

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título: LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA LIQUIDACIÓN
DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.**

Autor: Notario Mariana Claudia Massone.

Integrante del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

PONENCIAS.

El régimen patrimonial matrimonial impuesto por la actual legislación argentina es imperativo y de orden público, por lo que mientras la sociedad conyugal se encuentra vigente, son de ningún valor los convenios relativos a la liquidación y disolución de la comunidad.

La autonomía de la voluntad renace en oportunidad de la disolución de la sociedad conyugal y los ahora ex cónyuges pueden convenir la liquidación y partición que podrá celebrarse, a elección de éstos, bajo cualquiera de las formas previstas para la partición de la herencia. De común acuerdo, los ex cónyuges pueden partir del modo que juzguen más conveniente; pueden dejar de lado la directiva básica de la división de los bienes gananciales por partes iguales que rige en forma supletoria cuando no hay acuerdo común, o cuando debe suponerse la existencia de un acto de adjudicación que adolece de una voluntad partitiva expresa.

Puesto que el o los actos partitivos que extinguen la comunidad de bienes del matrimonio puede celebrarse privadamente, debe recomendarse a los operadores del derecho que den forma a la voluntad de los ex cónyuges (en escritura pública, en el caso de intervención notarial), que la partición de los bienes y su adjudicación resulten clara y expresamente de los instrumentos otorgados por los así requirentes, evitando el conflicto entre ellos y asegurando la bondad de los títulos que, en consecuencia, circulen.

CONSIDERACIONES.

Las normas que regulan el régimen patrimonial matrimonial en el ordenamiento argentino son de orden público, por lo que mientras se encuentra vigente el matrimonio, poco pueden los cónyuges resolver respecto a su regulación.

Respecto de los bienes, la normativa establece que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1.277 del Código Civil Argentino, que dispone que los actos de disposición de bienes gananciales registrables y del inmueble propio que es sede del hogar conyugal en el que habitan hijos menores o incapaces, requieren el asentimiento del cónyuge no titular.

Cuando la sociedad conyugal se disuelve, y en nuestro caso nos referiremos únicamente a la causal de disolución por divorcio, nace entre ambos ex cónyuges una comunidad de bienes (los gananciales), que hasta entonces era objeto de administración y disposición conforme lo dicho en el párrafo anterior. Por la presunción establecida en el artículo 1.315 de nuestro ordenamiento civil, a cada uno de los cónyuges le corresponde la mitad de esos bienes, que permanecen en estado de indisponibilidad hasta que sean liquidados y partidos. Esta masa de bienes gananciales participa de características similares a las comunidades de indivisión forzosa, como la indivisión post hereditaria.

Producida la disolución de la sociedad conyugal y debiendo ser esta liquidada entre los cónyuges, las formas previstas para esta disolución son las mismas que se aplican para la comunidad post hereditaria, en virtud de la remisión genérica que efectúa el artículo 1.313 al principio sentado por el artículo 3.462, ambos del Código Civil. Si bien este último artículo se refiere a la disolución de la sociedad conyugal por muerte, la doctrina unánimemente lo

aplica a los demás supuestos de disolución.

Por consiguiente, esta liquidación puede ser celebrada en forma extrajudicial o privada (si ambos cónyuges son capaces y están presentes), mediante el otorgamiento de una escritura pública o por instrumento privado presentado ante el juez que entiende en el divorcio. Por el contrario, deberá ser realizada judicialmente en los supuestos en que alguno de los cónyuges sea menor de edad; o cuando entre ellos no hubiera acuerdo respecto a la instrumentación en forma privada; o cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que la partición se haga privadamente.

Como ha quedado dicho, la directiva básica está contenida en el artículo 1.315; pero esta norma no es de orden público, y la autonomía de la voluntad que renace luego de disuelta la sociedad conyugal, permite que los ex cónyuges puedan liquidar los bienes de acuerdo con otras pautas.

Así, centrando nuestro análisis la liquidación celebrada bajo la forma privada y con intervención notarial (esto es, en escritura pública), los ex cónyuges pueden:

- a) Existiendo varios bienes, adjudicarlos en su totalidad o en condominio, dividiéndolos de la forma que ambos ex cónyuges estimen más conveniente. Esta liquidación podrá ser única, comprensiva de todos los bienes integrantes de la sociedad conyugal (en cuyo caso, la doctrina la denomina total); o podrán otorgarse diferentes instrumentos de liquidación, en oportunidades distintas (en cuyo caso, se denominará parcial).
- b) Adjudicar en forma exclusiva a uno de ellos la totalidad del único bien ganancial indivisible (por ejemplo, un inmueble) e incluir en la hijuela del otro un crédito por la mitad del valor asignado a dicho bien (compensación). En principio, la división debe hacerse en especie, pero nada se opone a que uno de los esposos reciba un bien de mayor valor, o el único bien, compensando al otro con el reconocimiento de un crédito en dinero.

- c) **Tratándose también del único bien indivisible, resolver su adjudicación en partes iguales, en condominio, y eventualmente uno de ellos vender al otro su parte, puesto que la prohibición de celebrar contrato de compraventa entre ellos ha cesado con el dictado de la sentencia de divorcio.**

- d) **Codisponer de los gananciales, cualquiera fuera el titular de cada uno de los bienes, y distribuir entre ellos su producido. Cabe aclarar respecto de esta posibilidad, que algunos entienden que es viable de la misma forma que lo es la disposición del bien por parte de los herederos declarados sin la celebración de un acto partitivo previo y expreso, ya que consideran que el acuerdo respecto a la partición se trasladará al producido de la disposición o que, por la directiva general, dicho producido será dividido en partes iguales. Pero no siempre es posible recurrir a la codisposición, puesto que por nuestro sistema de organización federal, existen provincias que en su ordenamiento interno (normas procesales y/o registrales) requieren la celebración de actos partitivos expresos y si los ex cónyuges han resuelto la disposición del inmueble (sea, por ejemplo, para dividirse entre ellos el producido de la venta, o para donarlo a los hijos) es necesario que previamente acuerden la partición de dicho bien y su adjudicación a uno o a ambos.**

- e) **Disponer el titular registral del bien, con el asentimiento del otro cónyuge, dándole a la prestación de este asentimiento el alcance de la ratificación de la venta de cosa ajena (la mitad que correspondería al cónyuge que no es titular registral), en los términos del artículo 1.330 del Código Civil. En lo particular, no estamos de acuerdo con esta posibilidad ya que, aunque parecida, no es asimilable al supuesto contemplado en el apartado anterior dado que en el supuesto de la codisposición los ex cónyuges reciben el tratamiento jurídico, notarial y registral que corresponde a los titulares de una masa sin división (por ejemplo, por ambos se solicitará certificación sobre la existencia de inhibiciones que impidan la disposición de los bienes), lo que no sucede**

en este supuesto. Entendemos que la aceptación de esta posibilidad de disposición de uno y ratificación del otro sólo es utilizable en el análisis de los títulos que ya han sido otorgados sin nuestra intervención, para juzgar la bondad de los mismos y para que junto con otros recaudos que deban tomarse, podamos calificar que ambos ex cónyuges han prestado su voluntad en forma expresa para la realización del acto de disposición en cuestión.

Sin perjuicio de las opiniones vertidas a los supuestos contemplados en los apartados d) y e) precedentes, cabe resaltar que no existe una norma legal que sancione de nulidad al acto que así sea instrumentado, aún cuando el mismo no sea autosuficiente en el sentido de asignar en forma expresa el carácter de partitivo. Recordemos que la afectación del tracto sucesivo nunca acarrea la nulidad del acto jurídico, ya que si se están dados los elementos necesarios en la realidad extra registral, siempre mantendrá su validez.

También es conveniente recordar que nada se opone a que una de las partes reciba en la partición una porción menor que la otra, cuando se ha prestado el consentimiento sin vicios de la voluntad, porque la división por mitades no es de orden público, salvo que la desigualdad configures un vicio de lesión.

Este abanico de situaciones existentes al momento de formalizar un negocio jurídico partitivo sobre los bienes que pertenecen a una sociedad conyugal ya disuelta y no liquidada, es posible por cuanto en nuestro ordenamiento no existen normas que regulen la oportunidad e instrumentación del acto de partición.

En nuestra opinión, la adjudicación de los bienes que se realiza en razón de la disolución de la sociedad conyugal provoca una transformación del carácter de los bienes, que pasan de pertenecer a una masa de indivisión forzosa con carácter de gananciales, a un régimen de bienes propios -para algunos- o personales -para otros-. Y esta transformación no opera de pleno

derecho, sino a través de un acto jurídico específico que persiga esta finalidad. Es necesario que se otorgue o realice un acto que mude la calidad de comuneros a la de copropietarios; el acto liquidatorio resulta necesario para poner fin al estado de indivisión y, asimismo, para la continuidad del tracto registral.

De este último razonamiento parecería desprenderse que no estamos de acuerdo con la posibilidad de codisponer anteriormente expuesta, pero sobre el particular sostenemos que, justamente por la primacía de la autonomía de la voluntad a la que ya hemos hecho referencia, consideramos que este acto sí es liquidatorio, puesto que con su otorgamiento se culmina la indivisión y la adjudicación deberá trasladarse -por sustitución o subrogación real-, al precio o producido de la venta. Será conveniente, cuando intervengamos en la redacción de instrumentos de este tipo, y sin perjuicio de la directiva anteriormente citada que supone la división por partes iguales, que expresamente se celebre la partición del producido de la venta -en la proporción que los ex cónyuges acuerden, sea por mitades, sea en porciones distintas-, puesto que con ello no sólo cesa la comunidad, sino que se dejan claramente establecidas otras implicancias, como por ejemplo aquellas de índole impositiva¹. En muchos casos hemos intervenido en situaciones en las que el destino del producido de la venta no es la adjudicación por partes iguales y ello no ha sido documentado en el instrumento del acto de disposición, generando situaciones por demás conflictivas que, habitualmente, se hacen evidentes al momento de la adquisición de otro bien con ese mismo dinero. En la actualidad, con la normativa que nos hace a los notarios requerir a quienes celebran actos onerosos que indiquen y, en algunos supuestos, acrediten el origen de los fondos con los que el mismo requirente realizará ese acto oneroso, la cuestión parece

¹ En este caso, y puesto que ambos ex cónyuges revisten el carácter de transmitentes del dominio, ambos son sujetos obligados al pago del impuesto de carácter nacional denominado "Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas" (equivalente al 1,5% del precio de la transmisión).

no ser menor².

La finalidad de la tarea que hoy nos convoca nos lleva a recomendar la adopción, en todos los casos, de la adjudicación previa entre los ex cónyuges y, realizada ésta, si es la voluntad del actual titular del bien, la transmisión al otro cónyuge o a un tercero; es nuestro deber, como operadores del derecho y profesionales que damos la forma a la voluntad de quienes requieren nuestros servicios, redactar instrumentos claros y autosuficientes, que reflejen fielmente la intención de quienes han recurrido a nuestra intervención, evitando así futuros conflictos.

² La normativa vigente dispuesta por la Unidad de Información Financiera, organismo nacional que tiene a su cargo la prevención e investigación del lavado de dinero, impone a los notarios requerir de quienes realizan un acto de adquisición onerosa, la información sobre el origen del dinero que se destinará a la operación (cuando el precio es superior a los \$ 200.000, equivalentes a unos US\$ 46.000, aproximadamente) y la documentación respaldatoria de dicha información (cuando el precio es superior a los \$ 200.000, equivalentes a unos US\$ 114.000, aproximadamente).

BIBLIOGRAFÍA.

BELLUSCIO, Augusto C. (Director), ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador). *“Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1.998.

BELLUSCIO, Augusto C. *“Manual de derecho de familia”*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1.993.

BORDA, Guillermo A. *“Tratado de derecho civil”* (actualizado por Guillermo J. Borda). Editorial La Ley. Buenos Aires, 2.008.

BUERES, Alberto J. (Director), HIGHTON, Elena I. (Coordinadora). *“Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2.011.

GIRALT FONT, Jaime. LVII Seminario Teórico Práctico Laureano Moreira, 2 y 3 de julio de 2.009. *“Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal”*.