

## **Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión postcomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial**

**Arianna, Carlos A. Bertini, Adriana S.**

Publicado en: Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 31 • LA LEY 2014-F

Sumario: I. Causas de extinción. — II. Indivisión postcomunitaria. — III. Liquidación de la Comunidad. — IV. Régimen de separación de bienes.

Cita Online: AR/DOC/4291/2014

(\*) y (\*\*)

### **I. Causas de extinción**

En el régimen del código civil la llamada sociedad conyugal sólo concluye por las causas enumeradas por la ley, no existe la disolución fundada en el acuerdo de los cónyuges. Las causales que determinan su disolución no reconocen otra fuente que la voluntad legislativa.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante el nuevo código o el código civil y comercial, concede un mayor grado de autonomía de la voluntad a los cónyuges quienes podrán optar por alguno de los dos regímenes que prevé (art. 446 inc. d), es decir por el régimen de comunidad o por el de separación de bienes. A falta de opción los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias (art. 463).

A su vez, después de la celebración del matrimonio el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges, otorgada mediante escritura pública y habiendo transcurrido al menos un año de aplicación del régimen patrimonial anterior.

Al analizar las causales de disolución en el nuevo código podemos establecer un nuevo criterio de clasificación a los ya reseñados por la doctrina (1). Así podemos distinguir las causales de disolución del régimen de comunidad previstas en el art. 475 del nuevo código y las causales de disolución del régimen de separación de bienes que establece el art. 507 del mismo ordenamiento legal.

A su vez, existen causas comunes de extinción en ambos regímenes. En rigor todas las causas que hacen cesar el régimen de separación de bienes son también causas que extinguen el régimen de comunidad; en cambio las causales de separación judicial de bienes (art. 477) son exclusivas del régimen de comunidad.

El art. 475 establece que la comunidad se extingue por:

- 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 matrimonial convenido.

Por su parte, el art. 507 menciona como causas que hacen cesar la separación de bienes:

- a) la disolución del matrimonio
- b) la modificación del Régimen convenido

En cuanto a la primera de estas causales cabe acotar que conforme el art. 435 el matrimonio se disuelve por:

- a) muerte de uno de los cónyuges

- b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento
- c) divorcio declarado judicialmente

Es decir que la causal de disolución del matrimonio que menciona el art. 507 inc. a) comprende a los incisos a y c del art. 475.

Por otra parte, la anulación del matrimonio putativo también se incluye en las causales de disolución del régimen de separación de bienes a tenor de lo dispuesto en el art. 428 segundo párrafo en tanto señala que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio, aunque en rigor, como luego veremos, la disolución surte efecto desde la notificación de la demanda.

La modificación del régimen constituye una causal común a ambos regímenes, en tanto disuelve el vigente y establece el otro régimen posible.

También es posible clasificar las causales, según impliquen la extinción del matrimonio, y por tanto de cualquier régimen patrimonial, y aquellas que implican sólo el cambio de régimen.

Así, extinguen el matrimonio, y por tanto cualquier régimen de bienes: la muerte, la anulación del matrimonio putativo y el divorcio vincular. Por el contrario implicarían un cambio de régimen, las causales de separación de bienes (enumeradas en el art. 477) que llevarían a pasar de un régimen de comunidad a un régimen de separación y la modificación del régimen convenido entre los cónyuges. (arts. 475 inc. e, y 507)

A.- Causales comunes a ambos regímenes.

Abordaremos el análisis de las causas comunes a ambos regímenes según las causas operen de pleno derecho o a petición de los cónyuges, ciñéndonos a las diferencias que presentan con el régimen actual.

A.1. Causales que operan de pleno derecho.

a.-La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges. En orden a la muerte comprobada no hay diferencia con el régimen vigente. La extinción del régimen de comunidad se produce el día del fallecimiento, tanto entre el cónyuge sobreviviente cuanto para los terceros. La liquidación de la comunidad se hará de acuerdo a las normas que rigen la división de la herencia (arts. 2363 y siguientes).

El art. 498 dispone que si la división se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de los gananciales que hubiese correspondido al causante. Al igual que en el régimen del código aún vigente el cónyuge al concurrir con descendientes no hereda sobre los bienes gananciales del otro cónyuge (art. 2433) y si concurre con ascendientes recibe la mitad de la herencia participando de ese modo en los gananciales que correspondían al otro cónyuge (art. 2434).

Resulta de aplicación al nuevo código la doctrina elaborada en el código actual, en no admitir la continuidad de la comunidad. Vélez siguió la solución del Código Francés, que suprimió la institución denominada "comunidad continuada", vigente en el antiguo derecho francés (2).

La prohibición de convenir la continuidad de la comunidad no impide que en ciertos supuestos la ley faculte al testador, a los herederos, o al cónyuge supérstite a establecer la indivisión forzosa de la herencia o parte de ella por el plazo de 10 años (arts. 2330, 2331 y 2332). Estas disposiciones no constituyen aspectos parciales de una comunidad continuada, sino una indivisión temporal y por ende una excepción al principio de división forzosa que el nuevo código consagra de modo más atenuado que el código civil de Vélez, en el art. 2365. Prueba elocuente de que no hay continuidad es que el activo y el pasivo hereditario quedan fijados al día de fallecimiento.

Respecto de la muerte presunta, el nuevo código mejora la regulación de la ausencia con presunción de fallecimiento, en orden a la disolución del vínculo matrimonial y por consecuencia como causal de disolución del régimen patrimonial; fijando como fecha de extinción el día presuntivo de fallecimiento (art. 476), que será establecido por el juez al declarar el fallecimiento presunto con arreglo a lo dispuesto por el art. 90.

En el código actual, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no disuelve el vínculo matrimonial. El art. 213 inc. 2° del Cód. Civil establece que la extinción del vínculo se produce con el nuevo matrimonio que contrajere el cónyuge del ausente, creando una ficción de que el cónyuge de una persona presuntamente muerta es casado hasta que contrae nueva nupcias.

El régimen del código de Vélez a la luz de esa suposición ha generado un debate doctrinario acerca del impacto de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. ¿Provoca la disolución de la sociedad conyugal?, y en su caso, ¿opera de pleno derecho o requiere petición de parte?, y a su vez, ¿ambos cónyuges están legitimados? Las respuestas a estos interrogantes han enfrentado a la doctrina, al confrontar las disposiciones de los arts. 1307 a 1311 del Cód. Civil con las de la ley 14.394, que modificó todo el régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento regulado en los arts. 110 a 125 del Cód. Civil (3).

El nuevo código pone fin a esa discusión al establecer en el art. 435 inc. b) que la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento extingue el vínculo matrimonial y a la vez produce la disolución de la comunidad con efecto retroactivo al día presuntivo fijado en la sentencia. Extingue asimismo el régimen de separación de bienes de conformidad con lo dispuesto en el art. 508.

b.- El divorcio. El código civil y comercial reproduce la solución del código civil de Vélez modificado por ley 23.515. La sentencia de divorcio disuelve el vínculo matrimonial y provoca, sin necesidad de petición expresa, la extinción del régimen patrimonial con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480). La retroactividad constituye una excepción a los efectos de las sentencias constitutivas que crean o modifican el estado de familia ex novo.

El nuevo código adopta un sistema de divorcio judicial, sin expresión de causas y a petición de uno o ambos cónyuges, lo que redundará, presumiblemente, en un plazo más breve entre la presentación y el dictado de la sentencia, y por lo tanto mitigará la incertidumbre que genera la retroactividad en orden a la extinción del régimen patrimonial, sobre todo en cuanto al régimen de comunidad.

En este régimen la extinción de la ganancialidad a partir de la notificación de la demanda importará que las medidas precautorias no puedan afectar bienes que cualquiera de los cónyuges hubiese adquirido con posterioridad.

c.- La anulación del matrimonio putativo. La fórmula que emplea el nuevo código es más precisa que la del código civil que utiliza la expresión "declararse nulo el matrimonio", (art. 1291), pues no en todas las hipótesis se produce el efecto que enuncia dicha disposición.

En principio, como la nulidad del matrimonio significa que el matrimonio no ha llegado nunca a existir, más que tratarse de una comunidad disuelta debería considerarse una comunidad inexistente. Esta regla queda descartada por el favor que el ordenamiento jurídico concede al matrimonio putativo por haber procedido uno o ambos cónyuges de buena fe; es entonces que en puridad podemos apreciar en la nulidad una causa de disolución del régimen patrimonial.

Si bien el nuevo código no reproduce la disposición del art. 1312 del código civil, texto según ley 23.515, que en caso de anulación del matrimonio manda observar, en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, lo que está dispuesto en aquella materia (arts. 221, 222, y 223), no cabe duda que debe seguirse igual criterio, pues el silencio del legislador conduce necesariamente a aplicar las reglas específicas de la anulación del matrimonio.

En consecuencia, del mismo modo que en el sistema actual, deben discriminarse los efectos en función de la buena fe de uno o de ambos cónyuges. Adelantamos que el proyecto mantiene en sus líneas fundamentales el régimen del código civil.

1. Buena fe de ambos cónyuges: Si ambos esposos han contraído matrimonio de buena fe, la anulación no produce efectos sino en el porvenir; las nupcias han de considerarse válidas

hasta el día de la sentencia. Así lo consagra el art. 428 del nuevo código que, en lo aquí interesado prescribe: "Efectos de la buena fe de ambos cónyuges. Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad. La sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio."

Según parece desprenderse del último párrafo, la disolución del régimen patrimonial ocurriría el día que la sentencia de nulidad quede firme, retomando la solución de la derogada ley 2393 (art. 87). No obstante dicho efecto se produce el día de notificación de la demanda o la petición conjunta de los cónyuges, en tanto el nuevo código unifica en el art. 480 el momento en que se produce la extinción del régimen patrimonial para todas las causales, con excepción de la muerte comprobada y presunta.

2. Buena fe de uno de los cónyuges: Los efectos del matrimonio putativo sólo se conceden al cónyuge de buena fe, para el de mala fe la sentencia de nulidad tiene efecto retroactivo al día de celebración del matrimonio, careciendo de efectos para él (art. 429).

Respecto del régimen patrimonial distingue según los cónyuges se hallen sometidos al régimen de comunidad o de separación de bienes. En el primer caso el art. 429 establece "Si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede optar: i) por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes; ii) por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad; iii) por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente (4) .

El nuevo código mantiene la solución que consagró la ley 23.515, aunque ha mejorado su redacción, eliminando la inexactitud que contiene el inciso 3° del art. 223 cuando alude a los bienes adquiridos o producidos antes o después del matrimonio, pues las adquisiciones anteriores al matrimonio en ningún supuesto pueden ser aprovechadas por el otro cónyuge.

Resulta evidente que si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de separación de bienes no existen bienes que dividir. No obstante, conforme el art. 426 del nuevo código, la nulidad de matrimonio y la buena o mala fe de los cónyuges no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hayan contratado con los cónyuges, disposición que se aplica cualquiera sea el régimen patrimonial. En este sentido, con arreglo a lo dispuesto en el art. 461, ambos cónyuges responden en forma solidaria por las obligaciones contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, conforme la remisión que efectúa el art. 505 segundo párrafo.

3. Mala fe de ambos cónyuges: En caso de mala fe de ambos contrayentes no hay efectos civiles para ninguno de ellos; por lo tanto, no hay régimen patrimonial que disolver, lo cual no es óbice para que la vida en común haya generado una comunidad de bienes que deba liquidarse.

Dispone el art. 430 del nuevo código: "El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno. Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros. Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente."

Para probar la sociedad habrá que acreditar aportes sea en bienes y/o servicios.

El segundo párrafo de la disposición protege a los terceros de buena fe que hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.

A.2.- Causales que operan a petición de ambas partes.

De un régimen único e inmutable que establece el código civil de Vélez, el nuevo código pasa la regla opuesta, permite, por un lado optar, mediante convención matrimonial por uno de los dos regímenes autorizado, comunidad o separación de bienes (art. 446 inc. d) y por otro admite la mutabilidad del régimen con cierta limitación temporal, así lo atestigua la primera

parte del art. 449: "Después de celebrado el matrimonio el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges".

No fija límite alguno en cuanto a la cantidad de veces que deseen mutarlo. El cambio deberá hacerse mediante convención matrimonial, pero a diferencia de la celebrada antes de matrimonio no está sujeta a ninguna "condictio iuris", y requiere también su inscripción en el registro civil como requisito de oponibilidad a terceros.

Cuando la convención tenga por objeto el cambio del régimen de comunidad al de separación de bienes, importará un supuesto de extinción de aquella (art. 475 inc. e), y deberá procederse a su liquidación.

Si por el contrario tiene por objeto el cambio del régimen de separación de bienes al de comunidad nacerá para cada uno de los cónyuges la participación en las ganancias que en adelante el otro genere; participación que se hará efectiva al disolverse la comunidad.

#### B. Causales propias del régimen de comunidad

El nuevo código introduce algunas modificaciones en materia de extinción de la sociedad conyugal, que, con mayor propiedad denomina "Régimen de Comunidad".

Por lo pronto, en tanto elimina la separación personal como institución que aborda el conflicto conyugal y sólo admite el divorcio, aquella ha sido suprimida como causal de extinción del régimen.

También introduce algunas modificaciones en materia de separación judicial de bienes.

En cuanto al momento en que se produce la disolución del régimen por la causal de separación de bienes, conforme surge del art. 480 se establece el día de notificación de la demanda. Recordemos que el Código de Vélez nada estableció al respecto en el art. 1294, omisión que sustentó diversas posturas acerca de la fecha en que debe considerarse disuelta la sociedad conyugal: el día de interposición de la demanda, el día de la notificación, el día que quede firme la sentencia que declara la separación de bienes, y en el caso de abandono el momento en que se verificó.

A partir de la modificación que estableció la ley 23.515 al art. 1306, y por aplicación analógica de la solución allí dispuesta, entendemos que la solución en el código de Vélez es la misma que ha adoptado el nuevo código.

#### B.1.- Enumeración y análisis.

Las causales exclusivas del régimen de comunidad derivan de la ley, y operan a petición de parte, en tanto producen la extinción del régimen de modo facultativo, como resultado de una sentencia dictada a petición de uno de los cónyuges fundada en alguno de los supuestos establecidos en la ley.

En el código de Vélez se hallan contempladas en los arts. 1290 y 1294. El nuevo código las agrupa en el art. 477, que dice: "Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

- a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;
- b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;
- c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;
- d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero."

a. Mala administración. Se mantiene la redacción del código civil, por lo tanto será de utilidad la doctrina autoral y jurisprudencial elaborada en torno a aquél.

El concepto "mala administración" plantea algunos interrogantes en orden a su conceptualización, pues participa de las dificultades propias del acto jurídico de administración, que incide en los alcances de la norma.

La ley no define el acto de administración, señalándose que tal omisión se debe a que se está frente a un criterio económico y no jurídico. Contraponiendo los actos de administración con

los de disposición, se ha señalado que los primeros tienen por finalidad la conservación del patrimonio o la obtención de rentas, en tanto los segundos provocan una alteración sustancial del capital del patrimonio.

La doctrina se ha encargado de otorgarle una significación acorde con la finalidad protectora de la norma en la economía del régimen patrimonial. En ese orden de ideas el término se emplea en un sentido amplio, comprensivo de los actos propiamente de gestión y los de disposición que hagan peligrar el eventual derecho sobre los bienes gananciales del otro cónyuge (5).

Las diversas definiciones que se han elaborado desde la doctrina y la jurisprudencia, participan de un dato común, abarcan situaciones que constituyen una amenaza para el interés económico del otro cónyuge. En ese sentido, la mala administración consiste "en la gestión ineficiente de los bienes gananciales y/o propios, causada por falta de aptitudes o de diligencias del administrador o por el ánimo de perjudicar al cónyuge" (6).

La jurisprudencia ha entendido que los hechos acreditados para solicitar la separación de bienes "configuran una conducta del cónyuge al menos desaprensiva o inepta en lo que hace a la administración de los bienes gananciales, que genera el peligro para los derechos de la esposa en los términos del art. 1294 citado (texto según Ley 23.515)." (7)

El concepto conjuga tanto los hechos externos que constituyen la evidencia del manejo irregular —disminución del patrimonio, endeudamiento excesivo, disipación de rentas— como la responsabilidad que cabe al cónyuge en su resultado, de modo que queda fuera de la norma aquellas situaciones en que, pese a que se verifica un resultado negocial disvalioso, se halla ausente el factor de imputabilidad (8).

Si bien no todo acto de mala administración configura un acto fraudulento, si lo será cuando mediante dolo específico uno de los cónyuges pretenda defraudar al otro en el derecho sobre los gananciales. En tal caso podrán acumularse ambas acciones. Destacamos que el nuevo código recoge de modo expreso la acción de fraude en el art. 473, aún cuando el cónyuge actúe dentro de los límites de sus facultades de administración, pero con el propósito de defraudarlo.

La consecuencia de la acción de fraude es que hará inoponible el acto al otro cónyuge.

Ha de considerarse que la gestión impropia puede recaer no sólo sobre los bienes gananciales sino también sobre los propios, en tanto los frutos son comunes, y además estos constituyen la garantía que por recompensas tuviera el otro cónyuge.

El precepto protege tanto el derecho eventual a participar en los bienes gananciales a la extinción del régimen, como un derecho actual, cual es controlar la gestión del otro cónyuge durante su vigencia.

b.- Concurso preventivo o quiebra de uno de los cónyuges. La insolvencia de uno o de ambos cónyuges suscita la incumbencia del régimen concursal y del patrimonial matrimonial. Como toda cuestión donde confluyen distintas áreas del derecho que apuntan a fines diversos, exige una labor interpretativa de integración de ambas disciplinas, ya que resulta dificultoso resolver el problema desde la óptica exclusivamente concursal o familiar.

El interés del cónyuge in bonis y el de los acreedores concursales sobre los gananciales constituye, sin duda, el aspecto más importante de la falencia del cónyuge, por cuanto el derecho a participar por mitades de los bienes comunes aparece seriamente comprometido.

No nos ocuparemos en estas reflexiones del impacto que produce el concurso o la quiebra sobre el régimen de administración de la comunidad y otras cuestiones que vinculan a ambos sistemas, sino de la facultad del cónyuge in bonis de pedir la extinción del régimen de comunidad de ganancias en el caso de concurso o quiebra del otro.

Por lo pronto, el nuevo código precisa mejor el tipo que autoriza a demandar la disolución. En el código de Vélez el art. 1294 establece que uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los

gananciales. Frente a las formas originarias del juicio concursal: el concurso preventivo y la quiebra, hay consenso en que la causal comprende la declaración de quiebra, pero la doctrina discrepa si también la acción de separación de bienes procede ante concurso preventivo (9).

El nuevo código pone fin a la discusión habilitando la acción ante ambos procesos concursales.

El ejercicio de esta facultad por el cónyuge *in bonis* no implicará que puede anteponer su derecho de participación sobre los gananciales del concursado.

En primer lugar, debe tenerse presente la fecha en que se produce la disolución de la sociedad conyugal. El artículo 480 reputa disuelta la comunidad al momento de notificación de la demanda de separación de bienes.

Lo único que debe probar el cónyuge *in bonis* es la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra.

Ello nos alerta que a la fecha de disolución los bienes del concursado o fallido, sean propios o gananciales, ya están afectados al resultado del concurso o quiebra.

En efecto, la separación de deudas y de administración de los gananciales, que el proyecto mantiene (arts. 467 y 470), importará que el patrimonio del concursado, integrado por los bienes comunes de su titularidad y propios, constituyen la garantía de sus acreedores. Además, el estado de quiebra abarca la totalidad de los bienes, derechos y acciones del fallido, incluidos los que adquiere mientras continúe en esa situación, hasta su rehabilitación.

Si el cónyuge no concursado apelara a la separación de bienes, la extinción de la comunidad que sobrevendrá, importará la liquidación de los gananciales de ambos cónyuges, con lo cual el no concursado no podrá hacer efectivo su eventual derecho sobre los gananciales del otro, que serán absorbidos por el concurso (salvo que quede un remanente) y deberá partir los gananciales de su administración, beneficiando a la masa.

Manteniéndose en definitiva la causal en el nuevo código, aunque con una mayor precisión en su redacción, resulta aplicable en consecuencia lo señalado por la doctrina y jurisprudencia respecto a la causal en el código de Vélez: "La disolución de la sociedad conyugal posterior al concurso de uno de los cónyuges no beneficia al otro, porque no le es posible sustraer gananciales de la masa ni obtener las recompensas debidas a su favor con preferencia al pago de los acreedores del concurso (art. 1259 del Código Civil). Igualmente la normativa actual del art. 1294 no permite concluir que el cónyuge no fallido que obtiene la separación de bienes por quiebra del otro pueda lograr la mitad de los gananciales antes que se desinterese a los acreedores del fallido, pues ello implicaría convertir al cónyuge *"in bonis"* en una suerte de titular de un derecho a la separación, o en un acreedor preferido a todos los demás. Esto último no es posible ya que el reconocimiento de tal jerarquía preferencial exige la existencia de una norma clara y concreta, que en el caso no concurre, pues los privilegios no pueden crearse por analogía y, ante la duda, debe estarse en contra de su existencia, al ser éstos una excepción a la universalidad concursal ya la noción del patrimonio como garantía de todos los acreedores." (10).

El único supuesto en que el cónyuge no concursado podrá obtener alguna ventaja es cuando carezca de bienes gananciales y en el futuro, tenga perspectivas de adquirirlos, los cuales administrará sin las limitaciones del artículo del art. 470.

c.- la separación de hecho sin voluntad de unirse. El nuevo código sustituye el abandono por la separación de hecho sin voluntad de unirse, lo cual resulta coherente con el sistema de divorcio que establece. Como señalamos supra el nuevo código, al adoptar un sistema de divorcio sin expresión de causas, elimina el divorcio fundado en la culpa de uno o ambos cónyuges, que ningún beneficio individual o social produce, e instaura un régimen sin expresión de causas a petición de uno o ambos cónyuges.

El art. 1294 del código civil de Vélez según texto de la ley 23.515, habilita la separación de bienes cuando uno de los cónyuges hubiere hecho abandono de la convivencia.

El supuesto que contempla el código de Vélez obliga a distinguir el abandono de la convivencia de la mera separación de hecho. El abandono, conceptualizado por la doctrina como una separación calificada, trasunta un obrar culpable incompatible con los deberes emergentes del vínculo matrimonial. El factor de imputabilidad es el que permite distinguirlo de la separación de hecho, que si bien tiene en común con el abandonado el dato objetivo del cese de la convivencia, la nota distintiva se halla en el acuerdo de los cónyuges que deciden separarse (11).

Tal criterio, sin embargo, no es pacífico; algunos autores sostienen que si ambos cónyuges resolvieron separarse de mutuo acuerdo, los dos son culpables en cuanto a los efectos jurídicos de dicha separación, por cuanto la voluntad de las partes es inoperante para dispensarse de los deberes matrimoniales que son de orden público (12).

Siguiendo esa línea de pensamiento, la norma también sería aplicable cuando ha mediado mutuo acuerdo para concluir la convivencia, pues en tal caso habría abandono recíproco, estando legitimado cualquiera de los cónyuges para demandar la separación de bienes.

Entendemos que teniendo en cuenta los antecedentes que informa el art. 1294, la norma ha dejado fuera de su alcance la separación de hecho pactada, limitándose al abandono.

Esta cuestión incide en la legitimación activa para articular la acción, pues en el concepto de abandono al cual adherimos sólo el abandonante estará legitimado, en cambio para quienes admitan el llamado "abandono de hecho recíproco" cualquiera de los cónyuges estará habilitado para promover la acción.

La causal del nuevo código resulta, como dijimos, congruente con el sistema de divorcio adoptado, que suprime las causales subjetivas de divorcio, y con los fundamentos de la ganancialidad, es decir la convivencia y colaboración entre cónyuges.

Por otra parte, conforme el art. 2437 la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

d.- Incapacidad o excusa de uno de los cónyuges. En el régimen vigente se trata del supuesto previsto en los arts. 1289 y 1290 del código civil de Vélez. Luego de la reforma de la ley 17711, la incapacidad de cualquiera de los cónyuges no incide en las facultades de gestión del otro. Por lo tanto sólo en el caso que se designe curador a un tercero, el cónyuge puede pedir la separación de bienes. Se pretende con ello evitar que la administración de los bienes del cónyuge sano quede sometida al control del curador o en su caso a la autorización judicial.

En el nuevo código se mantiene la causal con la misma redacción, aunque hubiera sido más acertado comprender tanto a la persona con incapacidad como a la persona con capacidad restringida, conforme el régimen previsto en los arts. 32 y siguientes.

Quedará fuera de la causal el supuesto de inhabilitación que en el proyecto queda reservada para los pródigos (art. 48), pues el curador sólo cumple funciones de asistencia en el otorgamiento de los actos.

B.2.- Acción por los acreedores.

El nuevo código establece en el art. 478 que la acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge mediante la acción subrogatoria. Recoge el criterio predominante en la doctrina, que entiende que si bien en esta acción se halla comprometido el aspecto patrimonial existe una inherencia a la persona por lo que no parece conveniente dejar en manos de terceros la extinción de la comunidad.

C.- Separación de hecho preexistente

Establece el segundo y tercer párrafo del art. 480 "Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivo al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho".

La disposición reemplaza el último párrafo del art. 1306 del código de Vélez, que en el contexto de un sistema de divorcio en que coexisten causales subjetivas y objetivas, priva al culpable de participar de los gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable, en cambio el inocente conserva ese derecho. Solución que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria extendió a los supuestos de mutua culpabilidad y de divorcio sin atribución de culpas (13).

La solución del nuevo código resulta aquí también congruente con el sistema de divorcio que adopta y con el fundamento de la ganancialidad, que queda enervada con el cese de la convivencia.

Llama la atención que se omita extender la retroactividad al supuesto previsto en inciso c) del art. 477, en tanto concurren los mismos fundamentos.

No hay diferencias si la separación de hecho precedió al divorcio o nulidad del matrimonio, o si precedió a la separación de bienes fundada precisamente en ese dato fáctico.

El proyecto introduce una excepción a la retroactividad cuando exista fraude o abuso del derecho.

Entendemos que ni el ejercicio abusivo de los derechos ni el fraude pueden derivarse de las razones que llevaron a uno de los cónyuges a poner fin a la convivencia, pues ello se halla dentro del margen de libertad concedido por el ordenamiento. Habrá que acreditar el propósito de defraudar al otro en el caso de fraude o bien los extremos del art. 10 en el supuesto de abuso del derecho. Bien entendido que en este último caso no cabe reputar contrario a la buena fe, la moral y las buenas costumbres el hecho de abdicar unilateralmente de la convivencia, habida cuenta del modo en que se regulan los deberes matrimoniales.

#### D.- Protección de los terceros

Conforme el cuarto párrafo del art. 480 los terceros de buena fe se hallan protegidos ante la fecha de disolución. La buena fe consiste en el desconocimiento de la causal que extingue la comunidad y se vincula con la caracterización de la indivisión postcomunitaria y con la publicidad de las mutaciones del régimen patrimonial.

En principio para los terceros la oponibilidad regirá hasta que se haga efectiva la partición de los bienes.

La protección sólo alcanza a los terceros que sean adquirentes a título oneroso.

## II. Indivisión postcomunitaria

El código de Vélez no contempla esta situación que nace a raíz de la disolución de la sociedad conyugal y se extiende hasta que concluye el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal.

Por otra parte esta indivisión postcomunitaria puede coexistir con la indivisión hereditaria cuando la disolución se produce por muerte o muerte presunta.

Todo ello ha llevado a innumerables debates doctrinarios y a soluciones jurisprudenciales dispares, en orden a la administración y disposición de los bienes, y al régimen de responsabilidad por las deudas durante dicho período, como así también cuestiones concernientes a la utilización de los bienes indivisos.

El nuevo código ha regulado la indivisión postcomunitaria en la sección sexta del capítulo segundo referente al régimen de comunidad

Así establece en el artículo 481 que si se extingue el régimen por muerte de uno de los cónyuges se aplicarán al período de indivisión postcomunitaria las reglas de la indivisión hereditaria. Por el contrario si la comunidad se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos que surgen de la misma sección.

#### A.- Administración y disposición

Cuando la comunidad se extingue en vida de ambos cónyuges, se faculta a los cónyuges a acordar reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, otorgando un mayor margen de autonomía de la voluntad (art. 482).

Para el caso que los cónyuges no acuerden dichas reglas persisten las relativas al régimen de comunidad cuando éste todavía se encontraba vigente.

Recoge, con matices, la tesis de Zannoni quien entiende, respecto al código de Vélez, que continúan subsistentes las normas de administración vigentes durante la sociedad conyugal, en tanto la indivisión no trasciende como cotitularidad frente a terceros.

Por lo tanto, si no se acuerdan las reglas, serán de aplicación las disposiciones de los arts. 470 y 471 del código civil y comercial, con la salvedad que cada uno de los copartícipes debe informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria; pudiendo el otro cónyuge formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos referentes al régimen de comunidad (art. 482, párrafo segundo).

En el supuesto de disolución por muerte, en virtud de la remisión que efectúa el art. 481 primera parte, la administración se regirá por las disposiciones de los arts. 2324 y 2325, si no hay administrador judicial designado. En tal caso los actos conservatorios puede ser ejecutados por cualquiera de los herederos; los de administración y disposición requieren del consentimiento de todos los herederos quienes pueden dar a uno o varios de ellos o a terceros un mandato general de administración. Se admite el mandato tácito si uno de los herederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de éstos.

Si se hubiese designado administrador judicial, los actos meramente conservatorios se imponen a éste, incluyendo los de disposición de cosas muebles perecederas, que se deprecien rápidamente o cuya conservación resulte manifiestamente onerosa.

En cambio para la enajenación de otra clase de bienes, el administrador judicial requiere del acuerdo unánime de los herederos o en su defecto autorización judicial (art. 2353).

En esta materia, la solución del nuevo código innova respecto del código de Vélez. En efecto, en éste, en función del *ius prohibendi*, los actos de disposición de bienes del acervo hereditario deben ser otorgados por la unanimidad de los herederos. Si falta tal unanimidad el acto no podrá ser otorgado ni aún con autorización judicial (art. 3451 del Cód. Civ.).

También ha innovado respecto de los créditos, que integran la indivisión hereditaria al igual que el resto de los bienes (art. 2376), a diferencia del régimen actual que se dividen de pleno derecho desde la muerte del autor de la sucesión (arts. 3485 y concordantes del Cód. Civ.).

#### B.- Uso y goce de los bienes indivisos

Se regula en el art. 484 del nuevo código el uso y goce de bienes indivisos, conforme los principios elaborados por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria durante la vigencia del código de Vélez.

Cualquiera de los cónyuges podrá utilizar los bienes indivisos y a falta de acuerdo decide el juez.

Frente a la oposición de uno de los cónyuges, al uso y goce de un bien indiviso por parte del otro, podrá establecerse una indemnización a favor del oponente, y a partir que éste exteriorice en forma fehaciente su oposición.

La misma solución se aplica en el supuesto de disolución por muerte (art. 2328).

Se trata de una compensación por la utilización exclusiva del bien ganancial, a la cual habrán de aplicarse los criterios doctrinarios y jurisprudenciales mayoritariamente admitidos.

Así si se tratara de la utilización exclusiva de un inmueble, a fin de que la indemnización que se establezca constituya una justa compensación, deberá estarse al valor locativo del mismo, entendiendo que cuando uno de los ex cónyuges hace uso exclusivo de un bien ganancial deberá abonar el 50% del valor locativo desde la oposición por parte del otro. Y como ya

dijimos este valor debe ser retribuido desde que es reclamado, así también lo ha entendido la jurisprudencia ante la ausencia de normativa en el código de Vélez; interpretando la falta de reclamo como consentimiento tácito con la ocupación gratuita (14).

#### C.- Frutos y rentas

Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión (art. 485). El nuevo código sigue el criterio de la doctrina, que sin norma expresa, sostiene que los frutos y rentas de los bienes gananciales acrecen la indivisión, dado su carácter accesorio. Si bien el art. 485 no menciona los productos, entendemos que debe aplicarse el mismo criterio que a los frutos, en función de lo dispuesto por el art. 465 inc. g) (15).

#### D.- Responsabilidad frente a terceros

Establece el nuevo código, en su artículo 486, que durante la indivisión postcomunitaria en las relaciones con terceros se aplican las normas de los artículos 461, 462 (llamado régimen primario o común) que fija la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges, por las obligaciones contraídas para solventar las necesidades del hogar y la educación de los hijos; y el art. 467, aplicable sólo al régimen de comunidad, que establece la responsabilidad separada, salvo que la deuda hubiese sido contraída para reparar o conservar bienes gananciales, en cuyo caso se extiende al cónyuge que no contrajo la deuda, quien responde con sus bienes gananciales.

En línea con la doctrina autoral y jurisprudencial, el nuevo código concede, de modo expreso, a los acreedores el derecho de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común (art. 486 in fine).

Por su parte el art. 487 agrega que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor.

Recientemente, la jurisprudencia ha invocado los principios que emergen del nuevo código frente al tema que estamos tratando: "Si bien la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno o ambos cónyuges provoca una disminución en cuanto al régimen de gestión separada de bienes, dicha alteración no puede importar un menoscabo de los derechos del acreedor. Es decir, no se lo puede colocar en una situación peor a la que se configuraría sí, al vencimiento de la obligación, no hubiese tenido lugar la disolución por causa de muerte. Por ende la responsabilidad ante terceros sigue comprometiendo todo el caudal de la administración que al causante le correspondía, manteniendo toda su vigencia el régimen establecido por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357. A mayor abundamiento, no puede perderse de vista que el artículo 487 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación adopta la postura mencionada" (16).

El nuevo código ha tomado una postura que viene a disipar, en parte al menos, como veremos, las dudas existentes en el régimen actual, en torno a si resultaban aplicables los arts. 5 y 6 de la ley 11.357 después de la disolución del régimen de comunidad.

Así resulta clara la regulación de la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros cuando la disolución se ha operado en vida de ambos cónyuges.

Pero, a nuestro juicio, la solución no es tan clara cuando la comunidad se extingue por muerte comprobada o presunta.

Arduamente se ha discutido en el código de Vélez el problema que suscita el pasivo en la indivisión postcomunitaria sobre todo cuando ésta coexiste con la indivisión hereditaria.

Para Zannoni, si la comunidad concluye por muerte o muerte presunta, las deudas del difunto deberán satisfacerse con imputación al acervo y serán ejecutables sobre la masa, compuesta por los propios y gananciales de cualquier titularidad, con arreglo a lo dispuesto por los arts. 3431, 3490, 3474 y 3475 del cód. civil. En cuanto a las contraídas por el supérstite, sus acreedores quedan emplazados como acreedores del heredero (aunque el cónyuge no herede); en consecuencia podrán cobrarse de los bienes propios, y sobre la cuota de gananciales que le corresponde en la partición, pudiendo activarla si el cónyuge fuese remiso (17).

En este sentido, recogemos el siguiente fallo: "Por el fallecimiento del cónyuge opera la transmisión hereditaria del cónyuge pre fallecido sin lapso alguno, de manera que coexisten la indivisión postcomunitaria, entre el supérstite y los herederos, y la comunidad hereditaria entre herederos exclusivamente, por lo cual los acreedores del causante no pueden ejecutar un bien ganancial que aún cuando continúa inscripto a nombre de su deudor, pasó a formar parte de la universalidad sucesoria, por lo que el tratamiento de las deudas ha de seguirse conforme a los principios generales determinados por las relaciones de comunidad que la disolución y simultánea transmisión hereditaria producen." (18).

Méndez Costa, Fassi-Bossert y Kemelmajer de Carlucci, en cambio, se inclinan por la subsistencia de la responsabilidad separada, aún en la disolución por muerte. Incluso esta última autora ha introducido un nuevo matiz a la cuestión, al considerar relevante el momento en que se ha contraído la deuda. Señala que los arts. 5° y 6° de la ley 11.357 subsisten aún en la disolución por muerte si la deuda fue contraída por el supérstite con anterioridad a la muerte del causante; en cambio, si la deuda nació con posterioridad les será oponible la indivisión y por lo tanto, respecto de los bienes gananciales, les queda el recurso de propiciar la partición y adjudicación de los bienes indivisos (19).

Reflejo de la inacabada polémica son las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en San Miguel de Tucumán en el año 2011, que se limitó a declarar: "Se constatan numerosas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se consignan en las fundadas ponencias presentadas, sin que haya sido posible arribar a líneas de coincidencia útiles". En cambio de lege ferenda, la mayoría sostuvo "En el período de indivisión postcomunitaria, cualquiera fuere la causa de disolución de la sociedad conyugal, en las relaciones de los cónyuges con terceros acreedores deben aplicarse las disposiciones previstas durante la vigencia del régimen (arg. art. 5 ley 11.357, vigente al 2011). Fundamos esta posición, además de las reglas sucesorias, en los principios de buena fe, seguridad jurídica y publicidad registral".

El nuevo código parece resolver el problema al remitir expresamente a las reglas de la indivisión hereditaria. Ello indicaría que ha tomado partido por la tesis que no subsiste la limitación de responsabilidad, y en consecuencia los acreedores del causante podrán agredir, además de los propios, toda la masa ganancial incluidos los adquiridos por el cónyuge sobreviviente.

Pero ocurre que el art. 497 referente a la partición de la comunidad dispone que la masa partible se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de cada uno de los cónyuges. Si cada masa soporta su propio pasivo, parecería indicar que la responsabilidad se mantiene separada. A menos que se interprete que dicha disposición sólo es aplicable en los supuestos de partición en vida de ambos cónyuges.

En definitiva, nos parece que la regulación del nuevo código no resuelve de modo definitivo las disputas doctrinarias en torno al pasivo durante este período de la comunidad.

Habrá que tener en cuenta que en el nuevo código la indivisión hereditaria comprende también las deudas (art. 2376), a diferencia del código actual en que se dividen de pleno derecho desde la muerte del causante (arts. 3490 y concordantes del cód. de Vélez).

E.- Medidas cautelares o protectorias

E.1. Distintos supuestos.

Las medidas cautelares, precautorias o protectorias, como las denomina el nuevo código (art. 483), dictadas dentro de un proceso que lleve a la disolución de la sociedad conyugal o régimen de comunidad revisten características especiales en tanto se otorgan como modo de cautelar el derecho en expectativa que abrigan los cónyuges con motivo de la disolución del régimen comunitario.

"La existencia del matrimonio y del conflicto que la acción judicial de las que son accesorias suponen, les otorgan una particularidad que las distingue de las cautelares que se dictan en otros juicios tendientes a proteger el interés de los acreedores." (20).

Lo que se persigue con estas medidas es garantizar o salvaguardar la integridad del patrimonio de la comunidad y, por extensión, la del cónyuge que las solicita— con miras en la recuperación de sus bienes propios, su cuota en los gananciales y la percepción de lo que corresponde por sus créditos— no para la satisfacción de un crédito singular, sino para hacer efectiva la participación en la totalidad de los bienes que componen la sociedad conyugal, de modo semejante al que se verifica en los procesos concursales, y en la medida que ello resulte necesario (21).

Vélez Sarsfield previó las mismas en el capítulo de la disolución de la sociedad conyugal, art. 1295. Dicho artículo alude a las medidas precautorias que puede pedir la mujer, en el contexto original del código en que el marido era el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal e incluso de los propios de la mujer.

En la actualidad, a partir de la sanción de las leyes 11.357 y 17.711, y más recientemente de la ley 26.618, la prerrogativa de solicitar medidas precautorias se otorga a ambos cónyuges, que gozan de similares facultades de gestión. Asimismo, se entiende que las medidas establecidas en el art. 1295 no resultan exclusivas de la acción de separación de bienes, como parecería colegirse de la letra de la norma, siendo extensivas a los casos de separación personal y divorcio vincular.

Con la sanción de la ley 23.515 se incorporó al Código Civil el art. 233 que supera la solución del 1295, también vigente, al extender expresamente la legitimación a ambos cónyuges y disponer no sólo la posibilidad de trabar embargo sino "las medidas de seguridad idóneas", e incluso solicitar medidas para indagar la existencia y cuantía de los bienes gananciales.

Ambas normas permiten solicitar medidas cautelares aún antes de la promoción de la demanda de separación de bienes, separación personal o divorcio vincular en caso de urgencia, como señala el art. 233 o si existiera peligro en la demora, en los términos del artículo 1295; es decir, en estos casos, la ley muestra mayor estrictez requiriendo la prueba del peligro en la demora o la urgencia (22). Con más razón, dichas medidas podrán ser pedidas una vez disuelta la sociedad conyugal, durante el estado de indivisión postcomunitaria caso en el cual resultará innecesario acreditar la urgencia.

El nuevo código prevé en su art. 483 dentro del capítulo referente a la indivisión postcomunitaria: "En caso que vean afectado sus intereses los partícipes pueden solicitar además de las medidas que prevean los procedimientos locales las siguientes:

a) autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada

b) Su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro, su desempeño se rige por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia".

En cuanto a las medidas previstas en los ordenamientos locales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece una serie de medidas, cuya enumeración no resulta taxativa a tenor de lo dispuesto por el art. 232.

Así se han dispuesto medidas que en rigor están enderezadas a conocer el patrimonio ganancial, tales como pedidos de informe, inventario, informes periciales, compulsas de libros comerciales, etc.; y otras que pueden resultar más gravosas, por ejemplo el nombramiento de interventores informantes o recaudadores, intervención de sociedades o de fondos de comercio.

El artículo 479 del nuevo código establece por otra parte que las medidas cautelares que otorga el artículo 483 pueden solicitarse en la acción judicial de separación de bienes.

Respecto a las medidas establecidas en los ordenamientos procesales ya se ha expedido largamente la doctrina y la jurisprudencia sobre ellas. Nos detendremos en el análisis de las medidas que se regulan expresamente en el nuevo código.

a) Autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada.

Ahora bien al establecer que el cónyuge podrá solicitar autorización para aquellos actos que requieran "consentimiento" del otro cónyuge, parecería situarse en que durante este período disponen ambos cónyuges respecto de los gananciales de cualquier titularidad. Pero ocurre que el código establece que subsisten las reglas relativas al régimen de comunidad, salvo pacto en contrario, y el deber de informar al otro cónyuge la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria de los bienes indivisos (art. 482).

Durante la vigencia del régimen de comunidad la administración y disposición de los bienes gananciales es separada, y se exige el "asentimiento", y no el "consentimiento" para enajenar o gravar determinados bienes y derechos (art. 470). Sólo es necesario el consentimiento respecto de los bienes adquiridos conjuntamente (art. 471).

Pero interpretar que el inc. a) del art. 483 comprende exclusivamente los bienes gananciales adquiridos conjuntamente, conduce a un resultado disvalioso, pues si el juez puede autorizar el acto, supliendo el consentimiento del renuente, con mayor razón podrá suplir el asentimiento del no titular del bien ganancial.

Por lo tanto interpretamos que el juez podrá autorizar tanto los actos que requieren consentimiento como asentimiento del otro, si la negativa es injustificada.

b) Designación de un cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro: esta medida se encontraba prevista en el art. 74 de la ley 2.393, en cuanto a la remoción del marido quien resultaba administrador de la sociedad conyugal pero no fue recogida por la Ley 23.515. No obstante se ha entendido que la misma podrá ser ordenada a tenor de lo dispuesto en el art. 233 del Código Civil.

Pero la doctrina discrepa en cuanto a su procedencia requiriendo en general una mayor prudencia en su aplicación.

Así, Vidal Taquini ha señalado: "No se debe olvidar que el art. 1277 ha eliminado casi todos los riesgos respecto a los actos de disposición, por lo cual, si no se advierten con claridad los peligros en la administración de los bienes, se torna innecesaria la aplicación de los preceptos a los que nos referimos, que deben limitarse en su aplicación a lo indispensable para resguardar los intereses de los cónyuges, sin causar perjuicio ni entorpecer el desarrollo de los negocios del cónyuge a quien se agrede, ni afectar los derechos de terceros" (23).

Por su parte, Belluscio sostiene que si bien no se encuentra prevista, puede ser dispuesta si se suministra prueba, aunque fuese sumaria, que la conducta del administrador hace temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes de la sociedad conyugal; siendo aceptada en caso de conducta malévola, no sólo imprudente y fundada en la prueba de hechos graves; tratándose en ese caso de una medida de seguridad idónea para evitar el perjuicio del otro cónyuge (24).

Zannoni también se inclina por su aceptación, entendiendo que bajo el régimen de gestión separada de los bienes cada cónyuge puede obtener medidas precautorias sobre los bienes administrados por el otro, y de esa manera garantizar su derecho. "No obstante podrá sustituirse a uno de los cónyuges como administrador de sociedades comerciales que él preside. Ello a fin de evitar que a través de su administración pudiese afectarse la intangibilidad del patrimonio ganancial." (25).

Di Lella por su parte, la acepta con fundamento en el art. 233 del código de Vélez modificado por ley 23.515, y señala al respecto: "Muchas veces se olvida que la ley no siempre coincide con la realidad. Legalmente hay dos masas pero en la práctica frecuentemente uno de los cónyuges es el generador o proveedor de los bienes y la otra masa permanecerá vacía, por lo

que la administración de los gananciales se transforma, al tiempo de la disolución, en un único administrador de los gananciales." (26).

El nuevo código la contempla expresamente por lo que no cabrá ya discutir acerca de su procedencia.

No obstante, entendemos que subsisten las razones para considerar que la misma reviste carácter excepcional atento su gravedad.

A la luz de lo previsto en el art. 483 inc. b), la designación del cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro podría comprender la participación de éste en sociedades comerciales.

En ese orden, se ha dispuesto la adopción de medidas sobre sociedades comerciales, en el supuesto que los derechos patrimoniales del cónyuge no titular corran peligro; y en la medida que no entorpezcan la marcha y administración de los negocios de la sociedad.

Si el cónyuge sobre cuyo patrimonio ganancial se solicita la medida tiene facultades de administración y gestión de la sociedad comercial, la medida debe revestir carácter excepcional, resultando viable si el cónyuge es titular de la mayoría de capital social de modo que pueda formar con su exclusiva voluntad la decisión social; es que en principio no correspondería poner la decisión social en manos de quien es ajeno a la sociedad (27).

La jurisprudencia ha adoptado un criterio prudente en la materia sosteniendo que "prevalciendo en principio la existencia formal de la persona jurídica, debe acreditarse prima facie, que la sociedad ha servido o sirve al propósito de ocultar, sustraer o hacer inciertos los bienes de la sociedad conyugal". Así se revocó el nombramiento de un interventor informante en tanto estos extremos no habían sido acreditados. Se entendió que la intervención judicial es una medida de excepción, a la que se puede recurrir agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones y u omisiones; ya que la intervención judicial no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad para no provocar un daño mayor del que se quiere evitar (28).

Igual criterio deberá aplicarse a los fondos de comercio de administración de uno de los cónyuges.

En cuanto al desempeño del cónyuge o de un tercero como administrador de la masa ganancial del otro se aplicarán las reglas de la administración de la herencia.

#### E.2. Bienes sobre los que pueden recaer las medidas precautorias

Será de utilidad la doctrina y jurisprudencia elaborada en torno al código actual, que establece que en principio recaerán sobre los bienes gananciales que se encuentran bajo la administración del cónyuge no peticionante. No obstante "resulta procedente que la medida cautelar recaiga sobre un bien propio cuando los gananciales resultan insuficientes para cubrir los créditos existentes a la fecha de la liquidación de la sociedad conyugal provenientes de recompensas, habiéndose sostenido que resulta una medida excepcional para cubrir parte de gananciales que hubieran desaparecido del patrimonio en forma fraudulenta o para garantizar créditos de carácter propio." (29).

No resulta admisible trabar embargo sobre los frutos de los bienes propios percibidos después de la notificación de la demanda, ni sobre los sueldos, honorarios o remuneraciones devengados también después de esa notificación, pues no se encuentran incluidos dentro de la liquidación, por lo que el cónyuge que los solicitaba carecía de interés (30).

En el caso de peticionarse embargo sobre sumas de dinero, depósitos, honorarios, rentas o frutos de bienes gananciales el mismo será procedente sobre el 50% de aquéllos, salvo reclamos de recompensas u ocultación fraudulenta.

#### III. Liquidación de la Comunidad

Extinguida la comunidad se procederá a su liquidación. Una vez "producida la disolución de la sociedad conyugal se actualiza entre los cónyuges o sus herederos la expectativa de participación en el conjunto de bienes, adquiridos durante la unión" (31).

Esta participación, tanto en el código de Vélez como en el nuevo código, es por partes iguales entre ambos cónyuges o sus herederos (art. 1315 y 498 respectivamente). Si se produce por muerte de uno de los cónyuges los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiesen correspondido al causante.

Ahora bien, antes de proceder a la partición deben realizarse una serie de operaciones a fin de establecer la masa a dividir.

En efecto resulta necesario determinar el carácter de los bienes, tasarlos, hacer frente al pasivo ganancial y establecer la recompensas entre la comunidad y los cónyuges; todo ello a fin de poder arribar a la masa partible.

Dentro de las operaciones que deben efectuarse para liquidar el régimen de comunidad, reviste fundamental importancia el análisis de las recompensas que el nuevo código regula en la sección séptima del capítulo correspondiente al régimen de comunidad.

#### A) Recompensas

La extensión de la recompensas entre la llamada sociedad conyugal y uno de los cónyuges, oportunidad para su reclamo, valuación e intereses, constituyen aspectos que el Código de Vélez no regula, por lo menos, de modo sistemático. Incluso no utiliza el vocablo recompensa, pero de su articulado se desprende la existencia del instituto de manera indubitable. Así lo atestiguan los arts. 1259, 1260, 1266, 1272, 1306, y 1316 bis.

Las modificaciones que propone el nuevo código receptan, en general, los criterios mayoritarios de la doctrina autoral y jurisprudencial, y mejora sensiblemente la regulación del régimen de recompensas.

Los puntos más relevantes de la regulación proyectada son los siguientes:

1.- Oportunidad. Aunque el código de Vélez no lo dice expresamente, es doctrina recibida que el crédito por recompensa se origina a partir de la disolución de la sociedad conyugal, durante su vigencia no es exigible. El nuevo código recoge esta regla en el art. 488 "Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de la recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes."

Las recompensas constituyen una de las operaciones de la liquidación de la comunidad para arribar a la masa partible.

2.- Extensión. Si bien la admisión de las recompensas no ofrece reparos, su ámbito de aplicación ha motivado dos corrientes de interpretación. Una tesis amplia y mayoritaria en la doctrina autoral y jurisprudencial que propugna su procedencia no sólo en los casos explícitamente contemplados en el código, sino siempre que se vulnere la intangibilidad de las distintas masas; y una restrictiva que las admite sólo en los casos en que el código las recepte de modo expreso.

El nuevo código se pronuncia por la primera tesis al establecer, en el art. 491 primer párrafo, como principio general de procedencia de las recompensas, lo siguiente "La comunidad debe recompensa la cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad."

3.- Prueba. El nuevo código recoge el criterio de la doctrina nacional, que carga con la prueba a quien invoca el derecho a recompensa, sin limitación respecto de los medios probatorios (art. 492).

4.- Monto y valuación de la recompensa: Dispone el art. 493 de la nueva legislación: "El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella." (32).

Ahora bien, si no hay provecho subsistente para la comunidad o para el cónyuge, según el caso, se toma el monto de la erogación. Tal situación se verificaría en el supuesto que se

realizan mejoras en un inmueble propio con fondos gananciales, y al momento de la disolución el bien se ha destruido; aunque el beneficio no perdure para el cónyuge titular del bien propio mejorado hubo un empobrecimiento de la comunidad. Idéntica solución se aplica al supuesto de un bien común mejorado con inversión de dinero propio. Además, las cosas crecen y perecen para su dueño. Otro ejemplo sería la donación de gananciales para quienes admiten su procedencia, en el cual el donante no obtiene ningún beneficio.

La disposición alude a "valores constantes" con lo cual corrige las distorsiones derivadas de la depreciación o revalorización de la moneda.

El nuevo código abandona la solución del art. 1316 bis del código civil que toma como pauta para la determinación del monto de la recompensa la fecha en que se hizo la inversión y demás circunstancias del caso, concediendo un amplio margen a la discrecionalidad judicial.

En punto a la valuación el art. 494 establece "Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación."

Con ello se evita la distorsión que conllevaría valorar el bien que da lugar a la recompensa al momento de la extinción del régimen y el resto de los bienes al tiempo de la partición. La situación es similar a lo que ocurre con el cálculo del valor colacionable (art. 3477 del código civil).

5.- Liquidación. En cuanto al modo de liquidar la recompensa establece el art. 495 "Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común. En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro".

El artículo dispone que las recompensas se liquiden mediante una operación contable. Efectuado el balance, si la comunidad resulta acreedora el monto se adiciona a la masa común y se imputa a la porción del cónyuge deudor, si lo es el cónyuge su monto se le atribuye en su hijuela, debitándose del haber común.

Sólo se resuelve en un pago de un cónyuge al otro ante la insuficiencia del activo ganancial.

6.- Prescripción. En tanto el derecho a reclamar recompensa no tiene establecido un plazo de prescripción especial en el nuevo código, se encuentra sujeto al plazo genérico de cinco años (art. 2560).

Así se ha entendido que al no tener plazo específico la acción para reclamar recompensas se rige por el plazo genérico, que en el código de Vélez es de diez años (art. 4023) (33).

El nuevo código al igual que el código de Vélez establece que el curso de la prescripción se suspende entre cónyuges durante el matrimonio (art. 2453 inc. a).

Ahora bien, dado que existen causas que determinan la disolución del régimen hasta allí vigente (como ser el caso de cambio de régimen o separación de bienes) sin que se extinga el vínculo matrimonial, entendemos que el cónyuge que pasa de un régimen de comunidad a uno de separación de bienes no deberá esperar a que se disuelva el matrimonio para plantear su crédito por recompensa.

Por lo tanto, el crédito por recompensa prescribe a los cinco años desde que se extinguió la comunidad.

7.- Supuestos específicos de recompensas. El nuevo código ha ampliado y precisado minuciosamente los bienes propios y gananciales (arts. 464 y 465), estableciendo en cada caso el derecho a recompensa.

Al calificar tanto bienes propios como gananciales (arts. 464 y 465) el nuevo código establece las siguientes recompensas:

Nos detendremos, ahora, en algunos supuestos de recompensas que importan o bien una novedad sobre el régimen aún vigente, o bien resuelven supuestos controvertidos.

a. Crías de ganados. En el régimen todavía vigente la calificación de las crías de ganados propios de uno de los cónyuges ha suscitado dificultades ante la ausencia de norma expresa. La jurisprudencia ha admitido la solución del código civil de Uruguay (art. 1963) que reputa gananciales las cabezas que excedan las aportadas. Solución que no contempla la mejora de la calidad del ganado que pudo haberse verificado durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Esta solución no es unánime. Recientemente, se ha resuelto: "En el caso del ganado el transcurso del tiempo producirá, ya sea por la muerte o desaparición o por la ganancialidad de las crías, la conversión del lote propio en ganancial. Ello será así salvo que el titular cuide de acreditar la subrogación real por venta y recompra para asegurar la preservación de su capital, lo que será mucho más fácil de lograr respecto de otros bienes muebles como alhajas, obras de arte o valores cuya identificación por inventario bastará para producir tal efecto. En consecuencia si no existe prueba fehaciente que acredite la cantidad, calidad y especies del ganado aportado como propio a la sociedad conyugal corresponde que sea considerado como ganancial" (34).

El nuevo código resuelve el problema del siguiente modo: Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: inc. f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado (art. 464). Es decir, si se ha mejorado la calidad del plantel aportado por el cónyuge la regla se invierte, reputando a las crías como gananciales y fijando una recompensa a favor del cónyuge por el plantel original.

En caso inverso, en el art. 465 inc. i reputa gananciales a las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Entendemos que allí existe un error de técnica legislativa en tanto las crías de los ganados gananciales siempre son gananciales, sea que replacen al plantel ganancial original, lo incrementen o disminuyan.

Serán también gananciales las crías del ganado propio que excedan el plantel original.

b. Carácter del mayor valor adquirido por las participaciones societarias de carácter propio. El nuevo código trae un nuevo supuesto de recompensa vinculado con el mayor valor que puedan adquirir las acciones propias a raíz de la capitalización de utilidades. Dispone el último párrafo del art. 491 "Si la participación en una sociedad comercial de carácter propio de uno de los cónyuges ha adquirido un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución se aplica a los fondos de comercio.

La cuestión que resuelve el nuevo código es sin duda, un tema complejo, como otros en que se superponen la comunidad conyugal y las sociedades comerciales, tales como el momento en que se deben considerar devengados los dividendos, acciones suscriptas en ejercicio del derecho de preferencia de acciones propias, acciones que provienen de la capitalización de reservas, y dividendos distribuidos mediante la emisión de acciones.

El mayor valor que durante la vigencia de la comunidad han adquirido las acciones propias, es también propio, solución que deriva del principio que las cosas perecen y acrecen para su dueño; y que se encuentran reafirmado en el art. 464 inc. k en cuanto establece que revisten el carácter de propios "los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios..."

El precepto en análisis, es decir el art. 491 del nuevo código, sigue ese criterio, pero en caso que ese mayor valor derive de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el

cónyuge titular de la participación propia debe recompensa a la comunidad por ese mayor valor.

La solución es discutible porque el mayor valor adquirido no se originó en el empleo de fondos gananciales. La utilidad que se capitaliza es de la sociedad comercial y no del cónyuge socio, pues no media en la especie ningún desembolso del socio accionista.

El nuevo código reputaría ganancial lo "distribuible" no distribuido, tal las utilidades capitalizadas para fundar el derecho a recompensa.

Si las utilidades se hubieran distribuido y el cónyuge titular de la participación propia en la sociedad retira dividendos en efectivo como beneficio líquido y realizado de la sociedad, tales dividendos revestirían el carácter de gananciales en tanto se hubieran devengado durante la vigencia de la comunidad de conformidad con lo establecido en el art. 465 inc. d.

La cuestión se torna discutible si los dividendos se distribuyeran mediante la emisión de nuevas acciones, en tanto no se encuentra resuelto en el nuevo código por lo que habrá de remitirse a las posiciones doctrinarias expuestas hasta el presente frente al silencio guardado por el código de Vélez en la materia (35).

En cuanto al mayor valor que adquieran las acciones propias por el revalúo de bienes del activo entendemos que de acuerdo a lo establecido en el art. 464 inc. k (acrecimiento de los valores mobiliarios propios) los mismos resultan de carácter propio.

Respecto a la inversión de bienes gananciales para la adquisición de valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, que serán calificados también como propios, de conformidad con el mismo artículo antes citado, generará recompensa a favor de la comunidad.

c. Pago de deudas: También el nuevo código lo contempla de modo expreso mediante una disposición de carácter general; establece el art. 468 "El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad".

Para determinar la procedencia de la recompensa habrá de estarse a la enunciación de las deudas comunes, tradicionalmente denominadas cargas de la comunidad, que efectúa el art. 489, y las personales que detalla el art. 490.

d. Enajenación de bienes propios sin reinversión. Dispone el art. 491 tercer párrafo "Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad". En consecuencia nacería un crédito contra la comunidad y a favor de la masa propia del cónyuge por el total del valor consumido.

Recoge así el criterio mayoritario de la jurisprudencia que establece que el dinero obtenido por la enajenación se presume gastado en cargas de la comunidad, sujeto a prueba en contrario.

En este sentido se ha dicho: "Al cónyuge que reclama el derecho a recompensa por el producido de la venta de bienes propios le basta acreditar el carácter del bien, su venta y que recibió los fondos correspondientes; en cambio quien se opone a la recompensa negando que el dinero haya sido empleado en beneficio de la sociedad conyugal — sea por haberse donado u ocultado— no puede contentarse con la simple negativa debiendo acreditar alguno de dichos extremos." (36).

"Si bien es cierto que hay quienes sostienen que se encuentra a cargo del cónyuge enajenante la prueba de que el dinero se invirtió en beneficio de la comunidad para hacer procedente el derecho a recompensa (Borda, G. A. "Tratado de Derecho Civil —Familia—" 9a. ed. t. I, pág. 387 y sgtes., núm. 473, apart. a, nota 817; Mazzinghi, J. A., 3ª ed. T. 2, pág. 628 y sgtes., núm. 453; Guastavino, E. P. "El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal", en Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, n° 32), este Tribunal participa del criterio opuesto, o sea, del que es sostenido por la mayoría de nuestra doctrina y

jurisprudencia, la cual ha entendido que es suficiente que aquél acredite la venta y la recepción del precio —extremo éste que aquí no se discute— para que se presuma "iuris tantum" que éste de no subsistir se aplicó a la satisfacción de gastos que se encuentran a cargo de la sociedad conyugal, correspondiendo, en consecuencia, al otro cónyuge, justificar que los fondos no fueron realmente empleados en beneficio de aquélla, sea porque se reinvertieron en la compra de otro bien propio, o se gastaron en beneficio exclusivo del enajenante, o bien, se destinaron a actos extraños a la comunidad (conf.: Belluscio, A. C.-Zannoni, E. A. en "Código Civil y leyes complementarias", 2a. ed. T. 6, coment. art. 1299, pág. 248, núm. 19; Belluscio, "Manual de Derecho de Familia", t. 2 págs. 205, núm. 412; Méndez Costa, M. J. "Las deudas de los cónyuges", n° 102 y sgtes.; Fassi, S. C.-Bossert, G. A. "Sociedad Conyugal", coment. art. 1299, pág. 267 y sgtes., núm. 80; Hernández, L. en Bueres, A.-Higthon, E. "Código Civil y normas complementarias", t. 3-C, coment. art. 1299, pág. 223 y sgte., núm. 3; Guaglianone, A. H. "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal", pág. 281 y sgte., núm. 289; Zannoni, E. A. "Derecho de Familia", 5ª ed., t. 1 pág. 780 y sgte., núm. 600; CNCiv. Sala "C" en E.D. 63-364 y LA LEY, 1977-D, 620; CNCiv. Sala "D" en E.D. 6-799; CNCiv. Sala "F" en causa R n° 8.545 del 28/12/1984; CNCiv. Sala "I" del en E.D. 186-280, entre otras). En esa inteligencia, como bien lo destaca Zannoni en su obra, si hubiese existido dilapidación por parte de cónyuge enajenante, lo perdido por su causa también carga sobre la sociedad conyugal en función de lo prescripto por el art. 1275, inciso 5° del Código Civil. Sin embargo, será a cargo del cónyuge demandado la prueba de aquélla, y no de quien pretende la recompensa, demostrar que no despilfarró o agotó en satisfacciones personales los valores obtenidos. Por aplicación de la presunción de ganancialidad, se presume que los valores propios no reinvertidos han beneficiado a la comunidad, salvo prueba en contrario" (37).

#### IV. Régimen de separación de bienes

Sobre las causas de disolución del régimen patrimonial de separación de bienes ya nos hemos explayado al analizar las causas de extinción comunes a ambos regímenes, a las que nos remitimos.

Si bien este régimen se caracteriza porque cada cónyuge tiene su propio patrimonio, y no hay expectativas de un cónyuge sobre los bienes adquiridos por el otro en tanto no existe una masa partible común al momento de la disolución, ello no impide la existencia de bienes indivisos. El nuevo código establece una presunción "iuris tantum": "Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades" (art. 506).

En tal supuesto, a falta de acuerdo, deberá procederse a la partición de acuerdo a lo establecido en materia de partición de herencia (art. 508).

Amén de la división de los bienes en común, también podrá surgir un crédito de un cónyuge con el otro, cuando uno de ellos ha pagado íntegramente una deuda común, que son las enunciadas en el art. 455.

Claro que ello dependerá de los recursos de cada uno, y de la dedicación total o parcial a las tareas del hogar, en tanto es computable como contribución a las cargas (art. 455 segundo párrafo).

(A) (\*) Abogado. Profesor Adjunto Regular y profesor de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA.

(AA) (\*\*) Abogada. Docente de "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, UBA.

(1) (1) Sobre los criterios para clasificar las causas que provocan la disolución de la sociedad conyugal en el Código de Vélez ver: ARIANNA, Carlos A.; "La extinción de los regímenes patrimoniales en el Proyecto de Código Civil y Comercial" ; en Revista de Derecho de Familia N° 64 Mayo 2014, Abeledo Perrot, Pág. 49.

(2) (2) Las costumbres de París, entre otras, admitían que la comunidad se continuase entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, pero si aquel no realizaba el inventario de la comunidad los herederos podían exigir que la partición incluyese todas las adquisiciones póstumas del sobreviviente hasta el día de la demanda de partición. JOSSERAND; "Derecho Civil" T° VI p. 166.

(3) (3) Una síntesis de las distintas posturas puede verse en BELLUSCIO, Augusto César; "Manual de Derecho de Familia" T° 2 p. 155 y sgtes.; ZANNONI Eduardo; "Derecho Civil - Derecho de Familia", Bs. As., Editorial Astrea, 5ª Edición, T° I p. 605. Resumiendo las distintas posiciones doctrinarias, la disolución de la sociedad conyugal dependerá de que se admita o no la subsistencia de los arts. 1307 o 1311 del Cód. Civil. En el primer caso se producirá: 1°) cuando expire el período de prenotación de los bienes (art. 30, ley 14.394); 2°) cuando la mujer contrajera nuevas nupcias, y 3°) cuando la mujer optare por la disolución. Huelga destacar que para quienes consideran subsistentes estos artículos deberían extenderse al hombre los derechos otorgados a la mujer, y por otra parte conforme lo previsto en el art. 42 de la ley 26.618 los derechos se harían extensivos para cualquiera de los cónyuges en el matrimonio de personas del mismo sexo. En definitiva la disolución se operaría en los apartados segundo y tercero sin discriminar entre los cónyuges de acuerdo a su sexo. En el segundo caso la disolución de la sociedad conyugal operaría de pleno derecho el día presuntivo de fallecimiento.

(4) (4) La opción para el cónyuge de buena fe resulta clara, en dos supuestos: 1) cuando él hubiera producido mayor cantidad de bienes, y 2) cuando las ganancias las hubiera acumulado el de mala fe. En el primer caso elegirá la primera opción que le permitirá retener sus ganancias y adquisiciones, en el segundo optará por la comunidad, reclamando la mitad de los bienes adquiridos por el otro. En cambio, más dificultoso es determinar en qué casos le resulta más ventajoso liquidar los bienes como si se tratara de una sociedad no constituida regularmente. Pareciera que esta opción queda en gran parte absorbida por la primera, su utilidad podría quedar reducida a aquellos casos en que del título de los bienes no sugiera el mayor aporte efectivo del cónyuge de buena fe.

(5) (5) GROSMAN, Cecilia; "La mala administración de un cónyuge como causal de separación de bienes", "Revista Tribunales", año II, n° 8, p. 79.

(6) (6) MENDEZ COSTA, María Josefa, XII Jornadas de Derecho Civil, Comisión N° 5.

(7) (7) CNCiv, Sala E "V.M.M. c/V.E.M. s/Disolución de Sociedad Conyugal" 7/02/89.

(8) (8) En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad de Comahue, 1989 la Comisión N° 5 "Derecho de Familia. Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono", concluyó: De lege lata: I. RESPECTO A LA CAUSA DE MALA ADMINISTRACION (por unanimidad) 1ro.) Concepto: La "mala administración" a que se refiere el artículo 1294 Código Civil implica un elemento objetivo — gestión inepta —, trátase de bienes propios o gananciales, evidenciada por gastos excesivos, disipación, insolvencia, etc. — y un elemento subjetivo — falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes. Ello exigirá valorar la administración en su conjunto, no en base a un acto aislado, salvo que éste, por su magnitud o entidad, apareje el peligro que la ley tiende a evitar. 2do.) Fundamento: La separación de bienes en razón de esta causa se funda en el propio régimen de la sociedad conyugal, ante el peligro serio y efectivo de que la gestión inepta de uno de los cónyuges impida o frustre el derecho del otro a compartir los gananciales de aquél, o no satisfaga las necesidades económicas de la familia. En consecuencia el artículo 1294 no protege sólo un derecho en expectativa, sino un derecho actual que se manifiesta en la facultad de controlar la gestión del otro cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal.

(9) (9) MENDEZ COSTA, María J. en "La mala administración y el concurso o quiebra de uno de los cónyuges como causales de disolución de la sociedad conyugal", Revista del Notariado, n° 744, p. 1895 se expide por la negativa; en cambio FASSI-BOSSERT en "Sociedad Conyugal", t° II, p. 143 se pronuncia por la afirmativa.

(10) (10) CNCiv. Sala G, "M., M.B. c/ M.O. s/Liquidación de la sociedad conyugal" 23/12/02 Sumario N° 15196 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

(11) (11) FASSI, Santiago; "La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal", LL 91-977; CAPPARELLI, JULIO; "La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 del Código Civil", LL 1988-B, Sección doctrina.

(12) (12) BARBERO, Omar; "Separación judicial de bienes entre los cónyuges" Doctrina Judicial, año IV N° 14.

(13) (13) C.N.Civ., Sala C 29/4/1982, ED 99-629; C.N.Civ. en pleno 29/9/1999, LL 1999-F-3.

(14) (14) CNCiv "C.R. c/G., N.J. s/Fijación de valor locativo", 4/7/00 R213395; CNCiv Sala F 18/02/11, Sumario N° 21394 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil) entre otros.

(15) (15) "Siendo a partir de la disolución de la sociedad conyugal que los cónyuges actualizan su derecho al eventual 50% de la masa ganancial conforme art. 1315 del C. Civil,

corresponde establecer cuáles han sido los frutos percibidos por cada cónyuge de la administración de los bienes gananciales como consecuencia de haber continuado administrando en los términos del art. 1276 Cód. Civil. El activo de la indivisión postcomunitaria está integrado por los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, los adquiridos después por título o causa anterior a la disolución, los que los sustituyeron por subrogación real, así como todos los frutos, rentas y productos de los bienes gananciales, como consecuencia de haber continuado de hecho el esposo como administrador de la sociedad conyugal no liquidada ( art. 1315 Código Civil"). CNCiv, Sala B febrero 22-1983 y Tribunal de Menores N° 1 de Mar del Plata del 5/5/2006 CITA ON LINE: AR/JUR/3881/2006.

(16) (16) CNCiv Sala H "Warner Music S.A. C/ herederos de Muñiz Abel s/ Ejecución" del 16/08/12; Sumario N° 22125 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil)

(17) (17) ZANNONI, Eduardo ob. cit pág. 719.

(18) (18) Cám. 1ª de Apelaciones Civil y Comercial de San Nicolás "Álvarez Francisco José con Doval Raúl y otro" 23/04/2009. Cita on Line AR/JUR/8848/2009. SUMARIO.

(19) (19) MÉNDEZ COSTA; María Josefa "Las deudas de los Cónyuges", pág. 123 N° 51; FASSI, Santiago, BOSSERT Gustavo, "Sociedad Conyugal", T° 2, Pág. 237. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída ver sus votos en fallos SCMendoza, Sala 1 sept.- 17-1984, en autos "Unión Soc. Cooperativa de Crédito Limitada c/ Lobiondo, José y otro" en JA 1985-I-496 y SCMendoza Sala I, nov-10-1992, en autos "de la Rosa de Gaviola en Gaviola Alberto Sucesión", LL 1993.C-244.

(20) (20) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz; "Medidas cautelares respecto de los bienes en el juicio de divorcio", en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia N° 16, Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, pág. 95 y ss.

(21) (21) KIELMANOVICH, Jorge A.; "Las medidas cautelares en la liquidación de la sociedad conyugal"; en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2008 I. Sociedad conyugal I. Rubinzal-Culzoni Editores, Pág. 315 y ss .

(22) (22) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, "Medidas..."ob. cit. pág. 103

(23) (23) VIDAL TAQUINI, Carlos; "Régimen Patrimonial del Matrimonio"; pág. 398

(24) (24) BELLUSCIO, César Augusto; ob. cit, 10ª Edición pág. 665.

(25) (25) ZANNONI, Eduardo; ob. cit., Tomo I, pág. 741.

(26) (26) DI LELLA, Pedro; "Medidas cautelares en juicios de disolución y liquidación de la sociedad conyugal"; en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tª, pág. 250

(27) (27) "Poner la administración en manos de un tercero con el que los otros socios ni formaron la sociedad, ni le confiaron la administración, es un exceso de protección al cónyuge en desmedro de los derechos de dichos terceros, que son ajenos a los conflictos matrimoniales" DI LELLA, Pedro; "Medidas cautelares..." ob. cit., pág. 254.

(28) (28) CNCiv. Sala B "De Biase, María Teresa c/Lemesoff, Néstor Mario s/ art. 250 CPC - Incidente familia del 28/05/2003, publicado en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), 6/08/2003.

(29) (29) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, "Medidas..." ob.cit. pág. 107 y jurisprudencia allí citada.

(30) (30) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, "Medidas..." ob. cit., pág. 107.

(31) (31) ZANNONI, Eduardo; ob.cit., Tomo I, pág. 727.

(32) (32) Adopta el criterio del código francés (art. 1469) tomado del enriquecimiento sin causa, que se atiende al menor de los valores entre la erogación y el beneficio subsistente al día de la disolución de la régimen de comunidad.

(33) (33) CSJ de Mendoza, Sala I 06/07/2005. Causa 81699.

(34) (34) CNCiv Sala H. J., J.J. y J.P. y otros s/Incidente Civil y J., C.E. S/ INC. Calificación de bienes" 31/03/13 Sumario N° 23141 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(35) (35) Así si la sociedad en vez de distribuir las utilidades las transformara en acciones para parte de la doctrina, en tanto la adquisición se funda en un derecho apoyado en otro que es propio del adjudicatario, las acciones serán propias; sin perjuicio del derecho a recompensa de la sociedad, en tanto se pagan con ganancias o frutos materiales de bienes propios (FASSI Santiago, BOSSERT Gustavo "Sociedad Conyugal" Tª 1 pág. 252). Para otra parte de la doctrina si la emisión de acciones responde a capitalización de ganancias, las nuevas acciones emitidas revisten carácter de ganancial (conf. ZANNONI, E, ob. cit pág. 559; BELLUSCIO, Augusto C. ob. cit 10ª Edición, pág. 448).

(36) (36) Cám. de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro sala I del 19/11/02 citando el fallo de S.C.B.A. del 17/11/1987.

(37) (37) CNCiv, sala F, 30/05/2006. Cita on line: AR/JUR/ 2736/2006.