIÓN” – LLLBA 2000-257.-

*no violan reglas ni principios de orden público, ni normas precisas de la ley que acarren su nulidad*²⁷.-

Las partes no podrán celebrar un acuerdo disolutorio, dado que la acreditación disolución requiere indefectiblemente la resolución judicial que le de el estado jurídico consecuente.-

Ello no impide que los cónyuges puedan reconocer la existencia de los hecho de ciertas causales, como sería la mutua manifestación de separación de hecho, pero su validez y efecto jurídico disolutorio se dará con la resolución judicial que lo acredite, y ese reconocimiento previo será sólo una prueba más para la valoración judicial.-

Pero si las partes podrán con plena libertad celebrar todo tipo de contratos partitivos y liquidatorios de los bienes una vez disuelta la sociedad conyugal, o incluso con anterioridad como lo prevé el artículo 236 CC, condicionada a la resolución judicial que declare la disolución de la sociedad conyugal²⁸.-

En estos supuestos, la regla es la plena libertad contractual, rigiendo las formalidades previstas por el Código Civil para la partición de bienes del acervo sucesorio, en mérito a la aplicación del art. 1184 inc. 2 CC y art. 3462 CC con la remisión del art. 1313CC en la materia, y la similar de los artículos 1788bis y 1698CC para otras comunidades de bienes.-

Es decir que en la partición y adjudicación de bienes de la ex sociedad conyugal rige la plena autonomía de voluntad, sin necesidad de intervención de autoridad judicial, y esta sólo se limita en el caso del art. 236 CC a la mera

²⁷ CCivil y Com. Bahía Blanca, 20/8/71 – ED 38-808

²⁸ CCivil y Com. Bahía Blanc, 3/11/2008, LLBA 2008-529: “Si bien nada obsta a la celebración de un convenio extrajudicial sobre división de los bienes que componen el patrimonio ganancial de un matrimonio, se formalice antes de que se decrete la separación personal o el divorcio vincular, y consiguientemente antes de la disolución de la sociedad conyugal. Su validez está condicionada a que se dicte el correspondiente pronunciamiento judicial que ponga fin a la sociedad conyugal.”

homologación judicial, la cual en palabra de LAMBOIS “*confiere al convenio, en principio, la intangibilidad propia de la partición judicial. En la homologación el rol del juez es meramente pasivo. Su papel es similar al del escribano. No hay en las resolución de homologación el imperium propio de las sentencias. Lo que hace el juez es la legalización o autenticación, sin perjuicio que el convenio pueda ser atacado por vicios del consentimiento por la invocación de la lesión*”²⁹

Aún en los casos que se requiere homologación judicial, quedando comprendidos en los supuestos de partición mixta, es la voluntad de las partes la que determina el modo de partir y liquidar.-

En conclusión, el principio es que los ex cónyuges pueden resolver la partición y adjudicación de los bienes gananciales sin requerir intervención judicial alguna.-

2.1.- El contrato de partición privado o mixto y el poder para su cumplimiento

Debemos tener presente con relación a la división convenida que se ha resuelto:

" Nada se opone a que una de las partes reciba una porción menor como consecuencia del acuerdo de voluntades.-Es que, la división por mitades no es de orden público cuando ya se ha producido la disolución de la sociedad conyugal y que los esposos pueden convenir otra solución.-Adjudicar los gananciales en su totalidad, o por mayor valor, puede ser acordado entre ellos-"³⁰.

Para poder realizar la escritura pública de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación requeriremos la comparecencia de ambos cónyuges con la sentencia de divorcio consentida y firme, es decir notificada a ambas partes, vencido el plazo de apelación o consentida en el expediente (exhibición del testimonio de la misma o con el expediente a la vista, y en este supuesto el escribano verificara el cumplimiento de

²⁹ LAMBOIS, Susana E- op.cit. pág. 266

³⁰ CNCiv.Sala C,7/12/83 LL 1984-C-59

los requisitos legales y fiscales), si hubo acuerdo previo por instrumento privado con firma certificada reflejaremos su contenido en la escritura y lo agregaremos en cabeza de la misma, y si se utiliza además poder especial irrevocable la comparecencia del apoderado, con el testimonio del respectivo poder que lo faculta para el otorgamiento de la escritura mencionada, se solicitara certificado de anotaciones personales (inhibición) por ambos ex-cónyuges.-

2.1.1.- El supuesto del Poder irrevocable

El artículo 1977 exige tres requisitos para que pueda imponérsele la irrevocabilidad al poder: a) Que sea para negocios especiales.- b) Limitado en el tiempo.- c) En razón de interés legítimo de los contratantes o un tercero.- Interpretamos que el poder especial irrevocable para garantizar el cumplimiento de un convenio de adjudicación de bienes, reúne todos los requisitos enunciados, dado que sería otorgado por el ex cónyuge, en trámite de divorcio, nombrando apoderado al otro ex-cónyuge, y/o un tercero, para otorgar la escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición a favor del ex-cónyuge adjudicatario, constituyendo la base de la irrevocabilidad la liquidación de todos o algunos de los bienes que conforman la sociedad conyugal, para poder ejecutar la partición y adjudicación, de los mismos, cuando ya se encuentre disuelta.-

La identificación del negocio, estaría dada por la adjudicación pactada en el acuerdo de liquidación de los bienes del matrimonio, identificando el bien, con los datos que surgen del título de propiedad, y del convenio realizado por instrumento privado, entre ambos ex-cónyuges, siendo conveniente que el escribano actuante verifique la existencia del mismo y anexe tal instrumento en protocolo, como cabeza de la escritura de apoderamiento.-Debe limitarse en el tiempo o sea establecerse un plazo.- El interés legítimo estaría dado por los propios ex cónyuges, toda vez que se

que posibilita instrumentar la partición y adjudicación total o parcial de los bienes, con la intervención de uno solo de ellos.-

Tiene como finalidad que no sea necesaria la comparecencia de ambos ex-cónyuges al otorgamiento de la escritura, que no pueda revocarse salvo justa causa, en el caso la impugnación del convenio por uno de los cónyuges y que no pierda su vigencia por fallecimiento del poderdante, con respecto a este último punto cabe recordar que el artículo 1963 inciso 3 del Código Civil, establece que el mandato finaliza por fallecimiento del mandante, reconoce la excepción contemplada en el artículo 1980 del mismo ordenamiento legal, que dispone que la muerte del mandante no pone fin al mandato cuando el negocio base, debe ser cumplido o continuado después de la muerte.- Complemento de esta norma es lo normado en el artículo 1982, según el cual el mandato continúa subsistiendo después de la muerte del mandante cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario o en el interés de un tercero.-

El artículo 236 del Código Civil, en su actual redacción, resuelve una vieja controversia existente hasta ese momento, acerca de los convenios realizados por los cónyuges en relación a los bienes del matrimonio, disponiendo la validez de los mismos.

Esta reforma reconoce como origen un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, del 24 de Diciembre de 1982 en tal sentido ³¹, además de la lógica misma, como bien lo expone ZANNONI, que si los cónyuges han decidido divorciarse, también es razonable que dispongan lo necesario para partir, liquidar y adjudicar los bienes adquiridos durante el matrimonio ³². Esta partición se realizará del

³¹ La Ley-1983-A-483. Esta doctrina ha quedado ratificada en un comentado casado resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, con voto de la Doctora Kemelmajer de Carlucci, publicado en J.A. del 28/5/97, número 6039, Pág. 27.

³² ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, T.I, pág. 721, Ed. Astrea, Bs.Aires, 1998.

mismo modo que las particiones hereditarias, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1313 del Código Civil, es decir de manera judicial, privada ó mixta.

Salvada la observación común que solía realizarse acerca de la viabilidad de estos convenios, restaría considerar si, conjuntamente con el mismo, puede otorgarse por las partes un poder de naturaleza irrevocable, fundado en el artículo 1977 del Código Civil, para proceder a su ejecución.

NUTA y NAVAS³³ sostienen que un Poder, para configurar su carácter de irrevocable, debe referirse a un *negocio jurídico especial*. Y que este negocio debe ser contemporáneo al poder ó anterior, pero nunca un negocio futuro, y además debe estar concluido como tal. Ahora nos preguntamos si un Convenio de Adjudicación de Bienes realizado por los cónyuges reúne estos requisitos.

No cabe ninguna duda que dicho convenio *es* un negocio jurídico, entendiendo como tal a aquel en que se configura como una declaración de voluntad que conforme al derecho objetivo, tiene por sí relevancia legal para hacer surgir, transmitir, reconocer, modificar o extinguir derechos subjetivos.

Por supuesto que este Convenio realizado por los cónyuges, y que constituye un negocio jurídico, es el resultado de una elaboración y conclusión por parte de los mismos; el requisito de contemporaneidad se encuentra plenamente acabado y aún más, cuando este Convenio se celebra simultáneamente con la firma de la demanda de divorcio.

Con respecto al requisito de que el negocio se encuentre concluido, por supuesto que este Convenio reconoce como *condición* el hecho de que no sea impugnado por las partes en el juicio de divorcio respectivo a los fines de atacar su

³³ NUTA Ana Raquel y NAVAS Raúl F, su trabajo en “Curso de Derecho Notarial”, pág. 339, Ed. Ad-Ho, Bs. As, 1999

validez por alguna de las causales de ineficacia de los actos jurídicos, como por ejemplo, un vicio de la voluntad de los cónyuges. Pero más allá de estas circunstancias (que también podrían darse en una compraventa), el convenio es firme y será plenamente válido, y causa fuente de derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes, sujeto a una eventualidad, a un porvenir, que justamente es aquello que en definitiva condiciona toda la instrumentación realizada: la sentencia de divorcio, que actúa en este caso como una *conditio juris*.

Como todo contrato condicional, el acto jurídico existe con validez jurídica propia desde su celebración, quedando condicionados uno o todos sus efectos a la condición prevista.-

Aún más, como todo poder irrevocable, puede ser revocado por *justa causa*. Por supuesto, esta justa causa de revocación debe ser declarada judicialmente, en un proceso en donde el juez merituará las causales esgrimidas por aquel mandante que pretende sustraerse a sus obligaciones acordadas; y esto que sostenemos, puede ser aplicado como lo hemos puntualizado, tanto a una compraventa como a un convenio de estas características.

Dictada la sentencia, y no atacado el Convenio, nada más puede decirse, sólo resta su cumplimiento y consecuente plena eficacia.-

Por eso, discrepamos con aquella doctrina notarial, que observa con malos ojos el otorgamiento de un poder especial irrevocable a los fines de instrumentar lo resuelto por las partes en un convenio de liquidación, partición y adjudicación de bienes del matrimonio.

Debe distinguirse claramente la irrevocabilidad del mandato de la irrevocabilidad o no del contrato base.- El negocio especial se cumple como *conditio juris* del art. 1977 CC, con la existencia de un convenio condicional como se da en el

supuesto, y ello no se contradice u opone a la relación negocial.-

Es que aquí la condición no está determinada por la voluntad de las partes, sino por una resolución del poder judicial, lo cual deja supeditado también el ejercicio del mandato y su efecto representativo a su cumplimiento.- Es decir que el poder cesará por imposibilidad de su objeto si el negocio base no llega a tener plena eficacia; pero una vez acreditada la condición tendrá plenos efectos el mandato, el poder y su carácter irrevocable.-

Nótese que se está ante un supuesto diametralmente opuesto a la oferta de donación, donde la irrevocabilidad convencional del apoderamiento, podría llevar a la irrevocabilidad autoimpuesta a la oferta por voluntad de partes; ya que está condicionado a un acto ajeno a las partes, y que de no ocurrir, no es que torna meramente revocable al poder, sino que directamente deja sin efecto alguno al mismo.-

No debe olvidarse tampoco que el mandato es un contrato permitido entre cónyuges, y que siendo aplicable su normativa, el apoderado puede ser expresamente autorizado para actuar en su beneficio.-

Si el otro cónyuge pretende impugnar el contrato podrá hacerlo por los medios que la ley le acuerda, según el momento de la misma, y podrá en caso de no estar firme la sentencia recovar el poder por justa causa (art. 1977 CC in fine).-

Por ello concluimos que es válido y factible el otorgar un poder especial irrevocable para el cumplimiento de un convenio de disolución de sociedad conyugal, homologado o no, antes de estar firme la sentencia de divorcio o separación o personal – siempre condicionado a ésta- para su posterior utilización, no habiendo tampoco impedimento legal a que las partes establezcan la facultad de autontratación en beneficio del apoderado.-

2.2.- BIEN GANANCIAL SIN LIQUIDAR.- FALLECIMIENTO DE UN CONYUGE.-

Una vez dictada la sentencia de divorcio o separación (personal o del art. 1294 CC) o nulidad de matrimonio, se produce el nacimiento de la comunidad de bienes gananciales, denominada indivisión comunitaria, y se actualiza el derecho de cónyuge no titular, que por directa manda legal este pasa a ser titular de la mitad de tales bienes según lo regulado por el art. 1315 CC.-

La Suprema Corte de nuestra Provincial ha resuelto al respecto *“que el patrimonio de cada cónyuge se transforma a partir de la disolución de la sociedad conyugal en un punto de encuentro entre los derechos del cónyuge y los derechos de terceros acreedores.- Ambos concurren sobre él; el cónyuge con el propósito de perfeccionar su derecho a las mitades indivisas sobre los bienes pertenecientes al otro cónyuge; los acreedores con el fin de ser pagados sus respectivos créditos. Cuando sobreviene la disolución, el cónyuge no titular adquiere un derecho a la mitad indivisa de los bienes del otro.- El título a ese derecho está constituido por la sentencia de divorcio o nulidad, que acarrea la disolución de la sociedad conyugal, pero el derecho en tales condiciones será inoponible, porque carecerá de publicidad”*³⁴.-

Claramente surge de la doctrina de Corte que el no titular ha adquirido el derecho a la mitad del bien por la directa orden legal y su título es la sentencia que acredita y/o constituye la situación jurídica disolutiva, con la consecuente transferencia del derecho, que es de indudable carácter patrimonial y se transmitirá a los sucesores del ex cónyuge (devenido causante) de conformidad a al art. 3417CC, quienes en consecuencia devienen titulares de ese derecho originado en el art. 1315CC.-

³⁴ SCJBA, 1/4/2009.- C,G.U c. R.R y otro. LLBA 2009-629.- En igual sentido Ac. 41278 sent. del 19-IX-1989, Ac. 40687 expte. Del 6-III-1990, Ac. 86122, sent. del 9-XI-2005.- El subrayado es nuestro.-

Para mayor abundamiento explica el Dr. Soria en su voto en el fallo citado al tratar el régimen jurídico de la disolución de la ex sociedad conyugal por causal diferente al fallecimiento: *“Así, al disolverse la sociedad surge una auténtica comunidad, porque ambos cónyuges adquieren, recíprocamente, la mitad de los gananciales pertenecientes al otro..; la consecuencia derivada de del art. 1315 del Código Civil es que, al disolverse aquella, nace un condominio de los cónyuges sobre las cosas gananciales y una copropiedad sobre los créditos y derechos que revistan igual carácter (Mazzinghi, Jorge Adolfo “Derecho de Familia T. II Abeledo Perrot Bs.As. 1972 págs. 474 y 477; coincidentemente Guastavino, Elías P, “Sociedades conyugales disueltas y no liquidadas” en Jurisprudencia Argentina 1957-I-104; asimismo Mendez Costa, María Josefa y ot. “Derecho de Familia” Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1982, T. I,pág. 435 y ss; asimismo Borda, Guillermo “Tratado de Derecho de Civil Argentino (Familia) Perrot, 1969, T. I ,pag. 346.”.-*

En consecuencia, habiendo adquirido cada ex cónyuge su derecho a los gananciales por directa disposición de la ley, y constituyendo su título la respectiva sentencia de divorcio o anulación de matrimonio, al no haberse resuelto la liquidación de tales bienes, atribuyendo por un acto partitivo la hijuela a cada uno; al sobrevenir el fallecimiento de uno de ellos, ese derecho patrimonial se transmite mortis causa a sus herederos y se mantiene la atribución ex lege al cónyuge supérstite, pero que se mantiene en el mismo régimen de comunidad, donde los sucesores universales del causante pasan a ocupar el mismo lugar, y tener los mismos derechos y acciones que este.-

Al respecto concluye BELLUSCIO³⁵ : *“Los actos de disposición no pueden ser ya realizados por quien era propietario exclusivo. Sea que la indivisión postcomunitaria sea considerada una universalidad jurídica, sea que se la repunte simplemente un condominio de las cosas y una copropiedad de los bienes inmateriales, existe una copropiedad indivisa de la cual no puede disponer por sí uno de los copropietarios.”*- Y se refiere expresamente a la legitimación de los sucesores los ex cónyuges al tratar la administración de los bienes, con la analógica aplicación del art. 3451CC, al decir: *“disuelta la sociedad conyugal , cada uno de los cónyuges pierde la administración de sus bienes gananciales, los que deberán ser administrados por ambos o sus sucesores universales, y en defecto de acuerdo, por un administrador designado judicialmente”*.- Demuestra así la admisión de la actuación de los sucesores universales de los ex cónyuges, primeramente sin intervención judicial alguna.-

En el mismo sentido ZANNONI³⁶ es categórico al referirse a la partición y liquidación de los bienes de ex sociedad conyugal que no requiere intervención judicial: *“cuando la indivisión postcomunitaria coexiste con la comunidad hereditaria, la partición privada (Cfr. Art.3462 Cód Civil) hecha en escritura pública (Cfr. Art. 1184 inc. 2º) –salvo que mediere instrumento privado presentado al juez de la sucesión- sería suficiente título para liquidar la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de un cónyuge o ambos, excepto los casos previstos en el art. 3465 que requerirán la partición judicial.”*

En consecuencia esta partición y liquidación privada y por escritura pública no podrá ser hecha por otro que los sucesores universales; y en aún ante la existencia de

³⁵ BELLUSCIO, Augusto César –MANUSL DE DERECHO DE FAMILIA – Ed Abeledo Perrot, Bs.As, 2011, pág. 540

³⁶ ZANNONI, Eduardo - Op. Cit., T. 1, pág.721

una causal previa de disolución sin liquidación, ese derecho patrimonial indiviso, será partido y liquidado de acuerdo a la norma del citado 3462 con la limitación del art. 3465 ambos del C. Civil.-

2.2.1.- Partición privada de bienes sin liquidar antes del fallecimiento.-

Como vimos, la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal una vez disuelta la pueden acordar privadamente los comuneros, ya sea repartiéndose entre sí los bienes, liquidándolos mediante transmisiones a terceros para repartir su resultado, o cediendo uno el derecho a sus gananciales al otro extinguiendo la comunidad por quedar un único comunero.-

Ante el fallecimiento de uno de ellos para poder realizar tales acuerdos partitivos o liquidatorios, sus herederos deberán acreditar su carácter de tales, y esta universalidad de bienes gananciales integrará el acervo hereditario, confundiéndose con la masa de bienes propios del causante.- Eso nos coloca en la misma situación fáctica que en el caso de disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges; en ambos casos concurren dos comunidades de bienes sin liquidar (la sucesoria y la de la ex sociedad conyugal).-

Nótese que en cualquier sucesorio la declaratoria de herederos resuelve quienes han acreditado el carácter de herederos con respecto a los propios, dejando a salvo los derechos que la ley le acuerda al cónyuge supérstite sobre los gananciales.-

En ambos casos la ley acuerda el derecho patrimonial en mitad de los bienes al ex cónyuge, sea que el vínculo se disolvió con anterioridad o al momento del fallecimiento de un cónyuge.-

Ambas masas deben ser partidas, liquidadas y adjudicadas por sus comuneros (ex cónyuges y/o herederos) por la forma que estimen más conveniente.-

Este principio es claramente receptado en el caso de disolución por fallecimiento en el que se ha reconocido expresamente que *“si bien los gananciales del cónyuge que sobrevive no integran el acervo, el proceso sucesorio es el ámbito en que debe concretarse la adjudicación al esposo de la parte que le corresponde. Así, el primer paso que debe realizarse en la etapa de partición es, precisamente, separar los bienes que corresponden al supérstite como gananciales. Esta separación queda, pues, comprendida dentro de los trámites propios de la partición.- ..Los herederos pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes (art. 3462 Código Civil) y esta norma asimismo aplicable para hacer cesar la indivisión post comunitaria originada en la disolución de la sociedad conyugal por muerte...con la partición, dentro del concepto de herederos ha de considerarse no sólo a éstos sino también al cónyuge supérstite, y dentro de la masa tanto los bienes propios como los gananciales”*³⁷

La partición de bienes de la ex sociedad conyugal se rige por las normas del derecho de las sucesiones, por la remisión que hace el art. 1313 CC, regulando la disolución por causa de muerte de uno de los cónyuges, y que doctrina y jurisprudencia casi con unanimidad extienden a todos los supuestos.-

Ello deviene en la aplicación del art. 3462 CC, y en consecuencia por unanimidad pueden hacer la partición por la forma y acto que consideren más conveniente, siempre que sean mayores y capaces.-Es claro que los cónyuge de común acuerdo pueden hacer la partición privada o mixta (acuerdo privado con homologación judicial art. 1184 inc 2 CC).-

³⁷ CNCiv. Sala G, 9-9-83, Síntesis del fallo “Veiga de Campos, María ED T. 108-531 y ss.-

Es decir que ambos cónyuges tiene el derecho y la correspondiente acción a pedir la partición y adjudicación de los bienes en el supuesto de no haber acuerdo; así como a celebrar el contrato de partición sin intervención judicial en caso de acuerdo.- Y en caso de fallecimiento de uno sus herederos declarados ocuparan su mismo lugar, y ejercerán sus derechos y acciones, entre ellas la de partir privadamente los bienes que oportunamente no se hayan liquidado.-

Los herederos en el proceso sucesorio deberán hacer la correspondiente denuncia de la parte de la indivisión comunitaria a liquidar, como parte del acervo, pero ello no quiere decir que si son todos ellos mayores y capaces no puedan hacer la partición privada con el ex cónyuge requiere.-

Es que una cosa es el cumplimiento de los recaudos procesales y tributarios en cuanto a la delación de bienes del sucesorio, y otra la determinación de la liquidación de bienes con el ex cónyuge que no es parte en la sucesión.-

Como se señaló la doctrina de la Corte Provincial al inicio, el ex cónyuge ya tiene su título sobre la mitad indivisa de los bienes con la sentencia de divorcio o anulación del matrimonio, y no tiene más que resolver con los sucesores de su otro comunero el modo de dividir esos bienes.-

También será posible, subsistiendo la indivisión comunitaria, que el cónyuge ceda sus derechos gananciales actualmente al único heredero del causante extinguiendo la indivisión por quedar un solo comunero; denotando que esta cesión de una universalidad no integrará el acervo hereditario, ya que el heredero recibirá por transmisión mortis causa la mitad de los gananciales del causante, y por acto entre vivos la restante mitad del otro ex cónyuge.-

Los herederos, al igual que la ex cónyuge supérstite, son los titulares de la acción de petición de partición, a la cual pueden renunciar por ya no haber vínculo

matrimonial. Igualmente pueden renunciar o ceder libremente el derecho a adjudicarse el resultado de la partición, sin intervención judicial alguna.-

A diferencia del juicio sucesorio, que tiene por finalidad determinar la cuantía del acervo, así como sus derechos y obligaciones, donde los pretendidos acreedores y herederos podrán acreditar o no su derecho; el juicio de separación de bienes por disolución de la sociedad conyugal tiene por finalidad la división de los bienes, pero no la garantía al derechos de los acreedores de la sociedad conyugal, pues las deudas de la sociedad están determinadas por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357, ya que estas se mantienen como obligación de los ex cónyuges mientras no se publicite la partición³⁸.-

Por ello la cesión o renuncia de gananciales no requerirá la presentación o acreditación alguna en este expediente judicial.-

En consecuencia se concluye que el en supuestos de fallecimiento de uno de los ex cónyuges, sin haberse resuelto la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal, rige el principio de autonomía de la voluntad, y podrán convenir sus herederos con el ex cónyuge superviviente su liquidación por el modo y forma que estimen más convenientes, en caso de darse los supuestos del art. 3462CC, no siendo requisito ineludible intervención judicial al respecto.-

2.3.- POSIBILIDAD DE AMPLIACION O MODIFICACION DE PARTICIONES PRIVADAS Y MIXTAS INDISTINTAMENTE

Ya hemos visto que el modo y forma de partir se rige por las normas de derecho sucesorio, remitiendo a los arts. 3462 y 3465 CC y que si bien la norma del artículo 1313CC se refiere al supuesto por disolución por fallecimiento de uno de los

³⁸ Conf. SCJBA, 1/4/2009.- C.G.U c. R.R y otro. LLBA 2009-629.-

cónyuges, la jurisprudencia y doctrina admiten su aplicación extensiva al resto de las causales.³⁹

La materia admite dos modos:

- a) Partición Privada: en que los que parten son los propios comuneros, es decir los ex cónyuges o el supérstite y los herederos del fallecido, donde se está ante un verdadero contrato, en que las partes en el libre ejercicio de su autonomía de voluntad dividen y adjudican los bienes por el modo y forma que estimen más conveniente, recurriendo a dos formas: la escritura pública o instrumento privado presentado ante el juez de la sucesión o del proceso liquidatorio.- Este es el principio general, ya que se aplica en todos los casos, salvo los casos previstos para la partición judicial en el art. 3465CC, aún cuando no se haya iniciado proceso judicial liquidatorio alguno, como puede suceder en las causales de divorcio o separación personal, en que los ex cónyuges, sin iniciar proceso judicial y habiendo recuperado la plena capacidad de contratar entre sí lo hace en la modalidad netamente privada y bajo la forma de escritura pública.-
- b) Partición judicial, en es el órgano judicial el que determina el modo de partir, y luego de seguir el respectivo proceso ritual, limitado a los casos especialmente previstos, y que la legislación en modo alguno fomenta.-

Así explica claramente BELLUSCIO: *“A la forma de partición de la comunidad es aplicable lo dispuesto por el Código Civil respecto a la partición de la herencia. Por consiguiente, puede ser privada si todos los copartícipes son capaces y están presente (art. 3462CC); la partición privada debe hacerse por escritura pública,*

³⁹ Conf. ZANNONI, Eduardo –op.cit., T- 1,pág. 792; BELLUSCIO, Augusto C – op.cit. pág. 559 ; MAZZINGHI, DERECHO DE FAMILIA, t.II, pág. 567; BORDA, Guillermo – TRATADO DE DERECHO CIVIL – FAMILIA, T I, N° 442 y 449; VIDAL TAQUINI, REGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO –pág. 406.-

o por instrumento privado presentado al juez que entiende en la sucesión o en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal (art. 1184 inc. 2°).”⁴⁰.-

Las partes tienen dos modos y formas de partir, y si optan por la privada, pueden desde el inicio recurrir a cualquiera de las dos formas indicadas, ya que se está dentro del mismo modo de partir; de igual modo si se recompone, ratifica o modifica un partición privada, ellas escogerán en el nuevo documento cualquiera de las dos alternativas que le confiere la ley, independientemente del que se hayan valido para el anterior.-

Aunque el primer acto partitivo haya sido por instrumento privado presentado ante el juez de proceso, esa intervención judicial no tiene el imperium propio de las sentencias judiciales, ni quita el hecho que la causa es la voluntad de las partes y no del juez en cuanto al contenido de la partición, y por ende las partes lo pueden modificar o ratificar con su sola voluntad explicitada sea en escritura pública o por instrumento privado presentado al juez de proceso indistintamente.-

Es la autonomía de voluntad la causa, y en el caso la intervención judicial cuando se le presenta un documento en los términos del art.1184 inc.2 CC, se limita a una actividad autenticante o certificante como lo hace el escribano⁴¹.-

En consecuencia, estando ante dos instrumentos de igual efecto, y de libre elección por las partes cabe admitir todo tipo de modificación o recomposición por cualquiera de las formas de la modalidad privada.-

Igualmente, debe concluirse, que habiendo cesado las causales que obligaron a la forma de partición judicial, las partes ahora capaces y sin restricción, también podrán recomponer la partición por las formas de la partición privada.-

⁴⁰ BELLUSCIO, Augusto C – Op. Cit. Pág. 563.-

⁴¹ LAMBOIS, Susana – op-cit. Pág.266

3.- DISPOSICION DE BIENES POSTERIOR A LA DISOLUCION: LIQUIDACION

El proceso de liquidación tiene por finalidad otorgar a cada cónyuge o sus herederos los bienes suficientes para cubrir la suma de valores correspondientes a las mitades indivisas que adquieren sobre los gananciales, al disolverse la sociedad conyugal.- Y por último se produce la partición última etapa del proceso de liquidación, en la cual las partes se adjudican los bienes concretos a título personal, exclusivo y con carácter de propio.-

Debe distinguirse la disolución de la sociedad conyugal de la liquidación de esta.- La Cámara Nacional Civil Sala D, ha resuelto: "*La disolución es previa al proceso de liquidación.-Por consiguiente la sentencia de divorcio no hace sino producir por imperio de la ley misma la disolución de la sociedad conyugal*".-

Habitualmente ocurre que los ex-cónyuges quieren disponer de un bien inmueble ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal por divorcio, pero sin haber efectuado aún la partición en debida forma, generalmente por una cuestión económica, existiendo en nuestro sistema legal, con respecto a la disposición de los bienes gananciales, sin haber extinguido aún la sociedad conyugal, o sea obviando la adjudicación previa, dos corrientes doctrinarias:

a) por un lado la que considera que producida la disolución de la sociedad conyugal comienza una fase denominada indivisión postcomunitaria en la que los bienes pasan a ser de ambos ex consortes, y ambos capaces y de acuerdo codisponen, compareciendo como de estado civil divorciados, relacionando debidamente la sentencia de divorcio que así lo decreta, y venden a los efectos de facilitar la liquidación, pudiendo el autorizante si lo cree conveniente, en la misma escritura

traslativa de dominio, dejar constancia de la forma de repartirse el precio obtenido, el que pasara a formar parte de su patrimonio personal.-

b) la otra postura sostiene que debe tenerse en cuenta la continuidad registral, o sea para la liquidación perdura la división de masas, el titular registral del inmueble dispone, debiendo el no titular registral asentir conforme el 1277 CC.- Se solicitaran certificados de inhibiciones por ambos ex-consortes, pero el titular registral dispone siendo de estado civil divorciado, referenciado la sentencia que así lo acredita, y el otro asiente al acto de acuerdo a lo prescripto en el artículo 1277 del Código Civil, y corresponde a quien lo otorga, el derecho a recibir la mitad del precio o el monto convenido entre las partes.-

Resaltamos la importancia aunque el bien se encuentre registralmente a nombre de uno solo, de tener a la vista el Escribano interviniente, el certificado de inhibición general de bienes por ambos cónyuges en ambos casos y el certificado con reserva de dominio, solicitado tal como consta en el Registro de la Propiedad, siendo partidarios de que ambos ex-cónyuges deben codisponer, dado que la sociedad conyugal se extingue y nace un nuevo régimen para la indivisión postcomunitaria, constituyendo la venta realizada en conjunto una forma abreviada de efectuar la división de bienes comunes, y el posterior bien adquirido abonado con el dinero proveniente de esta venta revestirá el carácter de propio para el ex-cónyuge adquirente.-

La codisposición sin haberse adjudicado antes a los ex cónyuges, constituye en verdadero acto de liquidación parcial, por el cual los comuneros están obteniendo la subrogación de un bien invisible en su naturaleza en el dinero de precio, esencialmente divisible, que luego – o en el mismo acto- parten y adjudican entre sí, permitiendo cumplir con la partición, siendo un acto teniente y necesario para su consecución.-

