

zo a la intervención no quita el derecho a que el Estado asegure la protección del niño en caso de ausencia o de carencias familiares o, por lo menos, apoye a los padres y a la familia para que puedan cumplir la función parental.

La primacía del rol de la familia respecto de otras autoridades políticas, sociales y judiciales es proclamada en el art. 5 de la Convención de Nueva York. Los Estados partes respetan la responsabilidad, el derecho y el deber que tienen los padres –o, en el caso de que ellos no puedan hacerse cargo, los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, como lo prevea la costumbre local– los tutores y otras personas legalmente responsables del niño, de dar a éste, de una manera que corresponda a su desarrollo y a su capacidad, la orientación y los consejos apropiados al ejercicio de los derechos que le reconoce la Convención.

La segunda característica común a estas convenciones, y a las leyes que de ellas se derivan, es el tener en cuenta el parecer del niño. Esto es, prestar cada vez más atención a sus deseos y a su opinión. Hacer lugar a su palabra para permitir que se constituyan en actores de sus propios derechos.

Para finalizar, quiero recordar que se dice que el derecho –fruto de multiplicidad de factores y circunstancias de distinto orden, sociales, culturales y económicas– no es la justicia, pero debería serlo.

Luchemos para que derecho y justicia se aproximen y formen un todo inescindible, así logremos que los seres humanos, sin distinciones etarias, vivan con dignidad y se desarrollen.

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-**

Dra. Minyersky, le doy las gracias por su esclarecedora exposición. Pasaremos ahora al segundo tema, referido a Derecho Privado Comparado, previsto para esta mesa redonda. Harán uso de la palabra los doctores Ángela Vázquez y Marcos Córdoba.

## DERECHO PRIVADO COMPARADO: ESTADO DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

**Dra. Vázquez.-**

El tema que nos convoca requiere precisar los conceptos para acordar a qué nos referimos cuando utilizamos la expresión “indivisión postcomunitaria”. La expresión literalmente alude al estado de indivisión que se forma a la disolución de un régimen de comunidad. Pero a la hora de definir qué es un régimen de comunidad, encontramos divergencias en la doctrina. Una parte de ella, en la que se integra Zannoni, por ejemplo, define al régimen de comunidad como aquel que se caracteriza por conferir a ambos esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos por cualquiera de ellos, que serán partidos al liquidarse, en general, aunque no en forma necesaria, por partes iguales. Belluscio señala que al régimen de comunidad lo caracteriza la formación de una

masa de bienes que, al momento de la disolución del régimen, se divide entre los cónyuges o sus sucesores, sin que sea esencial la partición por mitades, ni tampoco la unidad de masa, ni de administración, ni de responsabilidad. Hay comunidad siempre que exista una masa común partible, y no la hay si ella falta. Vidal Taquini no comparte estos criterios, pues sostiene que la comunidad debe su nombre y su carácter distintivo a la existencia de una masa común entre los cónyuges. Esa masa común que constituye una unidad está alimentada por los bienes y las deudas de los esposos; debe en principio ser administrada por el marido, y esa unidad de masa y de administración se acompaña necesariamente con la unidad de responsabilidad. Por último, la masa común a la disolución del régimen se partirá en especie entre los cónyuges o sus herederos, sin ser necesaria la partición por mitades. Considera que, si bien caben atenuantes a los principios de unidad enunciados, cuando ellos desaparecen, también desaparece el régimen de comunidad. La comunidad, de acuerdo con la extensión de la masa, puede ser universal cuando por la celebración del matrimonio se convierten en comunes todos los bienes presentes y futuros, incluso aquellos de los que son titulares los cónyuges antes de contraer matrimonio; relativa o restringida como consecuencia de la exclusión de ciertos bienes o reducción a ciertos bienes, siendo sus principales manifestaciones la comunidad de muebles y ganancias o adquisiciones en la que se excluyen los inmuebles aportados al matrimonio, y la comunidad de ganancias o gananciales en la que cada cónyuge continúa dueño de sus bienes sin distinción entre muebles e inmuebles, siendo comunes los que se ganen durante la comunidad. También se considera que, de acuerdo con el modo de gestión, la comunidad puede ser de administración marital, separada o conjunta. Es precisamente esta diferente comprensión del régimen de comunidad la que hace necesario definir el denominado “régimen de participación”, acerca del cual cabe señalar también que no existe consenso, tampoco en cuanto a su conceptualización. Zannoni y Belluscio lo definen como aquel en que, estando durante el régimen la gestión de los bienes separada –esto es, que cada cónyuge administra y dispone de los bienes de su titularidad– a la disolución aparece un derecho creditorio de uno contra el otro, que se satisface mediante la entrega de una suma de dinero, sin perjuicio de que puedan darse bienes en pago. La ganancia resulta de la diferencia entre el patrimonio final y el patrimonio inicial, y la compensación se realiza mediante la entrega por el que tiene una ganancia mayor al que tiene una ganancia menor de la diferencia entre una y otra. Según esta concepción, el régimen de participación se asemeja al de comunidad de gestión separada porque, en ambos, la situación es similar durante el matrimonio, y se diferencia porque, en la comunidad, a la disolución, se forma una única masa partible de la cual son propietarios ambos cónyuges o sus sucesores, mientras que en el de participación no hay unidad de masa, sino sólo aparece el derecho creditorio de uno contra el otro. Por su parte, Vidal Taquini caracteriza el régimen de participación porque durante el matrimonio se aplican las reglas del régimen de separación de bienes y a la disolución se realiza una partición entre los cónyuges. Atendiendo a las distintas modalidades

de la partición, corresponde hablar de regímenes de participación, y éstos pueden ser de participación en los adquiridos, cuando a la disolución se forma una masa destinada a ser dividida entre los cónyuges, y de participación en la ganancia, cuando no se forma una masa común, mientras que la ganancia está dada por la diferencia que existe entre el patrimonio final y el patrimonio inicial, en tanto que la compensación se realiza a través de la entrega por el cónyuge que tiene una ganancia mayor al que tiene una ganancia menor de la diferencia entre una y otra. De estas distintas concepciones de los regímenes de comunidad y de participación, surge que un régimen de gestión de bienes separada, en el cual al momento de la disolución se forma una masa de bienes destinada a ser partida entre los cónyuges, sea calificado por uno como régimen de comunidad de gestión separada y por otros como régimen de participación en los adquiridos. Lo cierto es que, cualquiera sea la calificación que se le dé a un régimen de tales características, desde la disolución se produce un estado de indivisión entre los cónyuges, o entre uno de ellos y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos, que se extiende hasta la partición. La denominación “indivisión postcomunitaria” refiere entonces a la que se produce a la disolución del régimen de comunidad, cualquiera sea la extensión de éste y cualquiera sea el modo de gestión. Aquellos autores que consideran que el régimen es de participación en los adquiridos cuando la gestión y la responsabilidad son separadas, prefieren la denominación “indivisión postrégimen”. No obstante, admiten la denominación “postcomunitaria” por ser de uso común, por existir consenso en cuanto a su empleo. El estado de indivisión es una situación pasajera o transitoria impuesta por las circunstancias determinadas en la ley y destinada a concluir con la partición. Esta vocación a concluir no puede llevar a descuidar la regulación de cuestiones que se presentan durante su existencia, la que, en realidad, suele ser más prolongada de lo deseado, como las atinentes a cuáles son los bienes que ingresan en el estado de indivisión, la gestión de esos bienes indivisos, la responsabilidad por las deudas, el pago de los acreedores y su intervención en un proceso liquidatorio, el modo de realizar la partición y la situación de las deudas, una vez hecha la adjudicación de su parte a cada uno de los cónyuges. Las distintas legislaciones han atendido en mayor o menor medida y con mayor o menor precisión a estas cuestiones. Encontramos normas en legislaciones extranjeras referidas a la formación del inventario, que comprende el activo y el pasivo y el avalúo, tal el Código español, leyes 11 y 30 de 1981, art. 1396, y el Código de Uruguay, régimen de la ley 10783, en el cual se prevén formas solemnes para el inventario así como la citación por edictos a todos lo que tuvieran interés cuando se inician los procedimientos de liquidación. Regulan también el orden de pago de las deudas; en el Código español citado se mandan pagar en primer término las alimenticias y, si el activo no alcanza para el pago de otras deudas, se deberá observar lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos. En cuanto a la responsabilidad por las deudas no canceladas antes de la partición, el Código español prevé que los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo el no deudor con los bienes que se le hayan adju-

dicado. En Francia, la ley 65-570 de 1965 estableció que, en caso de que subsistan deudas comunes luego de la partición, cada cónyuge puede ser perseguido por el total de las que contrajo y por la mitad de las contraídas por el otro; en tanto la legislación alemana de 1957 dispone que, cuando los bienes se dividen antes de pagadas las deudas, responde ante el acreedor incluso aquel que al momento de la partición no le correspondía tal responsabilidad. El Código de Uruguay, en el régimen de la ley antes citada, establece que los interesados que no concurren al proceso liquidatorio sólo tendrán acción contra los bienes del cónyuge deudor. Asimismo, en el Código español se regula el derecho de los acreedores durante el proceso liquidatorio, a quienes se les reconocen los mismos derechos que se les confieren en la partición y liquidación de herencias. El conocimiento de las distintas soluciones extranjeras es de interés para nosotros, por cuanto nuestra legislación no contiene una regulación adecuada y precisa relativa a este estado, desde que son insuficientes las normas sobre administración de los bienes durante este período, sobre la responsabilidad de los cónyuges por las deudas que durante él se contraen y por las contraídas durante el régimen y no canceladas antes de la partición.

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-**  
Muchas gracias. Tiene la palabra el doctor Córdoba.

**Dr. Córdoba.-**

La clara exposición de profundo contenido efectuada por la profesora Ángela Vázquez me exime de la obligación de ilustrar sobre el tratamiento legislativo doctrinario y jurisprudencial correspondiente a la cuestión, no sólo en el ámbito del derecho nacional, sino además en el correspondiente a los países de mayor influencia en el desarrollo de nuestra normativa. No obstante ello, considero de interés resaltar algunas de las cuestiones por ella expuestas. Sabido es que nuestro Codificador, en su nota al art. 3451, destacó que la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley no fomenta, que los copropietarios no están unidos sino por la cosa misma y no por su voluntad. Tal aseveración responde a la misma tendencia que emana del contenido original del Código francés, es por ello que Ripert ha expresado que la indivisión, en aquella legislación, era un régimen inorgánico destinado a un breve plazo. En tal ámbito, parcialmente, quedó salvada la cuestión a partir de la vigencia de la ley 570 del año 1965. Entre nosotros se promueve modificar el estado legislativo de la cuestión mediante el Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, que posee estado parlamentario en trámite ante la Cámara de Diputados Nacional. En tal propuesta legislativa, a partir del art. 475, se prevén las cuestiones relativas a la gestión de los bienes, a la designación de administrador, a los frutos y rentas, y al pasivo durante el estado de indivisión postcomunitaria. Creo conveniente advertir que tal denominación, según mi criterio, no resulta adecuada ni a la ley que nos rige ni a la que nos regirá en caso de que tal Proyecto se convierta en ley vigente, ya que durante la vigencia plena de los efectos matrimoniales no existe comunidad; no existe

unidad de administración, no existe imposibilidad de disposición individual, salvo en los supuestos de excepción y que responden a una naturaleza distinta de la de la comunidad o copropiedad, toda vez que se dan supuestos no referidos a bienes gananciales o comunes en los cuales la norma impone la exigencia de actuación conjunta. Es el caso contemplado en el art. 1277, 2º párrafo. Considero más apropiado referirme a este estado como el de “indivisión postrégimen”. Acerca de su naturaleza hay diversas posiciones; podemos citar como relevantes las de Gustavino y Mazzinghi, quienes han sostenido que tal estado, que se desarrolla entre la disolución del régimen y la partición, constituye un condominio sobre cosas y copropiedad sobre bienes inmateriales. Desde mi punto de vista, no es así, pues en la especie no están dados los requisitos establecidos en el art. 2675 de nuestro Código Civil, toda vez que este estado no se ha constituido por contrato ni por acto de última voluntad ni es uno de los casos que la ley designa. En realidad, debería analizarse si esta situación no constituye un estado de indivisión comunitaria, ya que es en él donde aparece la unidad en masa, y para alguna doctrina, también de administración y responsabilidad. En el mencionado Proyecto de Código Civil y Comercial, al cual debemos reconocerle una clara y armónica redacción de sus contenidos –tal cual lo destacara hace pocos días el Dr. López Cabana en oportunidad en que disertáramos sobre la cuestión, en similares jornadas a la presente desarrolladas en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora–, se establece el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, el de sus herederos a efectos de los actos de administración y disposición de los bienes integrantes de la indivisión, así como también el acrecimiento a la indivisión de los frutos y rentas de los bienes indivisos, por lo cual se habilitaría la posibilidad de hablar, en ese caso, también de un estado de indivisión comunitaria. Pero, más allá de estas cuestiones que se refieren a la naturaleza de este estado en nuestra legislación vigente y en la evolución de la doctrina nacional, corresponde destacar cuál es la estructura normativa en legislaciones extranjeras para intentar el arribo a conclusiones que resulten útiles a los efectos del mercado común pactado en el Tratado de Asunción, suscripto por nuestra República en esa ciudad el 26 de marzo de 1991. Ya se ha referido la profesora Vázquez a varias de las legislaciones que nos influyen y nos han influido. Brevemente, podemos indicar que en Suiza, según las disposiciones de los arts. 154 y 155, los esposos se rigen por el régimen que hayan establecido, pero frente a terceros el marido carga con el déficit existente durante la indivisión, salvo que pruebe que aquél ha sido causado por la mujer. El Código chileno organiza la cuestión en el contenido de los artículos que abarcan desde el número 1764 al 1780, imponiendo durante la indivisión la responsabilidad absoluta del marido frente a terceros y, con respecto a las cuentas entre cónyuges o ex cónyuges, un descuento en la porción por mitades. El Código Civil de Brasil, a partir del art. 262, se ocupa de la comunidad universal, de la comunidad parcial, del régimen de separación y del dotal, para establecer, con la norma contenida en el art. 268, que con la liquidación de la comunidad cesa la responsabilidad por las obligaciones del otro. Hace pocos minutos tuve la oportunidad de participar, junto con

la Dra. Linda Goupil, quien se desempeña como Ministra de Justicia del Gobierno de Quebec, de las conferencias dictadas en nuestro Congreso de la Nación sobre cuestiones del Derecho de Familia. Resultó de sumo interés comprender cómo, a partir de las normas relativas al Derecho de Familia, se ha desarrollado la modificación de las demás cuestiones integrantes del Derecho Privado, no tan sólo del Civil, y además atender a la necesidad que provoca la influencia de estados extranjeros a efectos del otorgamiento de instrumentos jurídicos equivalentes a los existentes en aquellos estados. Tal es la conclusión que nos impone el deber de armonizar nuestro derecho interno con el de los demás estados miembros del Mercado Común, creado a partir del Tratado de Asunción. Tengamos en cuenta lo ocurrido en relaciones similares, tal el caso del Tratado de la Unión Europea, que comienza a raíz de un proceso de integración suscripto en Roma, en marzo de 1957, por tan sólo Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, con el objeto práctico de suprimir las fronteras entre ellos; es decir, de evitar los impuestos aduaneros a los efectos de la comercialización del carbón y del acero. Fue el Tratado de la Comunidad Europea del carbón y del acero el que dio lugar a un desarrollo que continuaron tratados tales como el de la Comunidad Económica de la Energía Atómica, etc., los que derivaron en la determinación de una autoridad supranacional con un parlamento, tribunal de justicia y moneda propios, para llegar, en los últimos tiempos, al tratamiento de cuestiones que hasta entonces quedaban reservadas al Derecho Privado interno. Ejemplo claro de ello resultó la resolución de la Corte Europea que admitió la acción y condenó a Francia a una multa por no haber respetado el derecho a su identidad personal a un sujeto que, tras una intervención quirúrgica tendiente a la modificación de su sexo, reclamó ante la justicia francesa la rectificación de éste en los registros de las personas. La Corte Europea revocó así una decisión del Tribunal de Casación del país galo, evidenciando con ello cuál ha sido la evolución de la injerencia supranacional, aun en cuestiones denominadas como personalísimas. Evidentemente, orden público interno que llega a tener tratamiento trasnacional como derivación de la evolución de algo que nació como una cuestión exclusivamente comercial. Respecto de la evolución de nuestro mercado común, vuelvo a poner énfasis en la necesidad del otorgamiento de instrumentos jurídicos equivalentes a los existentes en los otros Estados miembros, considerando además que ésta es la oportunidad adecuada, toda vez que existe un consenso generalizado en nuestra comunidad jurídica tendiente a la reforma de la estructura legislativa de nuestro Derecho Privado, que resulta coincidente con la etapa vivida por Brasil –además, el país de mayor interacción con el nuestro– y a poco de producirse una sustancial modificación de la legislación paraguaya a través de su nuevo Código Civil. Tal vez sería necesario analizar la conveniencia de legislar un proceso liquidatorio del régimen patrimonial conyugal que recoja alguno de los aspectos considerados en la ley 11867, de Transferencia de Casa de Comercio, para permitir la liberación, en tiempo determinado o determinable, del cónyuge que no contrajo la obligación y brindar así certeza a los negocios jurídicos de cada uno de los esposos frente a terceros.

Debe tenerse en cuenta que la cuestión, si bien integra el Derecho de Familia, posee, como excepción, un contenido patrimonial o económico, en el cual quedan comprometidos los intereses de terceros que, con motivo de la flexibilización de fronteras y la intensificación del tráfico jurídico, se relacionan jurídicamente con los cónyuges, con prescindencia de la territorialidad.

Lo aquí expuesto, obviamente, no contiene conclusiones, sino tan sólo propone el análisis de aquellos temas que podrán ser desarrollados por los ponentes en las futuras jornadas, intentando así cumplir el objetivo de esta mesa redonda.

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-**

Agradezco a todos los participantes y asistentes y los invito a la próxima mesa redonda, la última de este ciclo, que también estará dedicada a dos temas: uno de Derecho Internacional Privado y otro relativo a la enseñanza del derecho.

*(Aplausos.)*

*– Con lo que finalizó el acto*