
ESTUDIO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD LEGAL DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL URUGUAYO

CARLOS ALEJANDRO LOAIZA KEEL

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN • II. EL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO. A) Legitimación receptiva de los cónyuges. B) La potestad doméstica. C) La publicidad del régimen matrimonial. • III. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. • IV. EL RÉGIMEN ECONÓMICO LEGAL. A) Principios del Régimen legal. 1. El equilibrio obligacional y el desequilibrio real. 2. Subrogación real. 3. El derecho preferente de suscripción de acciones. 4. La extensión del concepto de "título o causa" del artículo 1964 C.C.u. B) Activo de la Sociedad Conyugal. 1. Bienes gananciales. 2. Bienes propios. C) Pasivo de la Sociedad Conyugal. 1. Deudas sociales. 2. La responsabilidad. 3. Deudas personales. D) La Administración de los bienes en la Sociedad Conyugal. 1. Antecedentes. 2. Diferencias de ambos regímenes: administración separada y conjunta. 3. Gestión de los bienes propios. 4. Gestión individual de los bienes comunes. 5. La administración extraordinaria. E) La Disolución de la Sociedad Legal y la Indivisión Poscomunitaria. 1. Causales. 2. La indivisión poscomunitaria. 3. La liquidación de la sociedad. 4. La partición de los bienes.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de matrimonio impone la estimación y examen del llamado régimen matrimonial. Algunos autores han considerado que, como simple asociación de personas, no merece un orden de preceptos especiales para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Sin embargo, tal deducción es, a mi entender, deficiente y niega en todo momento la realidad de las cosas. El matrimonio supone un *consortium omnis vitae* de dos personas para la consecución de un fin común, naturalmente extrapatrimonial, pero con serias proyecciones pecuniarias más que evidentes, que deben ser consideradas conforme a su naturaleza singular.

Un régimen matrimonial surge como un conjunto preceptivo coherente confeccionado por el Derecho, un plexo de soluciones para las vicisitudes económicas que el matrimonio involucra, entre los esposos -su manutención, gastos, ingresos, adquisiciones, consumo, servicios-, y frente a los terceros, materia que es menester regular.

Los llamados *sistemas matrimoniales* suponen los diversos planteamientos posibles para organizar la sociedad conyugal, y, aun cuando su verificación científica en rigor sería, por su extensión, una tarea vana, resulta adecuado tomar el activo de las masas patrimoniales como criterio para indicar su categorización, emprendiendo así el estudio de los regímenes escogidos por cada uno de los países:

- a) *el sistema de comunidad*, donde existe una masa de bienes propios de ambos cónyuges. Dentro de este sistema suelen distinguirse el de *comunidad universal*, que supone la puesta en común de todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges; el de *comunidad de ganancias*, que abarca los bienes que representan para cada cónyuge un acrecimiento patrimonial producto de su trabajo y actividad, o de la fluctuación del patrimonio privativo; el de *comunidad de muebles y gananciales*, que incluye las ganancias previamente indicadas y los muebles de cada cónyuge; y el de *comunidad de bienes adquiridos constante matrimonio*, para las ganancias y los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges, conservando como propios los aportados en el momento de casarse.
- b) *los regímenes de separación*, cuyo carácter principal es la ausencia de masa común de los cónyuges. Entre estos pueden acusarse grandes diferencias: la *separación absoluta*, con administración de bienes por cada cónyuge, que a su vez percibe sus frutos y los ingresos de su trabajo; la *separación con administración y usufructo por el marido* de todos los bienes del matrimonio (excepto los provenientes del trabajo de la mujer); y como subtipo del último, el conocido como *régimen dotal*, en el que parte del patrimonio de la mujer pasa a ser propiedad del marido, o a constituir una masa autónoma usufructuada por él, que percibe sus rendimientos para sostener a la familia -*ad sustinenda onera matrimonii*.

El sistema dotal ha sido abolido de nuestro régimen, derogándose los arts. 2024 al 2050 del C.C. por la ley 10.783; ésta ha sido también la determinación del legislador español frente al antiguo instituto de tradición romana, al abrogar los arts. 1336 y ss. de su cuerpo legal. Empero, nada impide, de acuerdo con la doctrina más autorizada al respecto¹, que los contrayentes, o estos con los terceros, al pactar una liberalidad acuerden acogerla al estatuto de los artículos derogados, copiando su redacción en las capitulaciones -naturalmente, siempre que se respete en las mismas la igualdad de géneros, consagrada en el Uruguay por la ley de 1946-

- c) *los tipos intermedios entre los de comunidad y los de separación. de participación en las ganancias*, que consisten en mantener totalmente separados constante matrimonio los bienes de los cónyuges, y realizar al disolverse el mismo, un ajuste entre los cónyuges o sus herederos, computándose como ganancia de cada uno el exceso de sus bienes sobre los que llevaron al matrimonio o recibieron por título oneroso durante su vigencia.

Desde una perspectiva crítica, el sistema de participación de ganancias reúne las ventajas del de comunidad, que logra comunicar a la mujer los productos de la actividad adquisitiva del marido, y del de separación, que garantiza la intangibilidad de los bienes y ganancias de la mujer, asegurando su independencia económica. Sin embargo, es indudable que plantea problemas al momento de su liquidación. El régimen legal español, es el de gananciales -a diferencia del uruguayo-, mas el propio Código Civil en el que se desarrolla, establece las líneas directrices de los dos regímenes convencionales: el de participación de ganancias y el de separación absoluta de bienes (arts. 1411 al 1444).

La primitiva separación del Derecho Romano, como *praesumptio muciana*, por la cual las adquisiciones se presumen hechas por el marido, con la presencia fuerte del instituto de la dote, se observa más flexible en los regímenes germanos de unidad de usufructo y administración. Ambos ordenamientos se ven notoriamente influidos por el cristianismo, en el que impera la idea de la mujer como *socia et uxor*, que conlleva la igualación de las circunstancias económicas de los cónyuges régimen de comunidad. En España, el sistema de comunidad aparece en la *lex visigothorum* y en el Fuero Juzgo, donde se establece una comunidad de ganancias, que conservarán los fueros locales, las Partidas, y finalmente el Código Civil. La diferencia se presenta en los regímenes de Cataluña y Baleares en general, donde se consagra la separación como sistema legal.

El Código Civil español de 1889, recogió la tradición antedicha, con la instauración del régimen dotal *ad sustinenda, manus* administrativa del marido y sumisión de la esposa; la situación se corrige tímidamente en 1958 -se exige el asentimiento de la mujer para la enajenación de inmuebles y empresas gananciales- y luego en 1975. En la reforma de 1981 se igualan las facultades de los cónyuges para la administración, disposición y encudamiento de gananciales.

Nuestro sistema adopta una tendencia moderna, al instituir un régimen de participación de gananciales o de comunidad diferida, que funciona como separación, y se liquida como comunidad. Esto es consecuencia de la administración y responsabilidad separadas, por lo cual se advierten dos masas de gananciales bien diferenciadas, sin perjuicio de la eventual existencia de gananciales comunes². Este será el régimen de aplicación supletoria, ante la

1 Lacruz Berdejo, de Asís Sancho Rebullida, Luna Serrano, Rivero Hernández y Rams Albesa. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, volumen primero. Tercera edición, José María Bosch editor. Barcelona, 1990.

2 Carozzi, Ema. Derecho patrimonial del matrimonio en los países del Mercosur, en R.U.D.F., número 13, página 161.

falta de convención expresa, característica que prefiero diferir en su análisis para la sección de capitulaciones matrimoniales.

II. EL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

Interesante campo es aquel que regula las relaciones patrimoniales de cualquier matrimonio, con prescindencia del régimen específico que las rige. Se trata de un concepto doctrinario relativamente reciente, recogido en el Código Civil español por la reforma de 1981, en el capítulo primero del título del "régimen económico del matrimonio": *disposiciones generales*. Este es un índice más de la superioridad técnica de la obra, que sistematiza preceptos íntimamente vinculados al régimen patrimonial del matrimonio, y que se hallan dispersos en nuestro código, que sigue los lineamientos generales del Código Napoleónico, y éste, a su vez, del *Corpus Iuris* justiniano.

Mientras que las disposiciones generales del C.C. uruguayo, arts. 1938 al 1949, se reducen en su contenido a la implementación y forma de las capitulaciones matrimoniales, a la determinación de la residualidad de la sociedad legal y a la vigencia del régimen patrimonial matrimonial en el espacio, la sección del español reviste mayor amplitud. Por ejemplo, el art. 1323, se refiere a cuestiones de legitimación y a la influencia de la condición de cónyuges sobre las relaciones patrimoniales internas. Esta norma supone un cambio radical respecto al régimen anterior en España, así como, y es esto lo que a los efectos de este estudio realmente interesa, con relación a la situación del C.C. uruguayo.

A) Legitimación receptiva de los cónyuges

El C.C. español prohibía algunos contratos onerosos entre el marido y la mujer, siempre que el régimen de matrimonio fuera el de comunidad; especialmente se proscribía la compraventa, a la que la doctrina se encargó de asimilar otros contratos o pactos de igual función económica. Asimismo, se prohibían de manera concluyente las donaciones entre los cónyuges. Estas prohibiciones, tradicionalmente conocidas como incapacidades especiales, por el desconocimiento del codificador del concepto de legitimación, producto de posterior evolución científica jurídica³, se repiten en la redacción de algunas normas de nuestro Código Civil: el artículo 1675, en sede de compraventa -"e]s nulo el contrato entre cónyuges no divorciados ni separados de cuerpos"- , y el 1657 para donaciones -es nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio, salvo cuando se trate de regalos módicos para el regocijo de la familia.

Ambas prohibiciones aparejan nulidad absoluta -art.8 del C.C. uruguayo, criterio adoptado por Gamarra⁴ - y se extienden durante la existencia del vínculo matrimonial, excepto para la compraventa, en la cual cesa con la separación de cuerpos. Sin perjuicio de ello, no se distingue en ningún momento el régimen legal especial por el que estos cónyuges rijan sus relaciones patrimoniales, como sí hacía el código español. A pesar de esto, la reforma de 1981 vuelve a protagonizar el cambio en la materia.

Naturalmente, las posibles presiones domésticas -argumento que puede rebatirse, dada la relativa igualdad de oportunidades de géneros en la actualidad- y la utilización de estos negocios inter vivos como medio para defraudar a terceros, son el fundamento principal de su vigencia. Sin embargo, el artículo 1323 del Código español adoptó la tesis contraria⁵, al disponer que *el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*. La regla es clara, integra el título oneroso y el gratuito, y rectifica positivamente la legitimación de los cónyuges, a pesar de la larga tradición en contra.

Deben diferenciarse, empero, los negocios o convenciones dirigidos a estipular, modificar o sustituir total o parcialmente el régimen patrimonial del matrimonio, de los contratos traslativos o los contratos de cualquier clase, pues dada la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (en el régimen español), cualquier modificación deberá hacerse de acuerdo con la forma especial descrita por la ley (requerirá, obviamente, una publicidad adecuada).

Cabe agregar que, excepcionalmente, se ha considerado nula la compraventa de la hipotética participación que

3 Carmelutti; Tratado general del derecho, número 122, página 258.

4 Gamarra; Trat. der. civ. urug., Tomo tercero, volumen 1, páginas 193-96. Tomo sexto, pág. 111

5 La Ley de 2 de mayo de 1975 ya había suprimido las prohibiciones.

uno de los cónyuges tiene en un bien ganancial, dada la inexistencia de la cuota. Sin embargo, en la mayor cantidad de casos el problema no se llega a plantear, y la naturaleza privativa de la prestación corresponsiva -esto es la enajenación de un bien propio-, afirma la validez de la compraventa.

B) La potestad doméstica

A su vez, el artículo 1319 del código español sienta una excepción a la gestión conjunta impuesta por el 1375, pues cada cónyuge puede comprometer el patrimonio común realizando actos dirigidos a atender necesidades de la familia, o emplear dinero ganancial para extinguir cargas familiares, o bien dinero propio con la consecuente recompensa. La responsabilidad será solidaria entre los bienes comunes y propios del cónyuge que contrajo la deuda, y en subsidio sobre los propios del otro cónyuge. Los límites de esta competencia no son muy precisos y se diferencian de la nómima del artículo 1965 del código uruguayo -cargas y obligaciones de la sociedad-.

La responsabilidad es por lo tanto mucho más amplia, pues no sólo podrá el acreedor social o personal -pues las deudas son equiparadas- ir contra los bienes propios y contra los gananciales cuya administración le corresponda por ley o capitulaciones⁶, sino que podrá hacer efectivo su crédito -que es social, por la potestad doméstica- en la masa patrimonial común sin distinciones, y en la propia de quien adquirió la deuda -en forma solidaria-; además, lo que es realmente sorprendente, podrá subsidiariamente ir contra la masa propia del otro cónyuge. Naturalmente, se induce el sistema de administración conjunta impuesto para la sociedad legal en España, al que me dedicaré posteriormente.

Podría sostenerse, en nuestro sistema, la posibilidad de agresión de los acreedores sobre el patrimonio propio del cónyuge que incumplió con el deber de mantenimiento, alimentación y educación de sus hijos, en virtud del artículo 1994 C.C.u.. Esta interpretación no es aceptada en forma pacífica, estando en nuestro régimen prevista la responsabilidad separada; los acreedores, sociales o personales, podrán cobrarse, indistintamente, del patrimonio propio del deudor o de la masa de bienes gananciales por él adquiridos. Además, ambos institutos deben necesariamente distinguirse, en vista del artículo 1368 del C.c.e., correlativo al 1994 mencionado. El precepto del cuerpo legal español está referido específicamente a la posibilidad de agredir el patrimonio ganancial en virtud de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges con el objeto de cumplir con el "sostenimiento, previsión y educación de los hijos a cargo de la sociedad", en caso de "separación de hecho". Esta excepción al endeudamiento conjunto -*infra número IV, lit. A, 1-*, supone -en ambos regímenes-, una responsabilidad menos extensa que la consecuente del ejercicio de la potestad doméstica, por lo que este instituto estatuido en el régimen español puede discriminarse fácilmente.

C) La publicidad del régimen matrimonial

La trascendencia del asunto radica en la mutabilidad del régimen matrimonial dispuesto convencionalmente, característica que obliga, en protección de los terceros, a la instrumentación de un correcto sistema de publicidad registral, además de la participación judicial, como se ha consagrado en diversos países; todo aquello, sin perjuicio de la calificación de los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad legal y la subsecuente responsabilidad.

La Ley española ha escogido la opción de registro "hipotecario", esto es independiente para cada bien en el Registro de la Propiedad, tanto para aquél cuya categoría se infiera de las capitulaciones matrimoniales -art. 1333 C.C. español-, como de la situación emergente de la separación de bienes, en caso de inmuebles -art. 1436 del mismo cuerpo legal-, así como los bienes para el caso de los comerciantes -art. 21 del Código de Comercio español-. La anotación de las capitulaciones realizadas luego del matrimonio, deberá también constar en el Registro civil -art. 1436, ya mentado-. Claro está, ningún tercero será perjudicado antes de la fecha de inscripción, donde cesa la presunción de buena fe y comienza la oponibilidad absoluta.

III. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales es inequívoca en nuestro régimen, pese a los cuestionamientos que algunos autores han esgrimido de acuerdo con la posibilidad de ambos cónyuges de solicitar la separación

6 Ésta es una consecuencia de la administración dual, la separación de responsabilidades o irresponsabilidad por las deudas contraídas por el otro cónyuge, tal como sucede en el sistema de sociedad legal uruguayo y en el argentino.

judicial de bienes y retornar luego al régimen legal en cualquier momento durante el matrimonio, no pudiendo renunciar a tal facultad en las convenciones previas⁷ -arts. 1985 y 1986 del C.C.-. El artículo 1944 del C.C.⁸, dispone la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales; sin embargo, pueden verificarse casos jurisprudenciales en los que regímenes impuestos por capitulaciones han sido omitidos en sus efectos, sustentándose esta solución, en muchas ocasiones, en la presencia del cuasicontrato de enriquecimiento sin causa⁹.

El régimen español sigue la actual tendencia en derecho comparado¹⁰ desde el año 1975, al permitir las capitulaciones después de la boda; en la reforma de 1981, el legislador se encarga de confirmar esto con una norma permisiva concreta, el art. 1325. El precepto permite modificar o sustituir el régimen legal -que al igual que en nuestro derecho, es supletorio-, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros -art. 1317, "la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros". Por su parte, el art. 1326 reza: "las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio", precepto antitético al contenido en el art. 1942 de nuestro C.C.. Se acepta también, ya sin la inmutabilidad como posible argumento en contra, la estipulación matrimonial condicional y a término.

La regla de la mutabilidad nunca supone la afectación de terceros de buena fe que ya hubieran adquirido derechos en virtud del régimen anterior al modificado; si no fue el nuevo debidamente publicado, su existencia les será inoponible. La existencia de pactos modificativos deberá indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndose constar en las reproducciones expedidas por el notario.

La doctrina española también distingue al negocio del instrumento y los contenidos propios de las capitulaciones -estipulaciones capitulares- de los eventuales -atribuciones, como donaciones por causa de matrimonio, donaciones con plazo de muerte-. Las fiducias sucesorias se han convertido en contenidos naturales de las capitulaciones hechas durante el matrimonio -art. 831 del C.C. español¹¹, dada la determinación del régimen de mutabilidad ulterior al mismo; de otra manera resultaba difícil hallar supuestos de previsión para después de la muerte desde el momento de la celebración del matrimonio.

Al igual que en nuestro régimen, sus efectos se producen sólo durante el matrimonio -art. 1334 y 1392-1º del mismo código-. También en forma coincidente, su limitación se encuentra en la estipulación contraria a las leyes y a las buenas costumbres, así como la que vulnere la igualdad de derechos de los cónyuges; su exposición es sin dudas más general y no menciona específicamente la imposibilidad de determinar la forma de ejercer la patria potestad o de derogar los efectos personales del matrimonio. La doctrina española¹² entiende que la inclusión en las convenciones de cláusulas referidas a estos temas, no les quita validez, siempre que no puedan comprenderse como lesivas del ámbito permitido por la ley o contrarias al orden público previsto en la materia, esto es dentro del concepto de "pactos contra la ley" -art. 1328-.

Respecto de los sujetos, el principio "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*", del derecho romano, recogido por nuestro sistema -art. 1946 C.C.-, persiste en su fórmula atenuada en el derecho español, que también exige el asentimiento para su otorgamiento en caso de menores. Sin embargo, el artículo 1329 del código español, exonera de esta asistencia al menor cuya voluntad se limite a pactar el régimen de separación absoluta o el de participación en las ganancias. Por el artículo 46 del C.C.e., es preciso alcanzar la mayoría de edad en orden de contraer matrimonio válido; sin perjuicio de tal circunstancia, el Juez podrá conferir la dispensa del impedimento de edad a instancia de parte y con justa causa, en audiencia con los padres o guardadores -art. 48 C.C.e.-. En determinadas condiciones, un sujeto incapaz de contraer matrimonio podrá celebrar capítulos matrimoniales, como es el caso de aquel que aún no ha obtenido la liberación judicial de un impedimento diverso a la edad, como el parentesco dispensable.

A su vez, para la validez de cualquier modificación futura de las capitulaciones, es imprescindible la asistencia original hasta la muerte de quienes la otorgaron, si dicho cambio afectara los derechos a ellos concedidos. El art. 1331 C.C.e. representa una nueva norma de protección, impuesta en razón de la mutabilidad de los pactos matrimoniales.

Las capitulaciones otorgadas sin el consentimiento -son necesariamente acto complejo en caso del menor púber-

7 Carozzi, Emma; Manual de la Sociedad Conyugal. Montevideo, 1999, página 54, citando a Vidal Taquini

8 Además, el artículo 1942 exige que se hagan antes del matrimonio para que sean válidas.

9 Varela de Motta; Sentencia del TAC 3º, anotada en R.U.D.F., número 8, 1990.

10 Tomé, Miguel Ángel; Mutabilidad o inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, en R.U.D.F., número 9, páginas 139 y ss.

11 Lacruz Berdejo y otros; ob.cit., página 308.

12 Idem, página 318.

estarán afectadas por nulidad relativa -por lo cual serán consentidas si el interesado no deduce la acción impugnativa en cuatro años. Las reglas de nulidad comunes también rigen estos pactos en el derecho español -arts.1300, 1302 y 1355-.

La regla de representación para los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito -que pueden contraer matrimonio, nal 2° del art. 91-, se extiende a todos los incapacitados, pues la ley española admite el matrimonio para aquellos, en circunstancias especiales, con la voluntad del representante legal, y en su caso la autorización del Consejo de familia -art. 1320 del C.C.español-.

La solemnidad de las capitulaciones será la escritura pública en todo caso y no en forma alternativa como impone el art. 1943 del C.C.u., de acuerdo con el art. 1327 del código español.

Las capitulaciones matrimoniales en España, más allá de su mutabilidad y las precisiones antes desarrolladas, pueden asimilarse a las que el Código Civil uruguayo regula. Diferencias importantes muestra el sistema argentino, que impone forzosamente a los cónyuges el régimen legal. Las capitulaciones no cumplen así con su función típica, sustituir el régimen patrimonial conyugal, sino que se reducen a la de preconstituir prueba sobre el carácter privativo de los bienes aportados al matrimonio, independientemente de los contenidos no esenciales de estas convenciones¹³.

IV. RÉGIMEN ECONÓMICO LEGAL

Mientras que nuestro Código Civil se limita a establecer como norma de principio al artículo 1950, cuya redacción se muestra en extremo lacónica, el legislador español consideró necesario realizar ciertas precisiones. La norma del código uruguayo, simplemente establece que la sociedad verificada por el matrimonio, cuando no exista convención, queda sometida a las reglas que prosiguen en la redacción legal, que sí se encargan de describir el régimen. Además de introducir el carácter supletorio de la sociedad legal, invoca las reglas del contrato de sociedad en cuanto no se opongan a aquella. La última disposición fue suprimida del art. 1395 del código español, a pesar de que la doctrina entiende que esto no impide la aplicación analógica de las reglas societarias en caso de falta de norma específica.¹⁴

El artículo 1316 del Código Civil español, previene un régimen estándar para los novios o cónyuges -pues, como ya expuse, se admite el otorgamiento de las capitulaciones luego del matrimonio e incluso su modificación-, en caso de no existir estipulaciones convencionales. Se consagra, de esta forma, un sistema supletorio, que como el uruguayo, opera en ausencia de capítulos. Sin perjuicio de ello, la misma disposición dice que *a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces el régimen será el de sociedad de gananciales*.

Además, el artículo 1435-2°, expone que para el caso en el cual los esposos pactan simplemente el apartamiento de la sociedad de gananciales, sin especificar otro régimen sustitutivo en particular, procederá la separación absoluta de gananciales.

En España, a partir de la reforma de 1981, desaparecen las clásicas divisiones patrimoniales consecuentes de los institutos de la dote y los bienes parafernales. Cada cónyuge administra con libertad total sus bienes propios y, naturalmente, puede enajenarlos sin requerir la conformidad de su consorte. Los frutos y ganancias son, sin embargo, gananciales, y son administrados en común y con igual derecho por ambos cónyuges. Nuestro artículo 1970 muestra la diferencia frente a esta administración conjunta de los gananciales; establece la libertad sobre los bienes propios y los gananciales adquiridos individualmente, así como de sus frutos y el producto de la actividad particular, sin perjuicio de la limitación excepcional del art. 1971 y del posible fraude en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge.

Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, la posible confusión que estas masas pueden revestir durante la vigencia de la sociedad legal, no afecta su independencia; todas son autónomas e identificables en su composición, con mayor o menor facilidad¹⁵.

13 Carozzi, *Ena*; artículo ya citado, publicado en R.U.D.F. N° 13, página 162.

14 *Lacruz Berdejo...*; ob.cit., página 395.

15 *Idem*, página 345.

A) Principios del régimen legal

1. *El equilibrio obligacional y el desequilibrio real.*

Las diferencias del régimen legal español nuevamente se hacen presentes, ésta vez frente al contenido del numeral sexto del art. 1955 C.C.u., que reputa ganancial el aumento de valor de un bien propio adquirido por la anticipación de la sociedad o el aporte surgido de la actividad o industria de uno de los cónyuges.

Los artículos 1385, 1364, 1397-3º, 1398-2º y 1352 del Código español, confirman la regla del equilibrio obligacional, pues imponen el nacimiento de un crédito en el patrimonio que sufre un empobrecimiento en favor del otro¹⁶; este es el concepto de recompensa, por el cual se "compensa" con el ingreso de un crédito en una masa, el desplazamiento que empobreció a la misma en beneficio de la otra -es decir, de la masa común a la propia o viceversa-. Es la tradicional premisa *ubi emolumentum ibi onus*.

A pesar de lo antes descrito, el desequilibrio real que configura el régimen español es diverso a la situación regulada por la ley en nuestro país. Ningún aumento de valor de los bienes propios, sino se origina en la contribución directa del trabajo, es ganancial. Las plusvalías, que no pueden considerarse por sí mismas bienes, nunca serán bienes comunes, por lo cual el aumento de valor de un bien privativo siempre revierte en beneficio para el cónyuge propietario. Así lo entienden VAZ FERREIRA Y CAROZZI, distinguiendo la última entre las plusvalías monetarias -devaluación o depreciación de la moneda-, y económicas -aumento del valor venal de un inmueble por revalorización de la zona en la que se encuentra- de las *propias o voluntarias, que sí generan la ganancialización*¹⁷.

Sin embargo, en el código español, incluso los aumentos de valor de bienes propios provenientes del patrimonio de uno o del trabajo de uno o ambos propios, *no logran ganancializar dicho bien*, sino que crean también una recompensa en favor de aquel que vio reducida su masa. En la sentencia número 18, de febrero de 1941 -y la reforma mantuvo incambiado este aspecto- se confirma la tesis, al aclarar que las expensas o mejoras realizadas con fondos gananciales en la finca de un cónyuge, no limitan su facultad de disposición sobre el bien, que continúa siendo privativo. Podrá aducirse, y no sin razón, que se transcribe la regla del numeral 3º del art. 1965 del C.C. uruguayo, que hace nacer una recompensa por los reparos menores o de simple conservación; *pero la ley española*, no sólo no distingue la calidad de la inversión, sino que invierte la regla del inciso final del numeral 6 del 1955, como expongo inmediatamente.

La tesis de VAZ FERREIRA se denomina comúnmente como la de "ganancialización absoluta" del predio y el edificio que sobre el mismo se construye; esta teoría parece apegarse con mayor rigurosidad a la redacción del inciso segundo, numeral sexto del art. 1955. La doctrina exige, generalmente la independencia estructural de esta construcción, para diferenciarla de cualquier tipo de reparo o mejora, y acepta el origen de una recompensa por el valor del predio. La fórmula teórica deriva, lógicamente, en una nueva excepción a los principios de la accesión, como lo son el derecho de superficie o las reglas de la propiedad horizontal.

En el régimen español, la regla romana *superficies solo cedit* -recogida en el art. 748 C.C.u. y por el 358 del C.C.e.- se confirma en todos los supuestos de accesión producidos bajo el régimen matrimonial legal. Por el artículo 1346 y los que lo siguen -accesión económica-, el dinero común o propio empleado para mejorar un bien privativo o ganancial, siempre podrá ser recuperado -recompensa-, incluso cuando no se trate de una mera mejora, sino de la adquisición de un bien. El aportante tiene sólo derecho al reembolso, pero nunca adquiere una participación en el bien. *Las edificaciones, plantaciones o mejoras, adquieren la naturaleza del bien sobre el que se realizan o al cual afectan, sin perjuicio del reembolso por el valor satisfecho* -art. 1359 C.C.español-.

2. *Subrogación real.*

Las líneas directrices en materia de subrogación se hallan, en el sistema español, en los arts. 1346 y 1347. Las consideraciones de las normas nacionales -arts. 1958 y 1959-, imponen una serie de requisitos y distinguen especialmente los supuestos de subrogación -valor por inmueble, por mueble, inmueble por inmueble y producido de venta de inmueble propio por inmueble-, configurando su procedencia en términos restrictivos, en virtud de exigencias formales y de fondo referidas al acto de subrogación y a los bienes involucrados.

16 Art. 1969 C.C.u.

17 Carozzi, *Ena*; Manual..., páginas 84-86.

En el sistema español, por el contrario, la subrogación de un bien individualizado como privativo por otro es automática, no requiere formalidad, y se verifica, por ejemplo, en la permuta. La expresión positiva de lo antedicho se encuentra en la amplia redacción del artículo 1354, que dispone las recompensas correspondientes por los excesos generados en la sustitución real, sin distinguir si la parte aportada por la sociedad es pequeña o grande: *los bienes corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas* -el sistema uruguayo impone la ganancialización de la finca cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediese la mitad del precio de la finca que se recibe. art. 1959, inciso cuarto.¹⁸

La subrogación también será automática por el empleo o reemplazo de dinero privativo para la adquisición de bienes -para que sea admisible en nuestro régimen, debe haber sido destinado a tal fin en las capitulaciones o donaciones, art. 1957-. La subrogación genera, eso sí, problemas probatorios respecto de la naturaleza privativa de los bienes empleados o reemplazados. Nuestra ley siempre exige el ánimo expreso de subrogar.

Asimismo, el art. 1346-3º español establece que serán privativos los bienes adquiridos en sustitución de bienes privativos. Esta norma me parece sobremanera interesante, pues modifica la regla general que en nuestro código impone el primer numeral del art. 1955. Por ejemplo, los bienes muebles que suceden a otros aportados por un cónyuge -electrodomésticos, mobiliario-, aun cuando adquiridos con dinero común, continúan siendo privativos -subrogación por sustitución-.

Finalmente, el artículo 1356 C.c.e. plantea la adquisición durante la vigencia de la sociedad legal, por el empleo de dinero privativo, bastando que, aún en pago aplazado, la primera cuota tenga este origen para que el bien adquirido sea propio -empleo-.

3. El derecho preferente de suscripción de acciones.

Cuando se estudia el numeral primero del artículo 1964 C.C.U., se evidencia la existencia de ciertos conflictos en la categorización de bienes gananciales. Este es el caso de las participaciones en sociedades¹⁹, siendo uno de los problemas mayúsculos el que suponen las acciones emitidas a título gratuito o liberadas, como consecuencia de un aumento nominal del capital de una sociedad anónima -esto es, sin aportación real, sino por medio de la capitalización de otros rubros patrimoniales, como las reservas²⁰-. Estas reservas son, naturalmente, frutos de la actividad de la empresa o utilidades, de haber sido repartidas, por lo cual serían gananciales por la actividad de un cónyuge -art. 1955 nal. 2-. En mi opinión, esas acciones liberadas, en razón del mal llamado "pago de dividendos en acciones", deben considerarse como propias. En rigor, calificarlas como gananciales sería, además de distorsionar el carácter propio de la adquisición a título gratuito, ingresar en la voluntad de la sociedad comercial y permitir la injerencia en sus decisiones; todo esto sin perjuicio de las posibles vulneraciones del derecho al dividendo y, eventualmente, del fraude al otro cónyuge.

Pero, dentro del mismo tema, otro cuestionamiento aparece resuelto por la ley española, más adecuada a las prerrogativas del actual sistema societario mercantil; es el derecho preferente de suscripción, que junto con el de acrecer, permiten que el socio conserve su participación real en la sociedad ante un aumento real de capital -la emisión de acciones liberadas era suficiente para el aumento nominal, mas no en este supuesto-. La solución es aquí más radical. Al disponer el artículo 1352 del código español, *las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de otros privativos, también serán privativos, aun cuando se utilizaren fondos comunes para la integración, lo que genera una recompensa en favor de la sociedad* -esta norma si se opondría al primer numeral del art. 1955 del C.C.U. pues supondría una adquisición a título oneroso-. La previsión ha sido considerada como injusta por la doctrina española.²¹

4. La extensión del concepto de "título o causa" de los artículos 1961 y 1964 C.C.U..

Toda la problemática de este término posee sin dudas una razón más profunda, que en el derecho español no tiene incidencia alguna. Al tratar el alcance de estas nociones²², fue inevitable tratar el problema de la promesa de compraventa y de otras promesas anómalas en las que se adelantan prestaciones sustanciales, pero que no pueden considerarse,

18 Adquisiciones mixtas.

19 Carozzi, Ema; Ob.cit., página 96.

20 Rippe, Siegbert; Texto y contexto, Sociedades Comerciales. FCU, Mvdeo., página 128. El sistema confeccionado por la ley 16.060 no permite explicar por completo el aumento meramente nominal y regula el real, que es aquél que puede en definitiva perjudicar a terceros.

21 Lacruz Berdejo. Ob.cit., página 361.

22 Yglesias, Arturo; Sociedad Conyugal. Naturaleza de los bienes según la causa o título de adquisición., en R.II.D.E número 4, páginas 100-110.

como si la Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazos de la ley 8.733, títulos hábiles para adquirir el dominio. Esta última es la acepción que sostienen quienes esgrimen una tesis restrictiva de los conceptos -YGLESIAS-.

Pero si se analiza la creación de todos estos contratos, de naturaleza definitiva y función de cambio, e incluso la génesis de la promesa de enajenación de inmuebles a plazo y su efecto real, se halla la necesidad de proteger, además de al promitente adquirente -con el derecho real que le hace inoponible la enajenación de fecha posterior a la inscripción de la promesa-, al promitente vendedor, con el diferimiento de la traslación de la propiedad, ante la prohibición legal del pacto de reserva de dominio -art. 1732 C.C.U.-. En España esta prohibición no existe expresamente²³, y la compraventa resulta ser negocio eficaz para realizar estas transacciones, por lo que el art. 1357-1º del Código Civil estipula: "*los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, tendrán siempre carácter privativo aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial*". Se atiende a la voluntad negocial, como corresponde, generándose una recompensa en caso de que proceda.

Las anteriores precisiones explican el origen de la discusión, mas no resuelven la situación en nuestro régimen, que a diferencia del español, contiene una prohibición al pacto de reserva -lo cual, según expliqué, ha obligado a una evolución contractual particular-. No pretendo agotar la temática ni ingresar en la construcción y análisis de nociones confusas, ya que el asunto ha sido suficientemente debatido. Conviene, sin embargo, hacer referencia, sintéticamente, a las tres posiciones sustentadas en doctrina sobre la extensión del título o causa anterior.

La tesis restrictiva, defendida por YGLESIAS ya ha sido comentada oportunamente, y se resuelve en una acepción reducida del título anterior, que se concibe como aquél hábil para la transmisión del dominio, así como una conceptualización de la *causa possessionis* para los modos originarios de adquisición del dominio -es el caso del inicio, pretérito a la unión matrimonial, de la posesión pacífica de un bien, aun cuando se complete el término de la usucapión constante la vigencia de la sociedad legal-. Su rigurosidad es ostensible, y previene posibles enfrentamientos, pues su claridad desplaza toda ambigüedad del concepto; empero, aún valorando esta transparencia y univocidad, no debe aceptarse sin considerar previamente las otras opiniones al respecto.

Por su parte, la tesis amplia fue preconizada por la Dra. VARELA DE MOTTA en su actuación como juez²⁴, y puede explicarse como una noción extensiva, que concibe como "causa o título", no sólo los derechos anteriores al matrimonio, sino también las meras expectativas. Esta acepción ha sido criticada desde su argumentación, y tal vez no corresponda, estrictamente, a la fundamentación científica que se ha pretendido alegar²⁵; sin embargo, la labor jurisdiccional trasciende la abstracción legal y exige la adecuación oportuna al caso concreto. No se trata de desmerecer la certidumbre que nos ha legado el racionalismo en su exégesis, pero sí de reconsiderar las nociones más básicas del realismo jurídico y la participación del magistrado, ejerciendo el hábito de la justicia conforme a derecho y en armonía con otros bienes preponderantes en la sociedad, vale decir, en equidad. Es por ello que muchos fallos innovan y parecen, en una observación superficial, oponerse a la cadencia doctrinaria dominante.

Finalmente, CAFARO²⁶, con lucidez, se detiene en el significado específico de causa, y advierte su comprensión como razón eficiente u original de cualquier derecho. Esta expresión no debe constreñirse a ciertas figuras contractuales que permitan, acompañadas del negocio dispositivo correspondiente, transmitir la propiedad de un patrimonio al otro; esto no es más que una consecuencia de la herencia romana en cuanto al sistema para la traslación del dominio, y el carácter puramente obligacional del contrato; pero no tiene incidencia especial en este tema, pues las personas no sólo son titulares de derechos reales, que se transmiten por un título hábil y ulterior tradición o inscripción, sino también de derechos personales. Si los primeros resuelven la apropiación social e individual, los segundos son sustanciales en la existencia del tráfico jurídico. Tales consideraciones no son meras elucubraciones teóricas, ya que nuestro orden positivo las recoge especialmente. El numeral sexto del artículo 1961 dispone como privativo lo recibido en pago por capitales de créditos constituidos con anterioridad al matrimonio; el pago, como cumplimiento, no subvierte la naturaleza del derecho de crédito, personal, que será calificado como propio por haber nacido antes de la vigencia del régimen legal de bienes, esto es cuando se concluyó el mutuo. Nuestra doctrina mayoritaria

23 La ley española no impone la prohibición de dicho pacto, admitida por la Ley 50 de 1965. La doctrina la considera, pacíficamente, como cláusula que las partes pueden incluir, acorde con Carlos Vázquez Truzubieta, en el análisis del art. 1255 del C.C.e., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1992, páginas 1.818-19.

24 Comentario a la sentencia Nº 515 del 16/12/1983, en R.U.D.F. número 4, página 37 y siguientes.

25 Curso de Sucesiones de Irureta Goyena, Tomo II, Nº 210 y ss.

26 Cafaro, Eugenio. Promesa de compraventa y sociedad conyugal, en R.A.E.U., tomo 68, páginas 214-15.

admite una noción más o menos amplia del título y de la causa, y considera a la promesa celebrada antes del matrimonio, si el mismo conllevó la instauración de la sociedad legal, como un caso contenido en su extensión, sea ésta propia o impropia, inscrita o no -aun se ha asimilado al boleto de reserva, lo que supone una desnaturalización de los conceptos fundamentales del Derecho de las Obligaciones-.

No creo que el fin de este análisis comparativo sea pronunciarse sobre las definiciones antes desarrolladas, aunque su mención fuera imprescindible; el criterio de la certeza de la contratación ha motivado soluciones forzadas, que no comparto, admitiendo severas distorsiones jurídicas, como en el caso del boleto, que no puede considerarse ni siquiera un contrato preliminar de promesa. Resta, sin embargo, inclinarse por alguna de las tesis mencionadas, empresa muy sería que amerita un desarrollo expreso, el cual excede los límites del presente trabajo. La solución de Cafaro parece, en principio ajustada, pero entiendo merece ciertas observaciones, pues no es posible asimilar el cumplimiento de un contrato del que surge un derecho crediticio, mediante el pago, a la tradición como negocio dispositivo que integra uno más complejo por el cual se transmite el dominio. Considero que si bien los derechos personales no deben modificar su naturaleza, respecto a su titularidad, por la vigencia del régimen matrimonial de bienes, tampoco deben realizarse conclusiones apresuradas; si se celebra una promesa, propia, antes del matrimonio -aún cuando se inscriba y quede dotada de los efectos especiales prescriptos por la ley, que son ajenos al asunto-, los cocontratantes se obligarán a realizar un contrato definitivo, y ese es el derecho personal que se deduce -excepto cuando se adelantaran prestaciones sustanciales, situación que escapa de la hipótesis de promesa pura, que utilizo con fines descriptivos y técnicos-. Si ese derecho no se ha ejercido, no cabe duda que el cumplimiento debe ser exigido por su titular, aún durante el matrimonio -pues continúa siendo un derecho personal propio-, pero el negocio definitivo y la posterior tradición provocarán una adquisición a título oneroso constante el régimen legal y conllevarán la ganancialización. En este punto sí coincido con Yglesias, pues no sucede lo mismo con los títulos hábiles para transmitir el dominio anteriores al matrimonio, también integrantes de un negocio complejo.

B) Activo de la Sociedad Conyugal

1. Bienes gananciales.

El contenido del art. 1361 español es, sin dudas, muy similar al del 1964 en nuestro código. Ambos preceptos sientan una presunción de ganancialidad de estricto orden probatorio, y nunca sobre la naturaleza jurídica de los bienes²⁷. La norma uruguaya adelanta, a su vez, criterios para la determinación del carácter privativo de los bienes, a la hora de derribar esta presunción relativa o de *iuris tantum* -que nunca puede desvirtuarse por capitulaciones matrimoniales-. Según el art. 1324 del C.C.e., la confesión del otro cónyuge basta como prueba del carácter privativo de un bien del otro, aunque esta probanza no podrá oponerse a los acreedores o legitimarios.

La sociedad legal española es la de gananciales, definida en el art. 1344 C.C. como aquella por la que se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos constante matrimonio, que les serán atribuidos por mitades al disolverse la sociedad. Comienza al momento de celebrarse el matrimonio -art. 1345 C.C.e., art. 1948 C.C.u.-, o posteriormente, al tiempo de pactarse las capitulaciones.

El artículo 1347 español enumera de forma exhaustiva los bienes que integran el acervo ganancial, como lo hace el 1955 en nuestro código.

El primer numeral se ocupa de los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges²⁸.

El concepto de "industria" ha sido empleado en un sentido lato en este numeral, como cualquier actividad de un cónyuge encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en la masa común, cuando no ingrese en el sentido habitual de trabajo. Por ello, integran este concepto las adquisiciones por usucapción en las que la *causa possessionis* se halla durante la vigencia de la sociedad conyugal, así como todo bien adquirido por modos originarios, como la ocupación y la accesión. También se integra el concepto de "dones de fortuna", que prevé el artículo 1351 - numeral 3 del art. 1955 C.C.u.-, como ganancias obtenidas en el juego, o procedentes de otras causas que eximan la restitución.

Lógicamente, quedan fuera de la ganancialización los supuestos mentados de subrogación real, los de accesión en

27 Lacruz Berdejo; ob.cit., pág. 371. Carozzi, Ema; ob.cit., pág. 68.

28 La jurisprudencia española ha considerado como ganancial a la indemnización por despido del trabajador, aun cuando el titular de la empresa fuera la esposa. Sentencia 31 del Tribunal Central del Trabajo, de marzo de 1982. Citada por Carlos Vázquez Irubietta. Ob.cit., Madrid, 1992.

todo caso, como ya se observó (ut supra número IV, lit. A, 1), incluso por la parte que le corresponda del tesoro *iure soli* -art. 721 C.C.u.-.

El segundo numeral del art. 1347 coincide en sustancia con el cuarto numeral del 1955 uruguayo, al reputar como gananciales a los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. Al igual que nuestra doctrina, la española prefiere distinguir claramente el instituto del usufructo de esta norma, aun cuando las características de los frutos sí deban extenderse para su consideración. Prueba de esto es la descripción del 1349, que considera gananciales a los frutos de pensiones desde que se han devengado -art. 694 C.C.u.-.

A su vez, el artículo 1350 repite la previsión del 1964 C.C.u., referente a los frutos del ganado, al considerar gananciales las cabezas que, al disolverse la sociedad legal, excedan a aquellas privativas aportadas al momento del matrimonio.

Asimismo, el artículo 1348 del C.C.e., asume la misma conceptualización que informa el sexto numeral del artículo 1961 uruguayo, los pagos hechos constante matrimonio por capitales de créditos constituidos antes del mismo.

En adición a lo que se acaba de desarrollar, el art. 1355-1º del cuerpo legal español, admite la ganancialidad por voluntad expresa o presunta. *...podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquirieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*-. Aparece aquí con claridad, el problema de la recompensa que surge al destinarse bienes o valores propios para el bien ganancial; en este caso siempre existirá por aplicación de los principios generales -art. 1358 C.C.e.-, salvo que se renuncie a la misma en forma expresa, disponiéndose como liberalidad.

Por último, el artículo 1353 C.C.e., establece que los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente se entienden gananciales si así lo afirman la voluntad del causante o donante y la de los causahabientes o donatarios. Normalmente, los bienes serían privativos por mitades a cada cónyuge si no hay parte determinada, que es la solución que otorga nuestro artículo 1953.

2. Bienes propios.

El artículo 1346 del código español singulariza los bienes de carácter privativo, de manera positiva, a diferencia de la fórmula escogida por nuestro codificador para el art. 1961.

Por el primer numeral, son privativos por el tiempo de adquisición, *aquellos que le pertenecían a un cónyuge al comenzar la sociedad* -nal. 1º del 1961-. Sobre la amplitud del término de título o causa y su relevancia en el sistema español, no corresponde ser redundante (ut supra número IV, lit. A, 4).

A su vez, son privativos por el modo de adquisición, *los que se adquirieran, aún después del matrimonio, a título gratuito* -art. 1346 nal. 2-, con la ya mentada excepción del artículo 1353, para las donaciones conjuntas -diverso a nuestro régimen, art. 1953-.

Son, por otra parte, *privativos por destino*, los supuestos que integran los numerales 7º y 8º del art. 1346, *las ropas y objetos de uso ordinario que no sean de extraordinario valor y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo que sean partes de un establecimiento o explotación de carácter común*²⁹. Estos últimos nunca perderán su calidad de propios, aunque se adquirieran con dinero ganancial, caso en el que se origina un crédito a favor de la sociedad -es la moderna doctrina italiana la que justifica esta norma, por tratarse de bienes dirigidos a la satisfacción de un interés estrictamente personal, no al goce común-. Contrariamente, las ropas y objetos de uso ordinario no generan recompensa, por surgir de los deberes de alimentación y auxilio recíproco inherentes al matrimonio -art. 127 C.C.u.-.

La regla del artículo 1355 C.C.e., es también aplicable a los bienes privativos, por lo cual su calidad podrá conferirse voluntariamente y por convención para cada caso específico, de acuerdo con los principios que rigen el reformado cuerpo legal (ut supra número IV, lit. B, 2).

A los criterios antes designados, debe agregarse el de los *derechos personalísimos*, contenidos en los nales. 5º y 6º del 1346 español. *Estos son los patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles por acto inter vivos, como los provenientes de daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos*.

El primero de estos numerales alude a los derechos de contenido patrimonial, según la doctrina española³⁰; es decir, que los bienes provenientes de la traducción de *obras intelectuales* en valores pecuniarios son gananciales, incluso cuando se vende luego de disuelto el matrimonio si la creación se produjo en su vigencia. Esta no es la

29 Esta norma expresa colabora con la determinación de la calidad del bien en la disolución. El caso del estudio profesional ha sido cuestionado. Véase sentencia anotada por Mabel Rivero de Arhancet, en R.U.D.F. número 10, páginas 49 y ss.

30 Lacruz Berdejo: ob.cit., página 409.

solución que el Código Civil argentino prevé especialmente, al considerar ganancial únicamente al producido de los derechos de propiedad intelectual *durante la vigencia de la sociedad conyugal* -art. 1272-.

VAZ FERREIRA³¹ atiende a la dualidad de carácter de los derechos intelectuales y recurre al tenor de la ley 9.739, en particular a su primer artículo, para argumentar la solución considerada por la doctrina española. Sin embargo, esta no sería la conclusión si nos redujéramos a una interpretación del segundo ordinal del art. 1955 *a contrario sensu*, como del art. 9 de la misma Ley de Propiedad literaria y artística -derecho de participar en la plusvalía de la obra sobre los beneficios obtenidos por los sucesivos adquirentes-.

Sobre el resarcimiento de daños, el código español instaura así un precepto específico, que se adecua al principio de reparación integral de la responsabilidad civil. Se ha incluido en esta categoría a las atribuciones *intuitu personae*, las jubilaciones y pensiones percibidas por el supérstite -no debe compartirlas con los herederos, por ejemplo-.

Por último, el quinto numeral del art. 1347 español, dispone la ganancialidad de las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno o cualquiera de los cónyuges a expensas de bienes comunes, correspondiendo la comunidad de tipo romano si concurren el capital privativo y común, de acuerdo a la regla del art. 1354 para adquisiciones conjuntas.

También se ganancializará el aumento de valor que proceda de inversión de fondos comunes o de la actividad de uno de los cónyuges -art. 1359 C.c.e., art. 1955 nal. 6-, como cuando se verifiquen incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento comercial u otro género de empresa art. 1360-.

Sobre la clientela, la doctrina española ha comprendido que se trata de un bien personalísimo y por ello no compartible; sin embargo, si la disolución de la sociedad se produce por la muerte del cónyuge, la misma conduce a una "despersonalización", que permite su ganancialización.

C) Pasivo de la Sociedad Conyugal

1. Deudas Sociales.

La regulación de las deudas sociales difiere en ambos regímenes -uruguayo y español- en virtud de la capacidad de endeudamiento de los cónyuges y de la administración conjunta por la que el sistema legal de España se inclina. Los cónyuges pueden, por regla general, endeudar el patrimonio social "conjuntamente" y en situaciones excepcionales -de lo contrario se paralizaría el funcionamiento de la sociedad-, endeudarlo individualmente. Esta última posibilidad se expone en el artículo 1365, en los supuestos de *ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales que por ley o capitulación le corresponda al cónyuge, o bien en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios*.

La referencia a la potestad doméstica -artículo 1319 C.c.e., *supra* número II, lit. B -, debe cenirse al ya mencionado alcance del instituto, excepcional a la administración conjunta -en el que la determinación de la responsabilidad se ve agravada notablemente-. Asimismo, entran en este campo las deudas provenientes de la práctica profesional de los cónyuges y los gastos de administración de los bienes privativos.

El sistema uruguayo impone legalmente la administración separada, permitiendo a los acreedores sociales o personales, atacar el patrimonio propio del deudor o los bienes gananciales por él adquiridos. Es esta misma previsión la que consideraba el reformado Código de Comercio español, aunque en forma más restringida, pues según su artículo 6, por las deudas comerciales del cónyuge, responde su patrimonio propio y los gananciales por él adquiridos a efectos mercantiles precisos -"adquiridos con esas resultas"-.

La situación de generalidad se observa en el art. 1367 del C.c.e., que dispone que los bienes sociales responden por las obligaciones adquiridas conjuntamente o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, como por ejemplo las cantidades donadas conjuntamente en las que no se hubiera pactado la satisfacción con bienes privativos.

Respecto a las obligaciones extracontractuales, el art. 1366 C.c.e. precisa la postura opuesta a la sustentada por el codificador uruguayo en el art. 1966 inciso 2º, pues aquél determina la *responsabilidad de la sociedad por las mismas, si el hecho que las provocó se suscitó como consecuencia de la actuación en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de sus bienes*. Esta regla encuentra excepción en caso de dolo o culpa grave del cónyuge deudor, esto es con intención de dañar a la sociedad o con una ligereza grave que la haya colocado en tal situación -no se examina el comportamiento en referencia al delito o cuasidelito-. La norma no se refiere a la responsabilidad por incumplimiento de contrato, que

parece ser, como en nuestro país, una obligación personal, siempre que no se haya contratado conjuntamente -a diferencia de nuestro régimen, en el que serían responsables ambos cónyuges personalmente por mitades-.

El artículo 1362 del código español, enumera los gastos que son de cargo definitivo de la sociedad legal, como lo hace el 1965 en nuestro derecho. Así es que el primer numeral coincide con el quinto del segundo precepto: *el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes...*, como la de los hijos de uno sólo de los cónyuges... cuando convivan en el hogar familiar; en caso contrario serán solventados provisoriamente por la sociedad, pero con derecho de ser recompensada por lo desembolsado. La ley española, para evitar la distinción entre la naturaleza de la filiación de los hijos, se ha decidido por el criterio de la convivencia -no es un criterio justo finalmente, pues si un hijo legítimo de matrimonio anterior no convive con el actual, no será cargo de la sociedad, sin perjuicio de las obligaciones alimentarias del padre o madre-.

El artículo incorpora otros supuestos de cargo de la sociedad, como *la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges y la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*. El código uruguayo utiliza una fórmula más amplia, para toda deuda contraída por los cónyuges durante el matrimonio.

El artículo 1371 se refiere especialmente a *lo perdido y pagado durante el régimen, en cualquier clase de juego*, imponiendo el mismo carácter de deuda social que el ordinal 7º del artículo 1965 del C.C.u., con la misma consecuencia: no disminuye su parte respectiva en los gananciales, eso sí, y como reza la misma norma *"siempre que el importe de aquella pérdida pudiese considerarse moderado con arreglo al uso y circunstancia de la familia"*; esto previene posibles injusticias, para cuya reversión el derecho uruguayo ha acudido al inciso 2º del 1969, compensación a la sociedad por dolo o culpa grave-. Sin embargo, el artículo siguiente dispone la responsabilidad exclusiva del cónyuge que perdió en el juego, en caso de que la ley confiera acción de reclamo para esa clase de actividad lúdica o azarosa, es decir, si genera obligaciones civiles y no meramente naturales.

2. La responsabilidad.

Los acreedores sociales podrán satisfacer su crédito en el patrimonio ganancial y en el propio de quien contra-jo la deuda, que responden solidariamente -art. 1369 C.c.e.-. Asimismo, podrán perseguir los bienes privativos del otro cónyuge en el caso excepcional, ya analizado, de la potestad doméstica.

3. Deudas personales.

Serán las obligaciones extracontractuales que escapan al mentado artículo 1366, o las que provengan de un incumplimiento contractual personal, las deudas contraídas antes del matrimonio -conforme al artículo 1966 de nuestro código-, las contraídas por juegos a los que la ley confiere acción para su cobro, como toda deuda que no pueda repetirse contra la sociedad o adjudicar por las reglas del 1373 C.c.e. -son en definitiva, las propias-.

Por el último artículo, los acreedores personales podrán, como medida cautelar, embargar bienes sociales, aunque el cónyuge no deudor puede, luego de ser debidamente notificado, exigir se sustituya el bien común por la parte del deudor en los gananciales, lo que conlleva la disolución de la sociedad legal.

D) La Administración de los bienes en la sociedad conyugal

1. Antecedentes.

Como expuse anteriormente, nuestro régimen de sociedad conyugal se define como una comunidad diferida o de participación en gananciales; el funcionamiento constante la vigencia de la sociedad será similar a una separación, pues cada cónyuge tendrá, en principio, total libertad para administrar sus bienes privativos y los gananciales por él adquiridos -las limitaciones existentes serán comentadas oportunamente-. Esta modalidad se observará en la administración llamada ordinaria la extraordinaria sobreviene en supuestos especialmente calificados por la ley-.

Antes de la promulgación de la ley 10.783, la administración era en todo caso unipersonal en nuestro sistema; el marido era el administrador ordinario de la sociedad legal (*antigua redacción del art. 1970*), es decir, de los bienes propios (maritales), de los gananciales en su totalidad y de los privativos de su mujer (dotales). Las limitaciones de la gestión del esposo sobre los bienes gananciales eran poco numerosas y profundas, y se podían resumir en las actividades en fraude a la ley o a la mujer y en los negocios de causa gratuita. A su vez, los poderes de administración sobre los dotales eran totales sobre muebles y restringidos a la autorización judicial y conformidad de la

mujer sobre los inmuebles -como contrapartida se disponía su irresponsabilidad-.

Por su parte, el Código Civil español de 1889 otorgaba plenas facultades administrativas al marido sobre todos los gananciales, aunque no hacía lo mismo con los propios de la mujer, sobre los que la misma disponía libremente -aunque la realidad histórica demostraba que estos bienes "parafernales", eran escasos o no existían y la gestión de la mujer se reducía al ámbito doméstico-. En 1958 se impone una traba a la absoluta libertad marital en la disposición de los bienes sociales, exigiendo el asentimiento de la mujer para la venta de inmuebles y establecimientos mercantiles. Por su parte, en 1975 se suprime el criticado deber de obediencia y licencia de la mujer para con el marido, mas persiste el régimen previamente explicitado.

La reforma de 1981 cambia de manera radical los preceptos vetustos y desiguales imperantes, estableciendo el principio de gestión conjunta, artículo 1375, como régimen regente en caso de no haberse modificado antes o después del matrimonio por capitulaciones matrimoniales. La doctrina española se ha preocupado ante la posibilidad de apartar convencionalmente tal premisa, inclinándose por la libertad absoluta de la voluntad para disponer la gestión disjunta, siempre que no sea depresiva o coactiva del otro.³²

No hay duda que la regla de cogestión es, aparentemente, más igualitaria que nuestro artículo 1970 -en su redacción actual cf. ley 10.783-, pero la dirección de la economía familiar en forma colegiada presenta grandes dificultades prácticas; en los regímenes de comunidad, el equilibrio entre la satisfacción del principio de igualdad y el gobierno ágil y diligente de los asuntos económicos familiares, puede lograrse mediante atenuaciones y excepciones a la administración conjunta. Asimismo, nuestro sistema de separación también halla restricciones, por lo cual es lógico encontrar ciertas coincidencias entre ambos regímenes, procedentes de la flexibilización de sus líneas rectoras en adecuación a la realidad material y concreta.

2. Diferencias de ambos regímenes: administración separada y conjunta.

La administración conjunta española tiene tres elementos destacables: *el carácter personalísimo e indelegable del consentimiento, la necesidad de la coposesión del bien y la colegitimación pasiva para declaraciones recepticias o demandas que se impetren contra los bienes comunes.*

Se han elaborado distintas tesis acerca de la naturaleza jurídica de la conformidad exigida por nuestro art. 1971 -la de VAZ FERREIRA, la de GAMARRA y la de AREZO PÍRIZ³³-. Si bien pueden hallarse aciertos y errores en todas ellas, la posición correcta será la que muestre concordancia con las consecuencias jurídicas que el defecto de la conformidad trae consigo, debiéndose en virtud de ello precisar los límites del instituto del asentimiento, sobre todo en el campo de la responsabilidad. La doctrina española también se ha ocupado del tema, llegando a conclusiones diversas, que pueden, sin embargo, concentrarse a efectos sintéticos. La posición de los cónyuges no es la misma que la de los copropietarios -ambos tienen derecho sobre el todo-, sino que, en los casos que el consentimiento se exige en nuestro régimen, regla en el español, la conformidad muestra un cariz especial. El artículo 1322 del C.C.e. presenta las consecuencias generales para la ausencia del consentimiento dual, la nulidad del acto para el que se omitió el requisito, sea a título oneroso o gratuito; la nulidad será del tipo de las relativas, pudiendo subsanarse por la confirmación posterior o la inactividad del legitimado para iniciar la acción de anulación en el término de cuatro años -art. 1301-.

No parece demasiado trabajosa la conceptualización de la conformidad en nuestro derecho, en el que cumple una función de protección del cónyuge administrador por imposición de exigencias legales -como también consideró la doctrina argentina al interpretar el art. 1277 de su C.C.³⁴-. Sin embargo, en el derecho español pueden advertirse dos tipos de consentimiento, el puramente contractual y el mero asentimiento al compromiso o acto de enajenación del otro cónyuge, que aplaza un impedimento o prohibición, o en el caso de este sistema europeo, cumple con un requisito. El primero supone una obligación común, por lo cual afecta el patrimonio ganancial y el propio de ambos cónyuges, mientras que en el segundo nunca podrá comprometerse la masa propia de aquél que tan sólo dio su asenso, siendo inoponible para quien lo negó, aun cuando el acto esté inscrito -art. 1377, *qui actor est se non obligat*-.

Por su parte, el hecho de que los cónyuges sean administradores lleva implícito el deber de cooperación para la administración de los bienes comunes; si un cónyuge se niega a prestar el consentimiento injustificadamente o se

32 Lacruz Berdejo, ob. cit., página 452 y Vázquez Irurzubieta, ob. cit., páginas 2.119-20.

33 Vaz Ferreira, Tratado de la Sociedad Conyugal, N°227, páginas 490 y 492.

Gamarra, Trat.der.civ.urug., tomo X, página 188 y ss.

Arezo Píriz, en Revista de la A.E.U., tomo 75 1-6, página 230.

34 Vidal Taquini. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, 1987, página 322.

encuentra impedido, el juez podrá suplirlo si encuentra una necesidad fundada -art. 1376 C.C.e.-. Los cónyuges deben informarse acerca de su actividad económica -art. 1383 C.C.e.-, pues el grave incumplimiento de esta obligación es causal de disolución de la sociedad -nal. 4 del art. 1393-. El artículo 1377-2º permite al juez autorizar uno o varios actos dispositivos por el interés de la familia.

Nuestra normativa civil impone la administración separada y libre sobre los bienes gananciales adquiridos independientemente, y limita la actuación de los cónyuges sobre los bienes administrados en ciertas ocasiones:

- a) *la actuación fraudulenta en perjuicio del otro cónyuge* -art. 1969 inc.2 y 1974 C.C.u.-;
- b) *la realización de negocios a título gratuito, excepto que sean para el establecimiento de los hijos o módicas en razón de socorro o beneficencia* -art. 1972-;
- c) *la disposición por testamento de más de la mitad de gananciales* -según el art. 1973, aunque es una prohibición cuyo cumplimiento sólo podrá corroborarse en el momento de la apertura y desarrollo de la sucesión del causante-. El Código Civil español se adelanta a la consideración de la disposición por testamento en el artículo 1380, determinando que la misma producirá todos sus efectos si el bien fuera adjudicado a la herencia del testador, o de lo contrario se entenderá legado el valor que tuviera el mismo al tiempo del fallecimiento -los herederos quedarán obligados-. Nuestra norma se repite en el art. 1379 -en nuestro régimen es consecuencia de la liquidación de la sociedad como comunidad-, pero esta es la única referencia concreta -la disponibilidad de la mitad de los gananciales- pese a que por el propio Código se puede alcanzar la misma solución -artículos 1151 y 2013, excepción al principio del art. 908-. Además, el precepto español no deja resquicio alguno para las dudas acerca de la extinción de la compensación al legatario en caso de que la disolución sea previa a la muerte, posición sostenida en nuestra doctrina por EMA CAROZZI.³⁵

Asimismo, conforme al artículo 1971 y el artículo 27 de la ley registral 16.871, se restringe la enajenación y afectación o imposición de gravamen sobre bienes inmuebles o vehículos automotores, como también la enajenación de los establecimientos comerciales, agrícolas, ganaderos y fabriles, siempre que no exista conformidad expresa de ambos cónyuges.

Los artículos 1377 y 1378 del código español imponen la administración conjunta necesaria para todo acto de administración y disposición. Se ha comprendido generalmente, que la administración es la actividad dirigida a la explotación y rentabilidad de los bienes, concedida individualmente a los cónyuges por los bienes puestos a su nombre -los sistemas se asimilan en los efectos de la actuación de administración de bienes y disposición de dinero o títulos valores por el cónyuge a cuyo nombre o posesión estos se encuentran, pues el art. 1384 C.C.e. le adjudica validez absoluta-.

A su vez, el cuerpo legal trata ciertos actos de manera específica:

- a) cualquiera de los cónyuges podrá realizar actos conservativos, es decir, la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción -art. 1385-.
- b) podrán realizar, indistintamente, gastos urgentes de carácter necesario, aún los extraordinarios -art. 1386-.
- c) los actos gratuitos, para los que se exige el consentimiento dual -art. 1378-, siendo nulo cualquier acto que por la omisión, contravenga dicha prohibición -art. 1322-. Respecto a estos actos, se manifiestan diferencias radicales de régimen respecto de los negocios a título oneroso³⁶, pues son siempre absolutamente nulos y no susceptibles de confirmación alguna, además de resultar inadmisibles la sustitución por el juez del consentimiento por negativa o imposibilidad del otro cónyuge -art. 1377-2º. Por el motivo que antecede es que no se admiten las donaciones de un cónyuge sin anuencia del otro para el establecimiento de su hijo (*expresamente admitido por el art. 1972 del C.C.u., remitiéndose al nal. 6 del 1965*), sino sólo las liberalidades de uso o de poco valor; se ha aceptado la donación de regalías o atribuciones exigidas por la actividad industrial de un cónyuge, incluso si fueran de gran valor -la doctrina no es, empero, conteste en este aspecto-.
- d) los actos mortis causa, cuya regulación ya fue estudiada (*ut supra número IV, lit. B, 1*).

35 Manual de la Sociedad Conyugal, página 225, párrafo cuarto y subsiguientes.

36 Me siento obligado a tomar partido, humildemente, en esta postura de la doctrina española -entre otros Lacruz Berdejo y Díez-Picazo-, en razón del asidero legal que ostenta. Ello no niega que se sostenga por prestigiosos juristas una noción opuesta y antitética. Singularmente, Vázquez Irizubieta (*ob.cit.*), cuyo libro se introduce con el prólogo de Díez-Picazo, argumenta la semejanza absoluta de los preceptos para todo tipo de negocios, onerosos o gratuitos -página 2.122-, viendo incluso como absurda la escisión que el legislador adoptó en estos dos artículos consecutivos -arts. 1377 y 1378 C.C.e.-.

3. *Gestión de los bienes propios.*

Cada cónyuge, tanto bajo las normas de nuestro derecho civil como por las del español, administra y dispone de sus bienes privativos, aun cuando, en ambos casos, los frutos verificados o devengados a partir de aquéllos constante la vigencia de la sociedad sean gananciales -art. 1347 nal 2 del C.C.e. y ordinal 4° del art. 1955 C.C.u.-. El art. 1381 del cuerpo legal español restringe la disposición de los frutos por el cónyuge propietario del bien, al "solo efecto" de su administración para la soportación de las cargas sociales. Los cónyuges deben ser diligentes en la administración de los frutos de sus bienes privativos y, pese a no existir una previsión particular como la de los frutos, en la de sus ingresos.

Los actos en fraude positivo de un cónyuge para lograr el beneficio o lucro exclusivo, o el ocasionamiento de daños a la sociedad, lo convierten en deudor de la sociedad y permiten impugnar el acto fraudulento si existiera mala fe en el tercero adquirente -arts. 1390 y 1391-. La solución es lógica y justa; nuestro derecho consagra la inoponibilidad del acto fraudulento al cónyuge perjudicado y a sus herederos -art. 1974-, y la posibilidad de reclamar daños y perjuicios de haberse realizado el acto con dolo o culpa grave -art. 1969 inc.2-. Pero las reglas del fraude siguen siendo las generales; el artículo 1991 del C.C.u. remite al 1296, referente a la acción de impugnación de enajenaciones hechas en perjuicio de los acreedores, tradicionalmente conocida como acción pauliana -si la enajenación fue a título gratuito bastará probar el fraude respecto del deudor-.

El derecho español también enarbola el deber de información de la actividad económica propia, en forma periódica y precisa -artículo 1383 C.C.e.-.

4. *Gestión individual de los bienes comunes.*

Como esgrimí al comienzo del capítulo sobre administración, la gestión colegiada sufre severas atenuaciones, en virtud de las necesidades propias de una dinámica realidad. Exigir un riguroso cumplimiento de la cogestión conllevaría la paralización de la sociedad conyugal. Este problema no se presenta en regímenes como el nuestro, de comunidad diferida.

Entre las posibilidades de administración individual de los bienes gananciales, cabe destacar:

- a) los anticipos o préstamos interinos -art. 1382- para su profesión, usos ordinarios de la familia y administración de sus bienes. Si bien no se exige el consentimiento, sí se impone la necesidad de que el otro cónyuge conozca el hecho. Esto último es sin dudas un giro eufemístico, pues conocer y callar es en resumidas cuentas consentir.
- b) los bienes cuya titularidad o posesión se ostenta por un solo cónyuge. Se admite una administración amplia -mera administración, según la categorización de Vaz FERREIRA³⁷- y una disposición de dinero y valores, como ya fue expresado anteriormente (artículo 1384 C.C.e.).

5. *La administración extraordinaria.*

La administración extraordinaria, conferida a la mujer únicamente antes de la vigencia de la ley 10.783 -actualmente esto es absurdo-, procede en especiales circunstancias, determinadas en el artículo 1979 del C.C.u.. Para la misma se prescriben reglas exclusivas, que van de los arts. 1979 a 1984 del mismo plexo normativo. Las tres hipótesis en que operará serán la de la incapacitación de un cónyuge -art. 441 C.C.u.-, oposición a la misión en posesión interina de los bienes del ausente e impedimento de la administración -art. 62 C.C.u.- y por impedimento absoluto de administrar de un cónyuge³⁸.

La Ley española prevé dos hipótesis de transferencia de la administración:

- a) legal en el caso del cónyuge tutor o representante legal de su consorte -art. 1387 C.C.e.- y en el supuesto del ausente -art. 184 ordinal 1° C.C.e.-; b) judicial, en el caso de impedimento de prestar consentimiento, abandono de la familia o separación de hecho.

El artículo 1389 del C.C.e. otorga plenas facultades al administrador extraordinario, permitiendo al juez la imposición de cautelas; además, en todo caso, se exige la autorización judicial para la realización de los actos de disposición sobre inmuebles y muebles preciosos. Así se pronuncia el art. 1981 del Código Civil patrio, estableciendo la necesidad de venia judicial para enajenar o gravar inmuebles propios o gananciales de administración correspondiente del otro cónyuge, como para aceptar herencia sin beneficio de inventario.

37 Vaz Ferreira, en el A.D.C.U. tomo X, página 134. Citado por Ema Carozzi en su Manual de la Sociedad Conyugal, página 206.

38 Bagdasarian-Rasines del Campo. Administración extraordinaria de la Sociedad Conyugal, en R.U.D.F. u.° 8, página 157 y ss..

E) La Disolución de la Sociedad Legal y la Indivisión poscomunitaria

1. Causales.

Como es natural, algunas causales de disolución coinciden en ambos regímenes, tal como la que procede por disolución del matrimonio o declaración de nulidad del mismo -nales. 1º, 2º y 5º del art. 1998 C.C.u.; nales. 1º, 2º y 3º del art. 1392 C.C.e.-. El cuarto ordinal de la norma española menciona como causal la convención de ambos cónyuges de un régimen económico distinto.

La ley española, como fue explicitado, adhiere a la mutabilidad de los sistemas patrimoniales en el matrimonio, organizando a tales efectos un sistema de publicidad registral -sobre la base de tres registros, el del estado civil, el de la propiedad y el comercial-. Regula asimismo los posibles regímenes convencionales por los que las partes pueden optar: el de participación -arts. 1411-34 C.C.e.- y el de separación de bienes -arts. 1435-44-. Es, justamente, este último el contenido del tercer ordinal del art. 1998 de nuestro código, la resolución con la que culmina el procedimiento de separación judicial, que cualquiera de los cónyuges puede pedir en cualquier momento sin invocar causa alguna, y sobre el cual no es posible la renuncia anticipada -arts. 1985-97 C.C.u.-. Esta modalidad ha llevado a algunos juristas a sostener la mutabilidad de nuestro régimen, tesis que no resulta suficiente para explicar la realidad jurídica del mismo.

La separación sólo puede tener lugar judicialmente en nuestro sistema, inscribiéndose la sentencia y publicándose edictos para que se presenten los acreedores interesados, bajo apercibimiento de perder la masa ganancial como garantía para satisfacer su crédito, en caso de no apersonarse en el término sesenta días.

Además, el artículo 1393 español introduce otras causales, que pueden hacerse valer a petición de parte, como lo es

- a) la incapacitación, declaración de ausencia, quiebra o concurso, o declaración de abandono de familia;
- b) también por actuación fraudulenta en perjuicio de los derechos del otro en la sociedad;
- c) la separación de hecho por más de un año -si se trata de un mutuo acuerdo, cualquiera podrá requerir la disolución, mas no en caso de abandono-;
- d) por el incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre el desenvolvimiento de su actividad económica.

Por el Código civil español -art. 1395-, cuando la disolución esté causada por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges haya sido declarado de mala fe, el no culpable puede elegir la liquidación conforme la sociedad legal de comunidad o la de participación en gananciales, caso en el que el contrayente de mala fe perderá el derecho a participar de las ganancias obtenidas por el otro. Este es el mismo efecto que el artículo 211 C.C.u. en su tercer ordinal acuerda para el caso del matrimonio nulo con mala fe de una parte: pérdida de la mitad de gananciales, donaciones y ventajas matrimoniales.

2. La indivisión poscomunitaria.

Al igual que en nuestro sistema, a la disolución de la sociedad conyugal sigue una indivisión especial afectada al pago de las deudas sociales; este carácter la categoriza como comunidad de liquidación, ya que, a diferencia de aquellas constituidas para su repartición o conservación, será imprescindible su liquidación antes de iniciar la partición.

En esta etapa subsisten los bienes y deudas comunes, independizándose de los privativos y personales, como si existiera un *tabique impermeable*, de acuerdo con la terminología de Vaz Ferreira³⁹. Tal indivisión comprenderá una universalidad jurídica, y a pesar de no hallarse regulada en ninguno de los regímenes, su naturaleza y caracterización doctrinaria se asimila casi completamente.

Claro está, y esta diferencia es fundamental, la divergencia de modos de administración será evidente en esta fase de indivisión: los coindivisarios actuarán conjuntamente en todo caso. Lo antedicho supone una modificación radical frente al sistema de administración separada dispuesto para la participación de gananciales de nuestro Código Civil, pero aun posee consecuencias en el régimen español. Como expuse anteriormente, la gestión colegiada caracteriza el funcionamiento de la sociedad legal de bienes conforme la legislación española, aun cuando, en virtud del dinamismo real que existe en el comercio jurídico, mantener tal carácter con el rigor de su formulación conlleva una paralización absoluta de su operativa.

Esto hace que se impongan diversos supuestos de actuación individual, atenuaciones de este principio. Durante la indivisión poscomunitaria, la administración conjunta informa el derecho uruguayo, y continúa rigiendo para el español, en

forma absoluta y agravada, para todo acto y sin la posibilidad de suplir judicialmente el consentimiento negado injustificado del consorte.

A su vez, el artículo 1394 C.C.e., faculta al Juez para determinar la facción del inventario y para adoptar medidas necesarias de administración del caudal, requiriéndose venia judicial para cualquier acto que exceda la administración ordinaria; resulta sencillo observar la semejanza con nuestro régimen de administración provisional, acordado especialmente en caso de disolución por separación de cuerpos decretada judicialmente, en los artículos 157 y 158 C.C.u..

El artículo 1408 del C.C.e. prevé especialmente una circunstancia constante la comunidad posmatrimonial, el de los alimentos a cargo de los bienes comunes para los cónyuges e hijos mientras se realiza la liquidación, en la cual se rebajará del lote del beneficiario la parte que exceda los frutos y rentas.

3. *La liquidación de la sociedad.*

La indivisión poscomunitaria se inicia desde el cese de la sociedad legal, conservando cada cónyuge o ex cónyuge la titularidad parciaria que tenía, siendo deudor por las mismas deudas sociales que serán satisfechas por los bienes comunes. Los herederos asumirán la misma posición que correspondía al causante en la comunidad disuelta.

La liquidación insume el conjunto de operaciones necesarias para que se produzca el tránsito desde la indivisión orgánica a la titularidad concreta; por ser la comunidad posterior a la vigencia de la sociedad legal, una afectada a la extinción del pasivo social que accede, requiere la previa satisfacción de los acreedores sociales para la partición del fondo líquido ganancial por mitades entre los ex cónyuges o entre los herederos y el supérstite -arts. 2010 C.C.u. y 1404 del C.C.e.-.

Esta serie de operaciones se rige por las reglas procedentes para la partición y liquidación de la herencia, según disponen los artículos 1396 y 1410 del C.C.e.. Nuestra legislación también remite a las normas sobre partición de los bienes hereditarios -art. 2013 C.C.e.-. Los acreedores de la sociedad tienen en la liquidación los mismos derechos que la ley reconoce para las leyes de partición de herencias, en razón del artículo 1402 español. Tal precisión no debe considerarse superficialmente, y en la labor comparativa del actual trabajo, trasciende los límites que le son propios; la posición de los acreedores resulta especialmente atendida en la sección sobre la disolución y liquidación de la sociedad, y se presenta homogénea y elemental en su comprensión, planteando una diferencia, en el sistema uruguayo, para el caso de disolución basado en la separación judicial de bienes. Para ésta se prescribe un régimen de publicidad para los interesados, que según se presenten y opongan a la partición, conservarán o perderán su derecho de persecución de la masa ganancial y los bienes del cónyuge no deudor, viéndose notablemente perjudicados.

Composición de la indivisión.

El primer paso para la liquidación de la sociedad será la facción del inventario. Según nuestra normativa (art. 2000 C.C.e.), el inventario y tasación realizados sin solemnidad sólo tendrán valor en juicio contra las partes, sus herederos y los acreedores que lo hubieren aprobado y firmado. Esta desventaja podrá manifestarse en el momento en el cual un cónyuge pretenda oponer el beneficio de emolumento. Conforme la doctrina española, que debe analizar una disposición menos expresiva (art. 1396), la libertad de las formas será absoluta, mientras se conserven las garantías de autenticidad *inter pars*. Asimismo, el inventario siempre será eficaz para todos los partícipes que hayan concurrido a su levantamiento, así como oponible a todos los que hubieran sido debidamente citados y, aún así, no concurrieran.⁴⁰

El activo de la comunidad estará compuesto, de acuerdo con el artículo 1397 del C.C. español:

- A) *por los bienes gananciales existentes al momento de la disolución* -se trata de la presunción de ganancialidad del art. 1964 C.C.u. (ut supra número IV, lit B, 1) que en la referencia del 1361 español no se restringe al momento de la disolución.⁴¹
- B) *el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados*. Este es el contenido del segundo inciso del art. 2003 C.C.u., que dispone la colación ideal de estos negocios -en U.R.- en caso en que la real no procediera. Las fórmulas de inoponibilidad del negocio

40 *Lacruz Berdejo*. Ob.cit., página 495.

41 El artículo 2002 del C.C.u., instituye severas sanciones civiles para aquél que oculte o distraiga dolosamente un bien a la sociedad, la pérdida de su porción en dicho bien y la obligación de restituir el duplo.

fraudulento al cónyuge perjudicado concuerdan con esta disposición, que alude a una colación imputable con posterioridad al lote del cónyuge donante, que cobrará de menos. Esta colación será real, de ser posible, como expresa CAROZZI en su manual, y a cargo del donante: la colación que procede en las donaciones hechas a legitimarios es ideal, pues con la agregación se constituye el acervo imaginario, y sólo se constatará realmente en caso de reducción de donaciones por inoficiosas -esto es afección de la legítima-.

En resumidas cuentas, en caso de realizarse una colación de valores, estos serán expresados en unidades reajustables; la norma española menciona el factor de actualización.

- C) *el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo de un sólo cónyuge y en general las que constituyan créditos de la sociedad contra éste.* Se trata de las recompensas o créditos en favor de la sociedad, adeudados por los cónyuges. A éstas hace referencia el inciso 1º del art. 2003, estableciendo como forma de extinción la de la colación; lo adeudado por un cónyuge se agregará al activo de la sociedad, imputándose luego en la partición al lote del mismo. El estado de los cónyuges respecto de la sociedad se asimila al de una cuenta corriente, correspondiendo finalmente un resultado deudor o acreedor; en caso de créditos en favor de la sociedad, el código prevé la extinción por colación, exigiendo el pago para las recompensas debidas por la sociedad, como para los créditos en favor de terceros. En términos jurídicos puede explicarse la situación como una compensación de obligaciones, o incluso como una confusión -se confunden la calidad de deudor y acreedor-.

El pasivo de la sociedad estará conformado, en el régimen español (art. 1398):

- A) por las obligaciones *pendientes a cargo de la sociedad*;
- B) *el importe actualizado de los bienes privativos cuando su restitución debiera hacerse en especie monetaria, por haber sido gastados en interés de la sociedad* (es sin dudas el bien privativo enajenado, cuyo producido fue invertido en la sociedad sin operar la subrogación, lo que origina una recompensa, aquí especialmente calificada, en favor del cónyuge, como también alude el art. 1959 C.C.u.).
- C) *el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyen créditos contra la sociedad.* Con este elemento se cumple con el requisito de inventario completo, y disipan las dudas que pudieran existir sobre la necesidad de incluir dichas recompensas en el pasivo en este momento. Esta discusión, que no tiene cabida en el derecho español, y a mi entender tampoco en el nuestro -conforme la opinión de CAROZZI-, ha dado ocasión a sentencias antitéticas.⁴² El artículo 1321 del C.C.e., dentro de las disposiciones generales, instaura la regla del art. 2004 del C.C.u., al disponer que los bienes que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común se entregarán al que sobreviva sin computárselo en su haber -esto no sucede con las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

Situación de los acreedores.

Mientras que el artículo 2006 no hace distinciones entre los acreedores de la sociedad, la legislación española predisponen un orden de pago en el correlativo artículo 1399, prefiriendo las deudas en favor de terceros, primero las alimenticias, luego las comunes. Por lo demás, ambas normas remiten a la observación de las reglas sobre concurrencia y prelación de los créditos, especificando el art. 1400 del C.C.e., la primordialidad del pago en metálico, o por la adjudicación de bienes gananciales, si los acreedores consienten.

El Código Civil español detalla la liquidación de los créditos recíprocos que existan entre la sociedad y los cónyuges, en los artículos 1403 y 1405. De acuerdo con nuestro sistema, y la ley 16.603, todos los acreedores de la sociedad se hallan en pie de igualdad; el primero de los artículos mencionados coloca a los créditos en favor de los cónyuges en un segundo orden en la liquidación, disponiendo el pago como forma para su extinción, sin perjuicio de la eventual compensación con recompensas debidas. A su vez, se permite que, en caso de que un cónyuge resulte acreedor personal del otro, pueda exigir la satisfacción de su crédito con la adjudicación de un bien común.

Los acreedores personales únicamente podrán agredir el patrimonio del deudor, los bienes privativos o los que sean adjudicados para su lote. En caso de que realice un embargo, durante la indivisión, éste será ineficaz si el bien

concreto no es adjudicado a la hijuela del deudor. Diferente será la situación del acreedor que inscribe su embargo antes de la disolución de la sociedad conyugal por separación de bienes; en virtud de la redacción del artículo 1993 C.C.u., los derechos adquiridos por los acreedores con anterioridad a la disolución serán preservados.

Los acreedores sociales los no perjudicados en el ya mentado supuesto de disolución por separación judicial de bienes- podrán perseguir todos los bienes de la masa, o los propios de ambos cónyuges si se partió la masa indivisa sin guardar las normas de liquidación previamente descritas; en tal caso, el cónyuge no deudor sólo responderá hasta el límite de los bienes que le fueron adjudicados -*beneficio de emolumento, artículo 2014 del C.C.u.*-. Cada cónyuge será responsable de la totalidad de las deudas sociales por él contraídas -art. 2015-, aunque conserva la acción de reintegro por la mitad contra su cónyuge, ex cónyuge o causahabientes -tanto el beneficio de emolumento, como esta segunda circunstancia, se encuentran previstas en el artículo 1401 del C.C.e.-.

Lo antedicho no niega la posibilidad que normalmente poseen para oponerse a la partición hasta tanto no se les pague o afiance; esta caución podrá implementarse aún en caso de una deuda sometida a plazo o condición -esto es no exigible al momento de la liquidación-, mediante la formación de una hijuela a tales efectos.

4. La partición de los bienes.

Como expuse anteriormente, la partición y división se rigen en lo aplicable por las reglas referentes a la indivisión hereditaria -art. 2013 C.C.u. y el correspondiente 1410 C.C.e.-.

El remanente restante, hechas todas las reducciones, será el haber de la sociedad de gananciales, el fondo líquido para nuestro codificador, que se divide por mitades según las reglas que preceden.

Sin perjuicio de esta norma de principio -con todas las implicancias que pueden tener las recompensas debidas y los bienes donados en fraude-, el derecho español concede legalmente a cada cónyuge un *derecho de atribución preferente* para su lote en la partición. Estos bienes serán: *los de uso personal, la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, y, en caso de muerte, la vivienda donde tuviese la residencia habitual* -art. 1406 C.C.e.-.

Según LACRUZ BERDEJO, el asunto de la *vivienda habitual y el derecho de predetracción*, se han vuelto una obsesión en el derecho de familia, como es lógico en vista del problema que representan.⁴³

En el artículo 1407 del cuerpo legal español, el codificador se pronunció a favor de las situaciones más "intimistas", según la ocurrente terminología de VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁴⁴. Si la adjudicación es imposible -de acuerdo con el derecho de atribución preferente- en los casos del local de ejercicio de la profesión y de la vivienda habitual, el cónyuge puede pedir se le permita seguir utilizando los inmuebles constituyéndose a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de estos derechos superara al de la parte correspondiente, deberá abonarse en dinero al otro cónyuge, y si no pudiera perdería definitivamente esta posibilidad.

Frente a la solución que antecede, conviene explicitar la conferida especialmente por nuestro derecho a través de la ley 16.081 del año 1989, modificativa del art. 881 del Código Civil. La norma consagra una ventaja en favor del cónyuge superviviente sobre el inmueble destinado a vivienda que hubiera constituido el hogar conyugal, instaurando por imperio legal un derecho real de habitación gratuita y vitalicia. Además, en defecto de este inmueble, la ley obliga a los herederos a proporcionarles otro de su conformidad. Se observa una cabal intención equitativa del legislador. ♦♦

43 Ob.cit. página 501.

44 Ob.cit. página 2.163.

BIBLIOGRAFÍA

BAGDASARIAN-RASINES DEL CAMPO. Administración extraordinaria de la Sociedad Conyugal. *R.U.D.F. número 8, página 157.*

CAROZZI, EMA. Derecho patrimonial del matrimonio en los países del Mercosur. *R.U.D.F., número 13, página 161.*

Manual de la Sociedad Conyugal. *FCU; Montevideo, 1999*

GAMARRA, JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomos III, IV y IX.

LACRUZ BERDEJO, DE ASIS SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ Y RAMS ALBESA. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, volumen primero. *José María Bosch editor. Tercera edición; Barcelona, 1990.*

RIPPE, SIEGBERT. Texto y Contexto, Sociedades Comerciales. *FCU; Montevideo, 1999.*

TOMÉ, MIGUEL ÁNGEL. Mutabilidad o inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. *R.U.D.F. número 9, página 139.*

VAZ FERREIRA. Tratado de la Sociedad Conyugal.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil. *Editoriales de derecho reunidas; Madrid. 1997.*

YGLASIAS, ARTURO. Sociedad Conyugal. Naturaleza de los bienes según causa o título de adquisición. *R.U.D.F. número 4, página 100.*