

# **RESUMEN DE PRIVADO 6**

**-FAMILIA**

**-SOCIEDAD CONYUGAL**

**-SUCESIONES**

# **Derecho de Familia**

**Concepto de derecho de Familia:** Cestau señala, que se conoce por derecho de familia al conjunto de normas de derecho que rigen la constitución, el funcionamiento y la disolución de la familia.

**Actos Jurídicos familiares:** Son pues aquellos que son legalmente aceptados en el orden jurídico por los cuales se afectan las relaciones familiares o los derechos subjetivos familiares. A estos actos en principio se les aplica las normas que regulan los actos jurídicos comunes pero hay normas específicas para determinadas situaciones de familia, por ejemplo el caso de la capacidad para contraer matrimonio etc. Además en muchos casos estos actos no pueden, además someterse a términos ni condiciones como es el caso el reconocimiento de un hijo natural.

En cuanto a la clasificación de estos actos podemos decir que tenemos: Actos bilaterales, unilaterales y multilaterales; Constitutivos y declarativos; personales y patrimoniales.

## **Caracteres del derecho de familia:**

**A- Contenido ético de sus instituciones:** En ningún otro campo influyen como en este la religión, la costumbre, la moral. Por eso se explica en este derecho la existencia de preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles porque el derecho, o es por si mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree mas conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre. Ejemplos Art. 129 y 256 del Código Civil.

**B- Solemnidad:** El Estado interviene en distintos actos de familia, ya sea a través de órganos judiciales o administrativos. Predominan las formas solemnes y la intervención del poder estatal. Ejemplo: El Matrimonio, reconocimiento de hijos naturales.

**C- Orden Público:** El derecho de familia esta regido por un conjunto de normas de orden público, que no pueden modificarse por la voluntad de los particulares.

**D- Indisponibilidad y duración:** No vale su renuncia o su transmisión, de esta forma nadie puede transmitir su calidad de hijo, tampoco no puede transmitirse el derecho de pedir alimentosa, salvo en el caso de pensiones atrasadas. Por otra parte, los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables.

**El derecho de familia en el orden jurídico uruguayo:** En nuestro país el derecho de familia esta básicamente contenido en el Código Civil, pero el tema no le es ajeno a la Constitución de la

República (Ej. Art. 40, 41, 42 y 49), y a otras leyes que regulan temas de familia a decir: CNA, ley de Unión concubinaria etc.

## **FAMILIA**

**Concepto:** Para determinar su concepto se ha partido desde dos puntos de vista:

**A) El hecho de la convivencia:** se considera a la familia al conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, esto incluiría a la familia a los allegados y sirvientes, este criterio actualmente esta superado.

**B) Partiendo de un concepto afirmado en los vínculos Jurídicos existentes dentro de la familia, se distinguen dos corrientes conceptuales:**

**En un sentido amplio:** la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

**En sentido restringido:** la familia la constituye la denominada familia nuclear, o sea la integrada por padres e hijos.

**Concepto de Familia en nuestro derecho:** dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen diversas disposiciones que refieran a la familia y lo hacen adoptando los distintos criterios expuestos.

Pero la ley no define de modo general a la familia, sino que solamente puede encontrarse alguna conceptualización específica, referida al uso y habitación, como el Art. 545 del CC y que responde a una realidad social de la época de aprobación del mismo. Por tanto es de marcar que no es posible encontrar un concepto legal de familia.

Actualmente en la legislación por mas que no se da un concepto legal de familia se ha dado un a importancia creciente al elemento convivencia. Esto lo vemos en el CNA Art. 51 nuevos obligados alimentarios. En la ley de concubinato.

## **Estado de Familia**

## **ESTADO DE FAMILIA O ESTADO CIVIL.**

**CONCEPTO DE ESTADO CIVIL:** el Art. 39 CC. define el estado civil como la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones.

Buena parte de la doctrina (Guillot) critican esta definición, ya que entienden que nuestro codificador, confunde estado civil con capacidad. Chacón señala que el estado civil es la posición legal de una persona en la familia y en la Sociedad, que le imprime un carácter o calidad y le confiere ciertos derechos y obligaciones civiles.

### **Persona y Estado Civil:**

El estado civil refiere solamente a las personas físicas, las personas jurídicas no tiene estado civil. En primer lugar es necesario identificar a la persona en cuanto tal, el paso siguiente, y mirando hacia la familia, será necesario identificar, la familia a la que el individuo pertenece, y esta identificación proporcionara algo más que todo ello, entraremos en le área de la identidad familiar de la que el hilo conductor es la maternidad y de allí surgirá el estado de familia o estado civil. De ahí deriva la importancia del estado civil o estado de familia, pues conlleva un derecho fundamental de las personas como es el derecho a la identidad.

### **CARACTERES:**

- a) carácter personal:** es inherente a la persona humana tener cierto estado civil. O sea, toda persona proviene de otra, por tanto siempre tenemos una posición dentro de la familia.
- b) caracteres de orden público:** el estado civil no puede ser creado ni modificado libremente por las personas, ya que el derecho determina las formas y ritos que hay que seguir para modificar ese estado.
- c) carácter indivisible:** el estado civil puede ser múltiple (por ejemplo ser hijo y casado), pero no puede ser contradictorio (o sea, no se puede ser casado y soltero al mismo tiempo).
- d) inalienabilidad relativa:** el estado civil no es enajenable, irrenunciable, imprescriptible.

**Estado de familia, Título y Posesión de estado:** el título de estado es el vínculo familiar legalmente constituido y debidamente acreditado, que origina derechos y obligaciones entre las personas a quienes liga (Mazzinghi).

La posesión de estado consiste en el ejercicio prolongado de los derechos y obligaciones propias de una situación familiar con prescindencia de que quien los ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él (Mazzinghi).

### **La unión concubinaria ¿genera estado civil?**

La ley 18246 ha regulado exclusivamente lo referido a las relaciones personales entre concubinos y a sus relaciones patrimoniales.

La ley no le ha reconocido a la unión concubinaria el derecho de generar parentesco.

Además en las distintas situaciones en que se genera estado civil hay una intervención del registro de Estado Civil, esto no está previsto para el caso de la unión concubinaria. En efecto, una vez que el juez dicta su fallo en el proceso de reconocimiento no se prevé que oficie la situación al Registro de Estado Civil.

Por tanto cabe afirmar que la situación de concubinos no crea un estado civil, mas allá de lo que sociológicamente pueda observarse en ese grupo humano.

### **Breve noción Sobre acciones de estado:**

Las acciones de estado civil apuntan a obtener un título de estado. Por tanto no estamos ante una de estas acciones cuando se reclaman alimentos.

La doctrina clasifica las acciones de estado en: 1- de emplazamiento y 2- de desplazamiento. Acciones de emplazamiento tiene por objeto ubicar a un sujeto en un estado de familia, mientras que las segundas tienen por objeto destruir el título de estado que el mismo detenta. Ejemplo de acciones de desplazamiento o de impugnación tenemos la acción de desconocimiento de la paternidad art. 218 y ss. Del CC, pues en ese caso de corresponder, se destruye la presunción de paternidad legítima y se desplaza al hijo legítimo, madre y padre legítimos de sus respectivos estados civiles.

Como ejemplo de una acción de emplazamiento tenemos la acción de reclamación de filiación legítima Art. 225 del CC.

### **Prueba de Estado Civil:**

El estado civil de las personas será probado en primer lugar por los testimonios de las correspondientes actas asentadas en los Libros correspondientes, llevados por los Oficiales de Estado Civil. Las partidas por su carácter de instrumento público hacen plena prueba. Ello sin perjuicio de poderse impugnar la falsedad de los referidos documentos. En caso de ausencia de este medio probatorio tenemos a los medios supletorios, constituidos por otros documentos auténticos, declaración de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos de los correspondientes estados civiles y en último lugar por la posesión notoria del estado civil.

## **PARENTESCO**

### **Concepto:**

Es el vínculo existente entre personas que descienden la una de la otra o bien de un ascendiente común.

Conforme a nuestro derecho es el lazo o vínculo de familia que une a dos personas como consecuencia de la filiación o del matrimonio.

El vínculo debe definirse como colectivo, el mismo subsiste no sólo en las relaciones inmediatas entre las personas que dan lugar a dicho vínculo (por ejemplo padre A hijo B), sino que se comunica y se entiende en el sentido de que el hijo B se convierte en pariente también respecto de las otras personas, que forman parte de la familia del padre A.

El vínculo de parentesco no tiene límites pero la ley, solo le asigna, en general relevancia jurídica al parentesco que se da dentro de ciertos grados.

### **Clasificación del Parentesco:**

#### **1- clasificación según el origen:**

**A) parentesco por consanguinidad:** es el vínculo existente entre personas que descienden o bien una de la otra o bien de un ascendiente común. Este parentesco podrá ser simple o doble conjunción (por ejemplo, si los hermanos tienen los mismos padres será de doble conjunción. Si tienen un padre en común es de simple conjunción).

El parentesco por consanguinidad se extingue por la muerte de las personas vinculadas.

**El parentesco por consanguinidad puede ser en línea recta o colateral.**

**-Línea Recta:** Une a dos personas que descienden una de la otra, ejemplo padre e hijo legítimo.

**-Línea colateral:** une a dos personas que descienden de un tronco común, el cual puede ser:  
Simple o unilateral: se da cuando sólo se tiene un ascendiente común (caso del medio hermano).  
Doble o bilateral: se da cuando sólo se tienen ambos ascendientes en común: Ej. Hijos de la misma madre y mismo padre.

**El parentesco por consanguinidad puede ser legítimo o natural:** según provenga de un matrimonio (legítimo), o de una unión extramatrimonial (natural).

**B) parentesco por afinidad:** es el lazo que une a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Este vínculo no es extensible a por ejemplo el hermano de un cónyuge con los familiares de su otro cónyuge.

Hay que aclarar que los cónyuges no son parientes entre sí.

En el parentesco por afinidad es posible distinguir:

**-Afinidad en línea recta:** cuando se hace referencia a las personas que son parientes consanguíneos en la línea recta con un cónyuge (suegro y yerno).

**-Afinidad en línea colateral:** cuando se hace referencia a las personas que son parientes consanguíneos en línea colateral con un cónyuge Ej. El marido con los hermanos de su esposa.

### **Extinción del parentesco por afinidad:**

El parentesco por afinidad nace con el matrimonio, pero existe la duda respecto a determinar cuando se produce su extinción.

El Art. 197 del CC. Establece que después del divorcio la afinidad solo continúa como impedimento dirimente a los efectos del Art. 91 del CC.

Para Irureta Goyena este artículo implicaba que el parentesco no se extinguía con el divorcio, pues de lo contrario no entrañaría un impedimento para el matrimonio.

Sin embargo para la posición mayoritaria el parentesco se extingue, pero que el legislador dispone que de todos modos constituye un impedimento para el matrimonio por razones morales.

Respecto a la muerte la situación no es tan clara; aunque se puede afirmar que existe una fuerte posición de aceptar que también la muerte pone fin al parentesco por afinidad, por entender que si nace con el matrimonio también se extingue cuando este se extingue.

**C) Parentesco legal o adoptivo:** Es el que proviene de la adopción. De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 249 del CC el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural. Por lo tanto y coincidiendo con Cestau la adopción no es fuente de parentesco.

**D) Parentesco espiritual:** tiene origen en dos sacramentos de la Iglesia Católica: El bautismo y la confirmación.

## **2) Clasificación según su calidad.**

A) Legítimo: une a dos personas de filiación legítima o cuando todos los parientes intermedios son de filiación legítima.

B) Natural: es el que une a dos personas que no son de filiación legítima o que, a pesar de serlo no lo son todas las personas intermedias.

C) Adulterino (concebido fuera del matrimonio estando uno de los padres casado)

D) Sacrílego: procreado por personas, o por una persona legada por votos religiosos que impusieran el celibato o castidad.

E) Incestuoso: derivado de dos personas que tenían impedimentos para contraer matrimonio por vínculos estrechos de parentesco.

Cabe agregar que las tres últimas categorías no existen en la actualidad en nuestro derecho.

## **3) Parentesco según la línea y el grado.**

**Concepto de línea:** Serie de personas que ascienden o descienden unas de otras, o que vienen de un tronco en común. (Art. 1015 CC.) La línea es el conjunto de grados.

Línea recta: serie de personas que ascienden o descienden inmediata o mediatamente una de otras.

Línea Colateral: personas que si descendier una de otras viene de un mismo tronco (art. 1015 CC). Ej. Hermanos, Primos, etc.

**Concepto de grado:** es la distancia que existe entre dos personas de una misma línea (Art. 1016 del CC).



Subdivisiones de líneas: tanto la línea recta como la colateral, pueden ser ascendentes; o descendentes, paternas maternas.

- Línea recta ascendentes: los padres, los abuelos, los bis abuelos y los tatarabuelos respecto de los descendientes.
- Línea recta descendente: es la que liga a una persona con las personas que de ella descienden: los hijos, los nietos, bisnietos y los tataranietos.
- Línea recta paterna o materna: según se tomen en cuenta los parientes del padre o de la madre.

### **Sistema legal para establecer la distancia en le parentesco.**

**Línea recta**: se sube hasta el tronco y habrá tantos grados como personas descontado el tronco.

**Línea colateral**: se sube hasta el tronco común, que no se cuenta y luego se baja hasta la persona con quien se quiere computar.

## **Alimentos**

### **I. Aclaración previa**

A la luz de lo previsto por el art. 1 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (C.N.A.), puede afirmarse que este regula la prestación de alimentos en relación a los niños y adolescentes, mientras que la concerniente a las personas mayores de edad se rige por las normas del Código Civil (C.C.).

Lo anterior, explica su consideración en forma individual, sin perjuicio de la lógica vinculación existente entre ambos cuerpos normativos sobre determinados aspectos.

### **II. La obligación alimentaria en el Código Civil.**

Concepto: Es la obligación impuesta jurídicamente a una persona, económicamente posibilitada, de prestar a otra, actualmente necesitada, los recursos para la vida.

Fuentes: La obligación alimentaria puede tener su origen en la ley, en el contrato O en el testamento.

1) La ley.- La obligación alimentaria legal nace del texto legal que la impone, y por lo general, sólo surge entre personas unidas por lazos de parentesco. En este aspecto, el art. 41 de la Constitución, constituye la norma de mayor rango legal en la materia.

2) El contrato.- El contrato del que derive la obligación de alimentos, puede ser gratuito u oneroso (art. 1249 del C.C.) y puede convenirse entre personas que sean parientes o extraños entre sí. La duración, extinción y demás aspectos de la obligación, se rigen por las estipulaciones contenidas en el contrato que le dio vida.

3) El testamento.- El testamento del que emane la obligación alimentaria, puede ser solemne (abierto o cerrado) o especial y la obligación puede imponerse a personas que sean o no parientes.

El fundamento de la obligación alimentaria, radica en el deber moral de solidaridad que liga a los miembros de una misma familia así como en el derecho a la vida del acreedor o alimentado. Con relación a la obligación alimentaria, son necesarias y de interés las siguientes puntualizaciones:

a) La obligación alimentaria legal, más que un efecto propio del matrimonio, lo es del parentesco, como lo evidencia el que puedan exigirla los hijos naturales y los hermanos. En ciertos casos, la obligación alimentaria, no es consecuencia del matrimonio ni del parentesco, como sucede con las personas vinculadas por la adopción.

b) La obligación alimentaria, involucra a dos sujetos, por un lado, al activo, que es el acreedor de los alimentos -el alimentado- y, por otro, el sujeto pasivo, que es el deudor de aquellos y también se le denomina alimentante.

c) El vocablo "alimento", desde el punto de vista legal, tiene un significado más amplio que el conferido vulgarmente (comida), por cuanto, comprende a las necesidades de vivienda, comida, vestido, calzado, medicina, educación, y demás que deben ser satisfechas por el alimentante (art. 121 C.O y art. 46 C.N.A.).

d) Los efectos de la desheredación no se extienden a los alimentos necesarios y debidos por ley (art. 903 C.C.), por lo que el hijo que sea desheredado, conserva su derecho a recibir los alimentos necesarios.

e) Los padres no tienen la obligación de suministrar a sus hijos los medios para establecerse.

f) Para el C.C., los alimentos congruos, son los que habilitan al acreedor, a conservar, en lo posible, la posición que tenía antes de caer en la indigencia. Por excepción, los alimentos necesarios son los indispensables para sustento (arts. 183 inc. 2 y 903 del C.C.).

## **1. Requisitos de la deuda de alimentos**

Para que nazca la deuda de alimentos, se exige la concurrencia de varios requisitos.

- 1) Existencia de un título, sea una norma legal, un contrato o un testamento, por cuyo mérito, se imponga la prestación de alimentos. Ese título debe autorizar al necesitado de alimentos a demandarlos de la persona obligada.
- 2) Necesidad del acreedor o alimentado, en tanto, sólo puede reclamar alimentos quien está necesitado de ellos, en todo o en parte, y no le es posible adquirirlos por su propios medios.
- 3) Solvencia del deudor o alimentante, debido a que la insolvencia del deudor o la disminución de su capacidad económica, conducen a la exoneración o a la disminución de la deuda alimenticia.

## **2. Caracteres del derecho y de la obligación legal de alimentos 1)**

Caracteres de la obligación de alimentos:

- 1) Es eventual, pues sólo procede en caso de que se reúnan los requisitos mencionados: título para pedirlos, necesidad o indigencia del acreedor y solvencia del deudor.
- 2) Es provisoria y variable, por depender de las modificaciones que puedan alterar la situación patrimonial del deudor o del acreedor de alimentos, salvo cuando se la ha fijado por contrato o por legado.
- 3) Es, en general, recíproca, ya que, en principio, sólo se debe alimentos a aquel de quien, invertidas las circunstancias de hecho, se le podrán reclamar alimentos. La reciprocidad está prevista expresamente en los arts. 118 y 119 del C.C.

La excepción a la reciprocidad se encuentra en el art. 183 inc 1º que obliga únicamente al marido a prestar alimentos a la mujer.

II) Caracteres del derecho de alimentos:

Conforme a los arts. 121 a 126 del C.C. y el 52 del C.N.A., la obligación alimentaria determina el nacimiento de un derecho personalísimo que es: a) intransmisible activa y pasivamente, b) inalienable, c) inembargable, d) no puede ser exigido por un acreedor por la vía indirecta de la subrogación, e) es irrenunciable, f) la transacción sobre alimentos futuros no surte efectos hasta que no es aprobada judicialmente, g) la **pensión** de alimentos no puede ser compensada, h) no prescribe, i) puede ser invocado en cualquier momento, siempre que se reunan los requisitos exigidos a ese efecto.

## **3. Sujetos de la obligación alimentaria**

A) La obligación alimentaria entre cónyuges.- En este ámbito, corresponde distinguir diversas situaciones.

En la hipótesis de que la vida del matrimonio se desarrolle con normalidad, se deben tener presente las siguientes consideraciones en relación a la obligación alimentaria entre los cónyuges.

- a) La obligación alimentaria entre los cónyuges, no sólo deriva de la solidaridad familiar, sino que también se origina en la comunidad de la vida que se crea por el matrimonio.
- b) Existe una estrecha relación entre la vida de consuno y la **pensión** alimenticia entre cónyuges, razón por la que la esposa que abandona el hogar y se resiste a volver, no puede exigir que el marido le preste una **pensión**, salvo que pruebe que la separación se debe a culpa de aquél.
- c) Corresponde rechazar la demanda de alimentos que se promueva por la esposa si el marido demuestra la infidelidad de la actora así como el incumplimiento de las obligaciones que le son impuestas por el art. 127 del C. C.: "Los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilio recíproco."
- d) Los alimentos, que se brinden los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, forman parte, por su naturaleza, de los que el art. 127 del C. C. denomina "auxilio recíproco" y, por lo tanto, deben satisfacerse en el seno del hogar y no bajo forma de **pensión** alimenticia.

En cambio, cuando se está ante cónyuges separados de cuerpos, separados de bienes, o divorciados, si bien la obligación alimentaria entre ellos subsiste, deben hacerse algunas puntualizaciones.

- a) El inc. 1º del art. 183 del C. C. se refiere a la separación de cuerpos y al divorcio,
- b) La **pensión** a la que se alude por esa norma legal, se debe por el esposo sea culpable o no de la separación o divorcio, a la mujer no culpable de la disolución del vínculo matrimonial,
- c) Sobre el fundamento de la **pensión** del esposo culpable a la esposa no culpable, luego de la separación, no hay una opinión unánime sosteniéndose por algunos autores, la obligación alimenticia es, en este supuesto, una indemnización del esposo culpable a la mujer.
- d) En cuanto a sí la **pensión** alimenticia que corresponde servir al marido luego de decretado el divorcio, está o no supeditada a la prueba, por parte de la mujer, de que no puede procurarse recursos por medio de su trabajo, también se han sostenido dos posiciones.

De acuerdo a una primera postura, la mujer está obligada a acreditar que no puede procurarse recursos por sus propios medios. Una segunda posición, estima que no es exigible esta prueba a la ex esposa que reclama alimentos.

De lo expuesto, se extraen las siguientes conclusiones:

- i) La **pensión** alimenticia prevista por el inc. 1º del art. 183 del C.O se funda en la supervivencia de los vínculos creados por el matrimonio, aún después de la separación y el divorcio, a los

efectos de conceder la **pensión** alimenticia y en atención a la distinta situación del hombre y la mujer, estando ausente de nuestro derecho, la idea de indemnización basada en la culpa del cónyuge que dio lugar al divorcio. ii) La **pensión** se debe siempre por el marido a la mujer no culpable de la separación.

iii) Los alimentos establecidos en el inc. 1º son los congruos, y no se requiere que la reclamante esté en la indigencia.

El inc. 2º refiere a los alimentos necesarios y se requiere que el o la reclamante esté en la indigencia.

B) La obligación alimentaria entre adoptante y adoptado.

a) Hay obligación recíproca de respeto entre adoptante y adoptado quienes, a su vez, deben prestarse alimentos como primeros obligados (art. 137 num. 3 literal A y B del C.N.A.).

b) La obligación alimentaria no se extiende a la familia del adoptante ni del adoptado, por cuanto, la adopción solo establece relaciones jurídicas entre el adoptado y el adoptante y no entre cualquiera de ellos y la familia del otro.

C) La Obligación Alimentaria entre Parientes

En el caso de parentesco por consanguinidad, corresponde distinguir esta obligación según las líneas que determinan el parentesco.

a) Línea recta legítima, descendente o ascendente.- La obligación alimentaria es recíproca y se extiende al infinito: los ascendientes deben alimentar a sus descendientes y viceversa.

b) Línea recta natural descendente o ascendente.- En esta, la obligación alimentaria también es recíproca, pero limitada, ya que solo se genera entre padres e hijos. Si los hijos naturales son menores de 18 años o incapaces, la ley extiende la obligación de alimentos, sin reciprocidad, a los ascendientes, aun cuando sean naturales.

c) Línea colateral.-En esta se requiere que:

i) Alimentante y alimentado sean hermanos legítimos y ii) que el alimentado por causa inculpable por ejemplo: vicio corporal, debilidad de la inteligencia u otro- no pueda procurarse los alimentos necesarios para su subsistencia.

En el parentesco por afinidad, la obligación alimentaria se restringe sólo a la línea recta descendiente o ascendiente.

Conforme a lo dispuesto por el art. 119 del C. C., los parientes afines tienen la obligación recíproca de prestarse alimentos.

La obligación alimentaria entre afines cesa: cuando el suegro /a yerno o nuera Pasan a segundas nupcias; cuando fallece el cónyuge que producía la afinidad y los hijos de su unión con el otro.

No obstante lo anterior, la obligación alimentaria subsiste cuando el cónyuge sobreviviente no tenga ascendientes, descendientes o hermanos en condiciones de prestarle alimentos y pruebe que observa buena conducta.

#### **4. Momento desde el que se deben los alimentos**

Se deben desde la fecha de presentación de la demanda.

#### **5. Cuantía de la prestación de alimentos**

De acuerdo con lo establecido por el art. 122 del C. C., los alimentos deben ser proporcionados al caudal de quien los da y la necesidades de quien los recibe.

El juez reglará la forma y cuantía de la prestación de alimentos, aunque en general, se admite que presten en dinero, abonándose en forma periódica.

**6. Garantías de cumplimiento de la obligación alimentaria** Son de diversa naturaleza y entidad. A) Sanciones civiles:

1- Las **pensiones** alimenticias son inembargables (art. 381 C.G.P. y 52 num 2º C.N.A.).

2- Una vez que se han decretado los alimentos, si el obligado no los satisface, se procede a petición del acreedor de los alimentos por la vía de apremio. La sentencia de alimentos es título ejecutivo según el art. 377 del C.G.P.

3- Es justa causa de desheredación de los hijos, descendientes, padres y ascendientes legítimos el haber negado los alimentos sin motivo legítimo.

B) Sanciones penales: El Código Penal tiene sanciones penales en su art. 279 al penalizar el incumplimiento de los deberes inherentes a patria potestad.

#### **7. Cese de la obligación de alimentos**

La obligación de brindar alimentos cesa por causa de carácter general y por motivos especiales: A)

Causas generales: a- Solvencia del acreedor de alimentos, cuando este logra una situación económica que le permite prescindir de aquellos (art. 123 del C. C.).

b- Insolvencia del deudor de alimentos, es decir, cuando llega a un estado de deterioro económico que le impide darlos (art. 123 del C. C.).

c- Muerte del alimentante, aunque en el supuesto de asignación forzosa de alimentos, esta se transmite a los herederos del alimentante (arts. 870 y 871 C. C.). d- Muerte del alimentado. B)

Causas especiales:

- a- Mayoría de edad del alimentario.- La ley 16.719 del 11 de octubre de 1995, que fijó en 18 años la mayoría de edad, aclara que el derecho a alimentos de los menores de 21 años no cesa, salvo cuando fueran mayores de 18 años y dispusieran de medios económicos para su congrua y decente sustentación.
- b- Segundas nupcias del yerno o nuera, suegro o suegra.
- c- Divorcio: pues pone fin a la afinidad d- Segundas nupcias de la ex esposa.
- e- Vida desarreglada de la ex esposa (art. 183 inc. 1º del C. C. )
- f- Cuando el cónyuge sobreviviente que producía la afinidad no observa buena conducta o fallece (art. 119 del C. C.).

### **III. El deber de asistencia familiar en el Código de la Niñez y la Adolescencia.**

La asistencia familiar a la que refiere el C.N.A., es un concepto más extenso que la asistencia entre sujetos vinculados por lazos de parentesco o adopción.

En tal sentido, la asistencia familiar no se restringe a los miembros de la familia sino que abarca a otros que se encuentran legalmente asimilados a ellos, como sucede con el tercero tenedor, por ser responsable del niño o adolescente, según el art. 36 del C.N.A.

Por otra parte, si bien el C.N.A se aplica a los menores de dieciocho años de edad, ello no impide que, en materia de alimentos, el art. 50 disponga: "Son acreedores de la obligación alimentaria los niños y adolescentes así como los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno que no dispongan -en el último caso- de los medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación".

Se sigue el criterio adoptado por ley 16.719 en cuanto a la edad.

En cuanto a la asistencia familiar en sí, está constituida por el conjunto de obligaciones de cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ella, que tienen por finalidad la protección material y moral de sus miembros.

#### **1. Concepto, finalidad y proporcionalidad de los alimentos**

La obligación de alimentos refiere, en concreto, a la asistencia material.

En cuanto a la forma de su prestación, los alimentos pueden prestarse en dinero o en especie, lo que depende de lo que se convenga entre deudor y acreedor o se fije a nivel judicial.

En lo que concierne a su finalidad, es la satisfacer, según las particularidades en cada caso, las necesidades derivadas u originadas en: a) sustento, b) habitación, c) vestimenta, d) salud, e)

gastos destinados a la adquisición de una profesión u oficio, f) educación, g) cultura, h) recreación, i) e, inclusive, los gastos de atención a la madre embarazada, desde la concepción hasta el parto.

En cuanto a su monto, deben ser proporcionales a la situación económica de los obligados y a las necesidades de los beneficiarios.

## **2. Forma de la prestación de alimentos.**

Los alimentos serán servidos en: a) dinero o en especie o de ambas formas según las circunstancias de caso y b) se podrán efectivizar en forma periódica y/o anticipada, pudiendo el obligado originario requerir rendición de cuentas de quien administre la prestación, lo que será decidido por el juez (art. 47 C.N.A.).

## **3. Vigencia de la obligación alimentaria y alimentos provisionales.**

La pretensión de alimentos así como su aumento o reducción, se adeuda desde la interposición de la demanda al igual que la petición de aumentos o su pedido de reducción, pero en estos dos supuestos el juez, según el caso, podrá decidir que se apliquen a partir de que la sentencia quede ejecutoriada (art. 48 C.N.A.).

No obstante lo anterior, el juez al proveer sobre la demanda puede fijar alimentos provisionales, en atención a las circunstancias del caso (art. 49 C.N.A.).

Por su lado, la convención sobre alimentos celebrada extrajudicialmente, será exigible desde la fecha que se hubiere acordado entre los otorgantes (art. 48 inc. final C.N.A.).

En este aspecto y en relación a la **pensión** convenida extrajudicialmente, corresponde señalar que ningún acuerdo que no haya sido homologado por Juez competente puede ser, en materia de niños, niñas o adolescentes, ejecutado u opuesto frente a una demanda por alimentos.

En cuanto a la fecha a partir de la que se adeudan los alimentos convenidos y sometidos a la homologación judicial, se infiere de la armónica interpretación de los arts. 48 y 54 del C.N.A., que aquellos se deben a partir de la fecha que se hubiere convenido entre los celebrantes y, en su defecto, a partir de la fecha de la homologación del convenio por el juez.

## **4. Sujetos de la obligación alimentaria**

Entre los sujetos de la obligación alimentaria ha de existir un vínculo jurídico de importancia y, en tal sentido, el C.N.A, tomando en consideración a la realidad social, estableció un orden de preferencia en relación a los deudores de alimentos, incluyendo en el mismo a personas que el Código Civil obvió (art. 51 C.N.A.).



Es más, el Código Civil no prevé un orden de preferencia entre deudores, salvo en lo que concierne a situaciones concretas establecidas en los arts. 117 y 250 del C. C. A) Beneficiarios o acreedores Estos son:

- a) Los niños y los adolescentes mediante sus representantes o a través de un curador designado al efecto.
- b) Los mayores de 18 y menores de 21 años que carezcan de medios para su congrua Y decente sustentación.
- c) La mujer embarazada.
- d) Los que ejerzan la tenencia del niño o del adolescente. B) Obligados o deudores y orden de preferencia.

Esto depende de si el acreedor de alimentos se encuentra o no dentro del ámbito subjetivo de aplicación del C.N.A ( arts. 1 y 50 ) y, en caso afirmativo, estará sujeto a la aplicación de sus preceptos legales.

En el caso, de que se trate de un sujeto mayor de 18 años o que estando dentro del ámbito de aplicación del C.N.A adquiere la calidad de habilitado por contraer matrimonio, se regirá por las normas del Código Civil.

Los deudores u obligados a prestar alimentos, puede ser clasificados en las siguientes categorías.

- a) Principales: Son los padres o, en su caso, el o los adoptantes

La obligación alimentaria principal es la que se impone a los padres como surge del art. 41 de la Constitución de la República.

Como se indicó, de acuerdo al art. 50 del C.N.A., una vez que se han cumplido los 18 años, la obligación legal de brindar alimentos perdura hasta los 21 años siempre que el alimentado no disponga de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación. En el supuesto de que el hijo alcance la mayoría de edad y sea menor de 21 años, el padre puede solicitar que se le releve de la obligación alimentaria (art. 56 C.N.A.).

No obstante, si el hijo fuera mayor de 21 años de edad y no pudiera subsistir por sus propios medios, debe reconocérsele su derecho a reclamar alimentos de su padres

En el caso de adoptantes, la obligación alimentaria, les es impuesta por el art. 51 del C.N.A al igual que la de los padres.

Esta norma se debe interpretar conjuntamente con el art. 137 del C.N.A, el que establece como efecto de la adopción, la obligación de prestarse alimentos en calidad de primeros obligados.

b) Secundarios: En caso de imposibilidad o insuficiencia que afecte a la obligación alimentaria, esta se efectivizara de acuerdo al siguiente orden (art. 51 C.N.A.):

- i- Los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor obligado.- La norma se refiere a los abuelos y a todos los que integran la línea recta ascendente por consanguinidad.
- ii- El cónyuge respecto a los hijos del otro si convive con el beneficiario.- Se incorpora como obligado en subsidio a un nuevo pariente por afinidad y se le otorga relevancia al elemento de la convivencia, sin importar la filiación del hijo de su cónyuge que podrá ser matrimonial o no.
- iii- El concubino (a) con respecto a los hijos del otro si conviven juntos conformando una familia de hecho. Es decir, que la norma se refiere al concubinato more uxorio.
- iv- Los hermanos legítimos o naturales, teniendo preferencia los de doble vínculo.

Teniendo presente que el C.N.A prevé como beneficiarios de alimentos a los niños y adolescentes hasta los dieciocho años y a los menores de 21 en el caso de que no dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, la obligación alimenticia entre sujetos que no estén comprendidos dentro de tales limites se regula por las normas del C. C, por lo que la obligación alimentaria entre hermanos se rige por el art. 120 del C. C.

Corresponde advertir que en los casos indicados en los numerales i) y iv), si concurriera más de una persona en el mismo orden, la obligación será divisible y proporcional a la posibilidad de cada uno de los obligados.

## 5. Caracteres de la obligación alimenticia

La obligación alimentaria se caracteriza por mérito de los siguientes rasgos (art. 52 C.N.A.).

- a) Es intransmisible, aunque el derecho a demandar las **pensiones** alimenticias atrasadas se trasmite por causa de muerte.
- b) Es irrenunciable, excepto las atrasadas que si pueden renunciarse.
- c) Es inembargable.
- d) Es incompensable, salvo que lo adeudado refiera a la **pensión** alimenticia que se litiga.
- e) Es imprescriptible, en cuanto al derecho a solicitarlas, sin perjuicio de las ya generadas que pueden ser objeto de prescripción (Art. 1222 num. 1º C.O ).

## 6. Transacción sobre alimentos futuros

El derecho a pedir o recibir alimentos no puede ser pasible de transacción, pero esta sí puede recaer sobre el monto y la modalidad de la prestación en juicio.

Surte efectos una vez aprobada judicialmente (art. 2155 C.C.).

## 7. Modificación de la pensión alimenticia

En atención a la situación económica del deudor o bien según cuales sean la necesidades del acreedor, la **pensión** alimenticia puede ser objeto de aumento o reducción, siguiéndose el procedimiento de los arts. 346 y 347 del C.G.P.

## **8. Extinción de la obligación alimentaria**

La obligación alimentaria se extingue por las siguientes causas:

- a) Por haber alcanzado la mayoría de edad y disponer de medios para una congrua y decente sustentación o por ser mayor de 21 años (art. 56 ord. 1 C.N.A.). Cuando el acreedor sea mayor de 21 años, bastará que el obligado presente ante el juez, que dispuso la obligación, la partida de nacimiento de aquél para que decreta el cese de la obligación, de lo que se dará traslado por 20 días y, si la pretensión de cese no se contesta por el beneficiario, el juez decreta el cese. Si mediare oposición del acreedor al cese pedido por el obligado, se sigue el procedimiento de los arts. 346 y 347 del C.G.P.
- b) La imposibilidad del obligado (art. 56 ord. 2 C.N.A.);
- c) Por muerte del alimentante, sin perjuicio de ser una ejecución forzosa que grava la masa hereditaria (art. 56 ord. 3 C.N.A.).
- d) Por muerte del beneficiario (art. 56 Ord. 4 C.N.A.). En este caso, se extiende a los gastos funerarios que no se puedan cubrir de otra forma.

Los supuestos b) al d) siguen el procedimiento de los arts. 346 y 347 del C.G.P.

## **9. Omisión injustificada de servir alimentos**

En esta hipótesis y previa intimación judicial de cumplimiento de la obligación, el Juez de Familia dará cuenta al Juez de Letrado en lo Penal que corresponda, a los efectos previstos en el art. 279 del Código Penal quien, a su vez, le comunicará el resultado de las actuaciones que cumpliera sobre el particular.

Es de señalar que para la consumación del delito consagrado en el art. 279 A) del C.P., no es suficiente para ello el mero incumplimiento de la obligación alimentaria.

Para la conjugación del delito mencionado, se exige la omisión de cumplir con el deber de asistencia económica que es propio de la patria potestad y, que como tal, tiene un contenido más estricto y apareja la obligación de brindar lo necesario para el mantenimiento y subsistencia del alimentado.

Además, para apreciar si se ha configurado o no delito, se debe atender a la concurrencia de otros elementos, tales como si hay o no carencia de medios de subsistencia, si existe posibilidad o no de cumplir con la obligación de alimentos, la cuantía de la obligación así como la culpabilidad del

deudor, en tanto, se está ante una figura delictiva que requiere para su tipificación, el dolo en la conducta del alimentante.

Por otra parte, el art. 57 del C.N.A refiere al obligado judicialmente, por lo que la denuncia a nivel penal, recién puede radicarse cuando la **pensión** alimenticia ha sido resuelta judicialmente y se configura el incumplimiento de la sentencia dictada en sede civil.

## **10. Concepto de ingresos y límite**

Dentro del concepto de ingresos, se entiende todo lo que percibe el deudor alimentario por su trabajo o capital, tenga o no naturaleza salarial.

Por lo anterior y conforme al art. 58 del C.N.A., se considera ingreso a este efecto, el de cualquier naturaleza, se perciba en forma periódica o no y que se origine en: a) relación laboral, b) arrendamiento de obra o de servicio, c) prestación de la seguridad social.

Están equiparados al concepto de ingresos, los provenientes de: a) utilidades, b) beneficios o ganancias, c) cobro de intereses o dividendos.

En cuanto a los viáticos que perciba el deudor alimentario y que estén sujetos a rendición de cuentas, no se computarán a efectos de la **pensión** alimenticia. En cambio los viáticos no sujetos a rendición de cuentas, se computarán en un 35% a ese efecto.

La retención, a fin de cumplir con la obligación alimentaria, podrá ser mensual y no será mayor al 50% de los ingresos del obligado, siendo la resolución judicial que la fije, apelable sin efecto suspensivo (art. 58 C.N.A.).

Por otra parte, el art. 174 de la ley n° 16.226, aplicable a los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentren prestando tareas permanentes en el exterior, limitó las retenciones judiciales a los respectivos sueldos presupuestales.

Esa disposición, por virtud de la art. 78 de la ley n° 16.320, se extendió al personal militar designado en misión diplomática y oficial en el exterior.

Sin perjuicio de la opinable vigencia o derogación tácita de estas normas por confrontar con el art. 224 del C.N.A., las mismas fueron declaradas inconstitucionales por violentar el principio de igualdad establecido en el art. 7 de la Carta, en el entendido de que sólo es admisible que se legisle para grupos de personas de personas -estableciendo diferencias entre los mismos- cuando ello se haga en forma racional y siguiendo las pautas del constituyente, lo que no ocurre con esos preceptos (sent. n° 236/05 del 23/11/05 entre otras)

## **11. Medidas asegurativas**

La obligación alimentaria goza de medidas asegurativas de diversa naturaleza para garantizar su prestación (arts. 60, 61 y 62 del C.N.A.).

- a) Las empresas o los particulares que abonen retribuciones al obligado, aún cuando este no integre los cuadros funcionales o no esté en planilla de trabajo, deberán informar al juez los ingresos de aquél dentro del plazo de 15 días contados desde que recibieron el oficio pidiendo esa información. El incumplimiento de esta obligación hará pasibles a las empresas o particulares, de ser condenados al pago astreintes.
- b) En caso de incumplimiento del obligado que percibía ingresos de particulares o empresas, el juez ordenará la retención librando oficio a ese efecto. De no cumplirse la retención la empresa o el patrón serán personal, solidaria e ilimitadamente responsables del pago.
- c) El empleador o empresario que intencionalmente ocultare ingresos o haberes del deudor será considerado incurso en el delito de estafa, al igual que todo aquél que: i) obstaculizare o impidiere la correcta prestación de la obligación alimentaria; ji) simulare créditos contra el alimentante o de cualquier manera colaborase intencional o fraudulentamente a reducir el patrimonio del obligado.
- d) El alimentante, no podrá ausentarse del país sin la previa constitución de garantía suficiente de su obligación, a pedido del actor.

## **12. Proceso y competencia.**

La pretensión de alimentos sigue el régimen dispuesto por los arts. 346 y 347, inc. 2º del art. 349 y 350 del C.G.P ante el juez competente del domicilio del deudor o del demandado, a elección del actor.

## **13. Registro de deudores alimentarios**

De acuerdo a la ley 17.597 -que crea el Registro de Deudores Alimentarios- se consideran tales a efectos de su inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, a todas las personas que en forma acumulativa reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que estén obligadas a servir una **pensión** alimenticia a niños, niñas o adolescentes menores de 21 años o mayores de 21 años si se trata de personas discapacitadas, habiendo nacido la obligación por sentencia ejecutoriada o convenio homologado judicialmente.
- b) Adeuden más de tres cuotas alimenticias, total o parcialmente, se trate de alimentos provisorios o definitivos.
- c) Se les haya intimado judicialmente a los adeudos y el obligado no haya probado carecer momentáneamente de recursos para afrontar la obligación alimenticia. Una vez que sea intimado,

si el obligado se encontrase imposibilitado de cumplir, la tramitación de la oposición se realizará por la vía incidental.

No será procedente la inscripción, cuando de oficio o a petición de parte se acredite que existe una acción de rebaja o de exoneración de la **pensión** alimenticia no abonada por el obligado, iniciada con anterioridad a la petición de inscripción y esté pendiente de resolución definitiva. Una vez verificadas las condiciones necesarias para la inscripción, el Juez a pedido de parte ordenará la misma liberando el oficio correspondiente al Registro en el que se individualizará al deudor así como el monto adeudado.

Se establece por la norma legal mencionada que las entidades financieras previstas en el decreto ley 15.322 así como las emisoras de tarjetas de crédito deberán solicitar información al Registro antes del otorgamiento o renovación de créditos, apertura de cuentas bancarias, emisión o renovación de tarjetas de crédito. La omisión de este requisito o el otorgamiento cuando el solicitante se encontrar inscripto como deudor en el Registro, hará solidariamente responsable a la entidad financiera por el monto de la obligación alimentaria no cumplida, sin perjuicio de las sanciones que determine el Banco Central del Uruguay por su omisión.

También se establece que los organismos estatales, departamentales y las personas públicas no estatales deben solicitar información al Registro previo a contratar con sus proveedores, para conocer si están o no inscriptos como deudores alimentarios y, en tal caso, no podrán contratar con ellos hasta que se levante la inscripción.

La inscripción en el Registro tiene una duración de 5 años sin perjuicio de su reinscripción si se comprobare que se mantiene la deuda.

# **ESPONSALES Y MATRIMONIO.**

**CONCEPTO DE ESPONSALES:** según el art. 81 CC es la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, siendo un hecho privado, que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y que no produce obligación alguna en el fuero externo.

**ELEMENTOS:** derivados del art. 81 CC y son: a) es un hecho jurídico, b) es bilateral, c) no es necesaria la presencia de funcionario alguno, ya que es un hecho privado, d) no origina acción alguna por incumplimiento, e) su celebración no da lugar para demandar el matrimonio.

**EFFECTOS:** a) si bien no obliga a contraer matrimonio, si obliga a pagar la multa pactada por cualquier incumplimiento, b) por incumplimiento de los esponsales se resuelven las donaciones por causa de matrimonio, c) tiene efectos penales establecidos en el art. 275 CP.

**CONCEPTO DE MATRIMONIO:** es el negocio jurídico de naturaleza familiar consensual y solemne en el que intervienen un hombre y una mujer dotados de capacidad para ello y que origina el estado de matrimonio.

**NATURALEZA JURÍDICA:** para la doctrina según lo establecen los arts. 88 y 90 es un acto. Para otros autores es un acto complejo ya que se perfecciona con 3 voluntades (los contrayentes y el funcionario interviniente). Otros sostienen que es una Institución. El derecho Canónico señala que es un acto-contrato y un sacramento al mismo tiempo. Cicu señala que es un negocio jurídico de familia.

**CARACTERES:** a) es solemne, ya que debe cumplir con ciertas formalidades establecidas en la ley (por ejemplo que el matrimonio sólo puede ser celebrado por el Oficial de Estado Civil), b) es monogámico y heterosexual, c) es una unión estable pero no inmutable.

## **CAUSAS DE INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO:**

- 1) cuando el matrimonio es celebrado por una persona ajena o distinta a alguien designado por la Suprema Corte de Justicia cuando designa a los Jueces de Paz en el Interior del país

o cuando la autoridad administrativa designa a los Oficiales de Estado Civil en Montevideo o en algunos departamentos del Interior.

2) Los matrimonios que son celebrados por un demente o sordomudo que no puede darse a entender por escrito ni por lengua de señas, como también de los impúberes.

3) Son inexistentes también los matrimonios de personas del mismo sexo

**Efectos de la inexistencia del matrimonio:** Ineficacia total y absoluta del matrimonio, no pudiendo ser ratificada ni sanearse por el transcurso del tiempo.

No nace la sociedad conyugal no existirían los bienes gananciales, y los hijos habidos serán considerados hijos naturales.

**IMPEDIMENTOS PARA EL MATRIMONIO:** tenemos los impedimentos dirimentes y los impedientes o prohibitivos. Los primeros son los que obstan a la celebración de un matrimonio válido. Los prohibitivos no afecta la validez del matrimonio, pero sí afectan la regularidad de su celebración (en este caso la irregularidad puede acarrear sanciones civiles y penales).

IMPEDIMENTOS DIRIMENTES: 1) falta de edad (art. 91 nº1 CC): o sea es impedimento dirimente que la mujer no tenga 12 años cumplidos ni el varón 14. Esta nulidad puede ser promovida por cualquier interesado, por los cónyuges y por el Ministerio Público. Este es un impedimento dirimente absoluto, o sea, insubsanable hasta tener la edad habilitante.

2) Falta de consentimiento de los contrayentes (art. 91 nº2 CC): en realidad este artículo no trata la falta de consentimiento, sino la voluntad viciada por violencia o por error. El legislador en este caso no estableció el dolo como vicio de la voluntad.

El error puede darse cuando una persona se casa con otra pensando que se casa con su hermano gemelo, o alguien se casa con una persona con identidad falsa.

3) Vínculo no disuelto de un matrimonio anterior (art. 91 nº3 CC): hay que tener presente que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio legalmente pronunciado. En caso de no haberse dado alguna de estas causas no se puede validamente contraer nuevamente matrimonio. Están habilitados para pedir la nulidad del vínculo los interesados y el Ministerio Público.



4) Determinados vínculos de parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad (art. 91 nº4 CC): en este caso es indistinto si el parentesco es legítimo o natural. En el parentesco por afinidad, es impedimento sólo cuando nos encontramos en línea recta. Por tanto no se puede contraer matrimonio con quien fue suegro, suegra, nuera o yerno, o descendiente del otro cónyuge.

5) Determinados vínculos de parentesco en línea transversal o colateral (art. 91 nº5 CC): es impedimento dirimente al matrimonio el parentesco entre hermanos legítimos o naturales. Este límite se sitúa en el segundo grado.

6) El homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio contra la persona de uno de los cónyuges, respecto del sobreviviente (art. 91 nº6 CC): la primera situación es la del viudo o viuda cuyo cónyuge fue víctima de homicidio por parte de aquella persona con la que prevé contraer matrimonio. El legislador prohíbe esta situación. La segunda situación es clara.

7) Estipulación de consagración religiosa (art. 91 nº7 CC): es el caso en que entre los contrayentes se haya estipulado la consagración religiosa que posteriormente se incumplió. Este impedimento ocurre si se dan las siguientes situaciones: a) cuando la falta de consagración religiosa se haya dado como condición resolutoria, b) y que se reclame la consagración religiosa el mismo día de la celebración del matrimonio civil.

**IMPEDIMENTOS PROHIBITIVOS:** 1) asenso para contraer matrimonio (art. 105 a 110 CC): cuando los novios tienen la edad mínima requerida para contraer matrimonio, pero aún no tienen 18 años de edad, necesitan de la anuencia de determinadas personas para poder contraer matrimonio de forma regular. Nuestro codificador distingue según el menor sea de filiación legítima o natural. En caso de filiación legítima requieren la autorización expresa de sus padres (o en su defecto del ascendiente más próximo). En caso de filiación natural requieren la autorización de los padres que lo hayan reconocido (nada prevé acerca de la autorización de los ascendientes). En caso de que haya votos contrarios entre los padres que deben dar la autorización, se debe preferir el matrimonio y por tanto se celebrará el mismo.

- 2) aprobación de las cuentas de la tutela y la curatela (art. 111 CC): está prohibido el matrimonio entre el tutor y curador con las personas que tuvieron bajo su guarda hasta tanto no se haga la rendición de cuentas correspondiente.
- 3) plazo para la mujer desde la disolución o anulación del matrimonio anterior art. 112 CC): la mujer viuda o divorciada no podrá contraer matrimonio hasta el transcurso de 301 días después de la muerte del marido o de la separación personal. Este plazo podrá acortarse si se demuestra mediante certificado médico que la mujer no estaba embarazada. La finalidad de esta disposición es evitar los posibles conflictos de filiación.
- 4) declaración jurada de bienes de hijos (art. 113 CC): se prohíbe el matrimonio de quien teniendo hijos legítimos bajo su patria potestad no formule declaración jurada de que tales hijos no tienen bienes o si los tuvieren, de que dichos bienes han sido inventariados ante Juez competente.

### **Matrimonio in extremis.**

Se encuentra legislado en los Art. 84 a 87 del CC: y es un matrimonio extraordinario en cuanto a las formas. En este caso no se exime de las formalidades, solo se invierte el orden en que deben cumplirse.

Este tipo de celebración cabe cuando mediando certificado medico se probara que uno de los contrayentes se encontrara en peligro de muerte, frente a esta situación el oficial de registro de Estado Civil podrá celebrar el matrimonio postergando para el día siguiente el cumplimiento de las exigencias que regularmente deben cumplirse previamente a la celebración del mismo.

Cuando el matrimonio se celebra in extremis, luego de cumplidas las exigencias requeridas por el legislador, el Oficial de Estado Civil debe remitir el expediente al Juez de Familia competente a los efectos de que éste se pronuncie sobre su validez.

### **Matrimonio Por Poder**

En nuestro país se admite de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 100 del CC que dice "el matrimonio puede celebrarse por medio de apoderado especial en forma". Pueden comparecer ambos novios por medio de apoderado.

## **DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO DE MATRIMONIO.**

**A) DE LOS CÓNYUGES ENTRE SÍ:** a) deber de fidelidad: referido en el art. 127 CC. Cabe señalar que la ley 18.246 (unión concubinaria) introdujo la siguiente modificación, al decir que le deber de fidelidad de los esposos cesa al terminar la vida en consuno.

b) deber de auxilios recíprocos: implica no sólo auxilios materiales sino también espirituales.

c) deber de convivencia: ya que el abandono inmotivado de uno de los cónyuges del hogar conyugal puede dar lugar a una causal de divorcio.

## **B) DE LOS CÓNYUGES FRENTE A LOS HIJOS:**

### **A) Patria Potestad:**

**Concepto y naturaleza de la patria potestad:** Es el conjunto de derechos y deberes que la ley concede e impone a ambos padres sobre la persona y bienes de cada uno de sus hijos menores de edad no habilitados por matrimonio, a fin de que aquellos cumplan sus obligaciones de padres. Cabe decir que la designación de "patria potestad" no se ajusta a su contenido y organización actual, pues son términos que traducen idea de poder atribuido solo al padre. Hoy no es potestad pues no es poder y sí función protectora, y no es patria, porque es misión que corresponde simultáneamente a ambos padres y a veces solo a la madre.

Debemos decir además que: a. la patria potestad esta integrada, por un conjunto de derechos y deberes concedidos o impuestos a los padres sobre la persona y bienes de cada uno de los hijos; b. la patria potestad tiene un doble contenido, personal y patrimonial; c. importa una función meramente temporal; d. que los sujetos de la patria potestad son activos o pasivos y e. la patria potestad subsiste en interés de los hijos.

### **Derechos y Obligaciones en cuanto a la Persona de los padres y de los hijos:**

#### **Obligaciones de los Hijos:**

a. Honra y Respeto: Art. 256 y 257 CC y Art. 17 literal A del CNA. Parece claro que estas normas consagran un deber moral, sin límites de tiempo y espacio.

b. Obediencia: Art. 257 CC y Art. 17 literal A del CNA

- c. Abstenerse de demandar a sus padres: Art. 263 CC, aunque estaría derogado en cuanto exigía para demandar a los padres obtener previa licencia del Juez, atento a lo que establece el Art. 8 Inc. 2 del CNA: Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones...
- d. Alimentos: los hijos deben, llegado el caso, pasar alimentos a sus padres pues la obligación de alimentos es reciproca entre padre e hijos Arts. 118 y 279 CC.
- e. Prestación de servicios. Art. 259 del CC.

#### De los derechos y obligaciones de los padres:

Derecho de Guarda: Art. 257 CC. La guarda de los hijos menores de edad es, en sentido jurídico estricto, un atributo de la patria potestad, que es cosa evidentemente diferente a la tenencia. La guarda es la facultad de dirigir la educación del niño, regular su conducta, formar su carácter y sus ideas; es decir, se refiere a la dirección espiritual del niño o adolescente. El derecho de guarda hace posible que los padres, en pie de igualdad, vigilen, eduquen y corrijan a sus hijos.

Consecuencias que derivan de la Guarda: los menores sujetos a patria potestad tienen domicilio de ambos padres o el de aquel a cuya potestad están sometidos, los padres responden del hecho de los hijos que están bajo su potestad y vivan en su compañía.

Derecho de Corrección ley 18214: en su Art. 3 deroga en forma expresa el art. 261 del CC. En función de ello los padres no podrán concurrir al Juez para solicitar que interne a su hijo. Corregir a sus hijos o tutelados, excluyéndose la utilización de maltrato físico o cualquier tipo de trato humillante.

Derecho de Educación: Artículo 9º CNA. (Derechos esenciales).- Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación... Art. 16 literal H, CNA: H) Velar por la asistencia regular a los centros de estudio y participar en el proceso educativo.

Artículo 46. CNA (Concepto de alimentos).- Los alimentos están constituidos por las prestaciones monetarias o en especie que sean bastantes para satisfacer, según las circunstancias particulares

de cada caso, las necesidades relativas al sustento, habitación, vestimenta, salud y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, educación, cultura y recreación.

La ley dispone que los padres están solidariamente obligados a la educación de sus hijos, que es obligatoria la asistencia escolar, la enseñanza primaria, media, agraria o industrial, la enseñanza de los menores anormales patológicos, sordomudos y ciegos, que la educación comprende además el aprendizaje de una profesión u oficio, los padres tienen el derecho a elegir para la enseñanza de sus hijos, los maestros o instituciones que deseen.

Derecho de alimentos u obligación de mantenimiento: Artículo 45. (Concepto de deber de asistencia familiar).- El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma.

Bajo la denominación de alimentos, se alude en este Código a la asistencia material.

Derechos y Obligaciones en cuanto a la Persona de los padres y de los hijos:

Obligaciones de los Hijos:

- a. Honra y Respeto: Art. 256 y 257 CC y Art. 17 literal A del CNA. Parece claro que estas normas consagran un deber moral, sin límites de tiempo y espacio.
- b. Obediencia: Art. 257 CC y Art. 17 literal A del CNA
- c. Abstenerse de demandar a sus padres: Art. 263 CC, aunque estaría derogado en cuanto exigía para demandar a los padres obtener previa licencia del Juez, atento a lo que establece el Art. 8 Inc. 2 del CNA: Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones...
- d. Alimentos: los hijos deben, llegado el caso, pasar alimentos a sus padres pues la obligación de alimentos es reciproca entre padre e hijos Arts. 118 y 279 CC.
- e. Prestación de servicios. Art. 259 del CC.

### **De los derechos y obligaciones de los padres:**

Derecho de Guarda: Art. 257 CC. La guarda de los hijos menores de edad es, en sentido jurídico estricto, un atributo de la patria potestad, que es cosa evidentemente diferente a la tenencia. La guarda es la facultad de dirigir la educación del niño, regular su conducta, formar su carácter y sus ideas; es decir, se refiere a la dirección espiritual del niño o adolescente. El derecho de guarda hace posible que los padres, en pie de igualdad, vigilen, eduquen y corrijan a sus hijos.

Consecuencias que derivan de la Guarda: los menores sujetos a patria potestad tienen domicilio de ambos padres o el de aquel a cuya potestad están sometidos, los padres responden del hecho de los hijos que están bajo su potestad y vivan en su compañía.

Derecho de Corrección ley 18214: en su Art. 3 deroga en forma expresa el art. 261 del CC. En función de ello los padres no podrán concurrir al Juez para solicitar que interne a su hijo.

Corregir a sus hijos o tutelados, excluyéndose la utilización de maltrato físico o cualquier tipo de trato humillante.

Derecho de Educación: Artículo 9º CNA. (Derechos esenciales).- Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación... Art. 16 literal H, CNA: H) Velar por la asistencia regular a los centros de estudio y participar en el proceso educativo.

Artículo 46. CNA (Concepto de alimentos).- Los alimentos están constituidos por las prestaciones monetarias o en especie que sean bastantes para satisfacer, según las circunstancias particulares de cada caso, las necesidades relativas al sustento, habitación, vestimenta, salud y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, educación, cultura y recreación.

La ley dispone que los padres están solidariamente obligados a la educación de sus hijos, que es obligatoria la asistencia escolar, la enseñanza primaria, media, agraria o industrial, la enseñanza de los menores anormales patológicos, sordomudos y ciegos, que la educación comprende además el aprendizaje de una profesión u oficio, los padres tienen el derecho a elegir para la enseñanza de sus hijos, los maestros o instituciones que deseen.

Derecho de alimentos u obligación de mantenimiento: Artículo 45. (Concepto de deber de asistencia familiar).- El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma.

Bajo la denominación de alimentos, se alude en este Código a la asistencia material.

Derechos y obligaciones en cuanto hace a los bienes de los hijos:

En el ejercicio de la patria potestad los padres tienen el derecho y obligación de administrar los bienes de sus hijos menores de edad. Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo patria potestad. Si bien la administración legal y el usufructo legal son atributos diferentes e independientes, pudiendo los padres ejercerlos conjuntamente o separadamente, como lo proclama el inciso 1 del art. 267 CC.

Amplitud de la administración: en este caso es más amplia que las de los tutores o curadores. En cuanto a los límites a la facultad de administración, están derivan de la naturaleza del acto, ya de las naturales de los bienes objeto del negocio, ya del origen y de las condiciones en que los bienes se han incorporado al patrimonio del hijo.

Bienes respecto de los cuales los padres carecen de potestades administrativas: Los bienes que integran el peculio profesional o industrial; bienes que integran el peculio adventicio ordinario, cuando el donante o testador ha impuesto la condición de que no los administren los padres; de los bienes que integra el peculio adventicio extraordinario: cuando el donante o testador han impuesto la condición de que no lo administren los padres, cuando pasaron al hijo por indignidad o desheredación de los padrea.

Artículo 209 CNA. (Administración de los bienes).- El Juez Letrado de Familia o los Jueces Letrados Departamentales, cuando lo consideren conveniente, podrán entregar la administración de los bienes del niño o adolescente a instituciones bancarias de notoria responsabilidad.

La viuda en cinta conserva la administración de los bienes del hijo en gestación como si ya hubiese nacido Art. 274 CC.

Administración de los padres naturales: los padres naturales son los administradores de los bienes de sus hijos, si es que lo han reconocido voluntariamente, en el caso de los menores de 18 años solteros que no tiene la patria potestad no pueden administra los bienes de estos.

Facultades de conservación, administración y disposición atribuidas a los padres:

Actos conservatorios: Son aquellos que importando o no un enajenación, solo tienen por objeto preservar un valor patrimonial.

Actos de administración: son aquellos que importando o no una enajenación, además de conservar los capitales, tienen por fin hacerlos producir los beneficios que normalmente pueden ellos suministrar al propietario, de acuerdo con su naturaleza o destino.

Actos de disposición: son los que importando o no una enajenación, alteran o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital, o bien comprometen su porvenir por largo tiempo.

Distinción entre actos que no requieren en los padres autorización judicial de los que la requieren y de aquellos que no pueden realizarse ni aun condicha autorización:

Actos que no requieren autorización Judicial: Los padres pueden ejecutar libremente los actos de administración corriente o de conservación, por Ej. Cobrar lo que se deba a los hijos etc.

Los padres pueden, en principio, enajenar los bienes muebles de sus hijos. Excepciones: art. 271 numeral 1 y 2.

En cuanto al arrendamiento de los bienes de los hijos, ver Art. 511 y 1794 del CC en el caso de los padres tengan el usufructo y sean administradores de los bienes de sus hijos, cuando los padres son administradores, pero no usufructuarios, pueden dar en arrendamiento por el plazo máximo. Los padres pueden transar sobre bienes de sus hijos, siempre que la transacción no recaiga sobre bienes raíces o sobre objetos de valor de más de 500 UR.

Actos que requieren autorización judicial: Art. 271 numeral 1 y 2, art. 272, art. 400, 1056 y 1057.

Actos que no pueden celebrarse válidamente, ni aun con autorización judicial: Arts. 271 numeral 3 y 1678 numeral 1; art. 1876; art. 1781; art. 271 numeral 4 y 1472; art. 271 numeral 5 y art. 1515; art. 271 numeral 6 y art. 2147; art. 271 numeral 7 y 2102; art. 412 numeral 4 y 1056 y 1057.

Cese de la administración legal: Por la muerte de los padres, por la muerte de los hijos, por la mayor edad de los hijos, por la habilitación por matrimonio, por la pérdida de patria potestad, por la prolongada ausencia de los padres, cuando el juez a quitado a ambos la administración de los bienes de los hijos.

Existen otras limitaciones a las facultades de los padres que resultan de los arts. 44, 45 y 46 de la ley 16060.

Teoría de los Peculios: Se conoce con el nombre de peculio el caudal constituido por uno o varios bienes pertenecientes en propiedad a un hijo menor de edad, con separación del de sus padres, para su uso y comercio.

Cabe aclarar en este momento que el agrupamiento de peculio adventicio ordinario y extraordinario solo tiene razón de ser tratándose de hijo legítimos sometidos a patria potestad que tratándose de hijos naturales sometidos a patria potestad o tutela no cabe hablar de dichos peculios pues ninguno de dichos supuestos tienen cabida el usufructo legal.

Peculio profesional o Industrial: Art. 266 CC y Artículo 178 CNA. (Peculio profesional o industrial).-

Todo adolescente que trabaje tendrá derecho de acuerdo a lo prescripto por los artículos 266 y siguientes del Código Civil, a la administración exclusiva del salario o remuneración que perciba, la que deberá serle abonada directamente, siendo válido el recibo que el empleador otorgue por tal



concepto. Cualquier constancia en el recibo o fuera de él que pudiera implicar renuncia del adolescente a sus derechos, será nula.

Régimen Jurídico: en este caso los hijos tiene la propiedad, el usufructo y la administración exclusiva.

Edad en que el menor puede comenzar a administrar dicho peculio: Para algunos autores basta con que el menor sea púber.

Posteriormente con el CNA vigente y atento a la redacción del art. 178 cuando dice "Todo Adolescente..." (13 años en adelante) parecería que estaría marcando entonces la edad mínima para estar en condiciones de administrar el peculio profesional o industrial.

Amplitud de la administración: Art. 267 del CC.

Peculio adventicio ordinario: Esta integrado por todos los bienes del hijo legítimo sometido a patria potestad que no pueden ser incorporados a los otros dos peculios. La regla general es por tanto la de que todo bien del hijo legítimo sometido a patria potestad integra el peculio adventicio ordinario, la excepción sería que perteneciera a alguno de los otros peculios. Régimen Jurídico: Art. 266, 267 y 268.

Peculio adventicio extraordinario: Art. 266 CC

Usufructo Legal: El usufructo reconocido a los padres se rige, en general, por las normas que regulan el usufructo organizados en el CC en sus arts. 493 y ss.

Definición: es el derecho concedido a los padres legítimos de percibir para sí los frutos naturales, industriales y civiles producidos por ciertos bienes de los hijos que les están sometidos a patria potestad Art. 266, 493 y 495 CC.

En razón de la procedencia: En el caso del peculio adventicio ordinario, corresponde a los padres el usufructo; de los bienes que integran el peculio adventicio extraordinario, los padres no tienen el usufructo y en el caso de los bienes que integran el peculio profesional o industrial, los padres no tienen el usufructo.

Caracteres del Usufructo legal:

1. Origen legal;
2. los padres naturales no tienen el usufructo legal;
3. cuando ambos padres ejercen de conjunto la patria potestad a ambos corresponde el derecho de usufructo;

4. el derecho de usufructo es universal, pues recae, en principio sobre todos los bienes de los hijos sometidos a patria potestad;
5. el derecho de usufructo es temporal.

#### Extinción del usufructo legal:

1. Se extingue, en principio, por las causas que ponen fin al usufructo ordinario Art. 537 CC.
2. Por las causas que extinguen la patria potestad art. 280 CC
3. Por haber perdido los padres el ejercicio de la patria potestad art. 266, 284 y 285 CC.
4. por causa que afectan en particular el usufructo paterno art. 270.

Extinción de la Patria Potestad: ante la presencia de ciertos hechos cesa definitivamente la patria potestad, cuando se da alguno de esos hechos la extinción de la patria potestad se extingue de pleno derecho. Causas de extinción art. 280 CC.

Perdida de la patria potestad: la patria potestad no se extingue, mas quien era titular puede perder el derecho de ejercerla. La pérdida se traduce, en última instancia, en la extinción del ejercicio de la patria potestad.

Las causales están nombradas en el art. 284 CC perdidas de pleno derecho y art. 285 CC perdida a petición de parte.

Efectos de la pérdida: la pérdida comprende la de todos los derechos a ella inherentes, pero no la de ciertas obligaciones, como por ejemplo la prestación de alimentos. No afectan las relaciones jurídicas emanadas del derecho sucesorio.

Limitación de la Patria potestad: cuando la conducta de los padres con sus hijos no bastase, en opinión de los jueces intervinientes, para declara la perdida de la patria potestad, podrán limitar esta hasta donde lo exija el interés bien entendido de los hijos.

Suspensión de la Patria potestad: Art. 295 del CC. Importa un apartamiento pasajero y revocable de los padres en el ejercicio de la patria potestad. La suspensión no actúa de pleno derecho, es necesaria que sea decretada por el juez.

En cuanto al juicio de perdida, limitación y suspensión de la patria potestad: Son competentes los Jueces de familia en Montevideo y en el interior los jueces letrados que tengan competencia en materia de familia. La estructura procesal de la del proceso extraordinario.

Legitimados para interponer estas acciones: Art. 289 del CC. A su interpretando el Art. 8 Inc. 2 el niño o adolescente podría iniciar estas acciones.

De la Restitución de la patria potestad: que los padres que hubieren perdido la patria potestad o a los cuales se le hubiere limitado o suspendido su ejercicio, pueden pedir al juez su restitución, los jueces pueden restituir la patria potestad con todos sus atributos o con limitaciones.

**B) FILIACIÓN:** Concepto: desde el punto de vista biológico se entiende que es el lazo de sangre que une a una persona con sus progenitores inmediatos.

Desde el punto de vista jurídico la filiación es un vínculo jurídico que nace en los casos establecidos por la ley, entre personas que descienden o se reputan descender unas de otras, o en los casos en los que hubiere operado una adopción plena o legitimación adoptiva.

**Filiación legítima o matrimonial:**

**Sistemas para determinar la filiación Legítima:** Sistema conceptivo (se determina la filiación atendiendo solo al momento de la concepción); de imputación (consiste en atribuir la calidad de hijo matrimonial o legítimo a todos los habidos durante el matrimonio) y conceptivo-nativo (toma dos factores distintos para determinar la filiación, que son la concepción y el nacimiento durante el matrimonio).

Nuestro orden jurídico sigue el sistema conceptivo-nativo.

**Presunción de Paternidad Legítima:**

En primer lugar la presunción de paternidad legítima durante el matrimonio, en el CC. Era Absoluta, en cambio con la modificación que introdujo el CNA dicha presunción en la actualidad es relativa. Art. 214, 215 y 216 del CC modificado por el CNA establecen las diferentes posibilidades donde se presume la paternidad del cónyuge de la mujer embarazada.

Art. 214°.- Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al marido padre de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.

Las personas legitimadas por la ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico de paternidad no existe.

Art. 215°.- Se considera concebida dentro del matrimonio, a la criatura nacida fuera de los ciento ochenta días después de contraído éste y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Esta presunción es relativa.

Art. 216º.- Se considera, asimismo, al marido padre de la criatura nacida de su mujer, dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, siempre que aquél haya conocido el embarazo antes de contraer matrimonio o haya admitido su paternidad expresa o tácitamente por cualquier medio inequívoco. Fuera de estos casos, bastará al marido con negar judicialmente la paternidad de la criatura habida por su mujer, de lo que se le dará conocimiento a ésta. Si la madre se opusiera surgirá el contradictorio.

Art. 217º.- La presunción de paternidad del marido que se configura conforme a lo dispuesto por los artículos 214, 215 y 216 de este Código, podrá ser libremente impugnada por el marido, el hijo o los herederos de uno u otro, dentro de los plazos y en las condiciones que se dispone en los artículos siguientes.

### **Acciones de estado.**

#### **A- Acción de desconocimiento de la Paternidad.**

La acción de desconocimiento de paternidad legítima se interpone si hay presunción de la paternidad del marido.

Situaciones en que no nació la presunción de paternidad legítima:

-Falta de presunción de la paternidad legítima de los Art. 214 y 215 del CC, por tanto si faltan algunos de los requisitos exigidos por estos artículos para nazca la presunción, no será necesario desconocer la paternidad. En este caso deberá entablarse la acción **de contestación de la legitimidad regulada en el Art. 222** del CC.

-Falta de presunción de la paternidad legítima del Art. 216 del CC. En este caso el marido deberá probar que escapa a las situaciones previstas por el legislador en el propio Art. 216 del CC. Ahora con relación a que acción tiene el marido de la madre para negar judicialmente la paternidad de la criatura, la norma guarda silencio. Entiende tanto Mabel Rivero como Beatriz Ramos, que correspondería entablar una acción a la que se la puede denominar en este caso excepcional, **acción de negación de paternidad**, para diferenciarla de la acción de desconocimiento de la paternidad.

Situaciones en que nació la presunción de paternidad legítima: la acción de desconocimiento de la paternidad legítima se interpone si existe presunción de la paternidad del marido Art. 217 CC.

Titulares de la acción de desconocimiento de la paternidad legítima: el marido y sus herederos.

Plazo para deducir la acción: el marido: Un año desde que el marido tomo conocimiento del nacimiento.

Los herederos: dentro del año a partir de la muerte del presunto padre que falleció sin haber accionado.

**B) Acción de impugnación de filiación:**

Como en el caso anterior, para que proceda esta acción es necesario que haya nacido la presunción de paternidad legítima.

**C) Acción de impugnación de filiación legítima Art. 219 del CC:** ósea cuando el hijo esta en posesión de estado, es decir cuando la madre o padre lo tratan como hijo legítimo.

Titulares de la acción: el titular es el hijo; durante el primer año de vida del hijo le corresponde a el, representado por un curador ad-litem (nombrado a solicitud del padres biológicos o por el ministerio publico), el plazo para accionar será de un año a partir del nacimiento. Si el hijo muere dentro del año sin entablar la acción, están legitimados los herederos.

Cuando el hijo llegue a la mayoría de edad: se le da la posibilidad de accionar también, en el plazo de un año a contar desde que cumplió 18 años.

**D) Acción de impugnación de filiación legítima (Art. 220 del CC):** En este caso no hay posesión notoria de estado civil.

Admisibilidad de la Acción: Para que proceda la acción del Art.220, la posesión de estado de hijo legítimo no se debe haber gozado nunca.

Titulares de la acción: Desde el nacimiento del hijo hasta su mayoría de edad, pueden entablarla: La madre, el padre biológico si manifiesta su animo de reconocerlo, el hijo menor representado por un curador ad-litem.

Desde la mayoría de edad del hijo, en forma imprescriptible, solo puede el hijo entablar la acción.

**E) Acción de contestación de legitimidad Art. 222 CC:**

Art. 222º.- La legitimidad del hijo, cuya madre no fuere dudosa, puede ser contestada:

- por no haber habido matrimonio entre sus padres.
- por ser nulo o haberse anulado el matrimonio.
- por haber sido adulterina la concepción del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio.
- por haber nacido fuera de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. (Artículo 215).

La contestación de legitimidad pertenece a cualquiera persona que tenga interés actual en deducirla.

Con respecto al inciso 3, el Art. 210 dispone que la nulidad del matrimonio, aun cuando ambos cónyuges estén de mala fe, no afecta la filiación legítima del hijo.

Titulares de la acción: No habiendo presunción de legitimidad no hay norma que impida que el marido pueda desconocer a su hijo habido por quien es su esposa o fue, mas allá del año de tener conocimiento del nacimiento del hijo. En la misma situación están los herederos del marido fallecido cuando no exista presunción de paternidad. A estos podríamos agregar que no existiendo la presunción de legitimidad, puede accionar quienes tengan un interés directo personal y legítimo.

#### **F) Acción de reclamación de filiación legítima:**

Art. 225°.- Durante la vida del hijo, sólo a él compete la acción para reclamar su filiación legítima. Sus herederos y descendientes podrán continuar la acción intentada por él o intentarla cuando el hijo hubiese muerto en la menor edad.

Esta acción deberá ser dirigida contra el padre y madre conjuntamente y, por fallecimiento de éstos, contra sus herederos.

- La acción para reclamar la filiación legítima debe ser promovida contra ambos padres conjuntamente o, en su caso, contra los herederos de éstos. La referida acción puede ser entablada por el hijo durante toda su vida. Si éste muere durante la minoría de edad o luego de promover la acción, ésta se trasmite a sus herederos. Debe coordinarse con los arts. 44 (falta de los testimonios de los registros mencionados en los arts. 40 y 42) y 46 (posesión notoria de estado de hijo legítimo).

#### **G) Acción de impugnación de filiación legítima o contestación de maternidad. Art. 224 CC:**

Art. 224°.- La filiación de que el hijo está en posesión, aunque sea conforme a la partida de nacimiento o bautismo, puede ser contestada en razón de parto supuesto o por haber habido sustitución del verdadero hijo o, en general, por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo.

Prevé la acción de contestación de la maternidad o impugnación de la filiación legítima. Debe coordinarse con el art. 25 CNA. Tiene por objeto desplazar a un sujeto de su estado civil de hijo legítimo por no ser su madre la mujer casada (falsa maternidad o sustitución del verdadero hijo). Como consecuencia, cae la paternidad legítima. Puede promover dicha acción quien tenga un interés directo, actual y legítimo (art. 222). La acción es imprescriptible (art. 226)

## **Filiación extra matrimonial o natural:**

Emplazamiento en la calidad de hijo extramatrimonial o natural: emplazamiento es la situación en la que queda colocada una persona como consecuencia de haberse cumplido las exigencias requeridas para obtener legalmente la correspondiente filiación ya sea matrimonial o extramatrimonial. El emplazamiento puede calificarse en voluntario, involuntario o de pleno derecho.

### **1- Emplazamiento voluntario:**

**-Reconocimiento expreso:** por medio del cual el reconociente emplaza en el estado de hijo habido fuera del matrimonio o una persona que del descende.

Caracteres del reconocimiento expreso: solemne, imperativo, personal e individual, unilateral, declarativo-atributivo, retroactivo, puro y simple e irrevocable.

Sujetos del reconocimiento: por un lado tenemos al padre y madre reconociente y por otro al hijo o hija reconocida.

Capacidad para reconocer: Artículo 30 CNA. (Capacidad de los padres para reconocer a sus hijos).- Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil y edad, a reconocer a su hijo.

No obstante, las mujeres menores de doce años y los varones menores de catorce no podrán realizar reconocimientos válidos sin aprobación judicial, previa vista del Ministerio Público.

En los casos de padres niños o adolescentes no casados, el Juez decidirá a quién se le atribuyen los derechos y deberes inherentes a la tutela, otorgando preferencia a los abuelos que convivan con el padre que reconoce y el reconocido.

Previo a todas las decisiones a que refiere el inciso anterior que requieran autorización judicial, se deberá oír al padre o a la madre que haya reconocido al hijo y que aún no tenga dieciocho años cumplidos de edad.

La patria potestad será ejercida en forma plena por ambos padres, a partir de que éstos cumplan dieciocho años.

Formas: Intrínsecas extrínsecas.

Intrínsecas: atienden al requisito voluntad, art. 31 CNA numeral 2 reconocimiento por testamento, en cuyo caso el reconocimiento podrá ser expreso o implícito. En este caso se le da valor a la voluntad implícita. Podría llegarse a concluir también, que valdría también el reconocimiento implícito de un hijo por escritura pública.

Extrínsecas: se trata de un acto jurídico formal y solemne, y las formalidades son las establecidas taxativamente por la ley.

Artículo 31.CNA (Formalidades del reconocimiento). El reconocimiento puede tener lugar:

- 1) Por la simple declaración formulada ante el Oficial del Registro de Estado Civil por el padre o la madre biológicos en oportunidad de la inscripción del nacimiento del hijo, como hijo habido fuera del matrimonio, suponiendo la sola inscripción reconocimiento expreso.
- 2) Por testamento, en cuyo caso el reconocimiento podrá ser expreso o implícito.
- 3) Por escritura pública. Ej. En una cláusula de una escritura de compraventa.

En el caso del testamento debe ser solemne tanto abierto como cerrado.

Por escritura pública. Ej. En una cláusula de una escritura de compraventa.

**Reconocimiento Tácito: Art. 233 CC: inciso final:** El reconocimiento tácito es el que resulta de la constatación, ante el Juez competente, de la posesión notoria del estado de hijo natural de conformidad con los artículos 44, 46, 47 y 48 de este Código en lo que fueren aplicables.

Capacidad del reconociente: se aplica el art. 30 del CNA.

Prueba de los elementos constitutivos: Trato, fama, tiempo.

Vía procesal, proceso voluntario, solo si hay contradictorio es necesario la vía ordinaria.

Ineficacia del reconocimiento expreso o tácito Art. 238°.- El que fuere reconocido como hijo natural, podrá quitar al reconocimiento sus efectos legales toda vez que lo repudie dentro del año en que tuvo conocimiento del hecho, si es mayor de edad y dentro del mismo plazo y condición al llegar a la mayoría de edad. Sin perjuicio de este derecho, podrá impugnar el reconocimiento del padre o la madre, lo propio que todos los que en ello tengan interés actual, así como podrán también, todos los que se hallen en esta condición, oponerse a las reclamaciones de parte del hijo.

## **2-Emplazamiento no voluntario:**

### **Investigación de filiación:**

**Art. 197.- CNA (Principio general).**- Las acciones de investigación de la paternidad o maternidad se regularán exclusivamente por las disposiciones contenidas en este Capítulo. La paternidad o maternidad declaradas asegurarán al niño y adolescente todos los derechos correspondientes a la filiación natural, en especial, los derechos hereditarios inherentes a la



misma, así como los alimentos necesarios para su desarrollo y bienestar y el derecho a llevar los apellidos de quienes resulten declarados como sus padres.

Como podemos ver el CNA estableció un régimen único de investigación de la filiación, quedando derogados la investigación sumaria del Código del niño y la investigación de la paternidad y maternidad de acuerdo a lo previsto en los arts. 241 y 242 del CC.

Investigación Prenatal: Art. 198 numeral 2, podrán iniciar la acción: La madre o el padre, desde que se constata la gravidez, hasta que el hijo cumpla dieciocho años.

**Sujetos legitimados para iniciar la acción**: Artículo 198. (Accionantes).- Podrán iniciar la acción:

1) El hijo, hasta los veinticinco años de edad. Durante la menor edad solamente podrá ser deducida la acción por la madre, el padre, o su representante legal, según correspondiere. 2) La madre o el padre, desde que se constata la gravidez, hasta que el hijo cumpla dieciocho años.

Si el padre o la madre fuere menor de edad, se le nombrará curador "ad litem".

Si el padre o la madre menor de edad estuviere internado en el Instituto Nacional del Menor, éste deberá solicitar al Juez Letrado de Familia, el nombramiento de curador "ad litem". 3) El Instituto Nacional del Menor, de oficio, cuando tenga conocimiento que el niño ha sido inscripto como hijo de padres desconocidos, o que ingrese al establecimiento un niño o adolescente sin filiación paterna o materna, o cuando un niño o adolescente lo solicite.

A efectos de esta acción, los Oficiales de la Dirección General del Registro de Estado Civil, darán cuenta, en el primer caso, de dicha inscripción.

El Instituto Nacional del Menor requerirá de las oficinas respectivas un informe semestral de estas situaciones.

5) Cuando el presunto hijo o su representante legal ejercite conjuntamente con la acción de investigación de paternidad o maternidad la de petición de herencia, el Actuario, bajo su más seria responsabilidad funcional, lo comunicará dentro de quince días al registro correspondiente para su inscripción que producirá los efectos enunciados en el artículo 685 de Código Civil. Si entre los demandados hubiese herederos testamentarios, o de los llamados a la herencia por el artículo 1025 del Código Civil, o cónyuge con derecho a gananciales o porción conyugal, cualquiera de ellos podrá obtener que se limite la interdicción a un bien o lote de bienes hereditarios cuyo valor cubra ampliamente la legítima del actor, el que sólo sobre ese bien o lote podrá perseguir el pago de su haber

hereditario cuando le sea reconocida la filiación invocada y sin perjuicio de la acción personal que le corresponda por restitución de frutos.

**Plazo para iniciar dicha acción:** El hijo, hasta los veinticinco años de edad, en el caso de los representantes legales, estos pueden deducir la acción desde la gravidez de la madre hasta los 18 años.

**Prueba:** En esta clase de juicios serán admisibles todas las clases de prueba. La no colaboración para su diligenciamiento sin causa justificada, será tenida como una presunción simple en su contra.

**Procedimiento:** Proceso ordinario. Juez competente, Juez de familia.

**Efecto de la Sentencia:** vincula en principio a las partes y a sus sucesores a título universal.

**Incidente de limitación de la interdicción:** Cuando el presunto hijo o su representante legal ejercite conjuntamente con la acción de investigación de paternidad o maternidad la de petición de herencia, el Actuario, bajo su más seria responsabilidad funcional, lo comunicará dentro de quince días al registro correspondiente para su inscripción (Registro de actos personales) que producirá los efectos enunciados en el artículo 685 de Código Civil. **Si entre los demandados hubiese herederos testamentarios, o de los llamados a la herencia por el artículo 1025 del Código Civil, o cónyuge con derecho a gananciales o porción conyugal, cualquiera de ellos podrá obtener que se limite la interdicción a un bien o lote de bienes hereditarios cuyo valor cubra ampliamente la legítima del actor, el que sólo sobre ese bien o lote podrá perseguir el pago de su haber hereditario cuando le sea reconocida la filiación invocada y sin perjuicio de la acción personal que le corresponda por restitución de frutos.**

**Efectos del emplazamiento involuntario:**

La paternidad o maternidad declaradas asegurarán al niño y adolescente todos los derechos correspondientes a la filiación natural, en especial, los derechos hereditarios inherentes a la misma, así como los alimentos necesarios para su desarrollo y bienestar y el derecho a llevar los apellidos de quienes resulten declarados como sus padres.

**Acción de pleno derecho como consecuencia del acogimiento de la acción de impugnación de filiación legítima. ART. 220 del CC redacción dada por art. 29 del CNA.**

El acogimiento de la acción deducida por la madre o por el padre biológico, dejará al hijo emplazado en el estado civil de hijo natural del demandante.

### **Legitimación por subsiguiente matrimonio:**

Art. 228º.- CC: Los hijos naturales pueden solamente legitimarse por subsiguiente matrimonio válido de sus padres.

Para la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, son necesarios la calidad de hijo natural y un matrimonio válido. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio; gozan de los mismos derechos que si hubieran nacido en el matrimonio;(art. 231). Sin embargo, la legitimación por subsiguiente matrimonio no tiene efectos retroactivos. Produce efectos desde que el matrimonio se celebra (art. 232), excepto en el caso de legitimación por subsiguiente matrimonio de hijo fallecido que ha dejado descendientes, los cuales se benefician con ella (art. 230).

En los casos de legitimación de hijos naturales por subsiguiente matrimonio válido de sus padres, la inscripción de los mismos como legítimos se hará en idéntica forma a la de los hijos nacidos durante el matrimonio, en el Registro de Nacimientos. El acta de matrimonio de los padres, la de inscripción del hijo legítimo y la anotación en la libreta de Organización de Familia deberán extenderse sin mención ni referencia alguna a la legitimación, de manera que nada las diferencie de las comunes de matrimonio ni de las de inscripción ni anotación de hijos legítimos.

Presentada la partida de matrimonio respectiva y la de reconocimiento del hijo natural, el Oficial del Estado Civil efectuará la inscripción en la forma establecida en el inciso anterior. Realizada ésta, quedarán sin valor las partidas y constancias preexistentes, sean de nacimiento o de reconocimiento y prohibida su exhibición, así como la expedición de testimonio, salvo en los casos en que se dispusiere lo contrario, con citación e intervención de los interesados.

Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio gozan de los mismos derechos que si hubieran nacido en el matrimonio.

**C) DE LOS CÓNYUGES FRENTE A TERCEROS:** el art. 119 CC se refiere a los alimentos que recíprocamente se deben suegros, yernos y nueras. En cualquiera de estos casos, quien requiere

los alimentos puede reclamarlos. Como vimos en alimentos, si el vínculo matrimonial se extingue esta obligación también.

## **Régimen de la adopción luego de la reforma del C.N.A.**

Análisis de la Ley n° 18.590, de 18 de setiembre de 2009. Modificación de las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia relativas a la adopción.

### **I. Introducción**

Al tratar el tema Adopción, lo haremos referido a dicho instituto al día de hoy, ya que la ley 18.590 ha modificado sustancialmente un aspecto de la adopción referida a los menores de edad, que ha sido la que más incremento ha tenido en nuestro país.

Ciertamente que en nuestro ordenamiento jurídico siempre se ha mantenido un sistema de adopción tratándose de un adoptado mayor de edad, pero la realidad demuestra que lo usual ha sido recurrir a tal instituto cuando se trata de un adoptado menor de edad.

Por lo expuesto, nos referiremos especialmente a los casos de adopción de menores de edad, sin perjuicio de tener también en cuenta la adopción de las personas mayores de edad.

### **II. Adopción Plena.**

#### **A) Generalidades**

Al referirnos a la adopción plena, lo hacemos así a los efectos de distinguirla de la adopción simple, señalando al mismo tiempo que en nuestro ordenamiento jurídico aquella adopción era denominada legitimación adoptiva, mientras que en derecho comparado se la ha denominado adopción plena

Históricamente, nuestro legislador, en el Código Civil aceptó y reguló la adopción, en favor de menores o mayores de edad.

Posteriormente, en el año 1934 el Código del Niño reguló la adopción a favor de los menores de edad.

Luego, en 1945, se creó por la ley 10.674 la llamada legitimación adoptiva, exclusivamente a favor de los menores que no tuvieran más de 18 años de edad, debiendo recordarse que en tal momento la mayoría de edad se lograba a los 21 años.

## **B) Exigencias legales requeridas para la legitimación adoptiva 1) Previamente a la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia**

**Matrimonio.** De la ley 10674, y disposiciones posteriores surgía que la legitimación adoptiva estaba irremediabilmente atada a la existencia de matrimonio entre quienes pretendieran adoptar menores de edad en tal régimen.

**Adoptantes.** Originariamente debían ser dos personas casadas entre sí, que teniendo más de 30 años de edad hubieran ejercido la tenencia del menor durante 3 años, plazo que posteriormente fue abreviado a un año, debiendo tener una diferencia de edad con el mismo, que también fue abreviada a 15 años de diferencia, con la posibilidad incluso de excepcionalmente no respetarse la misma.

**Adoptados.** Los menores de edad pasibles de ser adoptados tratándose de este instituto, fueron identificados como aquellos huérfanos de padre y madre, hijos de padres desconocidos, pupilos del Estado y los abandonados.

Siempre entendimos que en realidad cada categoría indicaba que se trataba de menores de edad abandonados.

La identificación de tal calidad dio lugar a diversas interpretaciones al respecto, entendiéndose que la situación de abandonado surgía de sentencia que declarara la pérdida de la patria potestad, con dificultades de la interpretación del texto en el caso en que el menor de edad no se encontrara sometido a patria potestad de sus progenitores.

Con el transcurso del tiempo y normas posteriores también se admitió la legitimación adoptiva del hijo natural o del hijo legítimo de uno de los esposos.

**Efectos.** Tanto de la ley 10.674 que creó la legitimación adoptiva como de leyes posteriores referidas a tal instituto, se dispuso que los adoptados adquirirían la calidad de hijos legítimos del matrimonio adoptante.

Se dispuso el secreto, a los efectos de que ni el menor ni terceros tuvieran conocimiento de la legitimación adoptiva realizada, sancionando incluso a los funcionarios públicos que lo develaran.

**2) Código de la Niñez y la Adolescencia previamente a la sanción de la ley 18.590** El CNA mantuvo el criterio de aceptar tanto la adopción simple como la legitimación adoptiva cuando los destinatarios de tales institutos fueran menores de edad, ciertamente que con efectos y exigencias distintas según el instituto de que se tratara.

**Proseguiremos refiriéndonos a la legitimación adoptiva.**

**Matrimonio.** Se prosiguió exigiendo que los adoptantes fueran personas unidas en matrimonio entre sí, con la innovación de contabilizar, a los efectos de la exigencia de duración del mismo, (que fue rebajada de 5 a 4 años) la preexistencia de un concubinato estable, singular y público entre el hombre y la mujer, que hubieran compartido la vida en común.

**Adoptantes.** El CNA abatió la edad de los esposos adoptantes a 25 años, manteniendo en 15 años la diferencia de edad entre éstos y el adoptado, sin perjuicio de que en caso concreto pudiera no respetarse dicha diferencia siempre que razonablemente el hijo pudiera ser atribuido a los esposos.

Al igual que en la legislación anterior se admitió que en caso de viudez o divorcio también pudiera procederse a la legitimación adoptiva si la tenencia hubiera comenzado previamente a la disolución del vínculo matrimonial y se hubiera contado con la voluntad de ambos ex esposos.

**Adoptados.** Al igual que en anterior legislación se dispuso que los niños o adolescentes debían haber sido hijos de padres desconocidos, o huérfanos de padre y madre o pupilos del Estado, o abandonados. También se aceptaba la legitimación adoptiva a favor del hijo natural de uno de los esposos o del hijo legítimo de uno de ellos que hubiera sido abandonado por su progenitor. En este caso se previó la legitimación adoptiva solicitada por el progenitor que mantenía la patria potestad sobre el menor, conjuntamente con su actual nuevo cónyuge.

**Concepto de abandono.** El CNA en el inciso final del numeral 3 del art. 144, dispuso que en todos los casos previstos en tal Código, la condición de abandono se acreditaría únicamente por sentencia ejecutoriada, debiendo seguirse los procedimientos establecidos en el art. 133 y concordantes del mismo.

Esta disposición modificó el concepto hasta entonces mantenido, respecto a la configuración del abandono, pues lo desvinculó del proceso de pérdida de la patria potestad, como hasta entonces se requería.

A su vez, el art. 133 mencionado se refería a la separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen, situación que puede estar originada en el caso previsto en el art. 132 de dicho Código. Este artículo disponía que cuando se entregara un niño o adolescente a persona ajena a su familia biológica, el hecho debía ser puesto en conocimiento del Juez de Familia dentro de las 48 horas. Si luego de adoptar las medidas de protección necesarias, se comprobara la imposibilidad de mantener la permanencia del vínculo filial, en tal caso el Juez disponía la separación definitiva del menor de edad, de su familia de origen, situación que es la referida en el art. 133.

Este texto legal dispuso que el proceso en el cual se dilucidaría la separación definitiva era el proceso extraordinario, en el cual deberían ser oídos los padres o responsables del menor, y quienes previamente a la entrega se hubieren ocupado del mismo. También el menor sería provisto de defensor, quien será oído.

Dentro de las opciones que la ley confiere al Magistrado en lo referido a determinar el destino del niño, es la adopción una de ellas y en tal caso debía darse intervención al Instituto Nacional del Menor o una institución especializada y autorizada para ello.

Finaliza el artículo referido diciendo que cuando los padres de origen, o los integrantes de la familia de origen presten su consentimiento a lo previsto en el artículo (y dentro de dicha previsión se encuentra la adopción), en tal caso la validez de dicho consentimiento dependerá de que el mismo hubiera sido prestado en presencia del Juez, con asesoramiento necesario y conociendo las consecuencias derivadas de ello.

### **C) Procedimiento para la legitimación adoptiva.**

El art. 146 CNA dispuso que el procedimiento para la legitimación adoptiva lo era el del proceso voluntario, que en caso de oposición se transformaría en proceso contencioso, de acuerdo a las normas del proceso extraordinario, debiendo notificarse al Instituto Nacional del Menor,

disponiendo además que el menor sea interrogado en su caso, lo que nos lleva a tener en cuenta la posibilidad de que el mismo pueda efectivamente ser personalmente interrogado (ello en atención a su edad).

**Efectos.** Al igual que en normativa anterior, el adoptado era considerado hijo legítimo de los esposos adoptantes, perdiendo todo vínculo con su familia de origen, salvo en lo referido a los impedimentos dirimentes que en lo referido a lazos familiares dispone el art. 91 del C. Civil, norma que siempre se tuvo en cuenta para el caso de la legitimación adoptiva.

Ya el secreto que primitivamente se había instaurado al respecto, es sustituido por el concepto "reserva", disponiendo el numeral 3 del art. 146 que la tramitación será reservada respecto a terceros, pero no así frente al niño o adolescente, quien a los dieciocho años de edad podrá acceder al expediente y a sus antecedentes.

Se reconoce así, a texto expreso, el derecho del adoptado a conocer su identidad.

**Irrevocable.** La legitimación adoptiva es irrevocable. Art. 148 CNA.

### **III. Adopción Simple**

A los efectos de comprobar la innovación y el sentido de la mencionada ley 18.590, que modificó totalmente el sistema de adopción para los menores de edad, trataremos someramente la adopción simple de éstos, ya que tal instituto prosigue vigente para tales adopciones realizadas previamente a la sanción de la referida ley 18.590.

Nos referiremos específicamente a la adopción de los menores de edad regulada por el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Al respecto señalamos que el codificador permitía que la misma fuera realizada por escritura pública o por vía judicial.

**Adoptante.** Debía tratarse de una persona que tenga más de 25 años de edad, sin importar su estado civil, debiendo tener más de 15 años que el adoptado, salvo excepción que permita razonablemente que pueda ser el progenitor del menor adoptado.

Solamente se autorizaba la adopción por más de una persona cuando se tratara de dos esposos cuyo matrimonio no fuera inferior a un año, pudiendo computarse ese plazo por un previo concubinato estable, siendo en tal caso una adopción conjunta.

Sin perjuicio de ello se admitía la adopción por el nuevo cónyuge o concubino del hijo habido por el otro integrante de tal vínculo.



El o los adoptantes debían haber tenido al niño o adolescente a su cargo, por un mínimo de un año.

**Adoptado.** Se trataba de un niño o adolescente cuya adopción debía ser consentida por él mismo y por los progenitores que se encuentren en ejercicio de la patria potestad, y de no ser así, por quienes lo hayan tenido a su cargo.

Si el menor no podía hacerse entender, serán sus representantes legales quienes prestarán su consentimiento. Entendemos que se tratará de representantes especiales para ello, ya que el texto legal (art.136 CNA) prevé también el consentimiento de sus progenitores en ejercicio de la patria potestad.

El consentimiento era expresado ante el Juez Ldo. de Familia o se prestará mediante escritura pública, ya que hemos mencionado que la ley permitía proceder a la adopción simple en proceso

judicial o mediante escritura pública.

El consentimiento prestado por sus progenitores traía como consecuencia que quedaran suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, que pasará al adoptante.

**Efectos.** El adoptado continuaba perteneciendo a su familia biológica donde conservaba todos sus derechos, y entre adoptante y adoptado se establecen exclusivamente relaciones jurídicas entre ambos.

Dichas relaciones daban lugar al deber de prestarse alimentos entre ambos, como primeros obligados, al deber de respeto entre ellos, y en caso de fallecimiento, a integrar el orden sucesorio. El hijo adoptivo integra el tercer orden de llamamiento a la muerte del adoptante, y éste a su vez conforma el cuarto orden de llamamiento a la muerte del hijo adoptivo (arts-1027 y 1028 CC).

**Revocable.** Por motivos graves, la adopción puede ser revocada art. 138 CNA (Redacción anterior a la ley actual).

**Nombre.** El art. 27 del CNA dispuso que en los casos de adopción simple realizada por un matrimonio, los apellidos de los adoptantes sustituyen a los apellidos del adoptado. Si el adoptante es un hombre, el apellido de éste sustituye el primer apellido del hijo, y de serlo por una mujer, el apellido de ésta sustituye el segundo apellido del adoptado. Tales sustituciones, y

tratándose de un adolescente, quedan supeditadas a la convención que el mismo haga al respecto, con el o los adoptantes.

**Derecho de acceso a los antecedentes.** En forma sorpresiva el legislador dispone que el menor de edad si tiene 15 años puede solicitar al Juez Ldo. de Familia el acceso al expediente referido a sus antecedentes, autorización que le será otorgada por el Magistrado teniendo en cuenta la situación, etc.

También dispone el art. 142 que el INAU establecerá un programa de apoyo a los padres adoptantes, estando todo el artículo redactado realmente para el caso de la legitimación adoptiva y no para la adopción, que como decimos no corta los lazos del adoptado con su familia de origen.

**Procedimiento.** Como hemos dicho, el CNA prevé dos vías al respecto, a saber:

### **i. Procedimiento judicial**

La adopción se tramitará ante el Juez Ldo. de Familia, en proceso voluntario, al que serán citados personalmente o por edictos los padres y abuelos del niño o adolescente

De existir oposición al respecto, el proceso se convertirá en contencioso en tramitación en proceso extraordinario.

Previamente a la sentencia, el Magistrado deberá oír al Instituto Nacional del Menor para que haga una evaluación sobre las condiciones personales del o los adoptantes, su estabilidad familiar y demás circunstancias que lo lleven a determinar sobre la conveniencia de tal adopción.

### **ii. Procedimiento ante escribano público**

En tal caso la adopción debía hacerse en escritura pública aceptada por los representantes legales del menor y por éste mismo.

Dentro de los 30 días deberá inscribirse en un libro especial llevado por la Dirección General del Registro de Estado Civil, anotándose también la adopción al margen de la partida de nacimiento. La inscripción en el libro mencionado permitía que el instituto produjera efectos a partir de la misma, pero luego de efectuada tal inscripción ésta tendrá efecto retroactivo desde la fecha de haberse otorgado.

La escritura de adopción debe estar precedida por la autorización dada por el INAME acreditando la idoneidad moral y la capacidad del o de los adoptantes

Reiteramos que las disposiciones referidas a la adopción simple fueron aplicables a las realizadas previamente a la ley 18.590. ´

### **iii. Situación especial para el caso de niños o adolescentes con capacidad diferente**

Tratándose de tales menores de edad abandonados o separados definitivamente de sus familias el INAME hará un llamado público a los efectos de que quienes deseen adoptarlos en cualquiera de las formas previstas por el Código cuenten con los servicios que el Estado pueda proporcionarles gratuitamente para su atención integral, los que proseguirá recibiendo cualquiera fuere su edad, todo ello referido en el artículo 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia (en redacción previa a la ley 18590, ley que no ha mantenido tal redacción).

## **IV. LEY n° 18590, de 18 de setiembre de 2009, sobre ADOPCIÓN PLENA.**

La nueva ley sobre adopción ha significado un cambio fundamental en lo referido a dicho instituto.

### **A) Como introducción al estudio de la ley podemos decir:**

- 1)** A partir de la misma ya no existirán más hijos menores de edad adoptivos, sino que quienes fueren adoptados durante la vigencia de dicha ley tendrán la calidad de hijos matrimoniales o extramatrimoniales según sus adoptantes estuvieren o no casados.
- 2)** Surge por lo tanto un cambio radical respecto a la legitimación adoptiva, instituto en el cual los adoptantes debían estar unidos en matrimonio.
- 3)** Los efectos de la ley serán similares a los derivados de la legitimación adoptiva
- 4)** Sin perjuicio de lo anterior, los familiares de origen están facultados, cumpliéndose determinados requisitos al respecto, a mantener relaciones afectivas con los menores a quienes se les aplica la ley.
- 5)** La posibilidad de la adopción está originada en procesos previos a la misma, de los cuales el de separación definitiva es fundamental
- 6)** Se le ha pretendido dar al INAU un rol fundamental en lo referido a la elección de los posibles adoptantes.
- 7)** Se ratifica el derecho de quien fue adoptado, de conocer sus orígenes y su historia personal.

Como punto de partida debemos señalar que la ley referida sustituye la redacción de los artículos 132 a 160 del Código de la Niñez y la Adolescencia por la nueva redacción establecida por dicha ley.

Es así, que dentro del Capítulo XI del CNA cuyo título era y es Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales observábamos distintas secciones y entre ellas la III bajo el título de los hogares de cuidado.

En su nueva redacción la Sección III es titulada Alternativas familiares, y dentro de las mismas se encuentran insertados los artículos 132 a 148 surgiendo de los mismos que el art. 132 refiere a medidas provisionales, para el caso de que quien estando a cargo de un niño o niña decida no continuar con su cuidado, debe comunicarlo al Juez de urgencia o al INAU a los efectos de adoptar las medidas de atención y protección que fueren necesarias

El Magistrado dispondrá las medidas de protección del caso, mediando informes psicológicos necesarios a los efectos de determinar la posibilidad de que el niño permanezca con su familia de origen

Las actuaciones previstas por el art. 132 se realizarán en proceso cautelar, de acuerdo a lo dispuesto en el propio texto legal.

A continuación, se prevé en el art. 133, referido a la separación definitiva, que el proceso, ahora proceso extraordinario, se realiza ante el Juez de Familia del lugar de residencia del menor. En lo referido a la adopción, surge de dicho artículo (art.133.2), que si se acreditara la condición de adoptabilidad del menor podrá procederse a la integración familiar del mismo.

En cuanto a la condición de adoptabilidad, ésta estará conformada por la ruptura o grave deterioro de las relaciones afectivas del menor con sus progenitores u otros miembros de la familia de origen que eventualmente pudieran hacerse cargo de aquel, así como en las situaciones que pudieran llevar al riesgo de su salud física, emocional, mental, espiritual o a la vulneración de sus derechos, con la posibilidad de lograr nuevos vínculos afectivos que lleven a su protección integral. En tal caso, el Juez se pronunciará sobre ello, comunicándolo al INAU, resultando que será este organismo el que identificará las personas aptas para ser adoptantes.

En definitiva, oídos en el proceso mencionado los familiares del menor, así como a éste, el Juez podrá decretar la separación definitiva del mismo de su familia de origen y conjuntamente con ello decretará la pérdida de la patria potestad en caso de que aquel se encontrara sometido a la misma.

Lamentablemente surge de la ley que se han desconocido las facultades del Magistrado en lo referido a las personas aptas para adoptar, confiriéndose tal rol exclusivamente al INAU, creándose la posibilidad de un enfrentamiento entre el Poder Judicial y la Administración.

## **B) Proceso de adopción**

El proceso de adopción tiene lugar luego de cumplidas las instancias previas, previstas por los arts.132 y 133 del CNA

\* La adopción se tramitará en proceso voluntario, como requiere el artículo 142 de la ley, ante el Juzgado de Familia del adoptante, con la posibilidad de que el mismo se transforme en contencioso si hubiere oposición.

\* Más allá de ello, creemos muy difícil aceptar la oposición a la adopción, en la medida en la que se haya cumplido con las disposiciones de los arts. 132 y 133 de la ley 18590, surgiendo de los mismos que progenitores y familiares son llamados al proceso, habiendo sido partes en el proceso, especialmente en aquel referido a la situación prevista en el art. 133 CNA, o sea el referido a la separación definitiva del menor de su familia de origen

## **C) Adoptados**

- 1)** Surge del texto legal que podrán ser adoptados los menores de edad que tengan la condición de adoptabilidad , y que ello dependerá de las distintas situaciones mencionadas por el legislador en el art. 133 CNA a que hemos hecho referencia.
- 2)** El menor debe haber permanecido durante un año como mínimo bajo la tenencia de la familia adoptante, y ello en condiciones favorables a su desarrollo integral
- 3)** También el menor debe ser oído y en caso de no poder hacerse entender, se le designará un defensor quien prestará su consentimiento
- 4)** El adoptado puede ser persona ajena a los adoptantes, o hijo de alguno de ellos.
- 5)** Puede tratarse de un menor de edad que hubiere ingresado bajo tenencia sin fines de adopción, y que luego de cumplidas las exigencias del art. 133 CNA, declarada su separación definitiva de la familia y oído que sea, pueda ser autorizada su adopción por quienes fueron sus tenedores
- 6)** No puede haber sido válidamente entregado por su madre cuando la misma cursaba su embarazo, o ello tuvo lugar antes de cumplirse treinta días a partir de su nacimiento (artículo 135 CNA)

## **D) Adoptantes**

- 1)** Debe tratarse de personas que tengan 25 años de edad como mínimo, con una diferencia de 15 años entre adoptante y adoptado con la posibilidad de no contemplar tal requisito siempre que exista la posibilidad de que el adoptado pueda ser hijo del adoptante
- 2)** La adopción puede tener lugar por una persona o conjuntamente por dos personas aún no estando unidas en matrimonio entre sí.
- 3)** En la adopción conjunta ya sea por dos esposos o por dos concubinos, se requiere una duración mínima de cuatro años de convivencia.
- 4)** Es posible que quienes estuvieron unidos en matrimonio o en concubinato y ya no lo estuvieren a la fecha de la adopción, puedan de todos modos adoptar conjuntamente siempre que manifiesten su voluntad en tal sentido, habiendo comenzado la tenencia previamente a la disolución del matrimonio o concubinato
- 5)** El adoptante puede ser esposo o concubino del progenitor biológico, requiriéndose el consentimiento de éste.
- 6)** En caso de fallecimiento de un esposo o de concubino, puede aceptarse la adopción conjunta siempre que la tenencia con fines de adopción hubiera sido previamente conferida a ambos, y constara la voluntad del fallecido de haber deseado dicha adopción

## **E) Efectos**

- 1.-** De acuerdo a lo dispuesto en el art. 147 del CNA en su redacción actual, cuando la adopción se haga por quienes estuvieren unidos en matrimonio, el menor será inscripto como hijo matrimonial, y como hijo reconocido por quienes no estuvieren unidos por tal vínculo
- 2.-** Pierde su vinculación familiar previa, manteniéndose la misma como impedimento dirimente para contraer matrimonio, pero con la posibilidad de mantener vínculos afectivos con sus familiares de origen siempre que ello sea favorable a su interés superior.
- 3.-** El legislador prevé la necesidad de que el adoptado (ahora hijo) sea informado sobre sus orígenes y pueda tener conocimiento referido a sus orígenes e historia personal (art.160 CNA)
- 4.-** Es importante recalcar que a partir de la vigencia de la ley referida, ya no habrá más hijos

adoptivos menores de edad .pues como decimos, los mismos serán inscriptos como hijos del o de los adoptantes

**5.-** En derecho sucesorio desaparecerán los hijos adoptivos en el tercer orden de llamamiento, pues ingresarán al primer orden.

**6.-** Todo ello sin perjuicio de tener en cuenta la validez de las adopciones de menores de edad hechas de acuerdo a la legislación anterior, o la posible adopción de los mayores de edad cuya regulación escapa a esta ley, rigiéndose por las disposiciones del Código Civil

**7.-** Señalamos que la ley admite que el adoptado mantenga vínculos con sus familiares de origen, y debemos entender que ello será posible en la medida en la que no se le creen problemas de convivencia con sus adoptantes

## **ADOPCIÓN INTERNACIONAL.**

### **Redacción dada por ley 18590**

#### **IV - De la adopción internacional**

ARTICULO 149. (Principio general).- En defecto de convenios internacionales ratificados por la República, las adopciones internacionales se regularán por las disposiciones de este capítulo. Se considera adopción internacional a la que se lleva a cabo por personas con domicilio o residencia habitual en un país diferente del domicilio o residencia habitual del niño, niña o adolescente.

ARTICULO 150. (Preferencia).- El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay y las demás autoridades con competencia en materia de adopción, deberán dar preferencia a la ubicación de los niños, niñas o adolescentes en condiciones de adopción, en familias u hogares que los requieran y vivan dentro del territorio nacional.

ARTICULO 151. (Competencia).- Serán competentes para el otorgamiento de la adopción internacional los Jueces de Familia del domicilio del adoptado, quienes procederán de acuerdo con los trámites del juicio extraordinario del Código General del Proceso (artículo 346). La apelación se regirá por la misma normativa (artículo 347).

Los solicitantes deberán comparecer a la audiencia preliminar en forma personal, preceptivamente. También deberán hacerlo cuando el Tribunal, en forma fundada, lo considere conveniente.

El impedimento fundado de los solicitantes a concurrir personalmente a la audiencia hará que el

Juzgado fije otra, pero en ningún caso se permitirá la representación por apoderado. Hasta tanto no haya recaído sentencia firme, para que el niño, niña o adolescente pueda salir del país deberá hacerlo en compañía de uno de los solicitantes, contando con autorización judicial, la que no podrá concederse sin intervención preceptiva del Ministerio Público.

ARTICULO 152. (Requisitos).- Las adopciones internacionales se constituirán con la intervención preceptiva del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, quien una vez obtenidos todos los antecedentes presentará en el plazo de sesenta días un informe pormenorizado, debiendo cumplir, asimismo, los demás requisitos previstos en los artículos 132 a 160 de este Código, en cuanto fueren aplicables.

La adopción internacional tendrá efectos de adopción plena, pudiendo acceder a ella cónyuges cuya unión matrimonial no sea inferior a cuatro años.

Sólo se realizará con aquellos países cuyas normas en materia de adopción y protección de niños, niñas y adolescentes tengan una razonable equivalencia con las de nuestro país.

ARTICULO 153. (Residencia).- Los adoptantes deberán residir y convivir con el niño, niña o adolescente en el territorio nacional, aún en forma alternada, por un plazo de seis meses durante el lapso de la tenencia. Por razones fundadas y teniendo en cuenta el interés superior del niño o niña, el plazo podrá ser reducido por el Juez competente.

ARTICULO 154. (Documentos necesarios).- Con la solicitud de la adopción se deberá presentar la documentación justificativa de las condiciones físicas, morales, psicológicas, económicas y familiares de los solicitantes. Los informes y documentos al respecto deberán tramitarse por medio de las autoridades centrales del país de los adoptantes y de la República.

ARTICULO 155. (Nacionalidad).- Los niños, niñas y adolescentes de nacionalidad oriental adoptados por extranjeros domiciliados en el exterior, mantienen su nacionalidad, sin perjuicio de adquirir, además, la de los adoptantes.

V - Anulación de adopciones

ARTICULO 156. (Juicios de anulación).- Corresponde a los Jueces de Familia que autorizaron la adopción, la tramitación de los juicios de anulación, los que serán resueltos teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. El trámite se regirá por el procedimiento extraordinario del Código General del Proceso (artículos 346 y 347).

## **Adopción simple (Mayores de edad)**



**Introducción:** Tratándose de mayores de edad, considera la doctrina que continua vigente este instituto ya que las disposiciones del CC. Aplicables a estos sujetos, no han sido derogadas ni expresa ni tácitamente ni por el CNA ni por las disposiciones de la ley N° 18590.

La adopción de los mayores de edad se rige por las disposiciones del Código Civil (Art. 243 a 251) y el intérprete deberá examinar las normas del mismo, desechando aquellas referidas a los menores de edad pues ellas han sido derogadas por la nueva legislación.

**Concepto:** Es un instituto por el cual se le confiere al adoptado la "filiación adoptiva" sin perder este los lazos con su familia de origen.

### **Sujetos:**

Adoptantes: La adopción puede ser realizada por una persona o por dos personas. En caso de adopción por dos personas, los adoptantes deben estar casados entre si. Si adoptara uno solo de los cónyuges, requiere el consentimiento del otro, salvo que este estuviere impedido de manifestar su voluntad o que exista sentencia de separación de cuerpos. Por ultimo debemos de marcar que el adoptante debe tener más de 30 años y una diferencia de edad de 20 años con el adoptado.

Adoptados: En primer lugar debe ser mayor de edad, requiriéndose su consentimiento. No existe el plazo de tenencia.

Si a su vez el adoptado se encuentra casado, quien quiera adoptarlo deberá contar con la aprobación del cónyuge de aquel.

El adoptado no podrá nunca ser hijo del adoptante.

**Formalidad:** Esta adopción puede realizarse mediante escritura pública. Dicha escritura debe inscribirse dentro de los treinta días contados desde su otorgamiento en un libro especial en el Registro Civil y deberá anotarse en el margen de la partida de nacimiento. Luego de inscripta la misma surtirá efectos desde su otorgamiento.

**Efectos:** En primer lugar cabe remarcar que el adoptado continua perteneciendo a su familia de origen donde conserva todos sus derechos.

El Art. 250 del CC consagra una obligación recíproca de prestarse alimentos entre adoptante y adoptado.

Adoptante y adoptado se heredan recíprocamente, pero al fallecimiento del adoptante, el hijo adoptivo concurrirá en el tercer orden de llamamiento. En el caso de fallecer al adoptado, el padre adoptante heredaría al mismo en un orden de llamamiento posterior.

Respecto al apellido el CC. establece un principio y lo es la adjunción del apellido del adoptante al del adoptado. En caso de filiación natural puede sustituirse el apellido del adoptado por el del adoptante, si hay acuerdo al respecto.

**Extinción de la adopción:** La adopción puede ser revocada cuando existan motivos graves. En este caso será el Juez quien valorará y resolverá sobre la gravedad de los motivos alegados en cada caso concreto. La revocación puede ser solicitada tanto por el adoptado como por el adoptante, y la misma será deducida ante el Juez de Familia competente. Esta revocación hace cesar para el futuro todos los efectos de la adopción.

Entendiendo que la adopción es un negocio jurídico, el mismo puede estar viciado de nulidad por las causales del Art. 1559 y ss. Del CC.

## **EXTINCIÓN DEL ESTADO DE MATRIMONIO.**

**INTRODUCCIÓN:** de conformidad al art. 186 CC en nuestro derecho sólo hay 2 causales de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio legalmente pronunciado, no admitiéndose en nuestro derecho la extinción del matrimonio por ausencia de uno de los cónyuges.

### **EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES:**

**a) EFECTOS PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES:** la disolución del matrimonio en estos casos se da de forma automática, sin que se requiera tramitación alguna, pudiendo el cónyuge superviviente contraer nuevamente matrimonio declarando su viudez.

De cualquier forma el art. 112 CC plantea una salvedad a esta regla. En este caso la mujer viuda no puede contraer nuevamente matrimonio sino hasta cumplirse 301 días de la muerte del marido (para evitar posibles problemas de filiación), si bien este período de tiempo puede ser excepcionado, si la mujer acredita mediante certificado médico, no estar embarazada (pero este plazo nunca será menor de 90 días desde la muerte del marido).

**b) EFECTOS PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES:** surge el derecho a la sucesión que tiene el cónyuge supérstite, pudiendo también éste tener derecho a la habitación y uso establecido en el art. 881.

Otro efecto importante es que se extingue la sociedad conyugal.

**c) EFECTOS CON RELACIÓN A LOS HIJOS:** la muerte de uno de los cónyuges trae como consecuencia su pérdida de la patria potestad, por lo cual esta será ejercida sólo por el cónyuge sobreviviente.

### **EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO:**

**CONCEPTO DE DIVORCIO:** según Cestau es la disolución del vínculo matrimonial válido, pronunciada por los magistrados, en vida de los cónyuges, a solicitud de uno de ellos o de ambos, en virtud de las causales admitidas por la ley, o del pedido de la mujer, o del pedido de los dos cónyuges.

**Tipos de divorcio:** Divorcio por causal; divorcio por conversión de sentencia de separación de cuerpos; por mutuo consentimiento de los cónyuges y por sola voluntad de la mujer.

**Procedimiento:** El divorcio por causal se tramita por el proceso ordinario salvo el caso de las causales 2 y 7 del art. 148 que se tramita por el proceso monitorio, también se tramita por el proceso monitorio el divorcio por conversión de sentencia de separación de cuerpos.

Tanto el divorcio por mutuo consentimiento, como por la sola voluntad de la mujer se tramitan por un proceso especial, regulado por la CC.

**Juzgado competente:** Juzgado Letrado de Familia.

### **A) DIVORCIO POR CAUSAL:**

La doctrina distingue las causales subjetivas y las objetivas. Las primeras son las que implican existencia de dolo o culpa en la conducta de uno o de ambos cónyuges (por ejemplo el adulterio). Las segundas son las que no implican culpa de ninguno de los cónyuges (tales como la separación de hecho por más de 3 años).

Dentro de las causales objetivas, la doctrina distingue el divorcio constatación, donde se le da cierta discrecionalidad de actuación al Juez para constatar la ruptura efectiva de la armonía conyugal.

Otra clasificación utilizada por la doctrina atiende al llamado divorcio sanción (en este caso se ve al divorcio como un castigo culpable) y divorcio remedio (en este caso se ve al divorcio como un remedio a los malos tratos).

Otra clasificación atiende a la mayor o menor discrecionalidad que el Juez tiene para analizar cada caso. Se distingue entre causales absolutas (donde el Juez se debe limitar a comprobar el hecho alegado y una vez que así sea tiene la obligación de decretar el divorcio), causales relativas (el Juez puede o no decretar una vez apreciado los hechos el divorcio o la separación de cuerpos). Las causales no son excluyentes entre sí, por lo cual puede invocarse y probarse más de una conjuntamente, no requiriéndose que se haga en forma subsidiaria.

Ahora analizaremos las causales:

**1) Adulterio:** regulada por el art. 148 CC. Esta causal implica la violación del deber de fidelidad impuesto a ambos cónyuges por el art. 127 CC. En este caso el adulterio consiste en la relación sexual que tiene lugar en forma voluntaria entre una persona unida en matrimonio y otra persona de distinto sexo que no es su cónyuge. Por tanto no constituye adulterio la tentativa de tener relaciones sexuales con un tercero, las relaciones sexuales con una persona del mismo sexo ni tampoco aquella relación sexual que se ha consumado con la anuencia del otro cónyuge.

En esta causal la doctrina distingue 2 elementos: uno objetivo (que son las relaciones sexuales con una persona de distinto sexo que no es su cónyuge) y un elemento subjetivo (que es la voluntad de hacerlo "no se configura esta causal cuando ha existido violación").

Prueba: como es lógico la prueba del adulterio es casi imposible, por lo que la jurisprudencia normalmente se maneja a través de presunciones. En este caso resultan admisibles todo tipo de pruebas (documentos, testigos, presunciones, etc.). Pero es importante aclarar que para alegar esta causal los testigos puedan aportar elementos serios y sólidos que permitan inferir el adulterio.

Importa remarcar que derivada de la modificación introducida por la ley 18246 (Unión Concubinaria), habrá adulterio si los cónyuges viven en consuno y uno de ellos mantiene relaciones sexuales en forma voluntaria con otra persona de distinto sexo.

En cuanto a la posibilidad de pedir daños y perjuicios en sede civil, cabe decir que toda causal de divorcio que determine el advenimiento de un daño moral o que cause daño material, pueden eventualmente habilitar la pretensión resarcitoria como cualquier hecho ilícito que provoque un daño conforme el Art., 1319 del CC.

**2) Tentativa contra la vida del cónyuge:** Art. 148 n.º 2 CC. Esta causal constituye un caso típico de divorcio sanción y se fundamenta en el derecho a la vida.

Los requisitos que se deben dar para que se configure esta causal son: a) tentativa de homicidio, b) que se realice durante el matrimonio, c) que exista sentencia condenatoria, d) que dicha sentencia haya quedado ejecutoriada, e) que se pruebe que la acción no ha prescrito.

### **3) Sevicias e injurias graves: regulado por el Art. 148 n.º 3 CC.**

**La sevicia** es todo hecho material que voluntariamente produzca un sufrimiento grave o un maltrato al otro cónyuge. Se trata de hechos de violencia o que sin llegar a esta hacen intolerable o poco digno el hogar conyugal. En realidad el artículo referido habla de "sevicias" en plural, pero la doctrina y jurisprudencia han entendido que alcanza con tan solo una sevicia para hacer indigno el hogar conyugal. El Legislador establece que las injurias deben ser graves, lo cual debe ser apreciado por el Juez caso por caso, ya que lo que es sevicia en una familia tal vez no lo es en otra.

**La injuria** comprende todos los hechos susceptibles de producir un sufrimiento moral grave en el cónyuge agraviado. Por tanto esta causal se constituye cuando un acto, palabra, agravio, sufrimiento moral u omisión de un cónyuge le causa una lesión en el honor o dignidad al otro. En este caso el maltrato que padece uno de los cónyuges es de palabra.

**4) Propuesta para prostituir a la mujer: regulado por el Art. 148 n.º 4 CC.** En realidad esto es una injuria grave, pero seguramente por su gravedad el Legislador prefirió establecerlo independientemente del numeral anterior.

Si la propuesta proviene de la mujer, en este caso daría lugar a que se configure la causal de injurias graves.

**5) Conato para prostituir a sus hijos o connivencia en la prostitución de aquéllos:** regulado por el art. 148 n.º 5 CC. **Conato** significa el acto que no llegó a realizarse. O sea es suficiente con el intento de prostituir a los hijos, aunque no haya llegado a concretarse en la realidad.

Connivencia implica tolerancia o asentimiento de la prostitución de los hijos.

En estas causales no es necesaria una sentencia condenatoria, bastando con las pruebas de los hechos y además hay que aclarar que no es necesario que ocurran ambas situaciones, ya que alcanza con que tan sólo una ocurra.

Cabe agregar que no se distingue según el sexo de los hijos, su edad o si son comunes del matrimonio o de uno solo de los cónyuges, por lo cual comprendería a los hijos que cualquiera de ellos pudiera tener antes del matrimonio.

**6) Riñas y disputas: regulado por el art. 148 nº 6 CC.** Como señala este artículo, las riñas y disputas no se requiere que sean permanentes, sólo alcanza que sean continuas y que hagan insoportable la vida en común. Esta es la causal más utilizada en nuestro país.

Normalmente se ha sostenido que esta causal implica la culpabilidad de ambos cónyuges, ya que la causal procede más a una incompatibilidad de caracteres que a un hecho causal de uno de los cónyuges.

La prueba de esta causal normalmente se da que son testimonios de amigos, o conocidos de la pareja. Muchas veces el magistrado viendo que los testigos no fueron verdaderamente testigos de las riñas y disputas, declara igualmente disuelto el matrimonio, ya que lo hace en función del “divorcio remedio”.

**7) Condenación a pena de penitenciaría por más de 10 años:** regulado por el art. 148 nº 7 CC. El fundamento de esa causal es discutido, ya que algunos dicen que ocurre por el amplio lapso de separación entre los cónyuges y otros aluden a la deshonra que acompaña a la conducta delictuosa.

Los requisitos para alegar esta causal son: que exista una sentencia ejecutoriada de condena y que establezca una pena de penitenciaría por más de 10 años.

**8) Abandono:** regulado por el art. 148 nº 8. El fundamento de esta causal es que el abandono voluntario por uno de los cónyuges del hogar conyugal, implica incumplir los deberes los deberes matrimoniales.

Algunos autores lo definen como el alejamiento del hogar con intención de sustraerse a los deberes conyugales. Otros autores se inclinan por entenderlo en el sentido de realización de actos que implican la sustracción a los deberes conyugales aun cuando no se haya dado el hecho material de ausentarse.

Los requisitos para que se configure esta causal son: el abandono del lugar (entendido como ausencia material), que el abandono haya sido voluntario, que dure más de 3 años. Finalmente la legitimación activa para accionar esta causal, la tiene el cónyuge abandonado, ya que el principio

es que el cónyuge que incurrió en culpa no puede pedir su propio divorcio (art. 149 CC). Además el abandono debe ser inmotivado.

**9) Separación de hecho:** regulado por el art. 148 nº 9. El fundamento es que ante una separación de las características de este numeral, se le da la posibilidad a los cónyuges de poner fin a su unión, que en los hechos ya se ha desintegrado.

La separación de hecho ocurre cuando se da la separación entre ambos cónyuges por voluntad de uno o de ambos, poniendo fin a la vida de consuno.

Los requisitos son: la separación debe tener una duración mínima de 3 años, debe ser ininterrumpida, la separación debe ser voluntaria (dándose esta voluntad en por lo menos uno de los cónyuges).

La gran diferencia de esta causal con la del numeral 8, es que en este caso la separación de hecho puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges (independientemente de que haya o no tenido la voluntad de separarse), en cambio en el abandono, el divorcio, sólo puede ser pedido por el cónyuge abandonado.

**10) Incapacidad:** regulado por el art. 148 nº 10. Respecto a esta causal Cestau señala que sólo refiere a la incapacidad civil y no comprende otras incapacidades relacionadas al estado matrimonial, por ejemplo, enfermedades que obstan el cumplimiento del deber conyugal. O sea que el concepto de incapacidad que debe alegarse es el relacionado con el art. 431 y siguientes del CC.

Para que se configure esta causal se requieren 2 pronunciamientos periciales y 2 jurisprudenciales: **a)** uno pericial y otro jurisprudencial, tendrá lugar en el juicio de incapacidad, donde se establece la declaración de incapacidad de determinada persona en mérito a que la misma adolece de enfermedad mental irreversible.

**b)** otro pronunciamiento pericial y jurisprudencial tendrá lugar en el juicio de divorcio, producido luego de ejecutoriada la sentencia de incapacidad, donde se establece que la incapacidad es de tal naturaleza que racionalmente no puede esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual.

## **B) DIVORCIO POR CONVERSIÓN DE LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS:**

conforme al art. 185 CC, una vez transcurridos 3 años desde la sentencia de separación de cuerpos cualquiera de los cónyuges puede solicitar al Juez su conversión en divorcio se sustanciara a través del proceso monitorio.

Los caracteres de este instituto son: se trata de una conversión facultativa para los cónyuges pero automática para el Juez. Se discute si constituye o no una causal de divorcio independiente de las establecidas en el art. 148 CC, sosteniendo la mayoría de la doctrina la tesis afirmativa.

**d) DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LOS CÓNYUGES:** regulado por el art.

187 CC, se puede definir como un proceso especial, acerca del cual se discute si constituye un proceso de carácter contencioso o no, entendiéndose actualmente por la mayoría de la doctrina que se trata de un proceso voluntario.

Los caracteres son: los cónyuges deben comparecer personalmente, no admitiéndose el divorcio por poder. La incomparecencia en cualquiera de las audiencias sin causa justificada, se tiene como desistimiento de la pretensión.

Ambos cónyuges pueden, en cualquier momento, conjunta y personalmente, expresar ante el Juez competente de su domicilio su deseo de divorciarse, oportunamente en la que, fracasada la posible conciliación, el magistrado dispondrá la separación provisoria y demás medidas provisionales que correspondan. Asimismo fijara audiencia a realizarse en tres meses en la que confirmaran su propósito y si citados nuevamente para otra audiencia a celebrarse al cabo de otro tres meses persisten en su propósito, el juez distara sentencia declarando disuelto el vinculo matrimonial.

**e) DIVORCIO POR LA SOLA VOLUNTAD DE LA MUJER:** regulado por el art. 187 nº 3 CC. Se ha dicho que la finalidad de este proceso es asegurarse que la mujer actúe en forma reflexiva y no por un impulso momentáneo, así como otorgarle la posibilidad de obtener la disolución del vínculo matrimonial sin tener que ventilar hechos que afecten su sensibilidad o que puedan perjudicarla.

Los caracteres de este divorcio son: la mujer debe comparecer personalmente (y no por poder), para promover este divorcio deben haber transcurrido al menos 2 años de matrimonio.

El trámite suele iniciarse con la presentación de un escrito simple, que no contiene más que los datos del actora, el nombre y domicilio del demandado, el deseo de disolver el matrimonio y la solicitud de fijación de audiencia



Una vez solicitado el divorcio, el Juez cita a audiencia donde deben comparecer la mujer y su marido, para tratar de conciliar y arreglar las cuestiones establecidas en el art. 167 CC. En caso de que el esposo no comparezca se decreta la separación provisoria de los cónyuges, resolviéndose la situación de los hijos y la pensión alimenticia para la cónyuge. Se cita una nueva audiencia para el plazo de 6 meses donde la mujer nuevamente debe confirmar su deseo de divorciarse y así se cita a una tercera audiencia para el plazo de 1 año, con igual finalidad que esta última. En esta ocasión y si persiste la mujer con el animo de divorcio, se cita al marido para tentar nuevamente la conciliación y, comparezca o no, si no hay conciliación y continua la persistencia de la mujer en el divorcio, se dictara sentencia declarando disuelto el matrimonio.

Si la mujer deja de concurrir a una de las audiencias aparece el desistimiento del proceso.

**DISTINTOS PROCEDIMIENTOS: a) Juzgado competente:** será competente el Juzgado Letrado de Familia o en el Interior el Juzgado Letrado con competencia de familia, debiendo intervenir el Ministerio Público.

**b) Demanda:** la misma debe cumplir los requisitos establecidos en los arts. 117 y 118 CGP. La acción de divorcio es personalísima, o sea, que debe ser intentada por uno o ambos cónyuges, no transmitiéndose a sus herederos.

Esta acción se rige por disposiciones de orden público, es irrenunciable de forma anticipada. Es también una acción prescriptible, ya que lo hace a los 6 meses de conocer que el cónyuge realizo un hecho causal de divorcio (por ejemplo adulterio), aunque en caso de ignorancia prescribe a los 3 años del hecho.

La demanda debe fundarse en algunas de las causales establecidas en el art. 148 o 152 del CC. En principio ninguno de los cónyuges puede fundar la acción en su propia culpa.

**c) Medidas provisionales:** se deben aplicar los arts. 154 a 159 y 167 CC y 350.1 CGP. Estas medidas pueden llegar a cesar cuando se dicte la sentencia definitiva de divorcio. Por otro lado estas medidas pueden llegar a ser revisadas si se produjeran ciertas circunstancias supervinientes que cambiaran la situación de hecho. Normalmente la doctrina señala que contra estas medidas se puede interponer los recursos de apelación y reposición.

**d) Medidas relativas a los cónyuges:** 1) separación provisoria: la misma implica el cese del deber de cohabitación entre los cónyuges.

2) atribución del hogar conyugal: lo que se resuelve aquí es cual de los cónyuges permanecerá en el hogar conyugal. El Juez en este caso debe analizar varias cuestiones para decidir, por ejemplo quien es el propietario del inmueble, quien tiene la tenencia de los menores, que es lo mejor para estos, cual de los cónyuges está en peor situación económica. Si hubo violencia doméstica el agresor es el que se tiene que ir (según lo que establece la ley 17514).

3) fijación en caso de urgencia de una pensión alimenticia provisoria al cónyuge necesitado: es el caso donde uno de los cónyuges no tiene bienes propios ni administra gananciales y el otro cónyuge está en condiciones de prestar los alimentos.

4) litis expensas: el art. 154 CC Hoy se entiende que cualquiera de los cónyuges puede pedir esta litis expensas cuando no este en condiciones de solventar los gastos originados por el proceso.

5) medidas relativas a los bienes, conducentes a garantizar su buena administración: a solicitud de cualquiera de los cónyuges el Juez puede tomar cualquier medida que tenga relación con la administración de los bienes. Está regulado por el art. 157 CC.

e) medidas relativas a los hijos: el art. 167 CC establece que no se dictará sentencia si haberse antes acreditado que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces en lo referido a su guarda (material), régimen de visitas y pensión alimenticia. La nulidad generada por el incumplimiento de esta disposición es absoluta. En cuanto a las posibles formas de cumplir con este requisito tenemos el documento privado y solicitar la homologación judicial del convenio o prestar demanda y contestación de divorcio resolviendo este asunto o finalmente en algunas de las audiencias podrían las partes llegar a un acuerdo.

1) guarda o tenencia: para otorgarle la guarda o tenencia a algunos de los padres el Juez debe tener en cuenta varios aspectos (incluso el art. 174 CC). Influye o al menos debe influir que el menor se encuentre en la mejor situación posible. Hoy en día también se está dando lo que es la "tenencia compartida" aunque el Juez debe valorar la circunstancias del caso ya que en

ciertos casos la tenencia compartida puede originar problemas afectivos o psicológicos en el niño, que no tiene hogar fijo..

2) régimen de visitas: se podrá establecer en el convenio.

3) pensión alimenticia: lo usual es que cuando se trata de un hijo menor de edad la pensión se fije entre el 20 y 25% de los haberes del cónyuge que se fue del hogar conyugal. Si son 2 hijos se fija entre un 25 a 30% y si son más de 2 hijos se fija entre un 30 a 35%. El CNA establece que puede llegar hasta un 50%.

4) vivienda: ya hablamos del tema del hogar conyugal y quien se queda en el, teniendo en cuenta la mejor situación para los hijos.

f) actitudes del demandado: conforme al art. 132 CGP, el demandado puede tomar varias actitudes: 1) excepcionarse: todas las excepciones previas del art. 133 CGP o todas aquellas que sean de derecho común.

2) reconciliación: regulados por los arts. 160, 161 y 163 CC. La reconciliación puede ser expresa o tácita, partiendo de la voluntad común de los cónyuges, que actúan sin ningún tipo de presión moral y de forma reflexiva. Puede tener lugar antes de la demanda o en el curso del proceso, si se produce antes de la contestación del a demanda puede oponerse como excepción previa, si fuera posterior a ella podrá introducirse como hecho nuevo.

3) asumir actitud de expectativa: esto es que el demandado no conteste ni oponga excepciones.

g) prescripción: el art. 164 CC establece un término de 6 meses de prescripción para promover las acciones de divorcio, la cual sólo puede ser alegada por los cónyuges. El fundamento del corto lapso de tiempo radica en evitar la incertidumbre en una institución tan importante como la familia.

h) prueba: como señalamos para probar las causales de divorcio es admisible cualquier medio de prueba (art. 166 CC), incluso las presunciones. En algunos casos la ley establece ciertas pruebas que preceptivamente deben ser presentadas (art. 153 CC). Es importante aclarar que se excluye el testimonio de ascendientes y descendientes de los cónyuges.

i) fin del proceso: el mismo termina con el libramiento de oficio por parte del Juzgado a la Intendencia Municipal correspondiente y al Registro de Estado Civil, como también debe inscribirse la sentencia en el Registro de Actos Personales, Sección Regímenes Matrimoniales.

**EFFECTOS DEL DIVORCIO:** el principal efecto es la disolución del matrimonio, modificando el estado civil de los cónyuges que pasa a ser "divorciado". Los efectos comienzan desde que la sentencia quedó ejecutoriada.

a) efectos personales entre los cónyuges: el art. 186 establece las siguientes consecuencias: la mujer no podrá utilizar el apellido del marido, quedan habilitados a contraer nuevas nupcias (con excepción de los plazos que tiene la mujer), se extingue el deber de fidelidad entre los cónyuges y subsiste el deber de socorro aunque atenuado (arts. 183 y 194 CC).

b) efectos patrimoniales: se disuelve la sociedad conyugal, se pueden perder las donaciones o promesas que se hubieran hecho por ocasión del matrimonio, el cónyuge divorciado queda excluido de la sucesión intestada de su ex cónyuge, la mujer no culpable del divorcio podrá obtener una decente y congrua pensión alimenticia según las posibilidades de su ex cónyuge, se reconoce a ambos ex cónyuges a solicitarse los alimentos necesarios.

c) efectos con relación a los hijos: al producirse el divorcio o la separación es cuando adquiere relevancia la distinción entre guarda jurídica o guarda material o tenencia que se ejerce sobre los hijos menores de edad.

La guarda jurídica es un atributo de la patria potestad que conforma los deberes de vigilancia, educación y en general podríamos decir todos aquellos de carácter personal que relacionan a los progenitores con sus hijos.

Con respecto a la guarda material o tenencia, el art. 167 CC establece que no se podrá dictar sentencia de divorcio hasta tanto no se determine esta situación.

## **EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR NULIDAD:**

### **INEXISTENCIA, NULIDAD ABSOLUTA, NULIDAD RELATIVA E IRREGULARIDAD EN MATERIA DE MATRIMONIO:**

**INEXISTENCIA:** la doctrina ha entendido en ciertas circunstancias que no puede hablarse de nulidad absoluta del matrimonio, sino que debe hablarse de inexistencia. Sería el caso de un matrimonio de personas del mismo sexo, o cuando uno de los cónyuges calla al ser preguntado por el Oficial de Estado Civil si contraerá o no matrimonio. La inexistencia del matrimonio puede ser declarado por cualquier persona. La consecuencia de esta declaración es la ineficacia total, absoluta y perenne del acto, no pudiendo ser ratificado ni saneado por el transcurso del tiempo.

**NULIDAD ABSOLUTA:** las causales son las siguientes: a) falta de edad requerida: regulado por el art. 91 CC. Esta nulidad puede ser subsanada por el transcurso de 180 días desde que ambos cónyuges hubieran alcanzado la pubertad legal o en el caso de que la mujer haya concebido antes de alcanzar esta pubertad.

b) falta de consentimiento en los contrayentes: regulado por el art. 91 nº 2 CC.

c) sordomudo que no puede darse a entender por escrito

d) vínculo no disuelto de un matrimonio anterior

e) parentesco

f) homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio del cónyuge

g) matrimonio clandestino: es el matrimonio que se celebra sin cumplirse con las disposiciones del CC y sin presencia del funcionario correspondiente.

**NULIDAD RELATIVA:** a) violencia: el art. 1272 CC establece que la violencia (física o moral) es causa de nulidad. Es importante aclarar que esta nulidad es alegable dentro del plazo de 60 días desde que se convive con el cónyuge.

b) error: ya hablamos antes del mismo.

c) falta de consagración religiosa: se puede subsanar si el contrayente afectado no reclama el cumplimiento.

**OTRAS CONSIDERACIONES:** el Juzgado competente para los casos de nulidad es el de Familia del domicilio del demandante. Pueden alegar esta nulidad los cónyuges, el Ministerio Público o

cualquier interesado (salvo en el caso de nulidad por falta de consentimiento en donde sólo puede ser alegado por el cónyuge afectado).

**EFFECTOS:** a) en relación a los hijos: los hijos del matrimonio nulo (aunque este haya sido contraído de mala fe) seguirán siendo considerados legítimos. La diferencia entre los que actuaron de buena fe y mala fe es que los segundos no pueden ser herederos de sus hijos.

b) efectos personales en relación a los cónyuges: los cónyuges pueden una vez ejecutoriada la sentencia de nulidad contraer matrimonio (con la excepción ya estudiada para el caso de la mujer). La mujer no podrá seguir utilizando el apellido de su marido. Desaparece el parentesco por afinidad.

c) efectos patrimoniales en relación a los cónyuges: cesa toda obligación alimentaria entre los cónyuges, quedan anuladas las donaciones a causa del matrimonio, desaparece el derecho a la porción conyugal, el derecho de uso y habitación y a heredar en la sucesión intestada del otro cónyuge. Finalmente se disuelve la sociedad conyugal.

**Matrimonio Putativo:** es aquel que fuera de los caso de inexistencia, ha sido celebrado con las solemnidades establecidas por la ley y contraído, por lo menos por parte de uno de los cónyuges de buena fe y con justa causa de error.

Cabe mencionar que con relación a los hijos que hayan nacido antes del matrimonio, no basta ni aun el putativo para legitimarlos, ya que para que opere la legitimación por subsiguiente matrimonio es necesario un matrimonio valido.

### **SEPARACIÓN DE CUERPOS:**

**CONCEPTO:** es un estado especial de los cónyuges, quienes conservando su calidad de tales, no tienen ya el derecho ni la obligación de vivir de consuno, pero sí deben respetar otros aspectos emergentes del vínculo que los liga, como el deber de fidelidad (con la modificación introducida por la ley de concubinato el deber de fidelidad no persiste en la medida que cesa la vida en

consuno). y que sólo puede ser establecido por sentencia judicial ejecutoriada, dictada a pedido de uno de ellos o de ambos, por alguna de las causales establecidas expresamente en la ley.

**CARACTERES:** a) esta sentencia no extingue el matrimonio, sino que lo flexibiliza en algún aspecto (por ejemplo en el deber de cohabitación), b) necesariamente debe fundarse en algunas de las causales del art. 148 CC, c) para pedir este instituto siempre se debe acudir a la vía judicial, no admitiéndose como en Colombia el otorgamiento mediante escritura pública, d) se disuelve la sociedad conyugal

**CLASES DE SEPARACIÓN:** a) separación de hecho: es aquella a la que arriban los cónyuges cuando por voluntad de uno o de ambos, ponen fin a la vida en común, es decir, que por sí y ante sí han decidido dispensarse el deber de cohabitación, sin que dicha situación esté contenida en una sentencia judicial.

b) separación provisional: es una de las medidas provisionales a la que puede dar lugar la demanda de separación de cuerpos o divorcio (art. 154 CC).

c) separación judicial de cuerpos: es lo que estamos estudiando.

d) separación judicial de bienes: es una causal de disolución de la sociedad conyugal.

**EFFECTOS: EFECTOS PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES:** cesa la obligación de cohabitación entre los cónyuges. Cesa el deber de convivencia, de asistencia, de contribuir a los gastos comunes del hogar.

Perduran el deber de fidelidad, derecho de la mujer de agregar el apellido del marido, impedimento de otro vínculo matrimonial, parentesco por afinidad, deber de auxilio y socorro atenuados (arts. 127 y 183 CC).

**EFFECTOS PATRIMONIALES:** se produce la disolución de la sociedad conyugal, el cónyuge separado de cuerpos, declarado culpable por este hecho pierde el derecho a la sucesión intestada de su cónyuge.

**CESE DE LA SEPARACIÓN:** se puede dar por la reconciliación de los cónyuges. Vaz Ferreira señala que esta reconciliación no debe ser pedida judicialmente. Señala además que el efecto fundamental que tiene es el restablecimiento de la sociedad conyugal.

## **Análisis de algunos aspectos fundamentales de la Ley de Unión Concubinaria N° 18.246**

### **Generalidades:**

Surge de la ley la distinción entre: Unión concubinaria y unión de hecho.

La unión concubinaria se conforma si se cumple con los elementos constitutivos previstos en la ley.

Las uniones de hecho también son mencionadas por el Art. 1 de la ley cuando dice "... sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por esta". Es decir que aquellas situaciones en las que no se cumple con los elementos constitutivos de la unión concubinaria son consideradas por la ley como uniones de hecho y siguen regidas por las normas anteriores a la ley 18246 que regulaban las uniones de hecho, esto es producto de lo que establece el Art. 1 de la ley de unión concubinaria.

### **Concepto de Unión Concubinaria:**

En una primera definición podemos entender que unión concubinaria es la que se constituye por la comunidad de vida de dos personas que mantienen una relación afectiva de "índole sexual"; no obstante esta primera definición no es suficiente para la aplicación de la Ley 18246 que requiere que la comunidad de vida sea exclusiva, singular, estable y permanente y que perdure durante el plazo de 5 años como mínimo. No obsta a la existencia de la unión concubinaria que uno o ambos concubinos sean casados, además se acepta el concubinato homosexual. Además entre estas personas integrantes de la unión concubinaria no debe existir ninguno de los impedimentos dirimientes para el matrimonio, previstos en los numerales 1, 2, 4, y 5 del Art. 91 del CC.

### **Elementos constitutivos de la unión concubinaria:**

- **Convivencia ininterrumpida:** La ley 18.246 no establece una definición de convivencia, y tampoco lo hace otra ley o el CC. Asignado un significado legal en esta materia, que sea



diverso del que se le asigna conforme al uso general. En consecuencia, nada permite sostener que esta palabra alude a un significado diferente del natural y obvio. El significado natural y obvio, aquel que le asigna el lenguaje en su uso general, surge del diccionario de la Real Academia. Por convivencia debe entenderse la "acción de Convivir". A su vez convivir es definido como "vivir en compañía de otros u otro". Convive con o en compañía de otro, quien comparte un hogar, un lugar en el que reside. El Art. 11 de la ley al regular los derechos reales de habitación y de uso alude al hogar concubinario, como el inmueble en el que los concubinos convivieron. La convivencia entraña un hogar común, en el que los integrantes de la pareja conviven, esto es, donde viven juntos. Lo que la ley requiere es la existencia de un elemento objetivo, dado por el hecho de vivir con otra persona, y un elemento subjetivo, consistente en el ánimo de convivir.

- **Vínculo concubinario de carácter sexual:** es un elemento constitutivo básico, el vínculo deberá ser afectivo sexual, orientado a una comunidad de vida. no constituye una unión concubinaria la convivencia ininterrumpida de dos personas que compartan la vivienda por causas que no se funden en una relación afectiva de índole sexual. La relación afectiva de índole sexual se pondrá de manifiesto por el cúmulo de elementos que rodean a los miembros de esa unión, del trato que los mismos se dan ante terceros, de la presentación que hacen como integrantes de una pareja y de la fama que de dicho trato surge. Se entiende en consecuencia, que no se requiere la efectiva prueba del mantenimiento de relaciones sexuales a fin de obtener el reconocimiento judicial. Lo que se exige que la causa generadora de la convivencia sea el vínculo afectivo de índole sexual, concepto mas amplio que el hecho consistente en el actual y efectivo mantenimiento de relaciones sexuales. Ejemplo existe unión concubinaria aunque actualmente por ejemplo por la edad una pareja no mantengan un vínculo de índole sexual, bastando que la causa generadora de la convivencia sea el vínculo afectivo de índole sexual.
- **Estabilidad y permanencia:** Se entiende que estos requisitos se vinculan al de mantenimiento de la convivencia en el tiempo. En efecto aun cuando los integrantes de la unión hayan manifestado querer mantener una unión estable y permanente, si la misma no se mantiene efectivamente en el tiempo durante el periodo mínimo exigido por la ley, no se configuraría el supuesto de hecho al que le ley atribuye los efectos jurídicos previstos por la norma.

- **Exclusividad y singularidad:** Bossert civilista argentino entiende que la singularidad “ implica que la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se de entre uno de los concubinos y otro sujeto... Por ejemplo, la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel, en un momento dado al concubino”\_ En este sentido, sostiene Rivero y Ramos que debe distinguirse la exclusividad de la fidelidad, ya que lo que la ley exige es que no exista otra relación similar a la concubinaria. El texto legal, no exige fidelidad de los concubinos, como obligación a mantener durante la convivencia, ni surge requerida por los arts. 1 y 2 de la ley. Arezo expresa que la infidelidad no excluye necesariamente la singularidad, ya que aun en el caso de reiteradas infidelidades, habrá singularidad de la unión concubinaria, si no se configura otra unión paralela y semejante. Ema Carozzi comparte la posición de los autores mencionados, puede existir más de un episodio de infidelidad, sin que ello afecte la singularidad y exclusividad de la vida concubinaria.
- **La unión concubinaria no debe ser alcanzada por algún impedimento de los numerales 1, 2, 4 y 5 del Art. 2 de la ley.**
- **Plazo de convivencia mínimo 5 años.**
- **Personas de diferente o igual sexo:**

### **Reconocimiento Judicial:**

Si bien la unión concubinaria queda conformada una vez que se cumplen las exigencias previstas en los Art. 1 y 2 de la ley, para que se generen determinados efectos la norma requiere el cumplimiento de otros requisitos. La ley recurre a la vía judicial para obtener el reconocimiento y de ello derivan consecuencias personales y patrimoniales.

El reconocimiento del concubinato lo podrán solicitar los concubinos en conjunto, o separados, o cualquier interesado.

### **Naturaleza de la sentencia de reconocimiento.-**

1. Las Dras. Mabel Rivero y Beatriz Ramos sostienen que: la sentencia es constitutiva en la medida en que de la misma nace una nueva situación, ahora jurídica (previamente situación de hecho) que es la unión concubinaria legal. Con la sentencia queda determinado el régimen patrimonial aplicable al concubinato que podrá ser legal o convencional. Y la inscripción es declarativa y la hace oponible a terceros. Una vez ejecutoriada nace la sociedad de bienes entre los concubinos, por lo que la sentencia produce efectos entre las partes a partir de ese momento y frente a los terceros a partir del momento de la inscripción.

2.- La Esc. Carozzi quien entiende que una interpretación aislada del inciso 4º del Art. 5º introduce un efecto suspensivo del efecto de la resolución o sentencia, que es de excepción en materia de derecho procesal. Y continúa diciendo: el propio art. 5º permite sostener que la sociedad de bienes concubinarios nace con el reconocimiento judicial.

3.- Dentro de esta clasificación, pero con una diferencia fundamental en cuanto a sus efectos, está el Dr. Gabriel Valentín quien considera que la sentencia de reconocimiento tiene naturaleza constitutiva, pero con la diferencia de que ese efecto constitutivo sólo se producirá a partir de la inscripción.

En atención a lo expuesto y analizando el contenido de la resolución judicial que recaerá en el proceso de reconocimiento del concubinato, debemos concluir que la misma tiene la doble condición de declarativa y constitutiva.

Declarativa, en cuanto establece la fecha de comienzo de la unión y determina cuales han sido los bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común,(declara la existencia de una situación jurídica sustancial). Su efecto es retroactivo, el inicio de la Unión concubinaria se retrotrae a la fecha de su nacimiento y los bienes declarados como adquiridos por el esfuerzo o caudal común de los concubinos comprende todos aquellos adquiridos desde el inicio de la unión concubinaria. En ambos casos la declaración del reconocimiento judicial se refiere a dos elementos del pasado y declara una situación jurídica con alcance retroactivo.

En cuanto a la parte constitutiva de la sentencia, el art. 5º continúa diciendo: "...para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes" Esa determinación previa tiene por

finalidad establecer el contenido de la nueva sociedad de bienes, que intrínsecamente nace con la resolución de reconocimiento judicial del concubinato. En este aspecto la sentencia o resolución crea una nueva situación jurídica, por lo que su naturaleza, entonces, será constitutiva.

## **MOMENTO DE NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD BIENES**

Al respecto existen varias posiciones doctrinarias a saber:

a)- Quienes entienden que la nueva sociedad de bienes nace una vez que queda firme la sentencia de reconocimiento judicial. La inscripción es declarativa.

1) En este sentido se encuentran: Las Dras. Mabel Rivero y Beatriz Ramos quienes sostienen: Con la sentencia queda determinado el régimen patrimonial aplicable al concubinato que podrá ser legal o convencional. Que una vez ejecutoriada dicha sentencia nace la sociedad de bienes entre los concubinos, por lo que la sentencia produce efectos entre las partes a partir de ese momento y frente a los terceros a partir del momento de la inscripción. La inscripción es declarativa y la hace oponible a terceros.-

2.- La Esc. Ema CAROZZI: quien entiende que una interpretación aislada del inciso 4º del art. 5º introduce un efecto suspensivo del efecto de la resolución o sentencia, que es de excepción en materia de derecho procesal.

El mismo art. 5º permite sostener que la sociedad de bienes concubinarios nace con el reconocimiento judicial, ya que el lit. B no alude a la inscripción. Concluye: La sociedad de bienes concubinarios nace con el reconocimiento judicial.

El régimen concubinario nace entre las partes al quedar ejecutoriada la sentencia de reconocimiento judicial recaída en juicio.

b) Quienes entienden que la nueva sociedad de bienes nace con la inscripción en el Registro de Actos Personales:

1.-En ese sentido el Dr. el Dr. Enrique Arezo entiende que: no basta la simple resolución judicial de reconocimiento, sino que, de conformidad con el anteúltimo inciso el art. 5º., el nacimiento de la sociedad de bienes requiere un reconocimiento judicial inscripto. La inscripción del reconocimiento de la unión concubinaria en el registro tiene efecto constitutivo sobre la nueva sociedad de bienes y declarativo en lo demás.

2.- El Dr. Gabriel Valentín entiende que el la sociedad concubinaria se constituye con el reconocimiento inscripto. Para este autor el legislador ha establecido una solución especial que debe prevalecer sobre las reglas generales.

c) Una tercera posición la del Esc. Arturo IGLESIAS quien sostiene que la sociedad de bienes entre los concubinos nace con la inscripción del reconocimiento judicial, siendo sólo desde allí oponible a terceros, pero el efecto entre las partes precede a la inscripción, y agrega que el régimen concubinario queda regulado por las normas del régimen matrimonial legal desde el comienzo de la vida en común. Es la única posición que le da retroactividad total al nuevo régimen legal.

### **EFFECTOS PERSONALES**

- **Asistencia recíproca entre ambos concubinos:** personal (apoyo moral, emocional) y material (Alimentos) , están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica.

#### **Contenido de la obligación alimentaria entre concubinos:**

En este caso es aplicable el Art. 121 del código civil, ya que cuando en el CNA el codificador se refiere a ellos, es claro lo hace partiendo de la base que el beneficiario es un menor de edad. Por esto se entiende que el contenido alimentario entre concubinos no es el mismo que para todos los rubros que fija el CNA, por ejemplo recreación, educación.

#### **Obligación alimentaria entre concubinos antes de la ley 18246, y de uniones que no cumplen con todos los requisitos exigidos por la ley:**

Anterior a esta ley no existía norma que hiciera referencia a los alimentos entre concubinos. Aunque parte de la doctrina, afirmaba la existencia de la obligación alimentaria entre concubinos basándose en la Constitución, aplicando los principios generales de protección de la familia, solidaridad familiar y derecho a la vida y la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del matrimonio.

#### **Obligación alimentaria entre concubinos después de la ley 18246:**

El Art. 3 de dicha ley a texto expreso reconoce el derecho a alimentos entre concubinos teniendo en cuenta la vida en común de la pareja, como posteriormente a su separación.

Producida la separación, en caso de necesidad, es conveniente solicitar los alimentos en forma inmediata al cese del vínculo concubinario, pues el Art. Citado dice que la obligación persiste durante un periodo subsiguiente que no podrá ser mayor al de la convivencia. Es decir que en este caso los alimentos no están simplemente vinculados a las necesidades del acreedor sino al periodo de convivencia previo.

### **Cual es la situación en la que el vínculo concubinario existe pero no se solicito el reconocimiento:**

En el caso de que se cumplan con todos los requisitos para que exista unión concubinario pero no se haya procedido al reconocimiento, probados los electos constitutivos en e proceso de alimentos no es obstáculo el reconocimiento para solicitar alimentos. El fundamento legal seria el Art. 9 de la ley ya que admite la existencia de unión concubinaria sin haberse cumplido con la formalidad del reconocimiento, no obstante esto ello confiere efectos a dicha unión.

### **Incidencia del concubinato en los alimentos servidos a la ex esposa Art. 183 del CC:**

Según el art. 24 de la ley, cesa la obligación alimentaria del art. 183 siempre y cuando la ex esposa, viva en unión concubinaria, reconocida judicialmente. Entiende la doctrina que por más que según la ley es necesario el reconocimiento judicial para el cese, este no seria necesario, ya que por mas que el concubinato no este reconocido el concubino actual de la ex esposa tiene obligación alimentaria respecto a ella.

### **EFFECTOS PATRIMONIALES:**

#### **SOCIEDAD CONCUBINARIA DE BIENES.**

Este art. 5º que lleva por título (Objeto y sociedad de bienes), es sin lugar a dudas el corazón de la ley y el que más complejidades ha presentado a la hora de ser interpretado. El mismo dispone:

#### **"La declaratoria de reconocimiento judicial tendrá por objeto determinar:**

- 1- La fecha de comienzo de la Unión
- 2- La indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes.-

#### **El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria:**

- Da nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal, en cuanto le sean aplicables - salvo que - los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la Unión Concubinaria.
- Constituida esta sociedad de bienes - se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinato anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona. (Art. 5º).-

En clara demostración de sus dificultades de interpretación han surgido varias construcciones doctrinarias al respecto.

### **Acerca de los bienes concubinarios**

**Breve referencia al comienzo de la Sociedad de bienes de la Unión Concubinaria** Así como, la Sociedad Conyugal es el régimen patrimonial del matrimonio, la Sociedad de Bienes es el régimen patrimonial de la Unión Concubinaria.

Por cierto que esta afirmación no implica aceptar que ambas sean iguales ni tampoco que exista igualdad entre los institutos que las generan.

Es evidente y ya lo hemos puesto de manifiesto que el matrimonio y la unión concubinaria son dos institutos distintos desde el punto de vista jurídico.

Como es sabido el matrimonio genera efectos personales y patrimoniales a partir de su celebración y no antes.

Por el contrario la unión concubinaria presenta una estructura diferente ya que comienza con la convivencia de dos personas cualquiera sea su sexo, por lo que aun antes de obtenerse el reconocimiento judicial al que alude el art. 4 de la LUC, estamos ante una situación que "genera" derechos y obligaciones de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1 de la misma.

Las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión concubinaria se trasladan lógicamente a los regímenes patrimoniales que ambos generan, esto es la sociedad conyugal y la sociedad de bienes respectivamente.

### **La primera diferencia entre ambas sociedades se plantea ya al determinar su inicio.**

Es claro que la denominada sociedad conyugal comienza el día en que se celebra el matrimonio, así lo dispone el art. 1948 del Código Civil (en adelante CC).

Por el contrario en lo que respecta al inicio de la sociedad de bienes de la unión concubinaria el tema es sumamente discutible no existiendo acuerdo en la doctrina.

Es así que mientras algunos autores han señalado que la sociedad de bienes nace (entre los concubinos y frente a terceros) cuando se inscribe en el Registro el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, otros han entendido que la misma nace una vez concluido el proceso de reconocimiento judicial al que refiere el art. 5 de la ley siendo oponible a terceros desde la inscripción en el Registro.

La sociedad de bienes se constituye entre los concubinos con el reconocimiento judicial de la unión concubinaria pero no se opone en perjuicio de terceros hasta que se inscriba dicho reconocimiento en el Registro Nacional de Actos Personales.

En posición de parte de la doctrina la inscripción registral del reconocimiento judicial es declarativa siguiendo el principio general consagrado en el art. 54 de la ley 16.871.

También, Carozzi analiza el tema y concluye inclinándose por la misma interpretación ya que demuestra por medio de algunos ejemplos que es la que mejor armoniza con los principios básicos procesales.

### **Estructura de la Unión Concubinaria**

La LUC considera a la unión concubinaria, una situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas, que reúna los requerimientos previstos en su artículo 2.

Esa comunidad de vida debe asentarse en una convivencia que perdure al menos durante 5 años.(art.1 de la ley)

Una vez cumplido ese plazo, la ley habilita a promover la declaratoria judicial de reconocimiento de la unión concubinaria ,legitimando, a tales efectos en vida de ambos concubinos, solamente a cualquiera de ellos, actuando tanto ya sea en forma conjunta como en forma individual

Al fallecimiento de uno, o de ambos concubinos, podrá realizar tal promoción cualquier interesado justificando sumariamente tal interés (art.4 de la ley)

De la redacción de este último artículo no surgen diferencias en cuanto a los efectos derivados de tal reconocimiento.



Con el reconocimiento judicial nace entre los concubinos la sociedad de bienes con los efectos ya mencionados.

Desde luego que esto no significa desconocer que la convivencia anterior al reconocimiento, haya generado derechos y obligaciones según lo dispone el artículo 1 de la propia ley

Esto está en armonía con lo dispuesto en el art.5 lit.b en el que se dispone que la declaratoria de reconocimiento judicial tendrá por objeto la indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común.

De lo dicho surge que la estructura de la unión concubinaria es diferente a la del matrimonio, ya que al celebrarse este último se inicia la sociedad conyugal, sin integrar la misma los bienes adquiridos previamente por cualquiera de los cónyuges.

En la medida en la que usualmente el operador jurídico toma el matrimonio como referente, forma que ha sido la habitual para el relacionamiento de las parejas, ello ha dificultado entender que constituyan bienes concubinarios los adquiridos previamente al reconocimiento, aún cuando sean producto del esfuerzo o caudal común. Ello sencillamente porque no es posible, tratándose de matrimonio, que existan bienes gananciales adquiridos previamente a la celebración del mismo.

### **Estructura y contenido de la sociedad de bienes.**

Como ya dijimos, la sociedad de bienes es el régimen patrimonial de la unión concubinaria teniendo su inicio en la forma ya previamente señalada.

En cuanto a su disolución existen diversas causales: en primer lugar es de entenderse que las que originan la disolución de la unión concubinaria,(art.8 de la ley) dan lugar también a la disolución de la sociedad de bienes originada en dicha unión.

En segundo lugar existe una causal específica de disolución de la sociedad de bienes, prevista en el último inciso del art.5, ya que también puede ser disuelta si uno de los integrantes de la pareja reconoce una nueva unión concubinaria con otra persona.

En tercer lugar, desde un principio han entendido junto con Mabel Rivero que la sociedad de bienes puede también ser disuelta por otras causales, entre ellas la separación de bienes, posición ésta asumida con posterioridad por la mayoría de la doctrina.

Por último, se puede entender, que la simple separación de hecho voluntaria,(sin solicitarse la disolución de la unión concubinaria), no mencionada expresamente por el legislador como causal

de disolución, lleva a que deba entenderse que nos encontramos frente a una sociedad de bienes que quedaría como una estructura sin contenido patrimonial

Ello es así, en la medida en que la separación de hecho conlleva, en la mayoría de los casos, a la ausencia de esfuerzo y caudal común.

En cuanto al contenido de la sociedad de bienes, el legislador no lo ha identificado claramente, como sucede en el caso de la sociedad conyugal, es decir que no ha dicho en forma expresa cual es la composición de su activo y de su pasivo, y cuales normas rigen su funcionamiento, ni determina como se administra dicho activo ni cual es el derecho de persecución de los acreedores. La LUC simplemente se limitó a señalar que dicha sociedad "se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables"

Surge del texto, que el legislador no ha pretendido la aplicación de todas las disposiciones que rigen la sociedad conyugal.

Apenas aprobada la ley la doctrina se expidió sobre diversas disposiciones referidas a la sociedad conyugal, que pueden ser aplicables a la sociedad de bienes

Es así que se ha señalado que en la sociedad de bienes se podían visualizar, al igual que en la sociedad conyugal, cinco núcleos de bienes: bienes propios de cada concubino, bienes que denominamos concubinarios (haciendo una similitud con lo que en el matrimonio sucede con la sociedad conyugal) los que son administrados por cada concubino, y bienes concubinarios administrados en común por ambos.

### **Identificación de los bienes concubinarios.**

En un primer momento distinguimos los bienes concubinarios adquiridos con anterioridad al reconocimiento judicial de la unión concubinaria, de los adquiridos con posterioridad al mismo.

Con relación a los primeros, bienes adquiridos durante el desarrollo de la unión concubinaria, previamente a su reconocimiento judicial y que son indicados en el proceso como adquiridos con el esfuerzo o caudal común, pasan a tener la calidad de concubinarios por disposición legal, aunque no se modifique el titular documental, que seguirá siendo el concubino que los adquirió.

Por su parte Carozzi tomó igual posición en la medida en la que también sostiene que hay una transformación de la naturaleza jurídica de dichos bienes

Para el Dr. Esc. Arezo por su parte estos bienes generarían un derecho personal del concubino perjudicado contra el otro , surgiendo de ello por lo tanto, una posición contraria a la transformación de los bienes en concubinarios.

Entendemos que sostener la transformación de la naturaleza jurídica de estos bienes no debe sorprender ya que nuestro propio Código Civil ha admitido en el artículo 1955 numeral 6 inc.2 la transformación de un bien propio en bien ganancial ,como ha sido aceptado por doctrina y jurisprudencia.

Con relación a los bienes adquiridos con el esfuerzo o caudal común desde que comenzó la convivencia hasta el reconocimiento judicial, una pregunta de compleja respuesta podría ser qué sucede con aquellos bienes que adquiridos en ese período fueron enajenados previamente al reconocimiento de la unión concubinaria.

Sería el caso por ejemplo en que uno de los concubinos hubiese adquirido un automóvil con esfuerzo o caudal común y lo enajenara previamente al reconocimiento mencionado .Al respecto corresponde tener presente que en el art.5 se dispone "bienes que hayan sido adquiridos" Evidentemente en este caso habrá que analizar el destino que tuvo el dinero obtenido con el producto de dicha enajenación.

Tal vez vendido el bien su precio fue invertido en la compra de otro bien, el que existiendo al solicitarse el reconocimiento de la unión concubinaria entendemos que será el que debe indicarse (art.5 de la ley)

Tal vez el dinero se encuentre depositado en una cuenta bancaria, en cuyo caso también entendemos corresponde indicarlo. Como vemos, cada caso concreto dará lugar a la respuesta adecuada.

En cuanto a los bienes adquiridos posteriormente al nacimiento de la sociedad de bienes la LUC en el art.5 indica que se aplican las normas de la sociedad conyugal en cuanto fueren aplicables.

Las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión concubinaria y por ende de los regímenes patrimoniales a las que ellos dan lugar, o sea la sociedad conyugal y la sociedad de

bienes fueron reconocidas por la LUC, reiteramos que de haberse entendido que eran idénticas, el legislador no hubiese limitado la sociedad de bienes a la sujeción de las disposiciones de la sociedad conyugal que le resulten aplicables.

Es de toda lógica pensar que si las hubiese considerado iguales, directamente hubiese sujetado la sociedad de bienes a las normas de la sociedad conyugal en su totalidad.

No es sencillo determinar qué normas de la sociedad conyugal resultan aplicables a la sociedad de bienes, por el contrario su identificación requiere un análisis cuidadoso.

Como vimos la LUC en su art. 5º dispone claramente que deben indicarse en el proceso de reconocimiento judicial los bienes adquiridos con el esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad.

Con referencia a este tema Carozzi ha dicho que la remisión del inciso 4 del art. 5 de la LUC es amplia, por lo que las fuentes generadoras de ganancialidad son entonces las fuentes generadoras de bienes concubinarios.

Por el contrario otra parte de la doctrina entiende que varios de los numerales del 1955 del CC no le son aplicables y otros si.

**A continuación analizaremos el art. 1955 CC considerando sus distintos numerales y estudiando cuales de ellos son aplicables a la sociedad de bienes:**

En el primer numeral del art. 1955 CC se dispone que son gananciales "los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos"

En principio podríamos sostener que la aplicación literal de este numeral es coincidente con lo dispuesto en el art. 5 de la LUC en cuanto exige que la adquisición sea efectuada con el "caudal común".

En materia de sociedad conyugal, si bien el numeral exige caudal común para que un bien sea ganancial, también podrían tener tal calidad los bienes adquiridos con caudal propio y esto por efecto de la aplicación de las normas en materia de "subrogación".

Es decir que si uno de los esposos adquiere un bien a título oneroso, sin subrogar, durante la vigencia de la sociedad conyugal, con caudal propio, el bien será inexorablemente de naturaleza ganancial. Ello ocurrirá no por aplicación del art. 1955 (que exige caudal común) sino porque no quiso o no pudo subrogar de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1957 a 1959 CC.

Explica Vaz Ferreira que esta contradicción se produce pues el art. 1955 CC tiene como fuente el Proyecto de García Goyena que admite la subrogación en forma amplia y las específicas disposiciones sobre subrogación (arts. 1957 a 1959) tienen su fuente en el código civil chileno

Como se comprenderá las normas en materia de subrogación son de interpretación estricta, conclusión ésta a la que ha llegado la doctrina más prestigiosa en nuestro país.

En la medida en que las normas en estudio son disposiciones excepcionales entendemos que no resultan aplicables a la sociedad de bienes.

Esta conclusión es la que nos permite además realizar una interpretación más armónica con la LUC en tanto el art. 1955 CC numeral 1º) requiere el "caudal común".

En consecuencia según esta posición será bien concubinaria aquel adquirido a título oneroso a expensas del esfuerzo o caudal común, lo que surge de una interpretación armónica del art. 5 de la LUC y el numeral 1º del art. 1955 CC.

En el segundo numeral del art.1955 se dispone" los obtenidos por la industria, profesión, oficio o cargo de los cónyuges o de cualquiera de ellos"

Se considera que esta norma resulta aplicable, de acuerdo a la mencionada remisión del art.5 de la LUC

Entendemos que varios pueden ser los argumentos para aceptar su aplicación .

Es evidente que la comunidad de vida que existe entre los integrantes de la unión concubinaria se basa en una convivencia entre sus integrantes que se prodigan entre sí asistencia recíproca personal y material(art.3 de la ley)

Esta asistencia recíproca puede ser personal (apoyo emocional entre los integrantes de la pareja) o material (alimentos y contribución a los gastos del hogar)

En los casos comunes es de admitirse que el cumplimiento de tales deberes se originan en los ingresos obtenidos por ambos o por uno de ellos, contando posiblemente con el esfuerzo o el apoyo del otro.

Con relación al numeral 3 que refiere a los adquiridos por hechos fortuitos como lotería, juego, apuesta, decimos que aunque discutible, no parece apropiado descartar, sin más, su aplicación en la sociedad de bienes, debiendo tenerse en cuenta en cada caso la participación de cada concubino.

El cuarto numeral refiere a frutos, rentas e intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, sean procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges

Tratándose de los frutos de los bienes concubinarios, indudablemente los mismos integrarán la sociedad de bienes.

Con relación a los frutos procedentes de los bienes propios, entendemos que en principio serán propios salvo que se demostrara que el concubino no propietario, con su participación contribuyó a su obtención

La categorización de los frutos, así como la forma en la que sean percibidos o devengados obligan a un estudio que excede el objeto de este trabajo

El numeral quinto refiere a lo que recibiere alguno de los cónyuges por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio

Señalaba Vaz Ferreira que esta disposición estaba relacionada con el numeral quinto del art.1965 CC referido al mantenimiento de la familia y educación de los hijos comunes.

En este tema se han producido importantes modificaciones en materia de derecho de familia personal (obligación de alimentos, familia de hecho, etc) no habiéndose producido el correspondiente "aggiornamiento" de las normas de sociedad conyugal,

Al respecto debemos tener presente que este numeral originariamente estaba vinculado a una situación en la que el matrimonio se disolvía por la muerte, por lo que el mantenimiento del hijo correspondía a la nueva sociedad conyugal originada en el nuevo matrimonio del viudo o viuda.

Disuelto el vínculo matrimonial por divorcio, atendidas sus necesidades por sus progenitores, de los cuales uno o ambos pueden haber contraído nuevo matrimonio, tornan difícil encontrar una respuesta adecuada para esas situaciones dada la posible existencia de más de una sociedad conyugal.

A ello se agrega sustanciales modificaciones en materia de alimentos, derivadas del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Una aplicación sin más de este numeral, a la sociedad de bienes de en virtud de las normas vigentes, implicaría por ejemplo que el usufructo de los hijos comunes de los concubinos, al ser hijos naturales, no sería un bien concubinario, mientras que si sería concubinario lo que recibiere alguno de los concubinos por el usufructo de los bienes de los hijos de un matrimonio.

Como se comprenderá es imposible dar una respuesta irrefutable para casos complejos como el presentado.

Por último, el numeral 6 del artículo 1955 prevé dos situaciones diferentes

En la primera dispone que es ganancial el aumento de valor en los bienes propios de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer.

Al respecto sólo diremos que de acuerdo al código si en un bien propio de uno de los esposos se invierte dinero ganancial, supongamos \$1.000 y se obtiene un aumento de valor en el bien por

\$3.000, la norma favorece a la sociedad conyugal reconociéndole una recompensa que lógicamente es ganancial, no por la suma invertida sino por el aumento de valor.

Entendemos que esta norma no resulta aplicable a la unión concubinaria ya que además de ser una norma excepcional y por lo tanto de interpretación estricta, en la obtención del aumento de valor referida se logra un beneficio propio del régimen matrimonial.

El inciso 2 de este numeral 6 dispone que será también ganancial el edificio construido durante el matrimonio, en suelo propio de uno de los cónyuges abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía.

### **UNO DE LOS TEMAS QUE EL LEGISLADOR NO PREVIÓ Y PLANTEA PROBLEMAS DE RESOLUCIÓN.-**

El Art. 8º de la ley 18.246 prevé cómo se disuelve la unión concubinaria: por sentencia de disolución; por fallecimiento de uno de los concubinos y por declaración de ausencia.

No se previó como causal de disolución la celebración de matrimonio posterior de uno de los concubinos con otra persona.

No obstante no estar previsto, por una razón de lógica y de equidad, parecería que si la nueva sociedad concubinaria disuelve la sociedad conyugal vigente al momento de su creación, la nueva sociedad conyugal disolvería la sociedad concubinaria preexistente.

Pongamos el caso de dos concubinos que promueven el reconocimiento de su unión concubinaria, obtienen el mismo, pasan a formar parte de una sociedad de bienes concubinaria regida por las normas de la sociedad conyugal. Transcurridos algunos años, se separan y uno de ellos contrae matrimonio con otra persona. Van a coexistir dos sociedades de bienes, la concubinaria y la conyugal derivada del matrimonio de uno de ellos. Evidentemente no se dieron ninguna de las causales que la ley previó como de extinción de la unión concubinaria. La celebración del matrimonio da fecha cierta de comienzo de la sociedad conyugal.

### **Derechos Sucesorios:**

El Art. 11 de la ley confiere al concubino supérstite dos tipos diversos de beneficios sucesorios. Uno de dichos beneficios es la calidad de heredero no forzoso. Y por otro lado se le concede una asignación forzosa que son los derechos reales de habitación y de uso.



En cambio la ley no le asigna al concubino sobreviviente porción conyugal a diferencia de lo que pasa con la viuda o viudo.

Es de destacar que el reconocimiento judicial no es un requisito constitutivo de los derechos sucesorios, ni de los derechos reales de habitación y uso. El reconocimiento judicial no está previsto como un presupuesto legal necesario, a fin de dar nacimiento a los derechos sucesorio. El reconocimiento en el aspecto sucesorio tiene una eficacia probatoria. No se requiere que la unión concubinaria haya sido reconocida judicialmente a la fecha en que se produjo la apertura legal de la sucesión, para poder concurrir a la sucesión, sea en la calidad de heredero o como asignatario forzoso.

La ley coloca al concubino sobreviviente entre los herederos llamados en el segundo orden de llamamiento, redacción actual del Art. 1026 del CC.

### **Procesos previstos por la ley**

- 1.- Reconocimiento judicial de la unión concubinaria – arts. 4 a 6.
- 2.- Disolución de la unión concubinaria – arts. 8º lit. A y 9º.
- 3.- Determinación o cese de alimentos entre concubinos – art. 3º incs. 3 y 4.
- 4.- Facción de inventario posterior a la disolución de la unión – art. 10.
  
- 5.- Desalojo del concubinario o concubina – art. 26.

#### **1.- PROCESO DE RECONOCIMIENTO**

Tiene por objeto: a) la pretensión declarativa de mera certeza tendiente a determinar oficialmente la existencia de una comunidad de vida entre dos personas;

b) la pretensión de identificación de los bienes que fueron adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común, para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes;

c) la pretensión de que se constituya una sociedad de bienes entre concubinos. La “sociedad concubinaria” se genera a partir del reconocimiento inscripto de la unión, y se regirá por lo dispuesto para la sociedad conyugal, salvo que los concubinos optaren de común acuerdo por otra forma de administración. Una vez constituida la sociedad de bienes, se disuelve la sociedad

conyugal o sociedad concubinaria derivada de concubinato anterior que estuviera vigente entre los concubinos y otra persona.

Competencia: Juez Letrado de Familia en Montevideo o Juez Letrado con competencia en materia de familia en el interior.

Legitimación causal: a) en vida de los concubinos, sólo pueden promover el proceso quienes afirmen ser concubinos, actuando conjunta o separadamente;

b) fallecido uno o ambos, puede ser promovido por cualquier interesado, una vez producida la "apertura legal" (muerte) de uno o ambos concubinos.

Estructura del proceso: tramitará por el proceso voluntario (se entiende el previsto por el art. 404 CGP) y en caso de oposición se sigue el procedimiento extraordinario. Por ejemplo, podría oponerse el cónyuge de uno de los concubinos alegando que no existe un concubinato con los requisitos exigidos por la ley; o que alguno de los bienes incluidos no fueron adquiridos con el esfuerzo o caudal común de los concubinos.

Eficacia de la resolución que reconoce la unión:

Es declarativa en cuanto a la existencia de la unión y a cuáles son los bienes adquiridos a expensas del caudal común.

Es constitutiva en cuanto a la conformación de la sociedad de bienes y a la consiguiente disolución de otras vigentes.

En verdad, la sociedad no se crea con resolución sino con la inscripción de la misma.

Sobre si es posible revisar lo resuelto en un proceso posterior.

Si el proceso tramita sin oposición, la eficacia será la correspondiente a las providencias del proceso voluntario, por lo que lo resuelto podrá ser revisado en un proceso contencioso posterior. En cambio, si inicialmente hubo oposición y se tramitó como un contencioso extraordinario, la sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada.

## **PROCESO DE DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN CONCUBINARIA**

Es un proceso extraordinario.

Puede ser necesario el intento de conciliación previa, si en el departamento donde se va a tramitar no existen juzgados especializados en materia de familia.

## **FACCIÓN DE INVENTARIO**

Según el art. 10, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la sentencia firme que dispuso la disolución de la unión, se procederá a la facción de inventario

de las deudas y bienes adquiridos a título oneroso por los concubinos durante la vigencia de la unión (activo y pasivo de la sociedad concubinaria).

En caso de controversia, o sea, de existir observaciones al inventario, se resolverán por la vía del procedimiento extraordinario. Debe aplicarse por analogía lo dispuesto por el art. 418 del CGP.

## **DETERMINACIÓN O CESE DE ALIMENTOS ENTRE CONCUBINOS**

Según el art. 10, los concubinos se deben asistencia recíproca personal y material, estando obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica. Una vez disuelto el vínculo concubinario persiste la obligación de auxilios recíprocos durante un período subsiguiente, el que no podrá ser mayor al de la convivencia, siempre que resulte necesario para la subsistencia de alguno de los concubinos.

Las pretensiones de fijación de pensión alimenticia entre concubinos, así como el aumento y la reducción de pensión, tramitarán por el procedimiento extraordinario (no lo dice la ley, surgiría del CGP, aplicando las normas análogas: arts. 347, 349 CGP).

## **DESALOJO DEL CONCUBINARIO O CONCUBINA**

El art. 26 de la ley agrega al decreto-ley 14.219 el siguiente artículo:

Artículo 36 bis.- El exconcubino podrá desalojar de la vivienda de su propiedad o sobre la que posee otro derecho real, a la persona con la que habitó en unión concubinaria, en los plazos y con la limitación de excepciones previstas en el art. 35 de esta ley.

El proceso será monitorio.

### **Derechos Reales de Habitación y Uso del concubino sobreviviente**

De acuerdo a la LUC al concubino sobreviviente, si se cumplen determinados requisitos, pueden corresponderle DRHU en un inmueble (propio o concubinario) que integra el acervo sucesorio de su pareja.

Recordemos que la ley 16.603 incorporó al Código Civil en los artículos 881.1 a 881.9 los DRHU consagrados para el cónyuge supérstite por la ley 16.081.

Como expresamos anteriormente, los requisitos exigidos para que nazcan los DRHU a favor del cónyuge sobreviviente son notoriamente distintos a los reconocidos a favor del concubino en el art. 11 de la LUC, que con relación a los mismos dispone:

"...Asimismo, si se tratare de una persona mayor de sesenta años de edad sin medios propios suficientes para asegurar su vivienda, que haya convivido en concubinato al menos durante los últimos diez años en forma ininterrumpida, tendrá derecho real de uso y habitación previsto en los artículos 881.1 al 881.3 del Código Civil, siempre y cuando dicho bien fuera propio del causante o común de la unión concubinaria.

Los derechos reales de habitación y de uso se imputarán a la porción disponible, en el supuesto de que ésta no fuera suficiente, por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del causante y el concubino supérstite. Estos derechos no afectarán las legítimas de otros herederos forzosos, ni las asignaciones forzosas de otros beneficiarios..."

Según el texto legal los DRHU reconocidos al concubino son los previstos por los artículos 881.1 a 881.3 CC.

En consecuencia si bien la LUC no refiere a la naturaleza jurídica de tal asignación como lo hace expresamente el art. 881.9 CC, entendemos que corresponde admitir que es un legado legal, en tanto se refiere al mismo DRHU previsto para el cónyuge supérstite.

También consideramos que resultan aplicables los artículos 541 y siguientes del Código Civil que refieren a derecho de habitación, en tanto no se opongan a lo previsto por LUC.

#### IV. Requisitos necesarios para que nazcan los Derechos Reales de Habitación y Uso

Los DRHU nacen si al momento de la muerte de un concubino se cumplen una serie de requisitos impuestos por la LUC, algunos con referencia al sobreviviente (Requisitos Personales) y otros con relación al acervo sucesorio (Requisitos Patrimoniales).

##### Requisitos Personales

## 1º) Concubino sobreviviente

Como ya señalamos para que nazca este derecho, no será necesario que la unión hubiese obtenido previo reconocimiento judicial, por lo que si se trata de una UC que cumple con los elementos constitutivos (arts. 1 y 2 de la LUC) durante el plazo exigido por el legislador se generarán tales derechos.

Además de ello se requiere que el sobreviviente estuviere conviviendo con el causante a la fecha de su muerte.

Es decir que no basta con que los concubinos hubieren convivido los últimos diez años de acuerdo lo exigido por la ley, sino que se requiere que esa convivencia se perpetuara al momento de la muerte de cualquiera de ellos, y ello en tanto la ley dispone "durante los últimos diez años en forma ininterrumpida".

Si al momento de la muerte, aunque se hubiere convivido durante diez años, la pareja se encontrare separada de hecho ya no existiría el "hogar concubinario" al que hace referencia el legislador.

## 2º) Plazo

Si bien el legislador exigió un plazo de cinco años de convivencia para pretender el reconocimiento judicial de la UC, en materia sucesoria para el nacimiento de los DRHU se exigió un plazo de diez años.

Con ello se reconoce una diferencia sustantiva con el matrimonio, ya que para este último el plazo de duración ha parecido muy breve.

El art. 11 de la LUC exige que el concubino sobreviviente haya convivido en concubinato al menos durante los últimos diez años lo cual no quiere decir que lo haya hecho en la misma vivienda.

Es decir que la exigencia de los diez años es para la convivencia pudiendo nacer el DRHU sobre un inmueble en el cual vivieron un plazo sustancialmente menor al referido.

### 3º) Edad

A diferencia de lo requerido para el caso del matrimonio el legislador exige que el concubino sobreviviente sea persona mayor de sesenta años.

Tratándose del matrimonio, el legislador exigió plazos mínimos de duración del mismo y no hizo referencia alguna respecto a la edad del cónyuge sobreviviente.

Por lo tanto una persona joven con un matrimonio previo de corta duración (arts. 881 a 881.6 CC) puede en nuestro derecho, si cumple con los restantes requisitos legales, exigir los DRHU en la sucesión del cónyuge fallecido.

Parece más apropiada la edad exigida en la LUC ya que si bien no se requiere la ancianidad, la que en nuestro derecho se reconoce a los 65 años, se trata de una persona de edad avanzada, lo que justifica el beneficio conferido por la ley.

### 4º) Medios propios suficientes para asegurar su vivienda

Para que nazcan los DRHU del cónyuge supérstite se requiere que el mismo no tuviere otro inmueble propio apto para vivienda similar al que hubiera sido el hogar conyugal.

Esta disposición ha recibido múltiples y justificadas críticas de la doctrina, ya que de acuerdo a la misma una persona casada, titular de una cuantiosa fortuna que no cuente con un inmueble similar, estaría habilitada para exigir el DRHU si cumpliera con los demás requisitos legales.

Esta exigencia de no contar con un inmueble similar, no es aplicable al concubino sobreviviente ya que con relación al mismo la LUC en su artículo 11 dispone que el concubino tendrá el DRHU si no tuviera los "...medios propios suficientes para asegurar su vivienda...".

Este texto genera diversas interrogantes.

En primer lugar debemos dilucidar que se entiende por "asegurar su vivienda", si ello debe interpretarse como que el sobreviviente tenga recursos para adquirir un inmueble o si es suficiente con que tenga recursos para obtener la vivienda por otros medios, por ejemplo por arrendamiento.

Efectivamente, el legislador no habla de tener o adquirir una vivienda, así como tampoco dice que tenga los medios suficientes para acceder a una vivienda, dispone que tenga los medios suficientes para asegurar su vivienda.

Se podría sostener que es la adquisición de una vivienda la única forma de brindar seguridad al concubino sobreviviente.

El texto no es claro.

No obstante entendemos que esa interpretación no es la adecuada, ya que la adquisición de un inmueble no es la única forma de obtener certeza con relación a la vivienda.

Respecto al término asegurar existen en el diccionario (2) varias acepciones entre ellas "librar de cuidado o temor, tranquilizar, infundir confianza. Dejar seguro de la realidad o certeza de algo".

En el caso en estudio, la certeza está vinculada a que el sobreviviente tenga los medios propios suficientes para asegurarse una vivienda.

No debemos olvidar que estamos analizando este requisito para considerar si nace o no el DRHU y éste, en caso de nacer, asegurar la vivienda en forma continua a su titular.

Esa continuidad es un elemento a considerar al momento de analizar si el sobreviviente tiene los medios suficientes para asegurar su vivienda, pues forma parte de la confianza y tranquilidad a la que alude la acepción del término según vimos.



Esto nos lleva a la segunda interrogante. Se trata de determinar si basta con que el sobreviviente tenga los medios suficientes para asegurarse la vivienda al momento de la muerte de su pareja, o si dicha seguridad debe extenderse durante la vida probable del concubino.

Con relación a esto entendemos que tratándose de la vivienda el elemento continuidad está íntimamente vinculado al giro "asegurar su vivienda" al que refiere el legislador.

Al respecto debemos tener en cuenta que la vivienda es un bien jurídico básico que como señala Risso Ferrand (3) está especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico ya que ha sido regulado por normas internacionales con rango constitucional conforme al artículo 72 de la Constitución de la República.

A efectos de aclarar nuestro planteamiento trabajaremos con un par de ejemplos.

Supongamos que muere Juan y su concubina María de 63 años de edad percibe mensualmente en concepto de sueldo \$80.000.

También supongamos que con esa cifra está en condiciones de arrendar un inmueble.

¿Podemos sostener que en este caso la sobreviviente asegura su vivienda?

Si bien admitimos que el punto puede ser opinable, en principio nos inclinamos a pensar que ello no le asegura la vivienda.

Y es así, porque si bien tal vez mientras ella trabaje pueda pagar el precio del arrendamiento, seguramente la cercana jubilación con los topes que dispone la legislación hará que esto ya no sea seguro.

Por el contrario, interpretar que esos medios (su sueldo) son suficientes para asegurar la vivienda tiene por consecuencia que no nazca el DRHU.

En un segundo ejemplo, supongamos que la misma sobreviviente es titular de una jubilación por el mismo monto y que con ella está en condiciones, como en el ejemplo anterior, de arrendar un inmueble.

¿Podemos sostener que en este caso la sobreviviente asegura su vivienda?

Entendemos que esta situación es distinta a la anterior pues la jubilación, en principio, no puede disminuir en su monto.

Por lo que en este caso su titular tiene medios suficientes para arrendar una vivienda y para satisfacer en forma continua su derecho a la misma.

Más allá de lo dicho, esta situación podría tener una respuesta diferente si se tratara de una persona con una salud muy precaria que su atención demandara grandes gastos ya que en ese caso es muy posible que sus medios se vieran notablemente disminuidos por los gastos en el rubro salud.

En síntesis: entendemos que no es posible una única respuesta, pero que el derecho que se trata de proteger amerita que se realice en cada caso concreto un estudio de la situación proyectándola en el futuro, por lo que no bastaría simplemente con considerar si a la fecha de la muerte de su pareja el concubino sobreviviente tiene los medios suficientes para acceder a una vivienda, pues no debemos olvidar que debe tenerlos para asegurarse su vivienda durante el tiempo probable de vida, siempre que no tenga la extinción de tales derechos, como veremos más adelante

## **Requisitos Patrimoniales**

Para determinar los requisitos patrimoniales exigidos para que nazcan los DRHU debemos tener en cuenta lo dispuesto por el art. 11 de la LUC.

Dicha disposición remite a los artículos 881.1 a 881-3 CC por lo cual debemos considerar las deudas hereditarias.

Además se requiere la existencia de un inmueble propio del causante o común de la unión concubinaria que hubiere constituido la vivienda de ambos.

#### 1º) Deudas hereditarias

El art. 11 de la LUC dispone que el concubino sobreviviente tendrá el "...derecho real de uso y habitación previsto en los artículos 881.1 al 881.3 del Código Civil...".

De esas disposiciones se deduce que se debe considerar si la fuerza del patrimonio hereditario es tal como para poder pagar las deudas hereditarias sin afectar el bien que hubiere sido asiento del hogar conyugal.

Recordemos que las deudas hereditarias integran el pasivo sucesorio y tienen la particularidad de haber sido contraídas en vida por el causante, a diferencia de las cargas que si bien integran dicho

pasivo, nunca han sido deudas del difunto ya que devienen de la voluntad del mismo, expresadas en su testamento, como es el caso de los legados y los modos.

Al igual que para el caso del matrimonio se requiere que dichas deudas hayan sido pagadas previamente, para que tenga lugar el nacimiento de los derechos reales mencionados.

Los DRHU nacen a la muerte del causante por lo que en realidad no se requiere el pago efectivo de las deudas hereditarias para que nazcan los mismos.

Es decir, debemos considerar en forma abstracta cual era el monto de las deudas hereditarias, para deducir si efectivamente en el patrimonio sucesorio luego de tal deducción queda el inmueble referido por la ley.

Un tema a considerar es el determinar si es suficiente con el cálculo teórico al que hemos hecho referencia, o si es necesario además de ello tener en cuenta las otras deducciones a que hace referencia el art. 1043 CC dentro de las cuales están las asignaciones forzosas de alimentos y la porción conyugal.

Es más, la duda puede aumentar si tenemos en cuenta que la mejor doctrina nacional ha considerado que la asignación de alimentos tiene naturaleza de deuda hereditaria.

El tema es importante porque de considerarse que ello es así, los DRHU quedan supeditados no solamente a la deducción teórica de las deudas hereditarias sino también a otras de igual naturaleza como la asignación de alimentos.

Para mejor ilustrar la situación, pongamos por ejemplo que muerto un hombre casado deja \$1000 de deudas hereditarias y un alimentario con derecho a la asignación prevista en el art. 871 CC la que se estima en \$1000.

Si entendemos que sólo deben deducirse las deudas propiamente dichas deducimos \$1000; si al contrario entendemos que deben deducirse la asignación de alimentos la deducción ascenderá a \$2000 con lo cual se compromete más el nacimiento del DRHU.

Si bien el tema puede ser opinable, entendemos que debe distinguirse claramente la deducción a la que refiere el legislador para el nacimiento del DRHU (deudas hereditarias propiamente dichas), de la situación de tensión entre dos asignaciones forzosas como lo son la asignación alimentaria y los DRHU, tema que ha sido tratado por la Prof. Mabel Rivero de Arhancet en trabajo a publicarse en la Revista Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay.

Más allá de esto, un tema de relevancia consiste en determinar que sucede si al cabo del tiempo aparecen acreedores desconocidos al hacerse los cálculos a los que previamente nos hemos referido.

Este problema es posible que se presente en nuestro ordenamiento jurídico en el que los acreedores pueden hacer efectivo sus derechos en la medida que los mismos no hayan prescrito.

Por nuestro parte hemos tratado el tema en obra publicada con anterioridad. (5)

## 2º) El inmueble

Como analizaremos a continuación, para que nazcan los DRHU en la unión concubinaria, el inmueble que fuere el asiento del hogar concubinario debe haber pertenecido exclusivamente al concubino fallecido o debe tratarse de un bien común de la unión concubinaria.

Al igual que como se trata para los DRHU en el caso del matrimonio, debemos entender, como así lo han aceptado la doctrina y jurisprudencia nacional, que el bien debe pertenecer en exclusividad al fallecido y no en condominio con terceras personas.

Al respecto de la jurisprudencia nacional se puede mencionar (6) la sentencia N° 61 del 13 de marzo del año 2007.

El art. 881.1 CC tratándose de matrimonio, admite los DRHU si el inmueble en cuestión perteneciera en propiedad exclusiva al causante o fuere ganancial o común del matrimonio.

En el caso de la unión concubinaria, a texto expreso el legislador requiere que el bien fuera propio del causante o común de la unión concubinaria, redacción que puede aparejar la duda referida sobre qué debe entenderse por bien "común de la unión concubinaria".

Efectivamente, es distinto un bien concubinario que un bien común de los concubinos, como sería el caso por ejemplo del adquirido por ambos a título gratuito, pues en este caso será común de ambos pero no concubinario.

El texto es desprolijo.

Una interpretación piedeletrista llevaría al absurdo de no conferir al concubino supérstite, el DRHU cuando el bien lo tuviese en comunidad de tipo romano con el causante, ya que tal situación no fue prevista por el legislador en la LUC.

Al no estar prevista esa situación podría argumentarse que sobre ese bien no podría nacer el DRHU.

Entendemos que tal interpretación no sería razonable, ya que al remitirse el art. 11 de la ley a los arts. 881.1 a 881.3 CC correspondería realizar una interpretación lógico sistemática y considerar que en el caso citado nacería el DRHU.

En lo referido a identificar cuáles bienes son o no concubinarios, la doctrina no es unánime al respecto.

Si bien en algunos casos no se discute la calidad de bienes concubinarios, existe gran cantidad de situaciones donde efectivamente la doctrina se encuentra muy dividida, y ello como consecuencia de una defectuosa redacción del texto legal (art. 5 de la LUC).

Por ello, en algunos casos se deberá tomar posición en primer lugar para determinar si el bien es concubinario, y de ser así, procederse a estudiar los requerimientos legales exigidos por los textos correspondientes

Incluso se ha llegado a discutir en qué momento nace la sociedad de bienes de la unión concubinaria, si ello deriva de la sentencia o de la inscripción de la misma en el Registro correspondiente.

Tema no menor, fundamentalmente en el caso en que el causante sea una persona casada que viva en unión concubinaria.

A título de ejemplo, en ese caso, si el causante hubiese adquirido a su nombre (con esfuerzo o caudal común) un inmueble y ello luego de reconocida, pero no inscrita la unión concubinaria, el derecho real de habitación y uso nacerá según la posición doctrinaria que se adopte en cuanto al nacimiento de la sociedad de bienes.

Para quienes como nosotros, pensamos que la sociedad de bienes nace entre los concubinos, con el reconocimiento judicial, (7) el bien adquirido posteriormente al mismo pero antes de la inscripción de la sentencia, será un bien concubinario pues fue adquirido a título oneroso con esfuerzo o caudal común de ambos.

Para algunos autores que entienden que la sociedad de bienes nace recién con la inscripción del reconocimiento, si el titular del bien está casado y vigente su sociedad conyugal, los bienes adquiridos por el concubino casado, serán gananciales.

Por lo tanto en ese caso, no nacerá el derecho de habitación a favor del concubino supérstite, ya que la LUC exige que el bien sea propio o común de la unión concubinaria.

Como vemos, de admitirse esta última posición nos encontraríamos ante una situación en la cual los concubinos que tenían su hogar concubinario en un inmueble adquirido con el esfuerzo y caudal común de ambos, pero por encontrarse casado y con sociedad conyugal el concubino adquirente, el bien sería ganancial por lo que no nacería el DRHU a favor del concubino sobreviviente.

La situación es sumamente injusta, máxime cuando el cónyuge del concubino adquirente ha tenido previo conocimiento del reconocimiento judicial de la UC por así disponerlo expresamente el art. 6 de la LUC.

De todas formas debe tenerse en cuenta que previamente a la liquidación sucesoria, corresponde liquidar la sociedad de bienes de la unión concubinaria, al igual que si el causante fuera además casado, deba liquidarse la sociedad conyugal.

También la remisión del art. 11 de la LUC al art. 881.1 CC que refiere al hogar conyugal lleva a la interpretación de que tratándose de unión concubinaria deba entenderse que el DRHU nace si dicho inmueble era el hogar concubinario a la muerte de uno de ellos. En nuestra jurisprudencia se entendió, tratándose de matrimonio, que no nacía el derecho si el inmueble simplemente era usado como lugar de veraneo teniéndose domicilio en otro lado.

Otra situación que puede presentar interés práctico radica en determinar si el DRHU nace cuando el causante era titular de los derechos de promitente comprador (ley 8733).

En tal caso se ha entendido que la inscripción otorga al promitente comprador un derecho real frente a inscripciones posteriores o embargos, con la posibilidad de la escrituración forzada si se acredita el pago total del precio, aceptándose entonces que sobre tal bien puede ejercerse el DRHU. Ello siempre que no hubiera caducado la inscripción. (9)

#### V. Acumulación de derechos sucesorios por parte del concubino supérstite

Para el tratamiento de este tema es preciso determinar como mínimo si el causante era casado y si tenía descendencia.

Como se comprenderá, excede el objeto de este trabajo un estudio minucioso respecto al tema, lo que no nos impedirá sin embargo realizar una serie de consideraciones generales y referirnos a algunas situaciones:

- 1) En el caso de fallecer un concubino no casado; sin descendientes ni ascendientes e intestado, el concubino sobreviviente será su único heredero por lo que más allá de cumplir con todos los requisitos para que naciera el DRHU éste no tendrá lugar pues el sobreviviente en su calidad de heredero adquirirá la propiedad plena de todos los bienes hereditarios.



- 2) Si el concubino falleciera en igual situación pero a diferencia de la anterior lo sobrevivieran ascendientes dependerá de que los mismos sean legítimos o naturales.

Si se tratara de ascendientes legítimos su legítima no podría verse afectada por los DRHU en estudio, de acuerdo a lo dispuesto en el último inciso del artículo 11 de la LUC.

Pero ya fueran los ascendientes legítimos o naturales lo que es necesario tener en cuenta es que el concubino sobreviviente de acuerdo al art. 1026 tendrá la calidad de heredero. Si los bienes que por tal calidad adquiriera le permite asegurar su vivienda, como ya vimos los DRHU no nacerán.

- 3) Si el causante falleciere intestado, casado y con descendientes de ese matrimonio, el concubino sobreviviente no tendrá la calidad de heredero como la tendría en las hipótesis anteriores, pudiendo sin embargo nacer el DRHU si se cumplen los requisitos legales.

También en este caso debemos tener en cuenta que su DRHU no puede afectar las legítimas de los hijos de su concubino ni la porción conyugal del cónyuge del mismo, en tanto ambas legítimas y porción conyugal son asignaciones forzosas, que a texto expreso escapan a su afectación.

- 4) Si el concubino fallece casado sin descendientes ni ascendientes el concubino sobreviviente tendrá vocación sucesoria con el cónyuge.

En este caso el cónyuge tendrá la opción de compartir su derecho hereditario (art. 1026 CC) con el concubino sobreviviente u optar por la porción conyugal.

Evidentemente la opción del cónyuge dependerá de la situación que más le favorezca, ya que ello dependerá del tiempo de convivencia que con el causante hubieren tenido dicho cónyuge y el concubino sobreviviente.

- 5) Otra situación que puede tener interés práctico radica en determinar si es acumulable el DRHU con la asignación de alimentos prevista en el art. 871 CC.

En principio diremos que el concubino sobreviviente puede tener derecho a ambas asignaciones forzosas aunque ello dependerá de diversos factores.

En efecto supongamos un caso en que lo que recibe por asignación de alimentos le permite asegurarse la vivienda durante el tiempo probable de su vida según su edad y estado de salud.

Más allá de lo opinable de esta situación, a nuestro entender en este caso no daría lugar al nacimiento del DRHU si el sobreviviente obtuviera los medios necesarios para asegurarse la vivienda.

#### VI. Extinción de los derechos reales de habitación uso del concubino sobreviviente

En obra anterior señalamos que en la UC al igual que en el matrimonio, estos derechos son vitalicios y gratuitos y pueden extinguirse en vida del beneficiario si se presenta alguna de las situaciones previstas en el artículo 881.3, esto es que el concubino supérstite contrajera matrimonio o viviere en nuevo concubinato.

Entendimos que la referencia al nuevo concubinato no es a la UC regulada por la LUC, por lo tanto para que se extingan los DRHU bastaría con que el concubino sobreviviente hubiere vivido una relación de concubinato more uxorio aunque no cumpliera con el plazo de cinco años que exige la LUC.

También entendemos que resulta aplicable la tercera causal establecida en el art. 881.3 CC, por lo que si el sobreviviente adquiere un inmueble apto para vivienda, de similares condiciones al que hubiera sido su hogar concubinario también pierde el DRHU.

Además entendimos que una interpretación razonable del artículo 11 LUC conducía a la conclusión de que también estos derechos se extinguían en caso de que el sobreviviente obtuviese con posterioridad a la muerte de su pareja los medios suficientes para asegurarse su vivienda.

Carozzi entiende que "La ley no establece que los requisitos exigidos al titular para el nacimiento de este derecho deban mantenerse, a fin de que el derecho no se extinga".

Por lo que entiende la prestigiosa civilista que pese a la incoherencia en que incurre la ley al cambiar los criterios exigidos para dar nacimiento al derecho real y los establecidos para su extinción, es cuestionable que pueda agregarse por vía interpretativa causales de extinción de un derecho que constituye una asignación forzosa.

Coincidimos con Carozzi en cuanto a lo opinable del tema.

Ratificamos nuestra opinión en cuanto a entender que si el concubino sobreviviente mejora su situación económica de tal forma que obtiene los medios suficientes para asegurar su vivienda, se extinguen los DRHU.

Y ello porque al formular esta interpretación con la Prof. Mabel Rivero lo hemos hecho ajustando la misma a un axioma jurídico como lo es el que debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo tal como lo menciona Castán Tobeñas. (12)

A los efectos de aclarar el tema proponemos el siguiente ejemplo; supongamos que muere un hombre y su concubina no tiene medios suficientes para asegurarse una vivienda, si además de ello cumple con los restantes requisitos exigidos por la ley nacerá el DRHU.

Posteriormente la misma adquiere en un juego de azar una cifra millonaria que le permite ampliamente asegurar su vivienda.

Entendemos que ello nos lleva aplicar la teoría de la razonabilidad que según Recasens Siches ante cualquier caso ya fuere fácil o difícil hay que proceder razonablemente, percatándonos de la realidad y del sentido de los hechos, comprendiendo las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, relacionando lo uno con lo otro y lo otro con lo uno.

Por otro lado también aceptamos el aforismo jurídico mencionado por Castán Tobeñas que dice que donde la razón es la misma, idéntica ha de ser la norma de derecho.

Por lo tanto si la razón para conferirle los derechos reales en estudio al sobreviviente es su carencia de medios suficientes para asegurarse la vivienda, cuando los mismos se obtienen,

razonablemente tal derecho debe extinguirse ya que el propio legislador ha admitido su extinción al referirse al caso de tales derechos existiendo el matrimonio.

En definitiva, si el legislador para el caso de los DRHU en el matrimonio mantiene la equivalencia entre el nacimiento y la extinción de los mismos, parece razonable seguir igual criterio para el caso de la unión concubinaria.

Por otro lado debemos tener en cuenta que al haber admitido que el DRHU a favor del concubino tiene naturaleza de legado legal, debemos recordar que en caso de indignidad del concubino supérstite, éste pierde tales derechos, salvo que la indignidad se purgue, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 851 CC.

Por último recordemos, que resultan aplicables a los DRHU las normas generales que en materia de derecho de uso y habitación prevé el codificador en los arts. 541 y siguientes CC en lo que no se opongan a la LUC.

Por ello corresponde tener presente que de acuerdo al art. 542, los DRHU se pierden de la misma manera que el usufructo, lo que nos lleva a considerar los modos de extinción del mismo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 537 CC en los que resulten aplicables.

## **Identidad de Genero.**

## **I. Introducción**

La ley 18.620 publicada en el diario oficial el 17 de noviembre de 2009, vigente desde el 27 de noviembre del mencionado año, consagra el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en los documentos identificatorios.

Como antecedentes inmediatos de esta ley se reconoce a los Principios denominados: "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", los cuales surgieron de la reunión de especialistas de las Naciones Unidas realizada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006.

El principio tercero refiere específicamente a El derecho al reconocimiento de la personalidad Jurídica. Señala dicho principio: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.

La ley 18.620 cuyo somero análisis pretendemos realizar en esta oportunidad, se refiere a la identidad de género (compleja relación entre el sexo y el género en referencia a la experiencia de autoexpresión de una persona respecto a las categorías sociales de masculinidad o feminidad (género)) y a la necesidad de que esa identidad de género se vea reflejada en los documentos identificatorios de los sujetos. La citada norma no se refiere a la orientación sexual de las personas, que abarca los deseos, sentimientos, prácticas e identificación sexuales. La orientación sexual puede referir a personas del mismo sexo o de diferente sexo (orientación homosexual, heterosexual o bisexual).

En este aspecto debe tenerse presente que la realidad biológica, la identidad de género y la orientación sexual son términos distintos que no se pueden confundir al realizar el análisis de la ley. Si bien muchas veces la realidad biológica de un sujeto coincide plenamente con su identidad

de género y la orientación sexual que posee, ocasionalmente no se da la mencionada concordancia.

## **II. Derechos que consagra la ley 18.620.**

El art. 1º consagra el derecho a la identidad de género mencionándose que este derecho incluye el ser identificado de forma que se reconozca plenamente su identidad de género y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalados en los documentos identificatorios de la persona.

Conforme a los datos que surgen de la discusión en la Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión, en Uruguay habría alrededor de 3500 transexuales a los que ley les permitiría adaptar la mención del nombre y/o sexo que consta en su documentación identificatoria a su identidad de género (no se cuenta con exactitud la cantidad de personas trans que viven en Uruguay por lo que estos números son solo aproximaciones).

En conclusión, y con total independencia de la cantidad de personas cuya identidad sexual no coincide con su identidad de género, esta ley consagra el derecho que ellas tienen al desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género y a que esta identidad conste en sus documentos identificatorios.

## **III. Legitimación**

El art. 2 de la ley establece que toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género.

Frente a la consagración de una legitimación tan amplia cabe plantearse algunas interrogantes, ya que la ley no distingue entre personas mayores o menores de dieciocho años, ni según el estado civil de los solicitantes de la adecuación.

- Edad: La ley al consagrar la legitimación a toda persona, no distingue entre personas mayores o menores, o entre niños/as, adolescentes y mayores de edad, por lo que cabe preguntarse: ¿Tienen los menores de 18 años legitimación para solicitar y obtener la adecuación de su sexo, nombre o ambos, en los documentos identificatorios, cuando ella no coincida con su identidad de género?

Si recurrimos a los antecedentes de esta ley, encontraremos que en proyectos anteriores al que finalmente fue sancionado, existía previsión expresa. Así el Artículo 6º. Personas de menos de 18 años de edad. Tratándose de personas de menos de 18 años de edad, el procedimiento tendrá como único efecto la adecuación provisoria de todos los documentos de identificación de la

persona, debiendo ratificar su voluntad de cambio de nombre y en su caso de sexo una vez cumplidos los 18 años de edad a los fines previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior. A tales efectos el Tribunal deberá designarle defensor y en su caso curador, conforme a lo previsto en el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004 ).

De la discusión generada en la Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión, se desprende que los legisladores consideran que el problema de la discriminación empieza desde la niñez, y sobre todo desde la adolescencia y por lo tanto aún los menores de 18 años deben tener legitimación para solicitar la adecuación la mención registral de su sexo y/o nombre, cuando éste no coincida con su identidad de género.

En la doctrina, no se ha analizado exhaustivamente este tema. La Dra. María del Carmen Díaz, entiende que un menor de 18 años tiene legitimación para entablar esta acción, ya que a partir del CNA, existe además de la capacidad negocial consagrada en el C.C, la capacidad progresiva reconocida por el art. 8 del CNA, cuando determina que se debe tener en cuenta la autonomía progresiva de la voluntad para el ejercicio de sus derechos.

La mencionada ministra del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er.Turno señala que como el cambio al que habilita la ley responde a un derecho de la personalidad (derecho de la identidad), este niño puede por el art. 8 incisos 1° y 2° comparecer ante un Juez y solicitar el trámite, si sus padres están de acuerdo, lo asistirán, si no, podrá nombrarse un curador que lo asista en su caso. Ahora bien, como este acto es personalísimo tiene capacidad suficiente para evaluar lo que implica la acción promovida.

Personalmente consideramos que la ley no distingue entre niños, niñas, adolescentes y mayores de edad, por lo que no deberíamos distinguir nosotros como interpretes. La legitimación para solicitar la adecuación de la mención registral del sexo y/o nombre cuando esta no coincida con la identidad de género, la tendrán todas las personas. La edad de las mismas determinará si la concurrencia ante los órganos jurisdiccionales es personal o si requiere asistencia de sus representantes legales o de un curador "ad-litem" designado a estos efectos.

- Estado civil: La ley tampoco exige que los legitimados para realizar esta adecuación tengan algún estado civil determinado.

En Alemania, por ejemplo, la legitimación para solicitar el cambio de sexo esta limitada. Las personas casadas no pueden hacer el cambio registral, porque se prioriza los derechos del cónyuge y los derechos de los hijos que se pueden ver afectados por este cambio registral. En

nuestro país, la ley 18.620 no hace distinción, por lo que cualquier persona, sea de estado civil casada, soltera, viuda, divorciada, con hijos o sin hijos, puede solicitar la adecuación registral. El art. 4 inc. 2o. exige que quien solicita la adecuación registral, no haya solicitado y obtenido previamente la adecuación, y si ya la realizó, deberá esperar 5 años, y se volverá a su nombre original.

#### **IV. Requisitos**

Para admitir la solicitud de adecuación registral de la mención del nombre, el sexo o ambos, el art. 3 exige dos requisitos de admisibilidad: 1) Que el nombre, el sexo —o ambos— consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género. 2) La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente ley.

La Ley expresamente establece que en ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral solicitada, pero en caso de que la persona se haya sometido a cirugía o procedimientos quirúrgicos, no le será necesario acreditar el requisito previsto en el numeral 2 del art. 3.

La ley exige como requisito temporal para la admisión de la solicitud de adecuación un plazo mínimo de dos años de estabilidad y persistencia de la discordancia entre la mención del nombre, sexo o ambas en sus documentos identificatorios con la identidad de género en base a la cual desarrolla su personalidad.

Como podemos observar, la ley requiere que exista una disforia (disgusto) de género, ocasionado porque el cuerpo anatómico que tiene la persona, contradice su género, y que la mención relativa a su nombre y/o a su sexo, que surgen de su partida de nacimiento, no coincida con la identidad de género que tiene. Esta disforia de género, deberá ser acreditada en el juicio a través del informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá en la Dirección General del Registro de Estado Civil, que exige el art. 4 inc. 4 de la ley.

El decreto N° 196/010 al regular la ley 18.620 dispuso la integración en el ámbito de la Dirección General del Registro de Estado Civil del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad sexual, la cual tendrá carácter de Comisión Asesora. Dicho equipo estará integrado por un médico psiquiatra, un asistente social y un psicólogo, todos de reconocidas aptitudes y solvencia demostrada, durando dos años en sus funciones (art. 1 dec. 196/010). El decreto dispone que sea competencia exclusiva y excluyente de esta Comisión Asesora realizar el



informe técnico psico-social, detallando en forma expresa y fundamentada los argumentos tenidos en cuenta en el art. 4 de la ley 18.620. La solicitud del informe técnico se presentará ante el Departamento Inspectivo de la Dirección General del Registro de Estado Civil, quien remitirá la solicitud a la Comisión Asesora. La Comisión deberá necesariamente realizar entrevistas y podrá disponer de otros mecanismos de investigación y análisis que estime oportunos, teniendo un plazo de sustanciación de la solicitud de ciento cincuenta días corridos, contados desde el día siguiente a la presentación de la solicitud (este plazo puede ser prorrogado por una única vez, mediante solicitud fundada y autorizada por la Dirección General del Registro de Estado Civil) (art. 4 del decreto 196/010). El informe deberá ser adoptado por mayoría de los integrantes. En caso de que haya algún miembro disorde, este deberá dejar constancia escrita en el informe de los argumentos de su disidencia.

En la actualidad, si bien se han presentado varias solicitudes para la realización del informe técnico del equipo multidisciplinario, ninguna de ellas se ha realizado, ya que el mencionado equipo se conformó recientemente y aún (a la fecha de entrega de este artículo) no ha comenzado a evaluar las solicitudes y a los solicitantes.

Aquí cabe preguntarse ¿puedo presentar la solicitud de adecuación de la mención del nombre, sexo o ambos, cuando no tengo el informe técnico del equipo multidisciplinario? La respuesta se resuelve si consideramos este requisito como requisito de admisibilidad de la demanda o no. En caso de considerar que no se trata de un requisito de admisibilidad de la demanda, y que la disforia se puede probar a través de este informe como a través de otros medios probatorios, el Juez competente deberá admitir la solicitud de adecuación registral, aún cuando no se presente el informe técnico del equipo multidisciplinario creado por ley 18.620 y que funciona en la órbita de la Dirección General del Registro de Estado Civil. Desde otro punto de la interpretación, puede sostenerse que la presentación del informe técnico es un requisito de admisibilidad de la demanda, ya que el art. 4 de la ley expresamente establece: La presentación de la demanda deberá estar acompañada de un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá a estos efectos en la Dirección General del Registro de Estado Civil. Personalmente considero que la solicitud de adecuación debe estar acompañada del mencionado informe, y que por lo tanto, en caso de que el informe no se presente, no podrá admitirse la solicitud de adecuación registral del nombre y/o sexo. La finalidad de este informe es determinar que la persona que dice tener una disforia de género, efectivamente la tiene, y que ella ha existido por un mínimo de tiempo de dos años y por lo tanto tiene derecho a recurrir a este proceso judicial a los efectos de poder lograr la adecuación

registral. El Lic. Bruno Ferreira (4) señalaba que: Al discutir este tema en la Comisión de Derechos Humanos, en una oportunidad señalamos que una persona puede ser transexual por convicción, porque es una subjetividad, pero también podría serlo por otras razones, como la intención de eludir algún mecanismo legal o, simplemente, por atravesar una situación de crisis. En casos de mucho estrés —los psicólogos lo vemos frecuentemente— hay personas a las que les da por deprimirse, a otras por tomar alcohol u otras adicciones y también están las que comienzan a decir que pertenecen a otro género. De todos modos esto es fácil de resolver en la entrevista clínica, aplicando un protocolo de acuerdo con el que se formula una serie de preguntas que tienen como fin hacer lo que los psicólogos denominamos "despistaje", para descartar que esa reacción no sea secundaria a una patología o que se vincule a una situación, reitero, en la que se quiera eludir algún mecanismo legal y que tampoco haya surgido a raíz de un acontecimiento puntual o crítico. Ese equipo va a recepcionar toda la información que la persona trae y que frecuentemente existe ya que, las personas trans, no lo son de la noche a la mañana; generalmente es algo que comienza en la niñez o en la pubertad y, como muy tarde, en la adolescencia. Entonces, son personas que casi siempre ya fueron tratadas por otros profesionales y van a adjuntar documentos y a aportar testigos, tal como se contempla en la ley. A partir de ahí, y sin perjuicio de ello, el propio equipo tendrá que evaluar y hacer el protocolo, así como una serie de entrevistas clínicas para determinar si esa persona cumple o no con los requisitos. Reitero, como los requisitos exigidos en el art. 3 de la presente ley son requisitos necesarios para la presentación de la solicitud de adecuación registral, el informe técnico que demuestra estos requisitos es indispensable para que el Juez competente pueda admitir la solicitud.

Es importante recordar que a los efectos del trámite judicial de adecuación del nombre y sexo de una persona con su identidad de género no se requiere, tal como lo señala el art. 3 a texto expreso, la cirugía de reasignación sexual. En caso de que la persona se la haya realizado, su acreditación releva al sujeto del requisito temporal, no exigiéndose la estabilidad y la persistencia de la discordancia por un plazo mínimo de dos años.

#### **IV. Procedimiento**

El procedimiento judicial de adecuación del nombre y/o sexo en los documentos identificatorios con la identidad de género, según lo preceptuado por el art. 4 de la ley, se tramita en un proceso voluntario ante los Juzgados Letrados de Familia, o en el interior, ante los Juzgados Letrados con competencia en familia.

A la solicitud deberá adjuntarse el informe técnico y podrá aportarse como medio de prueba relevante, el testimonio de las personas que conocen la forma de vida cotidiana del solicitante, y el testimonio de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico.

## **V. Efectos**

La resolución tendrá efectos constitutivos a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio en la partida de nacimiento. El art. 5 dispone que la Resolución que autorice la rectificación de la mención registral del nombre y en su caso del sexo, tendrá efectos constitutivos a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio en la partida de nacimiento. Teniendo presente que el cambio de nombre y sexo debe ser oficiado a la Dirección General de Registros, resultará oponible frente a terceros a partir de la fecha de presentación en el Registro.

En ningún caso alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona cuyo registro se modifica ni será oponible a terceros de buena fe. Sin dudas este numeral 2do. prevé que los derechos y obligaciones jurídicas que tenía María persistan luego del cambio de nombre y sexo, a cargo de Mario; por ejemplo, los derechos hereditarios en ciertas sucesiones. A los efectos de dotar de mayor seguridad jurídica es que el cambio de nombre y sexo no solo se inscribirá como una nota marginal en la partida de nacimiento, y para ello se oficia al Registro General del Estado Civil y a la Intendencia respectiva (del departamento donde se inscribió el nacimiento), sino también al Registro Cívico Nacional de la Corte Electoral (a los efectos de modificar dichas menciones en la Credencial Cívica), a la Dirección Nacional de Identificación Civil del Ministerio del Interior (para realizar la adecuación en la cedula de identidad y en el pasaporte), y a la Dirección General de Registros.

De modo que si el sujeto antes de la adecuación registral realiza alguno de los negocios registrables en la Dirección General de Registros, y luego cambia su nombre y sexo, el registro tendrá noticia de ello y surgirá de la información registral solicitada (numeral 4to. art. 5º). ¿Pero que sucede con los negocios que no son registrables? La situación de cambio de nombre y sexo puede traer aparejado inconvenientes, no solo en los negocios no inscribibles (ley 16.871), sino también en los negocios celebrados en el exterior y cuya exigibilidad se pretenda en Uruguay. Una de las dificultades con la que nos podemos encontrar es la complicación probatoria para aquellas obligaciones no registrables, ya que será un problema para el acreedor, ejecutar a una persona con otro nombre, tendría que además de probar el incumplimiento de la obligación, que el deudor

y a quien pretende ejecutar es la misma persona. No podemos olvidar que si bien el nombre forma parte del derecho de identidad, también constituye un elemento de identificación del sujeto, y como tal, debe estar sujeto a una cierta estabilidad.

Otra pregunta que podemos hacernos, es ¿qué sucede con los derechos pensionarios que tiene una viuda, si luego esta cambia de sexo? La pregunta cabe realizarla cuando tenemos un derecho pensionario otorgado a una mujer en su condición de viuda, y luego ella solicita el cambio de nombre y sexo. Si bien cambia su sexo, el artículo 5 numeral 2 señala que el cambio registral no alterará los derechos adquiridos, y por lo tanto no debería alterarse este derecho a la pensión, por más que María ahora sea Mario. Puede observarse como pueden llegar a colidir dos normas, la que prevé el derecho pensionario a una mujer viuda, y la ley 18.620 que admitiendo la adecuación registral del nombre y del sexo de una persona a su identidad de género, puede ejercer los derechos de nueva identidad y no verá alterado la titularidad de sus derechos y obligaciones. Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, debe tenerse presente que el interprete frente a la ley 18.620, una ley que sin dudas es de avanzada en cuanto reconoce el derecho a la identidad de género, encuentra serios problemas al intentar armonizarla con el ordenamiento jurídico en que ella esta inmersa.

### **El cambio registral del sexo permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.**

En este aspecto, Uruguay se distingue de otros ordenamientos jurídicos en que se ha consagrado el cambio de nombre y sexo registral, como por ej. Alemania, ya que allí el cambio de sexo es solo registral y no sustancial, por lo que quien cambia de nombre y sexo, lo hace a los solos efectos identificatorios, por lo que no pasan a adquirir los derechos inherentes a su nueva condición. Aquí, en Uruguay si, el cambio es sustancial.

Esta situación ha generado muchas discusiones, estimamos muy acertadas, principalmente porque puede generarse un conflicto entre derechos fundamentales por ej. entre padres (que cambian su sexo y nombre) y sus hijos o su cónyuge. Por ejemplo ¿qué sucede si existe un matrimonio entre un hombre y una mujer, y uno de los cónyuges decide solicitar y obtiene el cambio de nombre y sexo? ¿Qué sucede con ese matrimonio?

La Dra. Díaz señala, en criterio que compartimos, que puede ocurrir que se dificulte, al menos inmediatamente, el divorcio, ya que dentro del divorcio por causal y sin esperar los tres años del abandono o la separación de hecho, no podría invocarse la causal de injurias porque estamos en presencia de un derecho fundamental . Y si el marido fue quien cambió su sexo de masculino a

femenino, opina la Dra. Luz Calvo, que tampoco podría interponer, al menos él, ahora ella, el divorcio por sola voluntad de la mujer, porque la ley exige que se notifique al marido, y aquí ya no tendríamos marido.

Con respecto al matrimonio vigente antes del cambio de nombre y sexo de uno de sus integrantes puede traer este y otros problemas.

¿Qué sucede con la presunción de paternidad legítima consagrada en los arts. 214, 215 y 216 del Código Civil? Si se cumplen con los requisitos exigidos en los artículos recién mencionados el hijo habido de una mujer casada se presume que es hijo legítimo del cónyuge de esta. Pero ¿qué sucede cuando el cónyuge de la mujer solicita y obtiene el cambio de la mención del nombre y sexo en sus documentos identificatorios, y su esposa queda embarazada y tiene un hijo? ¿Ese hijo se presume hijo de una persona que biológicamente es hombre aunque registralmente aparece como mujer? Como podemos observar la cuestión puede ser muy discutida. Estimamos que en la hipótesis planteada, si el marido tiene una identidad de género femenino y obtiene la adecuación de la mención registral de su nombre y sexo, es probable que viva y desarrolle su personalidad en base a esta identidad de género, por lo que no tendrá vida de consuno con su cónyuge, y no se configurará la presunción por falta de uno de los elementos constitutivos de la misma. Si efectivamente el hijo habido por su esposa es su hijo, podrá probar la paternidad a través de la prueba biológica (ADN).

**¿Puede una persona que ha cambiado su nombre y sexo, contraer matrimonio, con una persona de igual sexo biológico?** El numeral tercero que estamos analizando establece que el cambio implica ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

En el proyecto de ley originario se preveía la posibilidad de contraer matrimonio con persona de identidad de género, por lo que una persona que había nacido como mujer, y luego cambiaba su nombre y sexo, podría casarse con una mujer. Esto se preveía porque se partía de que se estaba ante personas con una identidad de género distinta. Finalmente la previsión original no fue consagrada en el proyecto final que obtuvo sanción.

El proyecto de ley aprobado establece en el numeral 3ero. del art. 5 que el cambio implica el ejercicio de todos los derechos inherentes a su nueva condición, frente a lo cual podríamos preguntarnos si contraer matrimonio no es uno de esos derechos. Por otro lado encontramos el art. 7 que establece que esta ley no modifica el régimen matrimonial vigente.

Ante este panorama, encontramos quienes sostienen que quien ha adecuado su nombre y sexo a su identidad de género, puede contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo y quienes sostienen que no.

Hay varias interpretaciones en este punto, hay quienes sostienen que no podrán casarse dos personas del mismo sexo biológico; y hay otros; como el Ministro de la Suprema Corte de Justicia Daniel Gutiérrez Proto, en una sentencia de casación, en posición disorde, publicada, en la Justicia Uruguaya, Caso 15157, tomo 132, año 2005, antes de la promulgación de la ley argumentó, en un caso de cambio de sexo: "... 4) Advuértase que de prosperar la demanda, nada impediría que la promotora contrajera matrimonio (con una mujer obviamente) y tal matrimonio adoptara legítimamente un niño ...". Esto implicaría un cambio vertiginoso en nuestro ordenamiento jurídico en materia de familia, ampliando el concepto y diversificándolo.

Consideramos que el matrimonio es una institución de base heterosexual. Todo el ordenamiento jurídico uruguayo en las normas relativas a filiación, patria potestad y divorcio, parten de la base de que el matrimonio civil es entre personas de diferente sexo, y no con diferente identidad de género, por lo que por no podría admitirse este tipo de matrimonios sin modificar antes el ordenamiento jurídico en el que dichas disposiciones se inserten.

Además creemos que cuando el art. 7 se refiere a que esta ley no modifica el régimen matrimonial vigente, se refiere específicamente a que no se modifica el requisito de que el matrimonio se celebre entre personas de distinto sexo.

Como puede apreciarse esta ley, que recoge el derecho a la identidad de género y la posibilidad de que esta identidad se manifieste en los documentos identificatorios de las personas, genera interrogantes y colide en algunos aspectos con el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país.

Es importante que tengamos presente que en nuestro país, una persona no puede cambiarse el nombre porque sí, porque no le gusta el nombre que sus padres le escogieron cuando nació o por el uso continuado de otro. Actualmente, y siempre con sentencia judicial que así lo disponga, se puede modificar el nombre cuando se ha procedido a la rectificación de partida (art. 72 del decreto ley 1430) por falsedad o enmienda o cuando la identidad de género no coincida con el nombre que surge de sus documentos identificatorios y se cumple con todos los requisitos exigidos en la ley 18.620.

# **SOCIEDAD**

# **CONYUGAL.**

## **GENERALIDADES.**

**CONCEPTO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL:** el matrimonio es definido por Sancho Rebullida como la unión estable de un hombre y una mujer dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida.

El régimen económico matrimonial es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado que tienen por objeto regular los intereses pecuniarios de los esposos en sus relaciones entre sí y frente a terceros. Las normas de carácter interno entre los cónyuges determinan la naturaleza propia o ganancial de los bienes que se adquieren durante el matrimonio. Las normas de carácter externo regulan la facultad de los acreedores de los esposos para satisfacer sus créditos.

**FUENTES DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL:** a) **Legal:** el régimen matrimonial puede tener su origen en la ley. La ley organiza diferentes regimenes matrimoniales permitiendo que los futuros contrayentes opten por uno de ellos mediante la celebración de convenciones patrimoniales. En



nuestro derecho el régimen matrimonial legal es único (ya que la ley organiza un único régimen matrimonial) y supletorio (ya que quedan sometidos a este régimen los esposos que no hayan optado por otro régimen).

- b) Convencional:** el régimen matrimonial surge de los convenios celebrados por los futuros contrayentes. A dichas convenciones se les denomina capitulaciones matrimoniales.
- c) Judicial:** cuando el régimen matrimonial tiene su fuente en la sentencia. Por ejemplo la separación judicial de bienes.

### **PRINCIPALES RÉGIMENES MATRIMONIALES.**

- 1) ABSORCIÓN DE LA PERSONALIDAD ECONÓMICA DE LA MUJER:** el mismo implica la absorción de la personalidad de la mujer por la del marido. Por tanto, todos los bienes que la mujer aportara al casarse o adquiriera durante el matrimonio, pasaban a ser del marido. Este sistema no existe en el derecho contemporáneo.
- 2) DOTAL:** este era el régimen legal en nuestro país hasta la sanción de la ley 10783. Las características de este régimen eran las siguientes: a) los bienes aportados por la mujer al matrimonio quedaban bajo la administración del marido, b) la mujer casada no administra sus bienes.
- 3) UNIÓN DE BIENES:** se caracteriza por la inexistencia de una masa de bienes comunes y la unidad en cuanto a la administración y goce. Sigue siendo el marido el administrador de los bienes de ambos esposos, pero requiere del consentimiento de la mujer para disponer de los mismos.
- 4) RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE ADMINISTRACIÓN MARITAL:** este régimen se caracteriza por la formación durante el matrimonio de una masa de bienes comunes a ambos cónyuges, que es administrada por el marido. Dentro de este régimen se pueden distinguir 3 subtipos: a) comunidad universal: todos los bienes que aportaran los esposos o que adquirieran en el matrimonio pasaban a ser comunes a ambos esposos.

- b) comunidad de gananciales: pasan a ser bienes comunes a ambos esposos aquellos que se adquieren a partir del matrimonio y quedan excluidos aquellos bienes que pertenecían a los cónyuges antes de contraer matrimonio.
- c) comunidad de gananciales y muebles: igual que el régimen anterior, pero con la diferencia de que ingresaban al matrimonio aquellos bienes muebles que habían sido adquirido por alguno de los cónyuges antes de contraer matrimonio.

**5) SEPARACIÓN:** se caracteriza por el hecho de que no se forma una masa de bienes comunes. Cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes propios. Tienen tal calidad tanto los adquiridos antes como después del matrimonio, cualquiera sea el modo o título de adquisición. Lo mismo ocurre con el pasivo.

**6) RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANACIALES O DE COMUNIDAD DIFERIDA O MIXTO:** este régimen funciona como el de separación y al momento de liquidarse se admite la participación de un cónyuge en las ganancias del otro. Esta partición puede librarse por medio del surgimiento de una masa común, que se liquida luego de disolverse la sociedad conyugal, o bien por medio del reconocimiento de un crédito de un cónyuge contra el otro.

**7) COMUNIDAD DE ADMINISTRACIÓN CONJUNTA:** surge una masa de bienes comunes y dichos bienes gananciales son administrados en forma conjunta por los esposos.

### **RÉGIMEN MATRIMONIAL URUGUAYO.**

- 1) ANTES DE LA LEY 10783: el régimen legal al que hacemos referencia era un sistema mixto que combinaba elementos del dotal y del de comunidad en los gananciales. La estructura de este régimen era la siguiente: existían 3 masas de bienes. Bienes dotales: estos bienes eran propiedad de la mujer, ya sea por haber sido adquiridos antes del matrimonio, o por haber ingresado al patrimonio de la misma durante el matrimonio por herencia, etc.  
Bienes maritales: el mismo caso de los bienes dotales pero para el marido.  
Bienes gananciales: eran los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso y en las demás situaciones previstas en el art. 1955 CC. Los mismos eran administrados por el marido.

- 2) LEY 10783: esta ley consagra la idea básica de iguales derechos civiles del hombre y la mujer casada. Esta ley no modifica la estructura de la sociedad conyugal (o sea como se conforma el activo y pasivo), pero si se modifica la forma de administración de los bienes en la sociedad. También se consagra el instituto de la separación de bienes, introduciendo un criterio de absoluta libertad.
- 3) LEY 16871: no modifica en su esencia el régimen matrimonial legal. A partir de esta ley debe recabarse la conformidad de ambos cónyuges para la enajenación y constitución de derechos reales sobre vehículos automotores.

### **NATURALEZA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL URUGUAYO.**

#### **DIVERSAS TEORÍAS:**

- A) indivisión de tipo romano:** esta posición sostiene que dentro del patrimonio de cada cónyuge existen bienes que son propiedad exclusiva de cada uno y cuotas de copropiedad sobre los bienes gananciales. Según esta teoría ambos cónyuges deben ejercer idénticas facultades sobre los bienes gananciales, y duchar cuotas de copropiedad, en tanto integrantes del patrimonio de cada uno de ellos, formarían la prenda genérica de los acreedores.
- B) teoría de la persona jurídica:** los autores que proponen esta posición, se fundan en la existencia de cierta autonomía patrimonial.
- C) Sociedad Civil:** Según esta posición el régimen matrimonial legal tendría la naturaleza de una simple sociedad civil, esta teoría fue sostenida tanto en Francia como en Alemania e Italia.
- D) teoría del patrimonio autónomo:** Messineo sostiene que la sociedad conyugal es un patrimonio colectivo de destinación dotado de autonomía patrimonial imperfecta que corresponde por cuotas intelectuales a cada uno de sus titulares. Estos tienen prohibida la disponibilidad del derecho sobre la cuota misma.
- E) inexistencia de comunidad durante la vigencia de la sociedad conyugal:** esta posición sostenía que el único propietario de todos los bienes gananciales era el marido, teniendo la mujer

tan solo un derecho a participar de la mitad de los bienes que se encuentren en la masa a la época de la disolución.

Según esta posición durante la vigencia de la sociedad conyugal, no existe ningún derecho de la esposa a los gananciales adquiridos por el marido ni de este sobre los adquiridos por la esposa. Según esta posición durante la vigencia del régimen matrimonial solo existe una expectativa a obtener la mitad del fondo liquido una vez que la sociedad se disuelva.

**F) teoría de la gesmmte Hand o propiedad de mano común:** De acuerdo a esta teoría, desde la celebración del matrimonio surge entre los cónyuges una comunidad, pero la misma difiere sensiblemente de la de tipo romano.

Se caracteriza fundamentalmente por la existencia de un vínculo personal muy estrecho entre sus miembros, la inexistencia de cuotas partes abstractas predeterminadas durante la vigencia de la comunidad, la consecuente imposibilidad de ceder dichas cuotas, la administración de mano común y el derecho de acrecer entre los coherederos en caso de muerte de uno de ellos.

Una de las características básicas de este tipo de comunidad, es que la participación de los cónyuges sobre cada uno de los objetos que integran el patrimonio común, no es una cuota, pues no cabe expresarla numéricamente. Solo al disolverse la sociedad conyugal, tendrá cada uno de los esposos un derecho numéricamente expresable.

El derecho de cada uno de los esposos no es un derecho de miembro de una corporación, sino una participación.

Esta es la teoría aceptada por Vaz Ferreira para explicar la naturaleza jurídica de nuestro actual régimen matrimonial legal. Por ejemplo, la inexistencia de cuotas partes numéricamente determinadas durante la vigencia del régimen, la imposibilidad de los esposos de ceder sus cuotas de participación en la comunidad, etc.

## **CAPITULACIONES MATRIMONIALES.**

**CONCEPTO:** son las convenciones celebradas por los futuros cónyuges, con el objeto de apartarse del régimen matrimonial legal estableciendo en sustitución de éste, aquél que regirá sus relaciones patrimoniales entre sí y respecto de terceros.

**NATURALEZA:** nuestro Código Civil se refiere a ellas indistintamente como convenciones o contratos. Vaz Ferreira señala que no hay inconveniente en aceptar la naturaleza contractual de

las capitulaciones porque las mismas casi siempre generan obligaciones, y en segundo lugar, porque nuestro código reconoce la naturaleza contractual de la hipoteca, pese a que de dicho convenio no nacen obligaciones.

**OBJETO:** es regular las relaciones patrimoniales de los futuros cónyuges, la escritura puede contener otros acuerdos diferentes de aquel, que constituye su objeto específico. Pero en esos acuerdos que arriben los futuros contrayentes, que no formen parte del régimen matrimonial, quedaran sometidos a las normas de derecho común, aunque hayan sido extendidas en oportunidad de la celebración de las capitulaciones.

**CAPACIDAD:**

- a) menores de edad: el art. 1946 CC establece que el menor que sea hábil para contraer matrimonio también lo será para realizar las capitulaciones matrimoniales, debiendo estar asistido por la misma persona que lo asistió para contraer matrimonio. Si un menor impúber contrajera matrimonio, habiendo otorgado con anterioridad capitulaciones matrimoniales, estaremos sin lugar a dudas ante actos jurídicos nulos.
- b) sordomudo que no sabe darse a entender por escrito: el art. 1279 CC en su actual redacción dada por la ley 17535 dispone que serán absolutamente incapaces los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito, ni por lenguaje de señas.
- c) comerciante fallido: este no está incapacitado de celebrar el matrimonio, pero si puede estar limitado a realizar contratos. En realidad parte de la doctrina señala que no estamos ante un problema de falta de capacidad, sino de falta de legitimación, respecto de los bienes que componen la masa. Por tanto, en principio el fallido podría realizar las capitulaciones matrimoniales, siempre y cuando las mismas no perjudiquen los derechos de los acreedores, ya que si así lo hicieran, estos actos serían inoponibles a los acreedores.

**FORMA:** las misas deberán otorgarse en escritura pública, en los casos de que los bienes aportados al matrimonio, superen los \$ 1000 (actualmente si pasa de 500 UR) o constituyan derechos reales sobre bienes raíces. Si esto no ocurre la solemnidad requerida por la ley es el documento privado, que debiera ser firmado por tres testigos domiciliados en el departamento, además de por los otorgantes.

**MODIFICACIONES O ALTERACIONES:** estas pueden ocurrir válidamente lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales, en tanto que se otorguen con anterioridad al matrimonio. La regla de la inmutabilidad de las capitulaciones comienza a regir una vez que se efectúa el matrimonio y hacia el futuro.

Las modificaciones se encuentran sujetas a las mismas formalidades. Se exige que en el margen del protocolo de la escritura de capitulaciones se haga referencia a estas alteraciones.

**INMUTABILIDAD:** Concepto: los arts. 1944 y 1945 establecen que desde el día del matrimonio, las convenciones se entenderán irrevocablemente otorgadas, no siendo válida ninguna modificación efectuada después de la celebración del mismo. Implica la imposibilidad de modificar las capitulaciones, luego de celebrado el matrimonio.

Los fundamentos tradicionales que defienden el principio de inmutabilidad son: a) protección del interés de los esposos, b) protección del interés de la familia, c) protección del interés de los terceros.

**PUBLICIDAD:** el régimen vigente está dado por la ley 16871 de mayo de 1998, dispone que las capitulaciones matrimoniales serán inscriptas en el Registro Nacional de Actos Personales y serán oponibles a terceros a partir de su presentación. Además en caso de modificaciones estas también tendrán que ser inscriptas.

**CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES:** el art. 1947 CC dispone que deberán contener: la designación de los bienes que los esposos aporten al matrimonio, con la determinación de su valor y una descripción de las deudas de cada uno.

a) límites a la libertad de los futuros contrayentes: un primer grupo de limitaciones surgen en virtud de que por las capitulaciones matrimoniales los cónyuges no pueden dejar sin efecto las normas que regulan el derecho de familia, sus relaciones personales, entre esposos e hijos, ya que son normas de orden público. Por ejemplo no pueden modificarse: no se puede renunciar a la facultad de divorciarse, el ejercicio conjunto de la patria potestad, igualdad de capacidad civil del marido y la mujer.

Un segundo grupo de normas son las que regulan la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, una vez celebrado el matrimonio.

Un tercer grupo son aquellas limitaciones que disponen que no se pueda utilizar las convenciones matrimoniales para contravenir disposiciones prohibitivas o de orden público (por ejemplo trastornar el orden legal de las sucesiones).

**CAUSAS DE NULIDAD Y DE CADUCIDAD:** entre las primeras se encuentra la violación de los requisitos de forma, de capacidad requeridos para realizar las capitulaciones, como la falta de otorgamiento anterior al matrimonio. La caducidad de las capitulaciones implica que las mismas comenzarán a regir a partir de que se celebre el matrimonio y dejarán de regir, cuando el matrimonio se disuelva.

**VENTAJAS MATRIMONIALES:** Pueden definirse como los beneficios patrimoniales que uno de los cónyuges obtiene a expensas del otro, como consecuencia del régimen matrimonial adoptado, sea este de origen legal o convencional. Estas ventajas son consecuencia del régimen matrimonial y no suponen necesariamente un animus donandi.

## **NORMAS QUE REGULAN LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL.**

### **BIENES GANACIALES.**

En el momento de la celebración del matrimonio, tanto el activo como el pasivo ganancial son igual a cero. La fecha de celebración es el punto de arranque del régimen matrimonial.

**PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD ART. 1964 CC:** conforme con dicha disposición, los bienes que se encuentran en poder de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se reputarán gananciales si no pudiera probarse lo contrario.

### **ENUMERACIÓN DEL ART. 1955 CC:**

**Nº 1 Lo adquirido durante el matrimonio a costa del caudal común:** Cabe destacar que es todo lo adquirido a título oneroso durante la vigencia del régimen matrimonial legal, no importando en definitiva si fue producto del caudal común o propio.

Situación especial Art. 1956 del CC: Ejemplo: dos personas Jorge y Luis, siendo solteros compran conjuntamente y por partes iguales un bien, Jorge contrae matrimonio bajo el régimen legal, y durante la vigencia del mismo, compra a Luis su cuota. Esta adquisición onerosa determina que Jorge continúe siendo el titular de una cuota propia equivalente al 50 % del Bien, y pasará a ser titular de una cuota ganancial equivalente al otro 50 % del bien, siendo indiferente el precio que haya costado a Jorge la adquisición de la cuota.

Como vemos la cuota parte adquirida antes del matrimonio seguirá siendo propia y la otra parte adquirida después del matrimonio es ganancial.

Esta disposición no rige en aquellos casos en los que el negocio por medio del cual el cónyuge copropietario del bien se convierte en titular de la totalidad del mismo, sea la partición

### **Nº 2 Los bienes obtenidos por la industria, profesión, empleo, oficios o cargo de cualquier de los cónyuges:**

Es ganancial el producto del trabajo de los cónyuges, siempre que se haya desarrollado durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La duda se da cuando el trabajo comienza antes y termina después de celebrado el matrimonio. Somarriva señala que es ganancial, ya que el valor que adquiere el trabajo, es una vez terminado. Con respecto a la indemnización por despido, Alessandri Rodríguez señala que es enteramente ganancial, ya que sería fruto del trabajo.

Carozzi sostiene en cambio lo siguiente: Supongamos que se trata de una persona que teniendo cuatro años de trabajo en determinada empresa, contrae matrimonio. A los diez meses, antes de cumplirse los cinco años del trabajador en la empresa, este es despedido. Si bien el despido es la causa que genera el derecho del trabajador a reclamar el IPD y este hecho se verificó durante la



vigencia del régimen legal, el monto del mismo se determina en atención al número de años trabajados. En consecuencia en casos como este, en que el monto total de la IPD, 4/5 se deben a un trabajo desempeñado con anterioridad al matrimonio, entendiéndose que corresponde prorratear la IPD, de manera de considerar propia los 4/5 de la misma y ganancial 1/5.

Diferente es la situación si luego de cuatro años de trabajo en la empresa, el trabajador contrae matrimonio bajo el régimen legal, y luego de seis años de celebrados el matrimonio, es despedido. En esta situación, los años anteriores al matrimonio pierden relevancia en cuanto a la determinación del monto de la IPD, ya que los años trabajados durante el régimen matrimonial, generan por sí mismos el derecho al 100% de la IPD, en este caso la IPD es 100 % ganancial.

### **Nº 3 Bienes adquiridos por hechos fortuitos:**

Es lo adquirido por lotería, juego o apuesta.

Con respecto al hecho fortuito es irrelevante que la apuesta se haya hecho antes del matrimonio o que el billete sea donado. Es importante que haber ganado se haya dado en matrimonio.

**Nº 4 Frutos naturales, industriales o civiles percibidos o devengados durante el matrimonio sean procedentes de bienes gananciales o propios:** frutos son los productos ordinarios de una cosa, o sea los que está destinado cierto bien a producir periódicamente. Tenemos los frutos industriales emanados del trabajo o cultivo y los civiles emanados de arrendamientos y rentas.

Los frutos naturales e industriales son gananciales si se cosechan o adquieren en vigencia de la sociedad conyugal.

**Situación especial:** Art. 2009º.- Los frutos pendientes al tiempo de disolverse la sociedad se prorratearán, dividiéndolos entre todos los días del año y aplicando a la sociedad lo correspondiente a los días que ella hubiere durado en el último año, el cual se empezará a contar desde el aniversario de la celebración del matrimonio.

**Nº 5 Frutos de los bienes de los hijos de un matrimonio anterior:** Aunque este beneficio tiene un contrapartida Art. 1965 Nº 5 del CC, conforme con el cual las deudas generadas en el mantenimiento de un hijo legítimo de un anterior matrimonio, forman parte del pasivo social. Este criterio no es aplicable en el caso de hijos naturales de un matrimonio anterior ya que como sabemos los padres naturales no tienen el usufructo de los bienes de los hijos, por tanto al no

poder beneficiarse de los frutos, tampoco no les corresponde hacerse cargo del pasivo generado por el mantenimiento de esos hijos.

Si bien este Art. No plantea cual es la naturaleza de los frutos percibidos por el usufructo de los bienes de los hijos comunes del matrimonio, Vaz Ferreira entiende que son gananciales.

**El aumento de valor de los bienes propios de cualquier de los cónyuges a consecuencia de anticipos de la sociedad o por la industria de cualquiera de los cónyuges:** el mismo alude a una recompensa, esto es, a un crédito de la sociedad conyugal en contra del cónyuge propietario del bien cuyo valor aumentó. El bien que será ganancial será la recompensa.

Es importante tener en cuenta que el monto del crédito de la recompensa, no es igual al empobrecimiento experimentado por la sociedad conyugal por las sumas anticipadas o por el trabajo desarrollado, sino igual al aumento de valor. Supongamos que el marido es propietario de un inmueble al que se le hacen obras de reciclaje, invirtiendo dinero ganancial por valor de 2000 UR; si dicho bien aumenta de valor, como consecuencia de estas obras en 6000 UR, la sociedad será titular de un crédito contra el hombre por el valor de 6000 UR.

**Inciso final: Edificación en suelo propio:** será ganancial el edificio que se construya en un terreno propio, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca. Por tanto, el terreno pasa de ser propio a ganancial. La ley es clara en cuanto a que la naturaleza ganancial en este caso se adquiere por la edificación en el terreno. Aquí no se tiene en cuenta la voluntad del dueño del bien propio, ya que si se construye, inmediatamente el bien pasa a ser ganancial.

En caso de que el dueño del bien propio no quiera edificar y el otro cónyuge lo haga, no se dan los efectos de la ganancialización, entienden si bien la ley no exige la voluntad de lograr el efecto de transferir la propiedad, si presupone la existencia de un acto voluntario del propietario, la ley no presume la voluntad de edificar, ni prescinde de ella (para García Granero y para Vaz Ferreira "la edificación es un acto que entraña una disposición y para que ese efecto se produzca la construcción debe ser consentida por el dueño"), en cambio para Sanz Fernández si se dan, es irrelevante la voluntad del dueño de querer o no la edificación, ya que la transferencia de la propiedad se produce no por un acto jurídico si no por un hecho jurídico (la edificación), verificado el mismo se despliega el efecto que la ley le atribuye).

Esta disposición invierte los principios de la accesión y por lo tanto, el significar un apartamiento de los principios generales, debe ser consideradas de excepción. La interpretación debe ser estricta, no pudiendo aplicarse a situaciones diversas de las expresamente contempladas en la ley.

Así no será aplicable si la edificación comenzó durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero concluyo con posterioridad de la misma. Tampoco cabe considerar incluido en esta disposición la edificación comenzada antes del matrimonio y concluida durante la vigencia de la sociedad.

**Concepto de edificio:** Que sucede si siendo uno de los cónyuges propietario de un terreno con una pequeña construcción, por ejemplo una pequeña casa de un dormitorio, se dieran las siguientes hipótesis: **1-** Se construye un edificio de varios pisos o **2-** se edifica una vivienda de varios dormitorios, utilizándose la estructura de la anterior.

Para resolver estos casos, recurriremos en primer lugar a las disposiciones que rigen en materia de interpretación de las leyes. El Art. 18 del CC dispone que toda vez que la ley no atribuya a una palabra un significado especial debe asignársele al mismo su significado natural y obvio. Dado que la ley no define en forma específica el término edificio, debe asignarse al mismo un significado natural y obvio. Según el diccionario de la real academia, por edificio se entiende toda obra o fábrica que tenga por destino la habitación o usos análogos, como casa, teatro, etc. De acuerdo con este significado, la doctrina y jurisprudencia sostiene que no debe considerarse que hubo edificación cuando se construyan simplemente dependencias, como galpones, garajes etc. Que no alteren el destino propio del a edificación anterior. Debe considerarse que las obras constituyen una edificación cuando se construyen edificios nuevos, con finalidades y destinos propios aun en el caso de que en ese terreno hubiera anteriormente otras construcciones. En consecuencia entendiendo se configura la situación previstas en el inciso final del Art. 1955 en el caso de que en el terreno se construyen un edificio de varios pisos en cambio cuando se edifica una vivienda de varios dormitorios utilizándose la estructura de la anterior, no es de aplicación el inciso final del Art. 1955.

**Momento en que se produce la ganancializacion, y en que se fija el monto de la recompensa:** Vaz Ferreira entiende y es seguido por Carozzi, en que el cambio de categoría de propio a ganancial del terreno opera en el momento en que concluye la obra. En efecto, la ley no supedita la transferencia a la disolución del régimen matrimonial legal y siendo la edificación el hecho que produce la ganancializacion, es lógico que este efecto se despliegue tan pronto como la edificación quede concluida. En cuanto a momento en que debe determinarse el valor del terreno se entiende que debe determinarse dicho valor en el momento en que el terreno deja de ser propio, ya que a partir de ese momento los aumentos o deterioros que el bien sufra, correrán por cuenta del dueño, estos es de la sociedad.

Situación prevista en el art. 1962 CC: será analizada dentro de bienes propios.

Norma especial referida al ganado, art. 1963 CC: la norma señala que al momento de disolverse la sociedad conyugal, se reputarán gananciales las cabezas de ganado que excedan de las aportadas al matrimonio. O sea, que las cabezas de ganado que uno de los cónyuges tenía antes de contraer matrimonio seguirán siendo propias para siempre (el número de cabezas y no los animales individualizados). Por ejemplo: el marido tenía antes del matrimonio 1000 cabezas de ganado. Cuando culmina la sociedad conyugal tenía 4000 cabezas de ganado. En este caso será propio al marido 1000 cabezas de ganado y ganancial 3000 cabezas.

## **NORMAS QUE REGULAN LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL.**

### **BIENES PROPIOS.**

Cuando se habla de “aporte” de bienes propios se entiende que no es el concepto más preciso, ya que en realidad estos bienes no se aportan, siendo propios antes, en y después del matrimonio. Sólo podría hablarse de un aporte del derecho de uso y goce de estos bienes, ya que el otro cónyuge puede usufructuar estos derechos, como también percibir los frutos de la cosa (que serán gananciales).

Por tanto pasaremos a analizar ahora, la clasificación de bienes propios propuesta por Vaz Ferreira:

**1) bienes que pertenecían privativamente a los cónyuges:** aquellos bienes que integran el patrimonio de cualquiera de los cónyuges antes de celebrarse el matrimonio, serán y seguirán siendo propios en el matrimonio. Analizaremos algunos casos que pueden plantear dificultades:

**a) participación en sociedades:** los bienes adquiridos por la sociedad comercial durante el régimen matrimonial legal, no integran el patrimonio de los cónyuges y por tanto no se rigen por las normas de la sociedad conyugal. Si una persona antes de contraer matrimonio constituye una SRL, las utilidades serán propias, pero al momento de contraer matrimonio dichas utilidades serán gananciales, independientemente de que la cuota social será siempre propia.

Se ha discutido que origen debe atribuirse a los bienes que son adjudicados como consecuencia de la liquidación y partición del patrimonio de la sociedad comercial, Vaz Ferreira sostiene que son propios por aplicación del Art. 1961, ya que la causa o título que determina esta adquisición por parte del socio es el contrato de sociedad que fue anterior al matrimonio.

**b) Establecimiento comercial:** si uno de los cónyuges es propietario de un establecimiento comercial antes de contraer matrimonio, surgirán dudas en lo que respecta a la naturaleza propia o ganancial de los bienes que durante la vigencia de la sociedad se adquieran, ya se trate de mercaderías, o de nuevas instalaciones.

Con el fin de resolver los problemas que se generan el establecimiento de un esposo sometido a régimen matrimonial legal es esencial determinar previamente cual es la naturaleza del establecimiento comercial.

La naturaleza jurídica del establecimiento comercial es discutida. Algunos niegan la realidad jurídica del establecimiento comercial. Otros afirman la realidad jurídica del establecimiento comercial, aunque no se ponen de acuerdo si es un sujeto de derecho o un objeto de derecho. Vaz Ferreira señala que el establecimiento comercial tiene una realidad jurídica y que además es un objeto de derecho. En principio estos autores señalan que los bienes son propios.

**2) causa o título anterior al matrimonio,** art. 1961 CC: el bien ingresado será propio, siempre que la causa o título de adquisición sea anterior al matrimonio. Analizaremos las situaciones previstas en este artículo:

**Prescripción:** si el trámite de la prescripción comienza antes del matrimonio, pero concluye en el mismo, el bien es propio, ya que la causa que origina la prescripción es anterior al régimen legal.

**Transacción:** si culmina en el régimen matrimonial legal, igualmente se considera un bien propio.

**Título vicioso:** cuando el cónyuge sea titular de un título vicioso y el mismo se purgue en el matrimonio, igualmente el título será propio.

**Bienes que vuelven al patrimonio de uno de los cónyuges:** esto ocurre muchas veces cuando se declara la nulidad de un acto. En este caso, la sentencia que declara la nulidad es retroactiva, por tanto el bien es sin duda propio.

**Derecho de usufructo que se consolida:** no será ganancial el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge, sólo serán gananciales los frutos.

**Lo que se paga a uno de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio:** esto será propio.

**Situaciones no previstas expresamente:** Promesa de contratar: uno de los casos de mayor relevancia y que comúnmente ocurre cuando una persona antes de contraer matrimonio, celebra una promesa de contratar que no es inscripta en el registro. Posteriormente a contraer

matrimonio celebra la compraventa definitiva. Qué ocurre en estos casos? Hay 3 posiciones: a) tesis restringida de título o causa: esta tesis defendida por Iglesias y Vaz Ferreira entiende que "título" es aquel hábil para transferir el dominio, mientras que "causa" a los efectos de esta norma, o sea al modo de adquirir originario. Para esta tesis en el caso de la promesa no inscripta el bien adquirido es ganancial.

- b) tesis intermedia: defendida por Cafaro. Por causa o título de adquisición debe entenderse todo antecedente jurídico que conduzca en forma obligada y directa a la adquisición de dicho bien. Para estos el bien sería propio.
- c) tesis amplia: defendida por Varela de Motta, entiende que causa o título son los derechos adquiridos antes del matrimonio, como también las meras expectativas. Para estos también el bien sería propio.

**Bienes donados:** el art. 1964 CC dispone que una de las fuentes de adquisición que determina el carácter propio de un bien, es la donación (donación simple). La doctrina se pregunta que ocurre con las donaciones modales u onerosas y con las remuneratorias.

En la donación modal, se entiende que como no hay equivalencia entre las prestaciones, la donación pasará a ser un bien propio. En las donaciones remuneratorias, si el servicio prestado por quien recibió la donación, se hizo sin intención de la remuneración, la donación en este caso es un bien propio. El Código Civil Argentino señala expresamente que cuando la donación es remuneratoria, la misma es ganancial.

Si la donación es conjunta (o sea, a ambos cónyuges), el CC establece que el bien pertenecerá a ambos cónyuges pro indiviso, o sea, cada cónyuge será titular de una cuota parte del bien.

**Bienes heredados o legados:** lo adquirido de esta forma será propio.

**Bienes subrogados a los propios:** la subrogación opera toda vez que se verifique una sustitución de una persona o de una cosa en una situación jurídica determinada. Por tanto la subrogación puede ser personal o real (la que nos interesa es la real). La teoría de la subrogación tiene como finalidad preservar el patrimonio propio de los cónyuges ya que si se enajena un bien propio sin subrogación, el bien que se adquiera pasa a ser ganancial.

Este instituto está tratado como una excepción en nuestro CC.

El art. 1957 CC y ss, establecen 4 situaciones distintas que pueden darse de subrogación: a) valores por bienes muebles, b) valores por inmuebles, c) inmueble por inmueble por permuta, d) inmueble por inmueble por venta y posterior compra.

En todos estos tipos de subrogación, los bienes subrogados son propios.

**A- Valores propios por cosas muebles. Art 1957 Inc. 2:** El único requisito que exige la ley para esta subrogación es que la inversión de dichos valores surja de las capitulaciones matrimoniales o de las donaciones hechas a un cónyuge para ese fin. No se exige que se manifieste al ánimo de subrogar. En esta situación en el caso de que si los valores son menos que el precio del bien la subrogación es valida, el bien será propio en proporción a los valores invertidos, y ganancial por la diferencia hasta llegar al precio. En cuanto el concepto de valores debe entenderse tanto el dinero como cualquier titulo representativo como títulos valores, otros bienes etc.

**B- Inmuebles por inmuebles mediante permuta Art. 1958:** Requisitos: Que se trate de dos inmuebles; Que en la escritura de permuta se exprese el animo de subrogar y que entre el precio de un bien y otro exista determinada proporción que establece el Art. 1959 inc. 4: para que haya subrogación la diferencia entre el bien que sale y el bien que entra debe ser igual o menor que la mitad del precio del bien que entra, no hay subrogación cuando la diferencia es mas de la mitad del precio del bien que entra. Ej. 1-Precio del bien que sale 800, precio del bien que entra 600, diferencia entre los precios 200. mitad del bien que entra 300. Hay subrogación. Eso si existe una recompensa de 200 que debe la sociedad al cónyuge. 2- Precio del bien que sale 400, precio del bien que entra 1200, diferencia 800. mitad del bien que entra 600. No hay subrogación el bien pasa a ser ganancial. Eso si queda una recompensa de 400 que la debe la sociedad al cónyuge.

**C- Inmueble por Inmueble por compra venta:** Requisitos: Que se trate de dos inmuebles; que se exprese el animo de subrogar tanto en la escritura de venta como de compra; que primero venda el bien propio y luego se adquiera el otro; no importa el tiempo que demore en la compra. Y que exista la relación de precio desarrollada en el numeral anterior.

**D- Valores propios por Inmuebles:** Requisitos: Que los valores hayn sido destinados a la compra del inmueble en las capitulaciones matrimoniales o en las donaciones hechas a los cónyuges; que en la escritura de compra del inmueble se exprese el animo de subrogar y

la inversión de dichos valores, y que exista la relación de precio exigida en los dos numerales anteriores.

**Derechos ligados a la personalidad de uno de los cónyuges:** derechos intelectuales: estamos ante los derechos de autor, patentes de invención, etc. En la doctrina encontramos 3 tendencias: a) los que piensan que al ser un derecho vinculado a la personalidad de su titular, es un bien propio (Vidal Taquín, Bibiloni y Borda).

- b) una segunda posición que pone énfasis en señalar que los derechos intelectuales son un derecho económico y por tanto son bienes gananciales.
- c) una tercera posición es la que señala que hay que distinguir dentro de los derechos intelectuales la parte patrimonial y la parte no patrimonial. La primera sería un bien ganancial y la segunda un bien propio (Stolfi y Vaz Ferreira).

**Cientela Civil:** se habla de este tipo de clientela por oposición a la comercial, para referirse a aquella que surge como consecuencia de la actividad que desarrolla un profesional liberal. La doctrina discute si la clientela civil es un bien o no. Los que consideran que es un bien, pueden discutir si es ganancial o no. Mientras que los que no lo consideran un bien, ya saben que este es un derecho propio. Ema Carozzi no lo considera un bien, por tanto para ella sería un derecho propio o al menos no ganancial.

**Indemnizaciones:** vamos a analizar si las indemnizaciones que obtiene un cónyuge en vigencia del régimen matrimonial son propias o gananciales.

La doctrina para determinar esto señala necesario, determinar si el daño que se busca resarcir es patrimonial o extramatrimonial, y dentro de esto si es un daño sobre un bien propio o ganancial.

Con respecto a los daños a la persona (daño emergente, lucro cesante y los de naturaleza moral), parte de la doctrina señala que si estos daños provienen de la actividad laboral o productiva de la persona, serían indemnizaciones gananciales. Kipp y Wolff señalan que al ser la indemnización una especie de subrogación de un bien propio, constituyendo un derecho a la personalidad, sería un bien propio.



Con respecto a los daños sobre cosas, Planiol y Ripert sostuvieron que la reparación por los perjuicios causados a los bienes, tendría carácter ganancial o propio, según que el bien destruido o deteriorado perteneciera o no a la comunidad.

Bienes y derechos fideicomitados: los bienes y derechos que una persona casada sometida al régimen matrimonial legal haya adquirido actuando en calidad de fiduciario en un contrato de fideicomiso, constituyen un patrimonio separado e independiente del patrimonio fiduciario. Por tanto no debería considerarse ganancial estos bienes, ya que el fiduciario para actuar lo hace por cuenta ajena y utilizando bienes que no son ni propios ni gananciales, adquiriendo así el patrimonio fideicomitado.

## **NORMAS QUE REGULAN LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL.**

### **PASIVO SOCIAL.**

En este capítulo analizaremos cuales deudas son de carácter social (que deben ser afrontadas por la sociedad conyugal) y cuales son de carácter personal (que deben ser afrontadas por uno de los cónyuges).

**DEUDAS SOCIALES Y PERSONALES:** son deudas sociales aquellas obligaciones asumidas por uno u otro o por ambos cónyuges, que deberán ser soportadas en definitiva por los bienes gananciales.

Son deudas personales aquellas que forman el pasivo que deberá ser soportado por los bienes propios del cónyuge deudor.

Conjugando los distintos tipos de deudas sociales, podemos distinguir:

- deudas sociales contraídas por el marido
- deudas sociales contraídas por la mujer
- deudas sociales contraídas por ambos cónyuges
- deudas personales contraídas por el marido
- deudas personales contraídas por la mujer - deudas personales contraídas por ambos.

**ASPECTO EXTERNO E INTERNO DE LA DEUDA CONTRAÍDA POR UN CÓNYUGE:** el

aspecto externo lo constituye las relaciones entre los acreedores, que tienen derecho de persecución y el cónyuge que asumió personalmente la deuda. El tema de la contribución a las deudas se refiere a las relaciones entre los cónyuges, y configura el aspecto interno de las deudas.

**PRINCIPIO RECTOR: UBI EMOLUMENTUM IBI ONUS:** existe en esta materia un principio básico sobre el cual la sociedad está obligada a soportar el pasivo en la medida en que adquiere el activo. Por tal motivo existe un estrecho paralelismo entre los arts. 1955 CC y 1965 CC.

### **DEUDAS SOCIALES:**

**Análisis del N° 1 del art. 1965 CC:** según este artículo son sociales las deudas contraídas por el marido o la mujer, durante el matrimonio. Por tanto diremos que será una deuda social, toda deuda que tenga su origen en un contrato o cuasicontrato y personal toda deuda que tenga su origen en un delito o cuasidelito.

**N° 2 art. 1965 CC.** Los intereses de las deudas propias devengados durante la vigencia de la sociedad conyugal: serán deudas sociales las correspondientes a los intereses devengados durante el matrimonio.

**N° 3 art. 1965 CC.** Reparos menores o simple conservación de bienes propios: estos formarán parte del pasivo social. Por el contrario los reparos mayores serán a cargo del cónyuge dueño de los mismos. El fundamento es que ambos cónyuges tienen el derecho de uso y goce de los bienes. A los efectos de determinar que se entiende por reparos mayores y menores, debemos recurrir a las disposiciones que regulan el usufructo. Así el art. 523 del CC. Dispone que los reparos mayores son los extraordinarios que convienen a la utilidad permanente de la finca. El reparo menor es el de simple conservación, gastos que tienden a mantener el buen estado del bien Ej. Pintura del bien.

Ahora si como consecuencia de un reparo mayor aumenta el valor de la finca, y de dicho aumento supera el dinero invertido, el monto de la recompensa no será igual a la suma gastada en la reparación, sino superior a esta, igual al aumento de valor. (Art. 1955 Numeral 6 inciso 1)

**N° 4. Reparos menores o mayores de los bienes gananciales.**

**Nº 5. Mantenimiento de la familia:** con respecto a los hijos legítimos, este numeral dispone que es a cargo de la sociedad conyugal el mantenimiento de los hijos legítimos comunes o de uno solo de los cónyuges. El mantenimiento de los hijos naturales es gasto de tipo personal.

Con respecto a los gastos fúnebres por muerte de uno de los cónyuges, hay algunos que entienden que al haberse disuelto la sociedad conyugal, estos pasan a ser gastos personales. Vaz Ferreira considera que este tipo de deuda es social.

Con respecto a los gastos del hogar, cada cónyuge debe aportar de acuerdo a su situación económica.

**Nº 6.** Lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos del matrimonio: gastos de colocación son aquellos que se dan a los hijos para su establecimiento, ya sea en un empleo o en su matrimonio. Esta disposición ya está derogada, pero se consideraba que era una deuda social.

**Nº 7.** Lo perdido por hecho fortuito como juego o apuesta: al igual que lo ganado por juego y apuesta es ganancial, por consiguiente lo perdido en la misma situación es social.

## **NORMAS QUE REGULAN LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL.**

### **DEUDAS PERSONALES.**

**Art. 1966 inc. 1º CC.** Deudas contraídas antes del matrimonio: si una persona siendo soltera y antes del matrimonio contrae una deuda, la misma será personal.

**Inc. 2º.** Las multas y condenaciones pecuniarias (comprendidas dentro de estas a todas las obligaciones emergentes de delitos o cuasi delitos en esta situación existe responsabilidad civil y quien comete el ilícito debe ser responsabilizado en forma personal) : como este tipo de sanción es personal, se considera que no se debe lesionar el haber social, por lo que es una deuda personal. Dentro el concepto de multas o condenaciones pecuniarias también entra la responsabilidad emergente del incumplimiento de un contrato (Posición de Vaz Ferreira compartida por Ema Carozzi).

**Deudas o cargas hereditarias y obligaciones que surjan de una donación:** se considera que son personales, aplicando el principio “ubi emulumentum ibi onus”.

**Reparos mayores de bienes propios:** a contrario de los “reparos menores” ya estudiados en el capítulo anterior, vemos que estos reparos mayores pasan a ser deudas personales.

**Precio o parte del precio de cosas que le pertenecen y la redención de servidumbres:**

Ej. Si durante la vigencia de la sociedad conyugal uno de los esposos vende un bien propio utilizando su producido para comprar otro, cumpliendo con los requisitos de la subrogación, la obligación de pagar dicho precio es personal, así como será propio el bien que se adquiere. Ahora si dicha deuda es saldada con bienes gananciales, por ejemplo con el producto del trabajo del cónyuge deudor, surgirá una recompensa a favor de la sociedad.

Redención de servidumbre que grava un bien propio, si el cónyuge propietario del bien sirviente se obliga a abonar una suma de dinero para liberar su predio de dicha servidumbre, esa obligación es personal.

Deudas por alimentos debidos a familiares no incluidos en el art. 1965 N° CC: dentro de este grupo se encuentra la obligación de alimentos debida por uno de los esposos al hijo natural, a un hermano, o al suegro, suegra, yerno o nuera.

**NORMAS QUE REGULAN EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL:**  
**DERECHO DE PERSECUCIÓN DE LOS ACREEDORES.**

**RESPONSABILIDAD DE LOS CÓNYUGES POR LAS DEUDAS SOCIALES O PERSONALES:**

el sistema vigente en nuestro derecho está regulado por las leyes 10783 y 16871. Como consecuencia de la primera de estas leyes, la mujer adquirió la capacidad de administrar por sí sola sus bienes, por consiguiente para adquirir bienes o para contraer deudas.

La norma que regula la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas durante la vigencia del régimen matrimonial, es el Art. 1975 del CC. Según este Art. Cada cónyuge responde por las deudas asumidas, sean estas personales o sociales, con sus bienes propios y con los gananciales cuya administración le corresponde por ley o por capitulaciones matrimoniales. Esta disposición consagra el principio de la separación de responsabilidades, denominada como irresponsabilidad por las deudas contraídas por el otro esposo.

Por otro lado, como es sabido, el art. 2372 CC establece que los bienes todos del deudor constituyen la garantía común de los acreedores. Por lo tanto para determinar que bienes están o

PRIVADO 6 (SUCESSIONES) Página 140

no incluidos en el patrimonio del cónyuge deudor, se deberá recurrir a las normas matrimoniales. En términos generales, el acreedor de un deudor casado bajo el régimen matrimonial legal podrá hacer valer sus derechos tanto contra la totalidad de los bienes propios de su deudor como de los gananciales cuya administración le corresponde por ley. De dicha norma se extrae, que los acreedores aun cuando fueren sociales, no podrán perseguir durante la vigencia de la sociedad, los bienes gananciales administrados por el cónyuge no deudor.

Ahora si el bien es administrado por ambos cónyuges, la solución será que el acreedor ya sea personal o social podrá cobrarse solo de la cuota parte que le pertenece al cónyuge deudor.

**Contribución a las deudas:** Si actuando de acuerdo con los principios que regulan las relaciones externas, se satisfizo una deuda social con bienes propios, o una deuda personal con bienes sociales, surgirán recompensas que tendrán por finalidad hacer recaer el pasivo en el patrimonio que definitivamente debe asumirlo. Cabe agregar que las recompensas se liquidan una vez disuelta la sociedad conyugal.

### **NORMAS QUE REGULAN ORDINARIAMENTE EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN DE LOS CÓNYUGES.**

**ADMINISTRACIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA. CONCEPTO:** encontramos 2 tipos de regímenes, uno es el ordinario que tal como su nombre lo indica, es el que rige las facultades de los cónyuges en situaciones de normalidad. Mientras que el extraordinario es el que rige en los casos de excepción previstos por el art. 1979 CC (incapacidad de uno de los esposos, ausencia o impedimento absoluto).

Básicamente la administración extraordinaria difiere de la ordinaria ya que mientras en ésta ambos cónyuges ejercen poderes idénticos de administración y disposición, recayendo dichos poderes sobre diferentes masas de bienes; en la administración extraordinaria, por el contrario, existe un único administrador que concentra todos los poderes, y los ejerce tanto sobre sus bienes propios y los gananciales que adquirió, como sobre los propios de su cónyuge y los gananciales adquiridos por éste.

**FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN SOBRE BIENES PROPIOS:** con respecto a los bienes propios cada cónyuge conserva plenas facultades de administración y disposición. No tienen ni meras facultades de administración sobre los bienes del otro cónyuge.

**ACTOS DE MERA ADMINISTRACIÓN SOBRE BIENES GANANCIALES:** dentro de estos actos se encuentra todos aquellos que tienden a conservar los bienes. Cada cónyuge puede realizar estos actos libremente, salvo que actúe con fraude contra el otro cónyuge. En caso de actuar fraudulentamente, corresponde que se paguen los daños y perjuicios causados o que se declare inoponible el acto fraudulento.

**ACTOS DE DISPOSICIÓN A TÍTULO ONEROSO:** a) bienes muebles excluidos los referidos por el actual art. 1971 CC y los vehículos automotores: cada cónyuge puede enajenar a título oneroso los bienes gananciales muebles que él haya adquirido, sin requerir la conformidad del otro esposo. Se exceptúan de esta regla los bienes mencionados en el art. 5 inc. 2º de la ley 10783 y los vehículos automotores. También esta posibilidad admite sus límites en el fraude, mencionado en el punto anterior.

b) bienes inmuebles, establecimientos comerciales y demás bienes comprendidos por el art. 5 ley 10783: este artículo señala que a fin de enajenar o constituir derechos reales menores de goce o de garantía, sobre bienes gananciales inmuebles será necesario requerir la conformidad del otro cónyuge. El mismo artículo en su inciso segundo dispone que se requiera la conformidad del cónyuge no administrador del bien, a efectos de enajenar un establecimiento comercial, un establecimiento industrial o fabril o un establecimiento agrícola o ganadero.

**ACTOS DE DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO:** el art. 1972 CC establece que cualquiera de los cónyuges podrá disponer en forma gratuita de los bienes gananciales que administra en los siguientes casos: donaciones efectuadas a las hijas del matrimonio con la finalidad de establecer los mismos y donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia. Si el bien donado fuera un inmueble, un establecimiento comercial o fabril, se deberá recabar la conformidad del otro cónyuge.

**DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS:** el art. 1973 CC establece que ninguno de los cónyuges puede disponer por testamento más de la mitad de los gananciales. El concepto de "la mitad de los gananciales" se justifica para determinar la forma de disposición que se dará una vez que el régimen matrimonial no esté vigente.

**GANANCIALES ADQUIRIDOS Y ADMINISTRADOS POR AMBOS CÓNYUGES:** no existe ninguna disposición legal específica que establezca la forma de administración de estos bienes. Esto seguramente es así ya que Narvaja en la época de sanción del Código no vio conveniente a la comunidad, entendiendo que los cónyuges en caso de que surjan diferencias en la administración pueden pedir la partición de bienes.

Ante esta laguna, se hace necesario remitirnos a los principios general de la tradición romana, que señalan que se buscará para la administración de los gananciales adquiridos por ambos cónyuges, la unanimidad de opinión de ambos cónyuges.

### **POSIBLES DEFENSAS DE UN CÓNYUGE FRENTE A LOS ACTOS ILEGALES O FRAUDULENTOS DEL OTRO.**

**COLACIÓN (art. 2003 CC):** este artículo dispone que deberán colacionarse las recompensas adeudadas por un cónyuge a la sociedad, así como el importe de las donaciones o enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas con arreglo al art. 1974 CC.

Concepto de colación la colación es un instituto que surge del derecho sucesorio, el deber de colación significa que un hijo, en calidad de heredero, debe en determinadas circunstancias dejar que dichas atribuciones sean imputadas a su cuota hereditaria. El fundamento de este instituto se encuentra en el principio de igualdad de trato entre los hijos del causante. Se entendió que si a efectos de distribuir entre los hijos la masa sucesoria, sólo se tomaba en cuenta el patrimonio del causante tal como estaba compuesto a la fecha de su muerte, sin considerar lo que éste hubiera atribuido en vida a determinados hijos, no se trataba igualitariamente a los mismos.

Cabe agregar además que la colación del inciso 2 del art. 2003, es real o en natura y no ideal, esto significa que deberá inventariarse y tasarse como integrando la masa indivisa el bien enajenado o donado ilegalmente o fraudulentamente. Ahora en aquellos casos en los que no proceda la colación real, deberá agregarse imaginariamente en UR, el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse fraudulentas o ilegales (colación ideal).

**ACCIÓN PAULIANA ESPECIAL.** Art. 1991 CC: según este artículo cualquiera de los cónyuges podrá argüir de fraude cualquier acto o contrato celebrado por otro esposo, anterior a la demanda de separación de bienes, en conformidad a lo que está dispuesto acerca de los actos celebrados

en fraude de los acreedores. Este artículo remite al art. 1296, tornando aplicable el instituto de la acción pauliana.

El fraude en este caso se vincula al resultado de la partición futura y consiste en el conocimiento de la disminución que dicho acto provocará en la parte que al otro cónyuge corresponde en la masa.

Plazo para el ejercicio: el plazo será de un año desde que el titular conoció la enajenación. Actualmente, en aquellas enajenaciones que se inscriban en el Registro respectivo, el plazo comenzará a correr a partir de la fecha de su inscripción.

Esta acción podrá ejercerse aunque la sociedad conyugal este vigente.

Naturaleza jurídica: la doctrina señala que se trata de una acción personal, ya que la misma constituye una prerrogativa unida a la condición de acreedor y fundada en un derecho personal.

Fundamento de la acción: no es más que el derecho de la víctima de que se le repare por el fraude que le ha sido causado.

**Acción de nulidad, de inoponibilidad o revocatoria:** actualmente hay acuerdo en doctrina de que el acto impugnado por fraude no es nulo, por lo que no se declara la nulidad. Por el contrario, se discute si se trata de una acción de inoponibilidad o revocatoria.

Vaz Ferreira, señala, que la esta acción es de inoponibilidad relativa. Gamarra señala que es una acción que produce la revocación del contrato.

**ACCIÓN PREVISTA EN EL ART. 1974 CC. NULIDAD O INOPONIBILIDAD:** el art. 1974 CC dispone que las enajenaciones o convenios ilícitos o fraudulentos no perjudicarán al cónyuge que no las ha consentido, ni a sus herederos.

Si discute si la sanción prevista en esta disposición es la nulidad o la inoponibilidad del acto celebrado.

García Goyena señalaba que el acto era nulo ya que entendía que los actos realizados por uno de los cónyuges en contravención a la ley eran nulos, se fundaba en que lo hecho contra las leyes prohibitivas es nulo. Entre los autores que entienden que el acto es nulo, tenemos los que



entienden que la nulidad es absoluta y otros que es relativa. Vaz Ferreira afirmaba que esta nulidad era relativa y que como consecuencia solo podría solicitar la nulidad del acto el cónyuge en cuyo interés el acto es declarado nulo. Por tanto declarada la nulidad el bien vuelve a la masa, aunque dicho bien sea adjudicado al cónyuge que realizó el acto fraudulentamente.

La doctrina mas moderna considera que el negocio jurídico es valido y eficaz, pero inoponible al cónyuge perjudicado, con la siguiente consecuencia, si el bien es adjudicado en la partición al cónyuge culpable, este deberá respetar los efectos obligacionales emergente del contrato, no pudiendo afectar a su contraparte. Entre los esposo a los efectos del inventario y partición, todo sucederá como si le bien integrara la masa pero el contratante del cónyuge culpable solo se vera alcanzado si le bien es adjudicado al esposo inocente.

**INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA:** el art. 189 de la ley 16060 establece que procede el ejercicio de esta acción de inoponibilidad cuando la personalidad jurídica otorgada por la ley a la sociedad comercial es utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los socios o accionistas de la misma sociedad, o de terceros.

La finalidad del cónyuge que se sirve de la personalidad jurídica de la sociedad comercial, puede consistir en violar las normas estructurales que componen el régimen matrimonial legal y sólo como consecuencia las del funcionamiento o por el contrario, puede pretender burlar estas últimas.

**RESARCIMIENTO DEL ART. 1969 CC:** este artículo prevé que cada cónyuge deberá compensar a la sociedad por los daños causados con dolo o culpa grave. Esta reclamación no prosperará sino luego de disuelta la sociedad conyugal, y entonces se procederá a cancelar la misma, por medio del instituto de la colación e imputación y no por medio del pago, siempre que la masa indivisa sea solvente.

**RECOMPENSA POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:** siempre que alguno de los cónyuges obtenga provecho personal de los bienes de la sociedad, deberá compensar a la misma.

**TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO:** Vaz Ferreira señala que esta teoría podría ser utilizada en algún caso. Por ejemplo cuando un cónyuge realizar pequeñas donaciones, que cuando se suman, son verdaderamente excesivas haciendo disminuir notoriamente el acervo de la sociedad conyugal.

## **ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA.**

**CONCEPTO:** la administración extraordinaria se distinguía de la ordinaria por la persona del cónyuge administrador. En la administración extraordinaria hay un cónyuge que no sólo administra sus bienes propios, sino que administra los bienes propios de su cónyuges, como todos los bienes gananciales de la sociedad.

Analizaremos a continuación, cuáles son las hipótesis que originan la llamada administración extraordinaria.

**CÓNYUGE ES DESIGNADO CURADOR DE SU CONSORTE DECLARADO INCAPAZ:** los presupuestos que debemos encontrar a fin de determinar esta situación son: la interdicción de uno de los esposos y que quien haya sido nombrado curador del cónyuge incapaz sea su marido o mujer y finalmente que se encuentren en vigencia de la sociedad conyugal.

Corresponde analizar ahora, las facultades de administración y disposición del cónyuge capaz sobre las diversas masas.

Bienes propios del cónyuge curador: la curatela no modifica las facultades de administración y disposición del cónyuge sobre sus bienes propios.

Bienes gananciales adquiridos por el cónyuge curador: en principio la curatela no modifica las facultades del cónyuge en la administración y disposición sobre los bienes gananciales que él adquirió.

De cualquier forma en su actual redacción el art. 1981 CC establece que el cónyuge administrador extraordinario no podrá ejercer los actos previstos en el art. 1971 CC sin previa autorización especial del Juez. Por tanto para enajenar o disponer de un bien inmueble y vehicular ganancial, adquirido por el administrador, se deberá obtener la anuencia del Juez.

Bienes propios del cuartelado y bienes gananciales adquiridos por éste: Vaz Ferreira sostiene que la administración de dichos bienes debe hacerse conforme a las reglas de la curatela. En

consecuencia, el cónyuge curador no puede comenzar a administrar los bienes sin previo inventario, deber rendir cuentas cada 3 años, etc.

Vaz Ferreira señala que la única diferencia que habría entre la curatela ejercida por un cónyuge, con respecto a la curatela ejercida por un tercero, es que en el primer caso, al devenir esta curatela de un deber de asistencia derivado del matrimonio, el cónyuge administrador no tiene derecho a cobrar por lo que hace.

**OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA:** el instituto de la ausencia consta de diversas etapas.

La primera es la denominada “presunción de ausencia”. La ausencia no podrá ser judicialmente decretada hasta pasado un año de la primer publicación. Decretada judicialmente la misma, el Juez ordenará la publicación de dicho decreto.

Esta declaración de ausencia (cuando se declara) produce un doble efecto: disuelve provisoriamente la sociedad conyugal y confiere derechos a los interesados a solicitar la apertura del testamento cerrado si lo hubiera.

Los arts. 62 y numeral 2º del art. 1979 CC establecen que el cónyuge presente, siempre que no tenga la calidad de heredero, podrá oponerse a la declaración de ausencia, e impedir consecuentemente la disolución de la sociedad conyugal. En este caso, el patrimonio del ausente, no será entregado a los herederos, sino que será formalmente inventariado y administrado por el cónyuge.

Debemos analizar que ocurre con las diversas masas de bienes.

Bienes propios y gananciales adquiridos por el cónyuge presente: las facultades de administración y disposición sobre estos bienes, por parte del cónyuge presente, quedan inmodificadas.

Bienes propios del ausente y gananciales adquiridos por éste: la exigencia de levantar un inventario formal de los bienes raíces, muebles y acciones del ausente requerida en el art. 64 CC rige respecto de los bienes propios del mismo, así como de los gananciales que éste adquirió. Por tanto, el cónyuge presente estará facultado para enajenar o gravar los bienes raíces propios del ausente, o los gananciales adquiridos por éste, recabando la previa autorización judicial.

**IMPEDIMENTO ABSOLUTO:** esta situación puede ocurrir cuando uno de los esposos sufra un ataque o accidente que lo imposibilite de manifestar libremente su voluntad. Supone una situación de mayor transitoriedad que la incapacidad. En esta hipótesis, a diferencia de las anteriores, la administración extraordinaria deberá ser solicitada al Juez, no operando de pleno derecho.

**CESE DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA:** la misma culmina por el fin de la sociedad conyugal o por la rehabilitación del incapaz o remoción del curador.

### **RELACIONES ENTRE LOS PATRIMONIOS PROPIOS Y LA SOCIEDAD CONYUGAL.**

Es necesario distinguir 4 tipos de relaciones:

- 1) las deudas o créditos del capital propio de un cónyuge contra el capital propio del otro esposo
- 2) las deudas o créditos del capital ganancial administrado por un cónyuge contra el capital ganancial administrado por el otro cónyuge
- 3) los créditos de la sociedad conyugal contra cualquiera de los esposos
- 4) los créditos de cualquiera de los esposos contra la sociedad conyugal.

**Deudas o créditos del patrimonio propio de un cónyuge contra el propio del otro:** esta situación queda regulada por el derecho común, siendo ajena a la administración de la sociedad conyugal. O sea, se regulará por las mismas normas que si entre los titulares no existiera un vínculo matrimonial.

**Deudas o créditos del capital ganancial administrado por un cónyuge contra el capital ganancial administrado por el otro cónyuge:** aquí surge entre los esposos un crédito social del que es titular uno de los cónyuges y una deuda social de que es titular el otro cónyuge. La posibilidad de existencia de este tipo de créditos se justifica por la división del patrimonio de la sociedad conyugal durante la vigencia de ésta.

**RECOMPENSAS:** los créditos nombrados con el número 3) y 4) al principio del capítulo, son las llamadas recompensas.

Son créditos surgidos entre los cónyuges y la sociedad conyugal, que se originan en actos o hechos jurídicos o materiales que se verifican durante la vigencia de la sociedad conyugal y se

caracterizan por mantenerse latentes hasta la disolución del régimen matrimonial legal. Estos créditos deben ser determinados una vez disuelta la sociedad conyugal, a fin de reconstituir el patrimonio de cada esposo y la masa ganancial.

Reajuste de las recompensas: Art. 2003 redacción dada por la ley 16603 estableció el criterio para reajustar las recompensas, fundado en evitar los efectos inflacionarios de la economía. Las recompensas se medirán en valores determinados en UR.

O sea a la fecha que se genera la recompensa, deberá determinarse su valor en UR.

### **Diversas situaciones generadoras de recompensas:**

**a) recompensas debidas por la comunidad a un esposo:** esto puede ocurrir por la venta de un bien propio, en caso de que no haya operado la subrogación o bien, en aquellos en los que se ha reinvertido sólo parte del precio.

Otra situación puede ser cuando un cónyuge ha utilizado dinero propio, adquirido por herencia o donación, en el mantenimiento o mejora de un bien ganancial.

Otra situación se da en los casos de que un cónyuge haya satisfecho con bienes propios una deuda social.

También puede darse la edificación en suelo propio de uno de los cónyuges (art. 1955 CC).

**b) recompensas debidas por un cónyuge a la sociedad conyugal:** puede ocurrir por anticipos de dinero o por utilizar bienes gananciales para mejorar bienes propios, por el pago de deudas personales por la sociedad conyugal, etc.

**PRUEBA DE RECOMPENSA:** el principio general señala que quien busca el cobro de la recompensa, deberá probar la existencia de la misma o los presupuestos que la generaron.

### **LIQUIDACION DE LAS RECOMPENSAS:**

Según el criterio unánime las recompensas no deben ser consideradas como deudas independientes, sino como elementos integrantes de una cuenta indivisible, siendo solo el saldo a favor o en contra lo que debe exigirse durante la liquidación de la sociedad conyugal. Es por este

motivo que al momento de la disolución de la sociedad, un cónyuge solo puede ser acreedor o deudor de recompensas, no pudiendo reunir ambas calidades conjuntamente.

## **DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.**

**CAUSALES DE DISOLUCIÓN:** son aquellas circunstancias que producen el cese del régimen matrimonial legal. Estas causales están taxativamente previstas en el art. 1998 CC.

- 1) muerte de uno de los cónyuges:** al fallecer uno de los cónyuges se produce un doble efecto. Por un lado se verifica la apertura legal de la sucesión. Por otro lado la muerte del cónyuge opera la disolución del matrimonio y por consecuencia el cese del régimen matrimonial legal, que regía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Desaparece entonces la partición de bienes gananciales, formándose una masa única de todos estos bienes, lo que se llama indivisión postcomunitaria. Los titulares de esta indivisión son el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido. Esta sería la única causa de disolución de la sociedad conyugal que no debe ser inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales.

- 2) divorcio:** la sentencia de divorcio debe inscribirse en el Registro Nacional de Actos Personales, en tanto que la misma causa el cese del régimen matrimonial legal y la inoponibilidad que se deriva de la falta de inscripción.

- 3) separación de cuerpos:** la sociedad conyugal se disuelve al quedar ejecutoriada la sentencia de separación de cuerpos. Dado que no se disuelve el matrimonio, el régimen de partición en los gananciales, es sustituido al cesar, por otro régimen matrimonial que es el de separación de bienes.

En caso de reconciliación de los esposos, Vaz Ferreira señala que la misma tiene como efecto el restablecimiento de la sociedad conyugal.

- 4) separación judicial de bienes:** este es un derecho potestativo que cualquiera de los cónyuges puede ejercer en cualquier momento y sin atender a una causal determinada. Esta claro que la solicitud de separación debe ser presentada al Juez (de forma individual por uno de los cónyuges o juntos). En el auto, el Juez dispondrá la citación por edictos a quienes tuvieren algún interés,

para que comparezca dentro del plazo de 60 días. Los acreedores de cualquiera de los cónyuges, que sean titulares de créditos de carácter social, deberán presentarse en dicho plazo a fin de no perjudicar su derecho de persecución.

Posteriormente se da la ejecutoriedad de la disolución.

Por tanto las relaciones patrimoniales entre los esposos quedarán regidas en principio por las mismas normas que entre personas no casadas entre sí. Los bienes que cada cónyuge adquiera serán propios, excepto en el caso de que la causa o título de adquisición preceda a la disolución.

También las deudas seguirán estos criterios.

**5) ausencia:** recordemos que las etapas de la ausencia son, la presunción de ausencia y la denominada declaración de ausencia. Si se da esta segunda etapa se disuelve provisoriamente la sociedad conyugal.

**6) nulidad de matrimonio:** la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, disuelve la sociedad conyugal. En caso de que la nulidad se haya dado con la buena fe de ambos cónyuges, los bienes gananciales se dividen en mitades y cada cónyuge conservará las ventajas pactadas y las donaciones celebradas por causa de matrimonio. Si uno solo actuó de buena fe, este se lleva todos los bienes gananciales.

### **INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA.**

Una vez disuelta la sociedad conyugal surge entre los esposos, o ex esposos, o entre un cónyuge y los herederos del otro, la indivisión postcomunitaria. Esta etapa comienza con la disolución de la sociedad y termina con la partición de los bienes. Esto es aplicable a los derechos reales y personales.

Semejanzas y diferencias entre la indivisión postcomunitaria y la hereditaria: la semejanza básica es que el objeto sobre el cual recaen es una universalidad jurídica.

Las diferencias son: a) nacimiento: la indivisión postcomunitaria nace con la disolución de la sociedad conyugal, mientras que la hereditaria presupone la transferencia de derechos, o sea la sucesión.

b) contenido: la indivisión postcomunitaria se integra con los bienes gananciales y deudas sociales que formaban parte de los patrimonios de cada uno de los esposos, mientras que la indivisión hereditaria se forma con todos aquellos elementos que integraban el patrimonio del causante.

Comienzo de la indivisión postcomunitaria: se considera que comienza cuando se disuelve la sociedad conyugal.

Composición: estará compuesta por todos los bienes gananciales de los esposos a la fecha de verificarse la disolución.

Desde el momento que se verifica la indivisión, se cierra la fuente de entrada de los bienes a la indivisión. O sea, la indivisión no se verá afectada por el aumento del patrimonio. No obstante esto no quiere decir que la masa de bienes, aumente o mejore (por ejemplo por frutos o accesiones).

### **“Importante para comprender los Ejercicios”**

Los grupos de bienes que integran la indivisión serían los siguientes: **Activo:** a) bienes que integran cualquiera de las masas gananciales a la fecha de la disolución. Dentro de estos tenemos todo tipo de bienes: incluidas las cuotas de participación en sociedades comerciales, los créditos (que tiene la sociedad contra los esposos “Recompensas” y los que tiene la sociedad respecto a terceros), los frutos o productos generados por los bienes comunes, los bienes subrogados a los indivisos, lo adquirido durante la indivisión pero cuya causa o título preceda la disolución.

**b) pasivo:** formarán parte de este pasivo todas las deudas sociales existentes a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal, más aquellas otras que se generen en forma vinculada a dichas deudas o al activo que compone la indivisión. Dentro de estas deudas Vaz Ferreira señala, las deudas debidas por la sociedad a los cónyuges y las deudas debidas por la sociedad a los terceros.

**Responsabilidad por el pasivo común:** en lo que a responsabilidad respecta, esta masa única constituirá la garantía común de todos los acreedores sociales, sin que interese cuál de los dos cónyuges adquirió el bien, ni quién contrajo personalmente la deuda social.

**Acreedores sociales:** De haberse producido la disolución de la sociedad por disolución del matrimonio (por muerte por divorcio), por separación de cuerpos, nulidad del matrimonio o declaración de ausencia, todos los acreedores sociales, por el mero hecho de ser titulares de un crédito que debe ser soportado por la sociedad conyugal, podrá satisfacer sus créditos ya sea



accionando contra los bienes propios del cónyuge deudor, o bien contra la totalidad de la masa. En ninguna de estas causales de disolución de la sociedad, existe la carga legal de los acreedores de denunciar sus créditos dentro de determinado plazo. No se distingue entre dos categorías de acreedores, los perjudicados y los que conservan acción contra la masa, sino que todos ellos podrán perseguir indistintamente dos grupos de bienes, los propios del cónyuge que contrajo la deuda y la totalidad de los gananciales.

El emplazamiento a los acreedores y la carga de estos de presentarse, continua siendo un instrumento previsto por la ley exclusivamente como contralor de un cónyuge respecto del otro en casos de disolverse la sociedad conyugal por separación judicial de bienes.

Acreedores sociales perjudicados: si la sociedad conyugal se disuelve por separación judicial de bienes es necesario distinguir, a efectos de determinar el derecho de persecución de los acreedores sociales, según que estos se hayan presentado o no al emplazamiento (dentro de los 60 días). Solo aquellos acreedores que hayan cumplido con la carga legal de denunciar su crédito en plazo, podar perseguir la totalidad de la masa indivisa. Quien no se haya presentado dentro del término del emplazamiento, solo podrá cobrarse sobre los bienes del cónyuge deudor.

**Administración de los bienes indivisos:** en lo que respecta a la cuota parte en la indivisión, cada co indiviso podrá disponer libremente de la misma. En caso de ceder dicha cuota el cónyuge habrá salido de la indivisión y la partición deberá celebrarse con el cesionario y el o los indivisos originarios. Si hay desacuerdos entre los coindivisos, normalmente nuestra ley da la posibilidad de que se nombre un administrador judicial.

Extinción de la indivisión: las causas son:

Cese de la pluralidad de coindivisos (por ejemplo por la muerte de uno de ellos), agotamiento del activo, restablecimiento (cuando el cese de la sociedad se haya dado por separación de cuerpos o separación judicial de bienes y los cónyuges vuelvan al estado anterior), partición (cuando los coindivisos llegan a un acuerdo en como se dividirán los bienes).

### **LIQUIDACIÓN DE LA INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA.**

La indivisión postcomunitaria entra en la categoría de las comunidades de liquidación, o sea, en aquellas que deben ser liquidadas antes de ser partidas.

Por liquidación entendemos el conjunto de operaciones que debe realizarse con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal y en forma previa a la partición, a fin de satisfacer a los acreedores de la masa indivisa, determinar el carácter de los bienes, establecer su valor y determinar la suma del fondo líquido que le corresponde a :cada coindivisario.

Determinación de la masa común. Caracteres del inventario: la determinación de esta masa, se logra por medio del inventario, que debe ser completo y solemne. Una vez inventariados el activo y pasivo, se procede a la tasación.

Los caracteres del inventario son: a) solemne o judicial: es aquel inventario que es hecho con intervención de la autoridad judicial, siguiendo los procedimientos del art. 418 CGP. De cualquier forma los cónyuges tienen la posibilidad de hacer el inventario de forma privada.

- b) completo: debe tener un detalle pormenorizado de los bienes y de las obligaciones que constituyen el pasivo. Ya vimos que bienes que forman el activo y obligaciones del pasivo forman la indivisión (en el capítulo anterior).
- c) estimativo: una vez confeccionado el inventario deberán tasarse los bienes corporales e incorporeales que lo integran. Dicha tasación deberá realizarse en la fecha más próxima a la partición. Si no hay acuerdo de partes en la tasación, se deberá designar peritos.

Consecuencias de la exclusión dolosa de un bien del inventario (art. 2002 CC): este artículo dispone que aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiese ocultado o distraído alguna de las cosas de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y será obligado a restituirla doblada.

Los elementos que caracterizan este artículo son:

- a) subjetivo: la conducta del cónyuge o heredero debe estar guiada por el dolo. Quien invoque este dolo, debe probarlo.
- b) material: la conducta que debe desarrollar el cónyuge consiste en ocultar o distraer bienes gananciales (por ejemplo ocultado o aumentando ficticiamente el pasivo).
- c) sanciones del artículo: a) pérdida de la porción en la cosa que se pretendió sustraer de la masa, b) restitución del doble.
- d) sujetos que pueden ser sancionados: las sanciones de este artículo pueden ser aplicadas al cónyuge que ocultó bienes, como aquel de los herederos de un cónyuge que realizó la conducta prevista en la norma. En contraposición, podrán ejercer la acción de restitución el cónyuge o el heredero víctima de la maniobra fraudulenta.

## **PARTICIÓN DEL FONDO LÍQUIDO.**

La partición debe hacerse por mitades, de acuerdo al art. 2 de la ley 10783. Esto significa que si la sociedad se disolvió por muerte de uno de los esposos, será suficiente partir el fondo líquido en mitades, adjudicando una mitad al sobreviviente y la otra a los herederos del esposo fallecido.

Colación de las recompensas debidas por un cónyuge (art. 2003 CC): como fue expresado, corresponde inventariar las recompensas adeudadas por los esposos a la sociedad, ya que las mismas integran el activo de la masa.

Formas de partición: se aplican las mismas disposiciones que para la partición postcomunitaria.

Efectos de la partición: a) declarativo: regulado en el art. 1151 CC señala que cada copartícipe se reputará haber sido propietario exclusivo de los bienes comprendidos en su lote y no haber tenido parte alguna en los bienes adjudicados al otro partícipe. Como consecuencia de este efecto, desaparece retroactivamente la etapa de indivisión postcomunitaria.

- b) saneamiento de la evicción: esta garantía resulta una consecuencia lógica en los sistemas que asignan a la partición eficacia traslativa.
- c) garantía de solvencia del deudor de la masa: esta garantía surge cuando se adjudica en uno de los lotes un crédito de la indivisión postcomunitaria, que no puede ser cobrado por insolvencia del deudor. El Art. 1158 CC establece que se garantiza la solvencia del deudor al tiempo de la partición.

Responsabilidad por las deudas impagas luego de la partición: no debería llegarse a la etapa posterior a la partición con deudas impagas, excepto en los casos en los que hubiera deudas no exigibles, sujetas a plazo o condición.

Generalmente lo que se puede realizar es que se aparte un lote de bienes con la finalidad de cubrir esas deudas.

Ahora si no se crea ese lote o no alcanza para pagar las deudas, los cónyuges o herederos de los mismos responderán directamente frente al acreedor social. La única excepción sería que el

acreedor no se presentó en plazo a denunciar su crédito, en este caso pierde acción contra el cónyuge que no asumió la deuda. El acreedor podrá perseguir cualquiera de los bienes que componen su patrimonio. La situación de los cónyuges frente al acreedor no es sin embargo idéntica, en efecto mientras que el cónyuge que asumió personalmente la deuda responde ilimitadamente, con todo su patrimonio, el otro esposo puede limitar su responsabilidad esgrimiendo el beneficio de emolumento.

### **Beneficio de emolumento:**

Consiste en la facultad que se otorga al cónyuge que no contrajo personalmente obligación, de limitar su responsabilidad por las deudas sociales, hasta la concurrencia del total del valor de los bienes que le fueron adjudicados en la partición.

Este instituto puede operar tanto en las relaciones externas (cónyuges-acreedores), como en las relaciones internas (cónyuges entre ellos).

### **Caracteres:**

- a)** la limitación aludida es cuantitativa y no cualitativa, o sea, el límite no se relaciona con el origen de los bienes que existen en el patrimonio del cónyuge, sino con el monto de los valores que le fueron adjudicados en la partición.
- b)** el cónyuge que no contrajo personalmente la deuda responde hasta la concurrencia del total del valor de los bienes que le fueron adjudicados en la partición.
- c)** el cónyuge puede responder por el total de la deuda contraída por su esposo. El límite de la responsabilidad no lo señala el monto de la deuda, sino el valor de los bienes adjudicados. Fundamento del instituto: en principio este instituto se le concedía a la mujer por las deudas contraídas por su marido.

Condiciones del beneficio: puede ser opuesto por aquel cónyuge que no haya asumido personalmente la deuda social cuyo pago o contribución reclama.

Esta limitación puede operar en el plano de las relaciones externas como internas. Si estamos en el plano de relaciones externas el beneficio se opone al acreedor social a fin de limitar su responsabilidad en el pago de la deuda. En cambio si estamos frente a relaciones internas, se opone al esposo que contrajo la deuda, cuando este reclama la contribución luego de pagar al acreedor.

Quien alega el beneficio de emolumento deberá probar el exceso de la contribución que se exige. Quedan incluidos en el emolumento todos los bienes de la indivisión. Quedan excluidas las recompensas pagadas al cónyuge acreedor en la etapa de liquidación.

**SUBROGACIÓN**

1. Hay subrogación cuando la diferencia entre el bien que sale y el que entra es igual a 0, o menor o igual que la mitad del bien que entra.

2. No hay subrogación cuando la Diferencia es mas de la mitad del bien que entra.

3. Recompensa: Cuando hay subrogación la recompensa es igual a la diferencia entre el bien que sale y el que entra.

*Hay subrogación y la Recompensa la debe el cónyuge a la sociedad, cuando el bien que entra es mayor al que sale.*

*Hay subrogación y la Recompensa la debe la sociedad al cónyuge cuando el bien que entra es menor del que sale.*

*Cuando no hay subrogación, la Recompensa la debe siempre la sociedad y es igual al valor del bien que sale.*

Precio del bien que sale	Precio del bien que entra	Mitad de precio bien que entra	Diferencia	Subroga	Recompensa Debida
10.000	4000	2000	6000	NO	Sociedad a Cónyuge: 10000
12.000	18.000	9.000	6000	SI	Cónyuge a Sociedad: 6000
8000	18.000	9.000	10.000	NO	Sociedad a Cónyuge: 8.000
8.000	15.000	7.500	7000	SI	Cónyuge a Sociedad: 7000
8.000	14000	7000	6000	SI	Cónyuge a sociedad: 6000

20.000	10000	5000	10000	NO	Sociedad a cónyuge: 20000
20.000	13000	6500	7000	NO	Sociedad a cónyuge: 20000
20.000	14000	7000	6000	SI	sociedad a Cónyuge a: 6000
8.000	60000	30000	52000	NO	Sociedad a cónyuge: 8000
100.000	60000	30000	40000	NO	Sociedad a cónyuge: 100000
100.000	80000	40000	20000	SI	Cónyuge a sociedad: 20000
200.000	400000	200000	200000	SI	Cónyuge a sociedad: 200000
1.500.000	900.000	450.000	600.000	NO	Sociedad a cónyuge: 1.500.000

# DERECHO

# SUCESORIO

## DERECHO SUCESORIO, CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

### **CONCEPTOS:**

En sentido genérico se habla de sucesión toda vez que una persona sustituye o subroga a otra en determinada situación jurídica.

**Derecho sucesorio:** conjunto de normas jurídicas de derecho privado que rigen la sucesión por causa de muerte, esto es, la sustitución o subrogación de una persona (el fallecido, denominado causante) por otra u otras en el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de las que era titular a su fallecimiento.

Un tema importante que planteo el derecho sucesorio a lo largo del tiempo es, determinar quien o quienes están facultados para sustituir al causante. La doctrina señala que esto dependerá de diversas circunstancias histórico culturales, existiendo 2 grandes sistemas: a) germano y b) romano o de continuación de la personalidad del causante (lo veremos más adelante).

Atendiendo a la causa que produce el fenómeno de la sustitución de una persona por otra, podemos distinguir la sucesión por acto entre vivos y la sucesión mortis causa.

La primera es aquella cuya causa o título se encuentra en uno o más actos jurídicos celebrados durante la vida del sucedido y del sucesor.

La segunda es aquella que se verifica al subrogar una persona a otra por causa del fallecimiento del sucedido.

Atendiendo al objeto y forma como actúa la sucesión, puede hablarse de título singular o sucesión a título universal. Dependiendo si por la sucesión se transmite la totalidad o no del patrimonio.

### **Sucesión en la persona, sucesión en los bienes:**

- a) sistema germano: es el llamado sistema de sucesión en los bienes. Aquí se toma la muerte del causante como un dato de la realidad y se resuelve la necesidad de permanencia de los vínculos jurídicos, recurriendo a la liquidación judicial del pasivo, y sucesión de los herederos en el residuo activo.
- b) sistema romano: es el llamado sistema de la continuación de la persona. Conforme a este sistema las relaciones jurídicas del causante se mantendrán dentro de lo posible, inalteradas, al colocarse en su lugar el heredero. Las consecuencias de esta concepción son: el heredero responde por las deudas hereditarias, el heredero ocupa la posición jurídica del causante, pudiendo realizar lo que este podía y no pudiendo lo que este no podía.

### **Calidad de heredero, vocación hereditaria, derecho de aceptar o repudiar la herencia:**

Calidad de heredero y vocación hereditaria: la calidad de heredero tiene por fuente el testamento o la ley. La calidad de heredero antes del deceso del causante, no confiere ningún derecho actual, sino una mera expectativa. Deja de ser una mera expectativa, al momento en que el causante fallece. Aquí es que nace la vocación hereditaria, que consiste en el llamado efectivo a la sucesión a quienes tienen la calidad de herederos, llamado que se realiza a partir de la apertura legal de la sucesión.



A partir del momento en que la herencia se difiere al heredero, **este podrá aceptar o repudiar la herencia**. Este derecho o facultad de aceptar o repudiar la herencia no es transmisible por actos entre vivos, pero se transmite por causa de muerte Art. 1040 del CC.

Todo heredero es libre de aceptar o repudiar la herencia, pero carece de esta libertad el Estado cuando es llamado a heredar al difunto Art. 1034. El Estado debe aceptar y debe hacerlo siempre bajo beneficio de inventario Art. 1059 del CC.

Los derechos del coheredero a una cuota parte del acervo hereditario ingresan al patrimonio del heredero en forma definitiva mediante la aceptación.

**Dentro de los derechos que derivan de la vocación sucesoria de la ley, deben distinguirse 2 categorías:**

- a) los herederos forzosos o legitimarios: son los llamados por la ley a determinada herencia o cuota hereditaria, independientemente de la voluntad del testador y aún en contra de la voluntad expresa del referido testador.
- b) los herederos no forzosos: son aquellos que pueden ser privados de su vocación hereditaria por la libre voluntad del testador. Las disposiciones que regulan a los herederos no forzosos rigen siempre que no se contradigan con la voluntad del causante.

**Derecho o facultad de aceptar o repudiar:** Díez Picazo y Gullón señalan que se trata de un derecho subjetivo que engloba poderes concretos.

**Derecho a una cuota del patrimonio hereditario:** el coheredero aceptante tiene un derecho definitivo e irrevocable a recibir una cuota parte del patrimonio hereditario. Este es un derecho patrimonial, por tanto está en el comercio de los hombres (pudiendo ser transmisible y embargable).

**Concepto de heredero, diferencias con el legatario:** el heredero o sucesor a título universal es la persona física o jurídica que sucede al causante directamente tanto en el activo, o una cuota parte abstracta del mismo, como en el pasivo, o una cuota del mismo.

El legatario, no es un sucesor a título universal, sino un sucesor a título particular. Por tanto la gran diferencia es que el legatario adquiere exclusivamente aquellos bienes o derechos que le son atribuidos, mientras que el heredero sucede en todos los bienes del causante. El legatario no

sucede al causante en sus deudas, esto es no ingresa en la relación abligacional del causante en calidad deudor.

**Apertura legal de la sucesión, apertura judicial de la sucesión, apertura del testamento cerrado:** la primera ocurre cuando se da el fallecimiento del causante, produciéndose de pleno derecho, sin que se requiera la intervención judicial. Al ocurrir esto se llama a los herederos que estuvieran instituidos en el testamento, así como los llamados por ley. La apertura judicial de la sucesión resulta de la providencia de juez que entiende en el proceso sucesorio. Dicha providencia tan solo declara que se ha realizado la apertura legal de la sucesión. La apertura del testamento cerrado, presupone la existencia de un testamento cerrado (es aquel que reúne los requisitos del art. 801 CC) y seguir los procesos de apertura judicial de testamento cerrado regulados por los arts. 425 a 427 CGP.

**La "saisine", sucesión por le solo hecho de producirse la apertura legal de la sucesión: Art. 1039 del CC.**

La doctrina nacional ha sostenido clásicamente que esta disposición significa que desde el momento en que se verifica la apertura de la sucesión el heredero toma posesión de los bienes hereditarios y asimismo se produce el fenómeno sucesorio en el activo y pasivo de la sucesión. Según esta posición, la herencia se adquiriría y la sucesión en el pasivo se verificaría desde la apertura legal de la sucesión, sin perjuicio de la repudiación que libremente puede realizar el heredero y que en caso de producirse tiene eficacia retroactiva.

## **TESTAMENTO.**

**CONCEPTO:** acto jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo y solmene, esencialmente revocable, por el cual el testador dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte, sin perjuicio de poder contener asimismo disposiciones ajenas a lo patrimonial.

### **CARACTERES:**

**a) unilateral, unipersonal y no recepticio:** con respecto a los 2 primeros elementos son claros. La voluntad contenida en el testamento es no recepticia, lo que significa que despliega sus efectos una vez producida la muerte del causante, haciendo nacer en el heredero o

legatario el derecho a aceptar o repudiar la herencia o legado, independientemente del conocimiento o de la voluntad de la persona a quien el acto se dirige.

**b) puede ser otorgado por una persona física:** no existen testamentos de **las personas jurídicas por el simple hecho de que estas no mueren.**

**c) esencialmente revocable:** es un carácter esencial del mismo. Estaría impuesto por el art. 998 CC. Será nula la cláusula que impida al testador revocar el testamento. Este carácter se fundamenta en que el testamento siempre debe contener la última voluntad del testador.

**d) solemne:** este carácter busca que el testador actúe de forma reflexiva, madurando la voluntad que exterioriza. Las solemnidades en este caso se ven en elementos documentales y no documentales (por ejemplo la lectura del testamento).

**e) personalísimo:** no merece mucho comentario.

#### **Cláusulas especiales:**

**a) disposiciones captatorias:** estas disposiciones son aquellas que el testador asigne alguna parte de sus bienes a otro, a condición de que éste le deje por testamento parte de los suyos. Según el art. 783 CC estas cláusulas son nulas en nuestro derecho.

**b) interpretación legal de diversas cláusulas:** toda disposición testamentaria debe determinar con claridad la persona del beneficiario, quien debe ser una persona cierta y determinada o determinable de manera objetiva. De cualquier forma se podrá dejar la disposición "establecimiento de beneficencia", donde se deja el testamento a favor de una institución de beneficencia la cual será determinada por el Presidente de la República. O también a los "pobres", donde serán beneficiarios del testamento las personas pobres del domicilio del testador.

#### **Formas:**

**El testamento puede asumir las cuatro formas que vamos a ver ahora.** El único tipo de testamento que nuestro legislador no permitió, es el ológrafo. O sea, aquél que es otorgado de puño y letra por el testador en forma privada y sin intervención de un escribano ni testigos. En la Republica Argentina por ejemplo es valido el testamento ológrafo.

**Testamento menos solemne:** se trata de aquel testamento en el que no se han observado todas las formas requeridas por la ley en virtud de otorgarse en circunstancias especiales legalmente previstas. Así encontramos el testamento otorgado en el mar, el testamento otorgado en tiempos de guerra por militares, así como por prisioneros o rehenes; el otorgado en ciudad incomunicada por la peste o por cualquier otra enfermedad contagiosa, si en la misma no hay escribano, el otorgado por aquella persona que por efecto de un ataque o de un accidente repentino, se hallare en peligro de muerte o en el lugar en que no hubiere escribano. En todos estos casos se requiere existencia de testigos. Todos estos testamentos tienen en común que caducan si transcurrieran 180 días desde que cesó la causa que impide el otorgamiento de testamento solemne, sin haber sido solemnizado. Todo testamento es necesariamente escrito.

**Testamento solemne:** es aquél en el cual se observan todas las formalidades que la ley exige. Se requiere la intervención de escribano y puede ser abierto o cerrado.

**Testamento abierto:** los arts. 793, 794 y siguientes CC establecen las formalidades que deben ser cumplidas para otorgar estos. La omisión de las referidas formalidades la insanable nulidad del acto Art. 830 del CC. Como vemos la nulidad es absoluta. El testamento abierto, se instrumenta usualmente en el protocolo, del escribano en escritura pública.

El escribano tiene la carga de inscribir el testamento en el Registro de testamentos que lleva la Suprema Corte de Justicia.

**Testamento cerrado:** se trata de un testamento solemne en cuyo otorgamiento interviene preceptivamente el escribano (que puede saber o no el contenido del mismo), que debe ser otorgado en presencia de 5 testigos. También se caracteriza este testamento por los documentos que lo integran: el pliego que contiene las disposiciones de última voluntad del testador y la cubierta o sobrescrito que levanta el escribano envolviendo el referido pliego.

Los arts. 801 al 808 CC regulan este tipo de testamento.

Al ser cerrado este testamento, será necesario llevar adelante un procedimiento previo, denominado apertura judicial de testamento, regulado en el art. 425 del CGP. El Juez competente será el Juez de la Sucesión.

## **NULIDAD DE TESTAMENTO.**

En primer lugar podemos señalar que puede el testamento ser **nulo absolutamente** (el testamento nulo absolutamente, al igual que el contrato absolutamente nulo, puede ser declarado judicialmente a pedido de cualquier interesado, por el ministerio público y por el Juez de oficio, también es insubsanable) o **relativamente** ( Vaz Ferreira sostiene que en materia testamentaria no cabría distinguir nulidad relativa de inoponibilidad; Arezo en cambio sostiene que corresponde aplicar las normas que regulan la nulidad relativa, tanto en cuanto a la prescriptibilidad de la acción por parte del testador, como en lo referente a la posibilidad del testador de ejercer la acción) y en determinadas circunstancias puede llegar a ser inexistente (Testamento celebrado en una carta privada por ejemplo).

**Nulidad por vicio de forma:** en caso de que se omita alguna de las formalidades testamentarias señaladas en el capítulo anterior, el testamento será nulo absolutamente.

**Nulidad por incapacidad del testador:** más adelante señalaremos quienes son capaces e incapaces para otorgar por testamento. En caso de que el testamento sea otorgado por un incapaz para otorgar el mismo es nulo absolutamente en su totalidad. Además cabe agregar que la capacidad para testar no puede ser suplida por el instituto de la representación, ya que el testamento es un acto personalísimo y solemne y la ley exige que el testador actúe personalmente.

**Nulidad por vicios de la voluntad testamentaria:** analizaremos las situaciones que pueden darse.

### **Error nulidad relativa y parcial:**

**Errores de derecho:** deben ser corregidos mediante la búsqueda de la interpretación de la voluntad testamentaria (habrá de verse que es lo que efectivamente quiso el testador).Ejemplo: Si el testador dijera: "designo albacea al Dr. Z quien deberá administrar los bienes que por herencia reciba mi hijo durante la minoría de edad de este, quedando excluida de dicha administración mi ex cónyuge madre del menor", en este caso deberá interpretarse que independientemente de la expresión utilizada, lo que quiso el testador fue designar un curador de bienes para su hijo menor de edad.

**Error de Hecho:** Algunos artículos señalan ejemplos de error de hecho en el testamento.

**Por ejemplo**

- a) el **Art. 787 CC** (error en la designación de la persona del heredero o legatario o en el señalamiento de la cosa, en este caso según Arezo tendremos que ver si podemos rescatar la voluntad del testador, si por este medio no se puede subsanar el error, en ese caso la disposición es nula);
- b) **Art. 788**, regula el caso de falsedad de la causa o motivo, expresando que la misma es jurídicamente irrelevante, excepto si el testador enuncia dicho motivo en forma condicional o si resulta que se trata de un motivo claramente determinante y que el testado quiso hacer depender la eficacia de la disposición del motivo referido. En este caso debemos afirmar que la norma refiere al caso en que el testador padezca de un error, esto es incorrecta información, un dato que no es real. En tal caso la disposición será nula siempre que dicho dato incorrecto constituya el motivo determinante de su disposición.
- c) Otros ejemplos (ahora en legados) son los arts. 919, 920, 921 y 1004 CC.

**Violencia nulidad relativa total:** el **art. 789 CC** señala que será nulo en todas sus partes, el testamento que se hallare viciado de violencia en cualquier modo. Entiende la doctrina a que se aplica en este caso las dos modalidades de violencia (Física y Moral) además quien ejerciere violencia sobre el testador puede caer en indignidad.

**Dolo:** La mayoría de la doctrina entiende que el dolo principal vicia el testamento. Ahora existe discrepancia en cuanto si el dolo incidental vicia el testamento, Arezo entiende que solo el dolo principal vicia el testamento, así como solo el dolo principal vicia el contrato, señalando que la solución del dolo incidental no es aplicable al caso del testamento. En cambio Vaz Ferreira entiende que el dolo incidental vicia la disposición testamentaria, aplicando la analogía aplica normas que regulan a la violencia al acaso del dolo incidental. De cualquier forma la doctrina (no se ponen de acuerdo si el dolo principal vicia sólo la cláusula en que se incurrió en dolo o por el contrario, vicia todo el testamento. Vaz Ferreira entiende que sea anula solo la cláusula ya implicaría un desconocimiento de la verdadera voluntad del testador, dejar sin efecto las cláusulas por las cuales el dispuso libre. Arezo en cambio entiende que dado que el dolo vicia el

consentimiento y dado la falta de disposición que establezca la nulidad parcial como si existe como el caso del error, la nulidad afecta al testamento todo. Carozzi entiende que solo la cláusula afectada por el dolo sería nula, aplicando la solución que el código da para el error como vicio del testamento. Ahora entiende Carozzi citando a Irureta Goyena, que esta solución solo es aplicable en los casos en donde se puede determinar claramente cuál de las cláusulas fue arrancada con dolo.

## **INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO.**

Interpretación de los actos jurídicos: la interpretación de un negocio jurídico consiste en comprender el significado del mismo. Se busca determinar si existe discordancia entre la voluntad exteriorizada y la interna.

Como sabemos en doctrina prevalecen 2 teorías de la interpretación. La teoría de la voluntad real (donde prevalece la voluntad real por sobre la declarada) y la teoría de la declaración (donde prevalece la voluntad declarada).

**Caracteres del testamento:** en los actos de última voluntad (como el testamento) la doctrina señala que al momento de interpretar el testamento debe preferirse la voluntad real (desentrañar el verdadero significado del único otorgante del acto, que es el testador) Ferrer señala, la interpretación del testamento reconoce como presupuesto esencial, el respeto a la real voluntad del causante (testador).

### **Normas y principios que encaminan la interpretación testamentaria:**

Nuestro Código Civil carece de normas específicas, que regulen la interpretación del testamento, por tanto aplicando el Art. 16 del CC (analogía), aplicaremos a la interpretación del testamento, las normas que regulan la interpretación de los contratos, descartando la aplicación de aquellas normas que no se concilien con la especial naturaleza del testamento.

### **Limites en la indagación de la voluntad del testador:**

La doctrina señala que al momento de interpretar el testamento debe preferirse la voluntad real, ello no habilita a otorgar eficacia a meros propósitos del testador que no fueron recogidos en el testamento, ni siquiera en forma oscura o imperfecta. En síntesis el intérprete no puede suplir una disposición, forjando una cláusula testamentaria no escrita, aunque no quepa duda sobre cuál hubiera sido el tenor de la misma en caso de que el testador la hubiera formulado.

**¿Que voluntad interna del testador debe ser indagada?** La voluntad que se debe desentrañar es la que tenía el testador al momento del otorgamiento. Se llega a esta conclusión entendiendo que el testamento esta perfecto desde su otorgamiento por el testador.

**Interpretación complementaria o integración de la voluntad testamentaria:** la doctrina alemana se afilia a esta teoría, pregonando porque en caso de que cambien las circunstancias, después de perfecto el testamento, se pueden cambiar ciertas cláusulas que hagan aplicable el testamento y que cumplan lo que sería o querría la última voluntad del testador (que no pudo prever lo que iba a pasar). Por ejemplo, uno de los hechos más claros es la inflación en la economía.

Kipp señala que aquí lo que se investiga no es la voluntad real del testador, sino la voluntad presunta o hipotética.

Vaz Ferreira señala que en nuestro país esta teoría es inaplicable. Carozzi comparte con Vaz Ferreira la tesis negativa.

### **CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO.**

Capacidad para disponer por testamento: En este caso la capacidad es la regla, la lista de incapacidad esta en el Art.831 del Código Civil:

- 1- No pueden testar los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años, teniendo esta edad pueden testar libremente aunque se hallen bajo patria potestad ya que por ser un acto personalísimo es imposible la intervención de los padres como sucede por ejemplo, en las capitulaciones y en las donaciones por causa de matrimonio.
- 2- Por razones de demencia: Sea interdicción provisoria o definitiva y aunque tenga intervalos lucidos, independientemente de la privación de la razón.
- 3- Falta del libre uso de la razón: por demencia, ebriedad, etc. Sin estar en interdicción. El que impugna el testamento debe probar la falta de razón en el momento preciso que se otorgo, aunque después se decrete la interdicción igual debe probarse.
- 4- Imposibilidad de expresarse claramente de palabra o por escrito.

Este último numeral a traído problema interpretativos después de entrada en vigencia las leyes 17.378 y 17.535, que trajo modificaciones en cuanto a la capacidad para contratar del sordomudo, ya aunque el sordomudo no pueda darse entender por escrito, pero si por señas puede contratar.



Walter Pardías sostiene que la nueva lectura que hay que darle al numeral 4 del 831 después de la entrada en vigencia la ley 17.535, es la siguiente, que el sordomudo no pueda darse a entender por escrito pero si por señas puede testar. Fundamenta su interpretación aplicando el sistema lógico sistemático como forma de interpretación de las normas. No obstante las buenas intenciones y lo compatible de la posición de Pardías, la conclusión a llegar es otra, ya que la problemática no es vinculable a la capacidad si no a la forma que debe cumplir el testamento para el caso de quien vaya a testar sea un mudo (Art. 805) o sordo (Art. 797).

El sordomudo que no ha aprendido a hablar, y no sabe escribir no podrá cumplir con las formalidades del Art. 805 del CC.

**Consecuencias de la incapacidad del testador:** El testamento otorgado por un incapaz en

**De acuerdo al Art. 832:**

Art. 832º.- Es nulo el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas expresadas en el artículo precedente, aunque ella posteriormente deje de existir.

Por nulo total y absolutamente.

el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de dichas causas.

**CAPACIDAD PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO.**

Art. 834º.- Pueden adquirir por testamento todos los que la ley no declara incapaces o indignos. (Artículo 1617).

Art. 835º.- Son incapaces:

1º.- El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 216. Con la reforma introducida por el CNA que suprime el último inciso de le Art. 216 el cual daba una definición legal de viabilidad Posición de Carozzi Vaz Ferreira, según estos autores era viable quien nacía vivo y vivía 24 horas naturales (con la derogación del Art. 216 que definía la viabilidad se quedaron sin definición de la misma).

En cambio para los que entendían que para que se diera la viabilidad era necesario el plazo de 24 horas y la viabilidad biológica, con la derogación del inciso final del 216, entenderán que el plazo

de 24 horas no es necesario actualmente, subsistiendo si la necesidad de ser biológicamente idóneo para la vida.

2º.- Las asociaciones o corporaciones no permitidas por las leyes. (Artículo 21 inciso 2º).

**Incapacidades absolutas para recibir por testamento:** 1- el que no estuviera concebido al tiempo de abrirse (apertura legal "fecha de la muerte del causante) la sucesión o aunque concebido no naciera viable.

2- Las personas Jurídicas no permitidas: No pueden adquirir testamento las personas jurídicas no reconocidas, es decir que no tengan la personería jurídica en el momento de la apertura legal de la sucesión.

### **Incapacidades relativas para recibir por testamento:**

Art. 825º.- El testamento otorgado en el mar, no podrá contener disposición alguna en favor del comandante, capitán, oficiales o individuos de la tripulación, a no ser parientes del testador. (Artículo 840).

Art. 839º.- El eclesiástico que ha confesado al testador en su última enfermedad, no puede recibir cosa alguna a virtud del testamento que haya hecho durante esa enfermedad.

Esta prohibición alcanza a los parientes o afines del confesor, dentro del cuarto grado, a las personas que vivan en compañía del dicho confesor y a su iglesia, cabildo, comunidad o instituto. Exceptúase de las disposiciones precedentes el caso en que el confesor sea pariente o afín del testador dentro del cuarto grado.

840º.- No valdrá disposición alguna testamentaria en favor del Escribano que autorizare el testamento o de su cónyuge, de cualquiera de sus parientes o afines dentro del cuarto grado o de los dependientes asalariados de dicho Escribano. La misma prohibición se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos.

Art. 845º.- Para calificar la incapacidad o indignidad, se atenderá solamente al tiempo de la muerte de aquel a quien se trata de heredar. Si la institución o legado fueren condicionales, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

El heredero y el legatario que mueren antes de cumplirse la condición, aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno a sus herederos.

Es lo mismo del heredero o legatario que muere antes de la época de la viabilidad. (Número 1º artículo 835).

## **INDIGNIDAD.**

CONCEPTO: es una pena civil que se impone a los herederos, legatarios, al porcionero y al beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso, que incurran en alguna de las conductas taxativamente tipificadas y sancionadas por la ley. Dicha sanción implica la pérdida de los derechos sucesorios que le correspondían al indigno.

El fundamento de este instituto es triple: a) por un lado, dar lugar a la voluntad del ofendido, b) el interés público de sancionar conductas reprobables, c) el interés de quien resulta beneficiado por la indignidad.

Sujetos que pueden incurrir en indignidad: en determinados casos la ley exige que el heredero sea mayor de edad para ser declarado indigno.

Causales de indignidad de los arts. 842 y 843 CC: Nº 1 art. 842 CC: se requiere en este caso de que haya recaído sentencia contra el indigno por homicidio o tentativa de homicidio contra el causante, su cónyuge o contra los descendientes del mismo.

Nº 2 art. 842 CC: incurre en indignidad el heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del difunto, no la denuncia dentro de 60 días a la justicia cuando ésta no ha procedido de oficio sobre ella. Esta causal no se configura si los herederos hubieran sido los hermanos, descendientes y ascendientes del heredero.

Nº 3 art. 842 CC: el que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito capital. Esta causal estaría derogada por razones de que se derogó la pena de muerte.

Nº 4 art. 842 CC: el pariente que sabiendo ser heredero presuntivo del difunto y hallándose éste demente y abandonado, no cuida de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público. En estos casos sólo puede ser declarado indigno el pariente consanguíneo.

Nº 5 art. 842 CC: el que para heredar estorbó, por fuerza o fraude, que el heredero hiciera testamento o revocara el ya hecho o sustrajo éste o forzó al difunto a testar.

Pérdida de la legítima: todas las causales anteriormente señaladas según Vaz Ferreira provocan la pérdida de la legítima.

Causales del art. 843 CC: la causal de este artículo refiere al tutor testamentario y al albacea que se excusan de admitir el cargo, así como aquellos que habiéndolo aceptado sean posteriormente removidos por su actuación dolosa o culpable.

Causal de indignidad del art. 16 de la ley 17163: en aquellos casos donde se crean fundaciones creadas por testamento, incurre en causal de indignidad el designado gestor de la fundación que no realiza las gestiones para el reconocimiento de la fundación o que no custodia los bienes de la misma. Esta claro que esta indignidad se da si el gestor actúa con dolo o culpa.

La doctrina señala que esta indignidad alcanzaría a todos los herederos, ya sean forzosos o no.

Efectos de la declaración de indignidad: la sentencia que declara la indignidad es constitutiva ya que resuelve la aplicación de la pena, no obstante ello tiene eficacia retroactiva quedando el heredero obligado a restituir todos los bienes incluyendo los frutos que haya percibido y las accesiones.

Es importante tener en cuenta que transcurrido 10 años de estar en posesión de los bienes (por parte del supuesto indigno), no corresponde la declaración de indignidad, ya que la misma se purga.

Sujeto activo y pasivo de la acción: puede ser ejercida por quien es titular de un interés legítimo y directo. Pueden ser declarados indignos el heredero forzoso, el no forzoso y los legatarios.

## **ASIGNACIONES FORZOSAS.**

Nuestro derecho regula 4 tipos de asignaciones forzosas. Tres de ellas están reguladas en el art. 870 CC (asignaciones alimentarias forzosas, las legítimas y la porción conyugal). La cuarta asignación forzosa, serían los derechos reales de uso y habitación.

Este mismo artículo señala que las asignaciones forzosas, son aquellas que el causante está obligado a hacer, por imperio de la ley (aún contra la voluntad del causante).

## **LEGÍTIMAS Y ACCIONES QUE PROTEGEN LA LEGÍTIMA.**

**Concepto:** la legítima es un derecho hereditario que la ley otorga al legitimario o heredero forzoso, prescindiendo de la voluntad del causante y aun contra la voluntad de éste, excepto en el caso de que dicha voluntad conste en un testamento en el que, cumpliéndose todos los requisitos legales, se lo desherede.

**Los legitimarios, art. 885 CC y como concurren a la sucesión:** sólo son legitimarios, los herederos referidos en el art. 885 CC. Entre estos tenemos a los descendientes legítimos (legitimados por matrimonio o legitimados adoptivamente) y naturales (reconocidos o declarado tales por sentencia recaída en juicio ordinario de investigación de paternidad o de maternidad del código Civil y los declarados tales por el CNA Art. 197) no son legitimarios aquellos hijos naturales declarados tales de acuerdo al proceso sumario de investigación de paternidad del Código del Niño del 1934. También son legitimarios los demás descendientes (nietos, bisnietos, etc.), son herederos forzosos. Con respecto a los ascendientes, sólo son herederos forzosos los ascendientes legítimos.

### **Ahora debemos distinguir algunos conceptos.**

**Porción legitimaria** Art. 887 del CC: es la cuota hereditaria colectiva que corresponde a los herederos forzosos en su conjunto, considerados como unidad. Una vez calculada esta cuota colectiva podrá establecerse dentro de ella cual es la cuota hereditaria individual de cada legitimario (la legítima).

**La legítima:** es la cuota hereditaria individual que corresponde a cada heredero forzoso individualmente considerado.

### **Debemos distinguir la legítima rigurosa de la legítima efectiva.**

**Legítima rigurosa:** es aquella parte de la porción legitimaria que corresponde individualmente a cada legitimario.

**Legítima efectiva propia:** cuota hereditaria individual de cada legitimario formada por la legítima rigurosa en sentido estricto, más uno o más acrecimientos de los numerales 1 y 2 del art. 893 CC.

**Legítima efectiva impropia:** cuota hereditaria individual de cada legitimario formada por la legítima rigurosa, en sentido amplio más el acrecimiento que proviene de la porción disponible.

**Porción disponible:** cuota hereditaria que resulta de deducir del acervo líquido o imaginario en su caso, la porción legitimaria. Es aquella parte del patrimonio sucesorio de que puede disponer libremente el titular del mismo, se mediante donaciones o por testamento.

**Naturaleza jurídica de la legítima:** Vaz Ferreira señala que la legítima fuera de toda duda tienen naturaleza hereditaria, en consecuencia el legitimario es heredero, sucediendo como tal tanto en el activo como en el pasivo.

**Intangibilidad de la legítima, art. 894 CC:** este es un carácter de la legítima, que implica que el causante no puede de ninguna forma disponer de la legítima. Sólo puede el legitimario ser privado eficazmente de la legítima por voluntad del testador mediante la desheredación (instituto que veremos más adelante).

**Los caracteres de la intangibilidad son los siguientes:**

- a) la legítima no admite condicionamiento: no puede establecerse una condición para obtener el derecho a la legítima rigurosa o efectiva.
- b) no admite sustitución: por sustitución se entiende la disposición testamentaria de segundo grado prevista para el caso en que el primer instituido no pueda o no quiera suceder. En el caso de la legítima rigurosa y la efectiva, en caso de que no pueda concurrir el heredero forzoso, concurrirá sus descendientes y en caso de que estos no concurren, la las legítimas acrecerán a favor del otro heredero legítimo.
- c) no admite gravamen: no merece mucha explicación.

d) excepción legal de la intangibilidad de la legítima: dicha excepción puede verificarse en los casos en los que nace la asignación forzosa que se denomina derechos reales de habitación y uso. Esta asignación puede nacer vulnerando las legítimas, a favor del viudo o viuda cuyo matrimonio haya durado por lo menos 2 años (veremos este carácter más adelante).

**Acción de reforma de testamento:** está regulada por los arts. 1006, 890 y siguientes del CC. Es un instrumento legal del que puede valerse el heredero forzoso para proteger la legítima toda vez que ésta sea lesionada por un testamento.

El objeto es dejar sin efecto de forma parcial o total las cláusulas testamentarias que lesionen la legítima rigurosa o la efectiva.

Serán sujetos pasivos de esta acción aquellas personas que en principio se vieron beneficiadas por el testamento.

El plazo para ejercer esta acción es de 4 años, corriendo desde que el testamento es conocido por el heredero forzoso o desde que se vio lesionado. En caso de que los sujetos activos hayan sido menores de edad al momento de abrirse la sucesión, el plazo comienza a correr cuando los mismos cumplan 18 años.

Con respecto a la sentencia en el proceso de reforma de testamento, Vaz Ferreira señala que la misma tiene naturaleza no sólo de constatar la vulneración de la legítima, sino también de introducir nuevas modificaciones al testamento para impedir que se vulneren las legítimas.

**Acción de reducción de donaciones:** Concepto y naturaleza jurídica: acción que se concede al legitimario que ve vulnerada su legítima en virtud de donaciones celebradas por el causante durante su vida, que exceden de la porción disponible teórica (donaciones inoficiosa), esto es, de aquella porción que resulta de deducir del acervo imaginario, las donaciones celebradas a favor de extraños y de las efectuadas a los herederos forzosos con dispensa de colacionar.

Con respecto a su naturaleza, se entiende que esta acción busca la inoponibilidad y no la nulidad de estas donaciones. Las donaciones inoficiosas (donaciones que exceden la porción disponible) no son nulas sino que son inoponible al heredero forzoso cuya legítima resulta lesionada, quien tendrá derecho a reclamar al donatario una suma de dinero tendiente a hacer desaparecer la vulneración sufrida.

Sujeto activo, pasivo: el sujeto activo es el heredero forzoso aceptante ya sea que acepte pura y simplemente o bajo beneficio de inventario. El sujeto pasivo de esta acción es el donatario y el tercero adquirente y poseedor del inmueble donado caso específico del Art. 1112 del CC donatario insolvente.

Ahora en caso de insolvencia del donatario en los demás casos se aplica plenamente el Art. 1640. La donación al insolvente no se agrega al acervo imaginario, perjudicando tanto al legitimario como a los demás donatarios.

Importante el valor del bien donado deberá traducirse en UR.

El plazo para ejercer la acción es de 4 años desde la apertura de la sucesión.

### **Colación:**

Se colacionan las donaciones hechas por el causante a sus herederos forzosos. Solo colaciona los herederos forzosos y si hay un solo heredero forzoso no colaciona.

Las donaciones a los legitimarios pueden ser de tres tipos.

- 1- Simples o sin dispensas: Estas donaciones colacionan, es decir se suman a la AI y se imputan (se restan) de la legítima que corresponden al Heredero forzoso.
- 2- Las donaciones a título de legítima: siguen igual régimen que las simples o sin dispensa de colación, se suman a la Acervo imaginario y se imputan al final de la legítima que correspondió al heredero forzoso.
- 3- Las donaciones con dispensa de colación: se debe decir expresamente, se equipararan las de un extraño, por lo tanto se suman en el AI y se restan con las donaciones a extraños de la Parte de libre disposición, estas donaciones al igual de los extraños, pueden estar sujetas a reducción.

Cuando el Heredero deja de serlo, ya sea por indignidad desheredación o por repudio y no tienen quien lo represente, las donaciones siguen el siguiente régimen:



1-Las donaciones simples o sin dispensa, se convierten en una donación a un extraño, por lo tanto sigue el régimen de las donaciones a extraños. Se suman al Acervo imaginario y se restan de la PD.

2- Las donaciones con dispensa no se modifican, vaya o no el heredero forzoso, se saca de la PD.

3- La donación a título de legítima: cuando el legitimario no hereda por indignidad, repudio, desheredación o sobrevenido otro legitimario con mejor derecho, la donación se resuelve, esto es: se elimina la donación y se suma el bien al acervo bruto.

Cuando la donación se imputa a la legítima del heredero forzoso (simples y a título de legítima) y el heredero forzoso no va, esa donación se imputará a la de sus descendientes legítimos o naturales que viene en su representación.

Importante el cónyuge no colaciona.

### **Desheredación Art. 896 a 904:**

Es una disposición testamentaria por medio de la cual se priva al legitimario de su legítima. Debe estar contenida en un testamento válido y no revocado y cumplir con los requisitos del art. 897 y siguientes CC. Si el desheredado fuera un hijo u otro descendiente debe haber cumplido 18 años (lo que muestra la naturaleza sancionatoria del instituto).

### **Diferencia entre desheredación y Indignidad:**

- 1- La desheredación debe hacerse en testamento válido y no requiere para su eficacia sentencia judicial. La Indignidad no requiere disposición testamentaria pero siempre debe ser declarada en Juicio.
- 2- La desheredación se funda en la voluntad del causante expresamente manifestada; la indignidad se basa en la voluntad presunta.
- 3- La desheredación solo alcanza a los forzosos; la indignidad alcanza a los herederos forzosos a los testamentarios, a los de la sucesión intestada, a los legatarios y al cónyuge.
- 4- En la desheredación el heredero queda excluido de la sucesión desde la apertura misma, pero puede impugnar la desheredación mediante acción de reforma de testamento; en la

indignidad el heredero hereda y solo es excluido después de haberse obtenido una sentencia declaratoria de indignidad iniciada por los interesados.

5- Las causas de desheredación son más amplias que las de indignidad.

### **Las causales para la desheredación son taxativas.**

Art. 899º.- Todas las causas de indignidad para suceder (artículo 842) lo son también respectivamente de desheredación.

Art. 900º.- Son además justas causas de desheredación de los hijos y descendientes: 1º.- Haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente que le deshereda.

2º.- Haberle negado los alimentos, sin motivo legítimo. 3º.- DEROGADO por Ley 16.603, de 19.10.94.

4º.- Haber sido declarado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, culpable de un delito y condenado como tal a la pena de cinco años de penitenciaría o a otra pena de mayor gravedad.

Art. 901º.- El padre y la madre pueden ser desheredados por sus hijos: 1º.- Cuando han perdido la patria potestad, con arreglo a este Código.

(Artículos 284 y siguientes). 2º.- Cuando les negaren los alimentos, sin motivo legítimo. 3º.- Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o ésta contra la de aquél y no hubo reconciliación entre los mismos. Las disposiciones de este artículo se aplican también a los otros ascendientes legítimos

### **Requisitos para Desheredación:**

Art. 897º.- Para que valga la desheredación se requiere: 1º.- Que se haga en testamento válido.

2º.- Que sea hecha pura y simplemente y del total de la legítima. 3º.- Que se designe al desheredado por su nombre y se exprese clara y específicamente la causa de la desheredación.

4º.- Si el desheredado es un hijo o descendiente, se requiere, además, que haya cumplido dieciocho años.

Art. 898º.- La causa en que se funda la desheredación deberá ser alguna de las señaladas expresamente en la ley y probarse, además, por las personas a quienes interesare la desheredación, si no se hubiese probado judicialmente en vida del testador.

**Efectos de la Desheredación:** Priva al heredero forzoso de lo que legalmente le hubiese correspondido por legítima rigurosa o efectiva así como de las donaciones hechas a título de legítima. La desheredación aprovecha a quienes ven acrecentada su parte por representación o acrecimiento.

Los efectos de la desheredación no se extienden a los alimentos debidos por la ley, ni congruos ni necesarios a pesar de lo que establece el Art. 903. Los descendientes del desheredado ocupan su lugar y por lo tanto reciben por representación lo que correspondía al desheredado.

Art. 904°.- La desheredación podrá revocarse como las otras disposiciones testamentarias; pero no se entenderá revocada tácitamente por haber intervenido reconciliación; ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarla.

- La revocación de la desheredación debe ser expresa y por testamento (art. 999). Véanse los arts. 998 a 1005 (revocación del testamento) y 1006 a 1010 (reforma del testamento).

## **ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS:**

Cuando muere el alimentante la obligación alimentaria legal se transforma en asignaciones alimenticias forzosa y por lo tanto en deuda hereditaria que grava el patrimonio hereditario. Solamente constituyen asignación forzosa aquellos alimentos que provienen de la ley.

A efectos de que la asignación alimenticia forzosa grave la masa sucesoria, el crédito de alimentos debía existir ya en vida del causante. Por lo tanto, con anterioridad a la apertura de la sucesión debió existir además del título que justifica el derecho de alimentos, la necesidad o indigencia del acreedor y la posibilidad del deudor de alimentos.

A efectos de que el acreedor de alimentos se convierta en un asignatario forzoso de alimentos, la indigencia que determinó la exigibilidad de dicha obligación debe mantenerse después de verificada la apertura de la sucesión y asimismo es necesario que no se extinga por confusión.

- La obligación alimentaria se regula por diversos artículos: 116 a 126, 176, 183, 250 No. 2, 279. La obligación alimentaria a niños y adolescentes se rige por los arts. 45 a 64 CNA. El Art. 56 No. 3 de este último establece que la obligación de alimentos se extingue en caso de fallecimiento del alimentante sin perjuicio de la asignación forzosa que grava la masa de la herencia.

Según el Art. 903, los efectos de la desheredación no se extienden a los alimentos necesarios y debidos por la ley.

Art. 872°.- Los asignatarios de alimentos no están obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que graven el patrimonio del difunto, pero podrán rebajarse los alimentos futuros que aparezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

Los casos en que esta asignación tienen real importancia practica, son aquellos en los que el acreedor de alimentos carece de derechos sucesorios de origen legal. Tal es el caso de la excónyuge por su derecho de percibir alimentos congruos, el excónyuge de cualquier sexo por sus alimentos necesarios, el ex concubino por su derecho de alimentos Art. 3, 18.246 y el hijo declarado tal en juicio sumario de investigación de paternidad del Código del Niño.

Puntualización: Ej. No se requiere por ejemplo que el hermano estuviera sirviendo alimentos a su hermano, sino que este se encontrara en la situación exigida por el Art. 120 del CC (y no tuviera otros familiares en condiciones de alimentarlo) y que la situación se mantenga aun después de la muerte, para que el crédito alimentario constituyera una asignación forzosa. Que determinara en UR que gravara la masa.

La forma de satisfacer los créditos alimentarios puede ser variable: o se fija un monto total durante la vida probable del acreedor y se lo desinteresa pagándole un monto, o se afecta un capital para pagarle periódicamente con los intereses la pensión alimenticia.

El crédito alimentario es una deuda hereditaria Art. 1043 del CC. Al ser una deuda hereditaria, la obligación se divide ipso jure entre todos los coherederos como dice el Art. 1168.

Se discute en doctrina, si las donaciones hechas por el causante en vida deberían o no tenerse en cuenta en el caso de asignaciones forzosas alimentarias, para que el beneficiario no se vea perjudicado por estas donaciones que pudieron haber reducido el patrimonio de forma tal que el alimentado puede verse altamente perjudicado, (recordar la asignación alimentaria en cuanto a su monto va a depender de la fuerza que tenga el patrimonio del causante), **Vaz Ferreira** entiende que aunque en este ámbito no exista una norma como la que beneficia a los legítimario, (en donde se suman al acervo líquido las donaciones, para así después calcular la porción legítimaria Art. 889 del CC) deberían de tenerse en cuenta aquellas donaciones que fueron hechas después de que la obligación alimentaria nació de acuerdo a ley, ya que estamos frente a una asignación forzosa ( Ej. indigencia del hermano sin que otra persona pueda brindarle alimentos).

## **PORCIÓN CONYUGAL**

Concepto: se trata de una de las cuatro asignaciones forzosas previstas en nuestro ordenamiento jurídico, siendo un instituto sucesorio que contempla y beneficia al cónyuge sobreviviente

(cualquiera sea su sexo), siempre que se verifiquen determinadas condiciones personales y patrimoniales.

Beneficiario: el mismo es el viudo o viuda que carece de lo necesario para su congrua sustentación, no gozando de este beneficio quien se divorció del causante.

Si hubo separación de cuerpos y el cónyuge sobreviviente fue considerado por el Juez culpable de la misma, no tiene derecho a la porción conyugal en caso contrario si tiene derecho a porción conyugal.

Puede aspirar a cobrar la porción conyugal aquel cónyuge que aún teniendo un buen patrimonio, el mismo no supere el valor de la porción conyugal teórica o íntegra (los arts. 878 y 879 CC, proporcionan el criterio matemático para determinar si el cónyuge tiene derecho a la porción conyugal).

En base a estos artículos es que la doctrina habla de:

Porción conyugal teórica o íntegra: aquella cuota de bienes que correspondería a un viudo cuyo patrimonio líquido fuera igual a cero. Es íntegra ya que es aquella porción conyugal a la cual no se le han efectuado deducciones.

Porción conyugal complementaria o efectiva: aquella cuota de bienes sucesorios que tiene derecho a recibir un viudo concreto en una sucesión determinada. Se la denomina complementaria ya que resulta de deducir de la porción conyugal íntegra los bienes que integran el patrimonio líquido del cónyuge sobreviviente y de la imputación de los beneficiarios sucesorios.

### **Calculo de la Porción Conyugal:**

- a-** Calculo de la porción Conyugal en el primer orden de llamamiento: Art. 881 inciso 2 y 887 inciso 1.
- b-** Calculo de la porción conyugal en el segundo orden y restantes órdenes de llamamiento. Art. 881 inciso 1 y Art. 1043.
- c-** Calculo en segundo orden de llamamiento y restantes ordenes en caso de haber existido donaciones. Irureta Goyena y Cestau sostuvieron que la porción conyugal en el segundo orden de llamamiento debía ser calculada en todos los casos (aun en aquellas sucesiones en las que causante hubiera celebrado donaciones) sobre el tercer acervo semi liquido. Según estos autores no se debería formar el acervo

imaginario. Vaz Ferreira compartida por Carozzi, en cambio sostiene que el cónyuge no puede verse perjudicado por la donaciones hechas por el causante en vida por lo tanto las mismas deberán ser sumadas al tercer acervo semi liquido ya sea que sea hayan realizado antes del matrimonio o durante el matrimonio para en forma posterior calcular la porción conyugal. Arezo comparte la posición de Vaz Ferreira en que deben sumarse las donaciones hechas por el causante, pero con el límite de que solo se sumen las donaciones hechas durante el matrimonio.

**Responsabilidad del porcionero, art. 883 CC:** el porcionero responde como un legatario, esto es en forma subsidiaria y limitada. Nos remitimos entonces a los arts. 1175 y 1178 CC. En los casos en que surge la responsabilidad del legatario, nos hallamos antes un caso de responsabilidad sin deuda, ya que el legatario como se expresó, no subroga al causante en la posición jurídica pasiva que éste tenía en diversas relaciones jurídica al fallecer.

**Naturaleza jurídica de la porción conyugal: 3 posiciones:**

a) porción conyugal como crédito de alimentos: sostenida por Irureta Goyena, consiste en asignar a la porción conyugal la naturaleza de un crédito de alimentos, sujeto como tal al estatuto legal de los derechos de alimentos.

Las consecuencias de esta posición son: a) el derecho del porcionero es indisponible, inembargable y no puede ser objeto de transacción, b) se satisface mediante la entrega de dinero, c) la indignidad no alcanzaría al instituto de la porción conyugal.

b) porción conyugal como cuota hereditaria: posición que se funda en la interpretación literal de ciertos textos legales. Esta posición es rechazada en nuestro derecho.

c) porción conyugal como legado legal: posición seguida por Vaz Ferreira y la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Este autor señala que la calidad de heredero del porcionero queda necesariamente excluida desde el momento en que la ley excluye su calidad de sucesor en el pasivo, asimilando la responsabilidad del porcionero a la del legatario.

Las consecuencias de esta posición son: a) el porcionero tiene derecho a ver satisfecho su crédito con bienes hereditarios, b) el negocio mediante el cual se realiza es el pago, c) si el porcionero incurre en indignidad, perderá su derecho a la porción, d) este es un derecho disponible,

renunciable, puede ser objeto de transacción, se transmite por causa de muerte y puede ser embargado.

**Abandono de la porción conyugal, art. 880 CC:** derecho potestativo que la ley concede al cónyuge a efectos de que opte por abandonar bienes y reclamar de los herederos el pago de la porción conyugal íntegra, si considera que dicha opción lo beneficia, en lugar de conservar sus bienes reclamando la porción conyugal complementaria si correspondiera, o viéndose impedido de reclamar esta asignación forzosa si su patrimonio líquido superara la porción conyugal teórica.

**Posibilidad de acumular la porción conyugal y la porción disponible, art. 882 CC:** la posición mayoritaria del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, era contraria a la acumulación. Vaz Ferreira se afilia a la tesis que admite la acumulación de la porción disponible y de la porción conyugal en caso de existir una voluntad testamentaria que claramente así lo disponga. En caso contrario no procede la acumulación de la porción disponible y de la porción conyugal, y por tanto la porción disponible se deberá imputar a la porción conyugal. Ejemplo donde opera la acumulación: I.U.H a mi cónyuge P en la porción disponible, permitiéndole acumular dicha cuota hereditaria a la porción conyugal.

Ejemplo donde no opera la acumulación: I.U.H a mi cónyuge en la porción disponible.

## **DERECHOS REALES DE HABITACIÓN Y DE USO (Ley 16081).**

El instituto fue incorporado por la ley 16081 en octubre de 1989, rigiendo para las sucesiones cuya apertura legal, comenzara a regir a partir de la vigencia de esta ley.

Conforme a esta ley, los derechos reales de habitación y uso, pueden nacer a efectos de beneficiar al viudo o viuda joven, independientemente de su situación económica y patrimonial, en tanto que éste no tenga en su patrimonio un inmueble apto para vivienda de similares características al que tenía cuando vivía en el hogar conyugal. Estos derechos son vitalicios y gratuitos.

Concepto: se trata de una asignación forzosa que nace a favor del viudo o viuda que reúna los requisitos personales y patrimoniales previstos por la ley, asignación que tiene por objeto dos derechos reales menores de goce (el de habitación y el de uso), gratuitos y vitalicios.

Naturaleza jurídica: nuestro legislador expresamente en el art. 881 nº 9 CC establece de que se trata de un legado legal.

Presupuestos para el nacimiento de estos derechos: Referidos al beneficiario: el mismo debe ser viudo o viuda (por tanto no es beneficiario el ex cónyuge). Esta asignación también puede recaer sobre el cónyuge separado de cuerpo, no culpable de la separación y corroborarse que el inmueble alguna vez correspondió al hogar conyugal. Lo mismo ocurre con la separación de hecho. Si el cónyuge viudo no fue culpable de la misma puede ser beneficiario de estos derechos.

También dentro de estos presupuestos se exige una mínima duración del matrimonio: a) la regla general es que el matrimonio dure 30 días o en concubinato 180 días.

Dentro de los requisitos patrimoniales exigidos, se entiende que el cónyuge viudo no puede tener en su patrimonio un inmueble apto para vivienda similar a aquel que constituyó en algún momento el hogar conyugal. Es importante aclarar que cuando el Código habla de "tener un inmueble" se refiere a la situación donde el cónyuge viudo es propietario de un inmueble o tiene un derecho real de goce que le permita satisfacer sus necesidades de vivienda.

También es necesario aclarar que cuando se habla de "inmueble apto para vivienda" se refiere a que en el mismo no haya un local comercial, o que sea un inmueble baldío, o que la finca esté ruinoso.

Finalmente, con respecto al carácter de la "similitud entre el inmueble y el hogar conyugal" es necesario que esta similitud o disimilitud la aprecie el Juez en el proceso sucesorio.

Referidos al patrimonio sucesorio: un presupuesto lógico es que una vez pagadas las deudas sucesorias, quedara en el patrimonio un inmueble. También y congruentemente con los presupuestos anteriores se requiere que el inmueble haya sido destinado a vivienda y hubiera constituido hogar conyugal.

También se requiere que el inmueble se propio del causante, o bien ganancial o común del matrimonio integrado por el causante y el cónyuge supérstite. Queda excluido el inmueble en este caso siempre que el mismo haya estado en condominio contractual entre el causante y terceras personas.



Tasación de estos derechos reales: el valor de los derechos reales de habitación y uso es de fundamental interés, no sólo a fin de saber de qué manera incidirá sobre los herederos o legatarios y de qué forma deberá hacerse la imputación, sino incluso en determinados casos, a efectos de determinar si estos derechos nacen o no.

Vaz Ferreira entiende que el valor del derecho real de habitación se puede establecer capitalizando la renta que el inmueble gravado podría producir durante el tipo de duración probable de la vida del titular. A efectos de establecerse la vida probable deberá tenerse en cuenta no sólo la edad, sino la salud del beneficiario.

Imputación, art. 881.4 CC: este artículo dispone que los derechos reales de habitación y de uso se imputarán a la porción disponible; en el supuesto que ésta no fuere suficiente, por el remanente se imputarán a la porción conyugal y en último término, a la porción legitimaria, requiriéndose en el caso que el matrimonio haya terminado una duración mínima de 2 años, o haya sido precedido de un concubinato público de igual duración.

O sea, una vez fijado judicialmente el valor de estos derechos reales, deberá procederse a la imputación teórica de dichos derechos.

Derecho de uso: este derecho recae sobre los muebles que alhajaban el hogar conyugal. Este derecho es accesorio al de habitación, por tanto subsiste si aquel lo hace y es vitalicio.

Extinción de los derechos reales, Nº 3 del art. 881 y 542 CC: causales especiales de pérdida de los derechos reales de habitación y uso, art. 881.3 CC: estos derechos se extinguen si el beneficiario, contrajera nuevo matrimonio o si viviera en concubinato. Desde el punto de vista patrimonial tenemos otra causal. Cuando el cónyuge beneficiario adquiere un inmueble apto para vivienda y similar al hogar conyugal.

Causales generales de pérdida del derecho real de habitación y de uso (arts. 542 y 537 CC): leer los artículos del Código.

Responsabilidad del beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso, 881.9 CC: como ya dijimos la responsabilidad del beneficiario de estos derechos reales, es la misma que la del legatario legal y tiene la responsabilidad de tal. Por tanto está regulado en los arts. 1178 y 1175 CC.

Derecho de conmutación, Inc. 2º del Art. 881.1 CC: este inciso debe ser interpretado en armonía con el inciso anterior de manera de llegar a una solución coherente.

Por tanto, toda vez que conforme al inciso 1º del Art. 881.1 CC se reúnan los requisitos legales que determinan el nacimiento del derecho real de habitación (toda vez que el valor del inmueble conyugal, no supere el valor del acervo líquido), el viudo podrá optar por reclamar a los herederos que le proporcionen otro inmueble sucesorio, a efectos de satisfacer en él su necesidad de vivienda, quedando liberado del gravamen aquel bien que constituyó el hogar conyugal. La idea de este artículo poco claro, es que el cónyuge pueda “cambiar” el inmueble que le tocaría (por ejemplo por tener altos costos de mantenimiento), por otro inmueble, que le permita afrontar los gastos.

## **Institución Heredero y de Legatario en el Testamento**

### **Heredero:**

El Art. 780, dice que el testador puede disponer a título universal o de herencia, y a título particular o de legado.

Se puede sostener que cuando una persona quiere disponer de sus bienes para después de su muerte recurriendo a ello al testamento, debe recurrir a la Institución de heredero o de legado.

**Puntualizaciones de mucha Importancia:** El heredero ya sea llamado por ley o llamado por testamento adquiere la propiedad y la posesión de la herencia, de pleno derecho, a la muerte del causante o por la presunción de la muerte causada por la ausencia, como surge de los arts. 1039 y 1037 del CC, y esta obligado a pagar las deudas y cargas hereditaria a proporción de su haber hereditario incluso con sus bienes propios si acepta pura y simplemente la herencia Art. 1069. Podemos afirmar que en términos generales se puede aceptar que el testador que no tiene legitimarios tiene libertad para disponer de todo o parte de sus bienes a título universal o de herencia y a título particular o de legado como surge del los arts. 853 Y 780 del CC, con las ya mencionadas consecuencias si se trata de la institución de heredero, y tratándose de legatario con la consecuencia de ser responsable solo subsidiariamente de las obligaciones del causante y a prorrata del valor de los respectivos legados, confiriéndole la calidad de legatario un derecho de crédito frente al heredero (salvo el legado de cosa cierta Art. 937, en que el legatario adquiere la propiedad directamente).

## **Legado:**

Es una disposición testamentaria mediante la cual se le deja a una persona toda o parte de la herencia a título particular. La responsabilidad de los legatarios es limitada, responde hasta lo que le corresponda por herencia.

El legatario puede ser sustituido de acuerdo a las reglas de la sustitución que veremos mas adelante.

El legado de cosa ajena es nulo. Art. 908º.- Cuando el testador haya legado alguna especie ajena, será nulo el legado, supiese o no el testador que no le pertenecía.

El testador es el legante y quien recibe a título de legado se llama legatario.

El testador puede disponer a título universal o de herencia y a título particular o legado (arts. 780, 853, 854 y 857).

El legatario no es heredero, adquiere en; calidad de tercero. El Art. 1580 considera terceros, y no herederos, a los sucesores por título singular.

También lo hace el Art. 1102, al prever que lo legado al heredero forzoso se imputa a la parte de libre disposición; si el testador no dispusiere expresamente lo contrario.

A diferencia de la herencia, que supone dos sujetos (difunto y heredero), el legado implica a tres sujetos (el causante o testador o legante, el legatario y quien debe cumplir el legado). El sujeto que debe pagar el legado puede ser heredero, legatario o albacea. De acuerdo con el Art. 1175, el legatario tiene responsabilidad limitada (Inc. 1) y subsidiaria (Inc. 2) por las deudas hereditarias.

En cambio, el heredero responde, en principio, ilimitada y directamente por todo el pasivo de la herencia (Art. 1039).

En el legado puro y simple, el legatario adquiere el derecho de pedir su cumplimiento desde la muerte del testador (Art. 936). Sólo en el legado de especie cierta (Art. 937), el legatario adquiere la propiedad desde el deceso. La posesión debe pedirla siempre (Art. 938). Por su parte, el heredero adquiere la propiedad y la posesión desde la apertura legal de la sucesión, es decir, desde el fallecimiento del causante (arts. 1037 y 1039). Puede pedir la posesión interina de los

bienes del ausente comprendidos en el legado (Art. 61) y, cumplidos los plazos exigidos, la posesión definitiva de ellos (Art. 68).

No vale el legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo.

Reducción de los legados en caso de que estos sobrepasaren la parte de libre disposición Art. 890.

Aceptación del legado: En principio debe entenderse que el legado debe ser aceptado y no puede ser impuesto al legatario aunque no hay norma que así lo reconozca expresamente.

## **ALBACEA:**

Es una deposición testamentaria por la cual se designa a una persona que se va a encargar de hacer cumplir las deposiciones testamentaria.

Es un cargo remunerado y la ley regula como se debe cumplir.

Es posible designar más de un albacea. El cargo es indelegable e intransferible.

### **Funciones del albacea:**

- Está encargado de custodiar los bienes, debe velar por la seguridad de los bienes mientras no hay un inventario solemne.
- Dar noticia de la apertura de la sucesión.
- Pago de las deudas que ya sean exigibles y además debe dejar lo correspondiente para pagar las deudas que se hagan exigibles en forma posterior.
- Pagar los legados.

El albacea puede tener o no la tenencia de los bienes, esto depende de la voluntad del testador.

Retribución: La fija el testador en el caso de que no este establecido la fijara el juez

El albacea puede ser nombrado bajo plazo o condición, si no se fija plazo, será de un año, que podrá ser ampliado por el juez en el caso de que la herencia presente dificultad.

## **SUCESIÓN INTESADA.**

**Concepto:** es aquella que se verifica en los casos en los que la sucesión del causante queda regida por las disposiciones legales, sin que exista un testamento válido y eficaz que establezca una asignación a título universal.

Esto puede ocurrir porque el testador nunca otorgó testamento, o porque lo otorgó y el mismo no era válido, por ser un testamento menos solemne, etc.

**Sucesión mixta. Concepto. Interpretación y alcance de los arts. 1033 y 1102 CC:** para el Código sólo hay sucesión mixta (parte testada y parte intestada) en los casos en que existan asignaciones testamentarias a título universal, entendiéndose que existiendo tan sólo legados, la sucesión es intestada, sin perjuicio de la necesidad de detraer ciertos bienes de la herencia.

## **Orden de llamamiento.**

**Orden de llamamiento:** se enviden el grupo de herederos ordenados jerárquicamente por el legislador para ser llamados a recoger la herencia, de manera tal que no corresponde pasar al orden siguiente, sin que todos los integrantes del orden anterior hayan sido excluidos por no poder o por no querer suceder.

**Clase:** se denomina así a una subdivisión que puede efectuar la ley dentro de los órdenes de llamamiento, cuya relevancia consiste en primer lugar, en la incidencia que la misma tiene al determinarse la manera como se procederá a la división de la herencia y en segundo lugar por cuanto la clase fija el ámbito dentro del cual opera el acrecimiento. La clase puede estar compuesta por una o varias personas.

## **ÓRDENES DE LLAMAMIENTO.**

Ley 15855 de marzo de 1987: esta ley estableció a partir de su vigencia un único orden de llamamiento, cualquiera sea la filiación del causante. Esta ley también estableció expresamente su irretroactividad.

Ahora analizaremos cada uno de los órdenes de llamamiento.

**Primer orden de llamamiento:** descendientes: los descendientes del causante son los únicos herederos que integran en primer orden de llamamiento. Los nietos, bisnietos y demás descendientes son llamados a la sucesión intestada exclusivamente en caso de que opere el instituto de representación. Si estos descendientes no quieren concurrir a la sucesión, la cuota

hereditaria que a estos le hubiera correspondido, acrecerá dentro de la estirpe a favor de sus hermanos.

**A quienes incluye este orden:** Hijos legítimos (matrimoniales), hijos naturales (extramatrimoniales) reconocidos voluntariamente o forzosamente de acuerdo al procedimiento del CNA de investigación de paternidad o maternidad Art. 197 o aquellos emplazados en la calidad de hijo natural de acuerdo al procedimiento de investigación de paternidad del Código Civil, **no entran en este orden los hijos emplazados en calidad de hijos naturales de acuerdo al procedimiento sumario del viejo código del niño (en este caso no se generaban derechos hereditarios, si derecho a alimentos y derecho al apellido);** hijos legitimados adoptivamente (sistema anterior a ley 18590), hijos adoptados por matrimonio o por concubinos o por personas solas de acuerdo a la ley 18.590 adopción plena.

**Segundo orden:** cónyuge y ascendientes mas próximos (padres, abuelos en caso de que los padres hubieren fallecido etc),: aquí los herederos llamados forman 2 clases distintas. Una clase son los ascendientes a quienes corresponde la mitad de la sucesión y la otra es el cónyuge supérstite.

El art. 1026 CC establece que la herencia se dividirá en mitades entre las 2 clases.

- Constituye el segundo orden de llamamiento, compuesto de dos clases: los ascendientes y el cónyuge supérstite.

La herencia se divide por partes iguales entre ambas y, si falta una, la otra hereda la totalidad. El reconocimiento del ascendiente debe ser anterior al fallecimiento del causante. Si cuando muere no ha sido reconocido, hereda sólo el cónyuge. Véase El art. 11 incs. 1 y 2 L. 18.246, de unión concubinaria, de 27/12/2007, señala: Disuelto el concubinato por fallecimiento de uno de sus integrantes, el concubino sobreviviente tendrá los derechos sucesorios que el artículo 1026 del Código Civil consagra para el cónyuge. (inc. 1). Existiendo cónyuge supérstite, concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia; (inc. 2). Refiere al concubinato definido por el Art. 3 de; la mencionada ley.

**Cabe puntualizar que el cónyuge en este orden de llamamiento, puede optar entre ir como heredero (Art. 1026) o porcionero (Art. 881 inciso 1 y Art. 1043). ya sea que concorra con concubino o no.**

**Tercer orden:** hermanos e hijos adoptivos (**ADOPCION SIMPLE, NO ADOPCION PLENA LEY 18590**: a falta de los integrantes de los dos primeros órdenes se llama, a los hermanos del causante integrando una clase y a los hijos adoptivos del mismo, integrando la otra clase. Concurriendo ambas clases, la herencia se divide en mitades.

Los hermanos son llamados y en igualdad de condiciones así sean legítimos o naturales. La única diferencia entre los hermanos es si son de simple o doble vínculo. Si son de simple vínculo, el hermano (o medio hermano) cobra la mitad de lo que cobra un hermano de doble vínculo.

Los sobrinos pueden llegar a concurrir a este tercer orden, por derecho de representación, siempre que el hermano no quiera o no pueda suceder.

**Cuarto orden:** cuando falten los 3 órdenes anteriores, lo sucederán los padres adoptantes (**de adopción simple NO ADOPCION PLENA LEY 18590**).

**Quinto y sexto orden:** en estos órdenes la ley llama a los colaterales legítimos o naturales del difunto. En este caso, tenemos a los sobrinos y los tíos del causante. La regla general es que el colateral más próximo excluye al más remoto.

**Séptimo orden:** Estado: faltando todos los órdenes anteriores, hereda el Estado. También está destinado a heredar el Estado cuando el causante haya otorgado testamento sin institución de heredero.

La doctrina extranjera reserva la denominación herencia yacente para el período dentro del cual se conservan esperanzas respecto de la aparición de herederos integrantes de cualquiera de los órdenes de llamamiento.

El art. 1072 CC establece que la herencia se reputa yacente cuando no hay herederos conocidos o cuando éstos han repudiado la herencia. El art. 428 CGP dispone que se declarara yacente una herencia cuando no existiere testamento, ni concurrieren a heredar al causante personas que se hallaren dentro del orden legal de llamamiento.

Los bienes adquiridos por el Estado en este caso, los adquiere el Fisco distribuyéndolos en la enseñanza pública.

Caracteres del Estado como heredero: a) heredero necesario: ya que debe aceptar y además porque es el único heredero, al no haberse presentado ninguno de los integrantes de los 6 órdenes anteriores.

b) heredero que no puede ser excluido: por lo señalado en el punto a.

c) heredero irregular: ya que el Estado no sucede en forma directa e inmediata al causante en la posesión de los bienes, debiéndole pedir esta posesión al Juez.

## **INSTITUTOS GENERADORES DE VOCACIÓN SUCESORIA.**

Un heredero puede ser llamado a la sucesión testada por derecho propio, por transmisión, por sustitución, o por acrecimiento.

A su vez en la sucesión intestada, el heredero podrá ser llamado a suceder por derecho propio, por transmisión, por representación o por acrecimiento.

Aquí se verán los diferentes institutos o derechos en virtud de los cuales una o varias personas pueden ser llamadas a la sucesión.

### **REPRESENTACIÓN (arts. 1018 a 1024 CC):**

**Concepto:** es un modo de suceder que opera por disposición de la ley, dentro del ámbito de la sucesión intestada. Es el instituto en virtud del cual la ley llama en sustitución de un descendiente del causante o de un hermano de éste, a los descendientes de dicho heredero excluido, quienes quedan colocados en el lugar y el grado de su ascendiente que no pudo o no quiso concurrir a la sucesión.

Por tanto pueden ser representados: 1) los descendientes del causante (art. 1019 CC). El instituto de la representación opera en línea recta descendente sin límite de grado. Entre los descendientes sólo los hijos son llamados por derecho propio. Por derecho de representación pueden ser llamados los nietos, bisnietos, etc.

**2)** También pueden ser llamados los hermanos del causante (art. 1021 CC). Por derecho propio es llamado el hermano, pero éste puede ser representado por sus hijos.



**Fundamento:** Gatti señala que la representación surge como instrumento legal tendiente a neutralizar las modificaciones que produciría una alteración del orden natural de las muertes, extendiéndose luego a otras situaciones como repudio, etc.

**Efectos:** **a) equiparación en el grado:** es el fenómeno que determina que parientes consanguíneos del causante de diferentes grados de parentesco, queden equiparados, concurriendo a la sucesión como si se tratara de parientes del mismo grado. Esto ocurre porque el representante entra en la posición jurídica del representado (por tanto si al heredero representado se le debían colacionar donaciones, se le colacionarían a los representantes).

**b) sucesión por estirpes:** la estirpe es el conjunto de descendientes que representan a un ascendiente. La cuota hereditaria es única, pero se divide en partes iguales entre los distintos miembros de la estirpe.

Casos en que opera la representación:

**a) prefallecimiento:** es el caso que fundamenta el instituto.

**b) desheredación y la indignidad.**

**c) comuriencia.** Art. 1041 del CC. Ej. Muere padre e hijo en un mismo desastre, y no se puede determinar quien murió primero, se presume la comuriencia, por tanto excluye la posibilidad del padre de heredar a su hijo, como la del hijo de heredar al padre, ya que no es posible reputar a uno u a otro existente (vivo) en el momento en que se produce la apertura legal de la sucesión del padre (Art. 1038 del CC).

**d) repudiación.**

**Esquema de Representación:**

- Causante
- Representado (no quiere o no puede suceder).
- Representante (hereda al causante).

**TRANSMISIÓN (art. 1040 CC):**

**Concepto:** forma de suceder que se verifica a favor del heredero de una persona a quien le fue deferida una herencia o legado, y siendo capaz para heredar, no indigno y no desheredado, muere antes de aceptar o repudiar la herencia o legado que se le defirió.

Ema Carozzi entiende que en el caso de operar la transmisión, al fallecer el heredero o el legatario llamado en forma directa sin haber ejercido la opción de aceptar o repudiar la herencia o el legado, este no transmite la herencia o el legado del primer causante, ya que muere antes de que el fenómeno sucesorio se haya completado a su respecto, lo que se transmite es el derecho del que era definitivamente titular ósea el derecho de aceptar o repudiar la herencia

Los sujetos involucrados en la transmisión son el primer causante (persona que muere intestada o testada, produciéndose la apertura legal de la sucesión) el transmisor o transmitente (persona llamada a la herencia (estaba viva al momento del fallecimiento del primer causante), que muere pero sin haber aceptado o repudiado) y el transmisario (heredero del transmitente, quien al aceptar la herencia adquiere el derecho de aceptar o repudiar la misma).

Requisitos: a) condiciones del transmitente: es necesaria una persona física, capaz de heredar de heredar del primer causante, debiendo tener existencia jurídica al momento del fallecimiento.

b) condiciones del transmisario: debe ser heredero del transmisor ya sea legal o testamentario y haber aceptado la sucesión del mismo. Puede ser transmisario cualquier heredero, vinculado o no por parentesco con el transmitente, puede tratarse de una persona física o jurídica. Por tanto es imprescindible que el transmisario sea capaz de heredar al transmisor, no puede ser indigno respecto de éste y debe aceptar dicha herencia conreando respecto al transmisor el fenómeno sucesorio.

### **Esquema del instituto de la Transmisión:**

- **Causante Originario**
- **Transmisor o Transmitente** (causante, heredero o legatario que muere habiéndosele diferido la herencia o el legado del primer causante, pero sin haber aceptado ni repudiado.
- **Transmisario:** heredero del transmisor, que al aceptar la herencia del mismo, accede al derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado del primer causante.

## SUSTITUCIÓN:

**Concepto:** disposición testamentaria en virtud de la cual una persona es llamada a recoger una herencia o legado a falta de otra que no quiso o no pudo suceder. El sustituto entra en la posición que hubiera ingresado el instituido (entre estos no tiene porque haber relación de ningún tipo).

Naturaleza jurídica: Vaz Ferreira entiende que la sustitución vulgar es una disposición testamentaria condicional, por la cual el testador sujeta el llamado del sustituido al hecho futuro e incierto consistente en que el primer instituido no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado.

### Regulación legal: Art. 858 a 863:

Estas normas son netamente interpretativas, aplicables en aquellos casos en que el testador no hubiera dispuesto otra cosa.

**Sustitución Directa:** Tiene lugar cuando el testador nombra a otra persona para que reciba lo que corresponde al instituido en el caso en que este no quiera o no pueda aceptar.

La sustitución solo se aplica a los legatarios y herederos testamentarios. Ej. A) instituye heredero a X y Z en  $\frac{1}{4}$  y  $\frac{3}{4}$  sustituidos respectivamente en Y y W.

X premuere hereda Y en un  $\frac{1}{4}$  por sustitución. Z  $\frac{3}{4}$  por derecho propio.

B) Herederos Y y W en  $\frac{1}{3}$  y  $\frac{2}{3}$ , sustituidos ambos por R y W repudia R se lleva  $\frac{2}{3}$ .

C) X heredero sustituido en R y Z. X repudia se llevan por mitades lo que le correspondía a X.

**Sustitución Recíproca:** Art. 862°.- Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes designadas, tendrán éstos, en la sustitución, las mismas partes que en la institución, si no apareciere claramente haber sido otra la voluntad del testador. Art. 882 establece que el testador puede sustituir recíprocamente a los herederos instituidos o legatarios en parte designada.

**Primera situación:** Instituye universal heredero a A y B cada uno en  $\frac{2}{5}$  de la Herencia y C en  $\frac{1}{5}$  de la herencia, disponiendo que se sustituyan recíprocamente.

**Arezo:** en el caso de que **A** no quiera o no puede aceptar la herencia: **B** se lleva  $\frac{2}{5}$  por derecho propio y  $\frac{2}{5}$  de los  $\frac{2}{5}$  de **A** por sustitución, **C** se lleva  $\frac{1}{5}$  por derecho propio y  $\frac{1}{5}$  de los  $\frac{2}{5}$  de **A** por sustitución. El sobrante acrecerá por ejemplo a los demás heredero.

**Vaz Ferreira:** Afirma que la totalidad de la parte de **A**, será recibida en la proporción de 2 a 1 por **B** y **C**.

**Segunda Situación:** En este caso son sustituidos entre ellos por ejemplo X y Z herederos en  $\frac{1}{5}$  y  $\frac{2}{5}$  sustituidos recíprocamente. Z repudia.

X hereda  $\frac{1}{5}$  por derecho propio.

X hereda  $\frac{1}{5}$  de los  $\frac{2}{5}$  de Z por Sustitución recíproca.

$X = \frac{1}{5} + \frac{1}{5} \text{ de } \frac{2}{5}$

En este caso no existe otra interpretación que no sea la sostenida por Arezo, aplicando literalmente el Art. 862.

### **ACRECIMIENTO (arts. 1044 a 1050 CC):**

**Concepto:** instituto en virtud del cual los herederos (o legatarios) que estén llamados a la sucesión o al legado de manera conjunta, aumentan la cuota hereditaria (o la cuota en el legado) que originariamente les correspondía, como consecuencia de la no concurrencia de los restantes herederos o legatarios, sea que dicha no concurrencia se produzca porque los referidos herederos no pueden o no quieren suceder.

#### **Presupuestos:**

- a) llamado conjunto a una sucesión testada o intestada o a una determinada porción del patrimonio hereditario, o a un mismo legado,
- b) que uno de los herederos o legatarios que es llamado conjuntamente no quiera o no puede suceder o aceptar el legado,
- c) ) que no opere ninguno de los restantes institutos de origen legal o testamentario que excluyen el acrecimiento.

#### **Acrecimiento en la Sucesión testada.**

Los herederos testamentarios y los legatarios pueden estar instituidos de dos maneras.

- 1- Sin designación de partes: cuando no se dice cuanto corresponde a cada uno dice por partes iguales o dice conjunta. En este caso lo que 1 heredero o legatario no lleva porque no quiere o no puede, acrece a si co instituido.

- 2- Con designación de parte: En este caso lo que no lleva porque no puede o no quiere no acrece a sus co-instituidos. Si se trata de un legatario, acrece a los herederos testamentarios, ya que el legado que no se cuenta no se descuenta.
- 3- Si es un heredero testamentario lo que no lleva este acrece a los herederos forzosos.

### **Conflictos entre los diversos institutos Art. 864, Art. 1048:**

**Orden:** El derecho de transmisión excluye al de sustitución y el de sustitución excluye al de acrecimiento.

Los casos de conflicto son aquellos en los cuales se reúnen los presupuestos necesarios a fin de que operen diversos institutos sucesorios que llaman a la sucesión a personas diferentes.

Ej. **M** instituye universal heredero a **A** y **B** en partes iguales, sustituyendo a **B** por **C** para el caso de que B no quiera o no pueda suceder. **B** muere antes de aceptar o repudiar la sucesión y deja un heredero D.

En este ejemplo Hereda **D** por transmisión, si acepta la Herencia de **B** y la de **M** (**Art. 864, Art. 1048**).

### **Aceptación de la Herencia:**

**Concepto:** Es un acto jurídico que no tiene la finalidad de transformar al aceptante en heredero, sino en entender que su manifestación de voluntad en el sentido de aceptar la herencia significa que ya no puede repudiarla, pues como ya se ha dicho su calidad de heredero y la propiedad y posesión de la herencia derivan de la muerte del causante y de su vocación hereditaria.

La aceptación como el repudio no puede tener lugar antes de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate. El que acepta o repudia debe ser capaz, ver art. 431, 400 y 412 numeral 4, 1055, 1057, 267, 1058.

La aceptación como el repudio no pueden estar sujetos ni a plazo ni condición, ambas deben ser totales art. 1052.

Art. 1062 la herencia puede ser aceptada expresa (A través de una Escritura pública o privada o obligándose como heredero en un tramitación judicial) o tácitamente (art. 1065 Ej. De tacita).

Aceptación forzosa Art. 1067, 1089 y 1081 del CC.

Art. 1066 del CC Intervención de los acreedores del heredero. Aceptación de la Herencia.

### **Aceptación Bajo Beneficio de Inventario:**

Significa que cuando un heredero acepta bajo beneficio de inventario, no solo caduca la posibilidad de repudiar la herencia, sino que también escapa a las consecuencias derivadas de su calidad de continuador de la personalidad del causante, limitando su responsabilidad.

En suma es un instituto dirigido a limitar la responsabilidad del heredero para que pueda aceptar la herencia y mantenerla separada de su patrimonio, respondiendo por las deudas y cargas hereditarias de aquella, exclusivamente con los bienes recibidos del causante y no con los suyos propios.

### **Casos de Aceptación obligatoria:**

El caso de los menores de edad Art. 1056 y 1057 del CC.

Menor de edad habilitado por matrimonio Art. 1055

Curadores de los incapaces Art. 1056.

Representantes de Personas Jurídicas Art. 1059.

Por ultimo tenemos el Art. 1073 del CC en caso de desacuerdo sobre el modo de aceptación.

**Efectos del Inventario:** Confiere al heredero, la determinación de los bienes que constituyen el patrimonio hereditario, ya que el art. 1092 dispone que el heredero no queda obligado sino hasta donde alcanzan los bienes hereditarios.

No solamente conservara las acciones que tenia contra los bienes del difunto, sino que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1472.4, cuando paga con su propio dinero una deuda de la herencia, opera la subrogación ipso jure y se transforma en acreedor de la herencia.

La regla es pues, la independencia entre ambos patrimonios, en forma tal que conservan autonomía los derechos ya personales, ya reales que vinculaban al causante y el heredero.

Frente a los acreedores hereditarios, el heredero beneficiario será responsable de la administración de los bienes que constituyen el patrimonio del causante, como surge del Art. 1095, pues ellos deberán pagar las deudas hereditarias y las cargas testamentarias.

En lo referido a las relaciones del heredero quien ha manifestado su propósito de acogerse al beneficio de inventario, con los acreedores o con los legatarios estos no pueden obligarlo al pago de las deudas hereditarias o al cumplimiento de las obligaciones derivadas del testamento mientras corren los plazos para el inventario. Ello es así porque el heredero tiene aun la opción de renunciar a la herencia arts. 1084 y 1086.

**Requisitos:** Debe expresarse por escrito ante el Juez donde se tramita la sucesión, según surge de los arts. 1078 y 1079 del CC.

Esta manifestación del heredero debe estar precedida o seguida de un inventario solemne completo y estimativo de la herencia (Art. 1080).

## **Repudiación de la Herencia:**

La repudiación expresa esta prevista en el Art. 1075 del CC, la cual se realiza mediante escritura publica.

El Art. 1074 se refiere ala presunción de repudiación y entre paréntesis remite al Art. 1070 inciso 3 (Acción Interrogatoria)

## **Acción de Petición de Herencia:**

### **INTRODUCCIÓN.-**

La acción de petición de herencia tal y como ha llegado a nuestro Derecho actual procede de una larga evolución del Derecho romano que involucra la fusión realizada en tiempos de Justiniano de la hereditatis petitio con el interdictum quorum bonorum del Derecho Pretorio.

### **EN URUGUAY:**

La acción de petición de herencia, al igual que otras acciones a que puede dar lugar una sucesión tales como: la acción de entrega efectiva de la herencia y la acción de partición, dan lugar en nuestro medio jurídico a pluralidad de opiniones, favorecidas por diversas circunstancias a saber:

- 1.- La actitud de la ley procesal de excusarse respetuosamente de regularlas dejando su consideración a la ley de fondo;
- 2.- La escasa o nula regulación por parte de la ley civil que solo se refiere a ellas a ciertos efectos sin tratar sus múltiples aspectos.
- 3.- La variedad de soluciones que se extraen del Derecho precedente y comparado así como la variedad de opiniones de los autores que se han ocupado de estos temas en la doctrina de otros países.

Las principales dudas y temas de discusión que suscita nuestra acción de petición de herencia aluden a temas tales como:

**1.- ¿Cuál es el objeto del proceso? ¿a que va dirigida la acción? ¿a reclamar que se reconozca un titulo o a reclamar una masa de bienes? ¿Se trata de una acción simplemente declarativa o es una acción reivindicatoria de la herencia como universalidad? ¿Es una acción real o personal?** En nuestro código solo hay tres artículos que se refieren a esta acción, dos de ellos en forma incidental: el art. 76 referido a la ausencia y el

sustituido art.141 (hoy 198 del CNA) relativo a la investigación de la paternidad y en forma principal el art. 677, referente a la acción reivindicatoria para decirnos que: "Pueden reivindicarse las cosas raíces y muebles (artículo 1213).**Pueden reivindicarse como el dominio, los otros derechos reales; excepto el derecho hereditario que produce la acción llamada petición de herencia.**

Se puede reivindicar una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular".

Vaz Ferreira, señala en esto tres grandes tendencias:

- a) La de quienes ven la acción de petición de herencia como una acción que procura el reconocimiento de un título o calidad que es negada y a partir de la cual se podrán ejercitar todas aquellas acciones de que disponía el causante con respecto a su patrimonio. En tal sentido se trataría simplemente de una acción que procura una sentencia declarativa. No habría razón para agregar al heredero otras acciones, cuando puede ejercitar todas las que tenía el causante. Se trataría así de una acción puramente personal.
- b) La de quienes la ven como una acción reivindicatoria cuando ella tiene por objeto la universalidad de la herencia o cuota de ella, en cuyo caso se trataría obviamente de una acción real.
- c) La tercera tendencia (seguida por el propio Vaz Ferreira) es aquella que la ve como una acción de doble propósito, uno: dirigido a reclamar el reconocimiento del título de heredero, que es lo más característico de esta acción y lo que la distingue de otras dando sentido a su existencia y al mismo tiempo, como consecuencia de aquel reconocimiento a reclamar la entrega o restitución de las especies sucesorias a quienes las detentan de diferentes formas fundadas en su aparente calidad de herederos. En el primer aspecto la legitimación pasiva será contra quienes nieguen su calidad de heredero, en el segundo aspecto lo será contra quienes detentan los bienes en esa calidad (que podrán ser los mismos o no).

### **Opinión de Iglesias:**

Compartiendo en general en este punto la opinión de Vaz Ferreira, nos parece más sencillo decir (con Pothier) que esta acción tiene por objeto: "el derecho hereditario" que es por otra parte lo único que claramente nos dice el art. 676 del CCU.

Vemos el derecho hereditario como un derecho real que acuerda la opción de adquirir o no la herencia de diferentes maneras y ello conforme a los arts. 776 y 1039 producen efectos que tienen que ver con la persona y otros que tienen que ver con los bienes por lo que la acción en la que se reclama el derecho a la herencia tiene naturalmente efectos reales y personales. La petición de herencia procura que se le considere "continuador de la personalidad del causante" y legitimado activa y pasivamente en todos sus derechos y acciones y esto es un efecto claramente

PRIVADO 6 (SUCESSIONES) Página 200



personal que resulta de un reconocimiento o declaración, pero al mismo tiempo se procura obtener los bienes del causante: en propiedad, en posesión o en la forma que aquel los tuviera, esto es "la herencia" entendida como acervo hereditario que es uno de los sentidos que nuestra ley le da a la expresión "herencia". En este segundo aspecto la acción es naturalmente real, persigue a los bienes en manos de quienes los detentan invocando su calidad de herederos. No tendría sentido que luego de obtener una sentencia favorable en cuanto a su calidad de heredero tuviera que promover diversos juicios reivindicatorios, ante diversas sedes, contra el heredero aparente para reclamarle la restitución de los bienes.

No correspondería esta acción de petición de herencia contra quien detenta la cosa sin título o invocando un título singular. Si se trata de un título inter-vivos el heredero deberá ejercitar las acciones que ya tenía el causante; si se trata de un título de legado, serán las acciones que al heredero le caben contra el legatario, pero no la petición de herencia. En Derecho Romano ese era el rol del *interdictum quod legatorum*; en nuestro Derecho cabe en la acción posesoria recuperatoria.

Tampoco procede contra quien detenta sin título o negando al actor la calidad de heredero sin invocar tenerla por su parte, pues en tal caso lo que corresponde es la acción de entrega efectiva de la herencia. Como señala el CGP en su artículo 365: "Entrega efectiva de la herencia.- Es el proceso en el que se demanda la entrega efectiva de la herencia cuando un tercero obstase a que el heredero entre en posesión de los bienes hereditarios, sin invocar ningún derecho sobre ellos." 2.- **¿Cuál es el alcance de la inscripción de la demanda en el Registro que reclama la ley con carácter general? ¿Qué alcance tiene ello para los terceros adquirentes de buena fé?**

La inscripción en el Registro procede, en principio, por extensión del efecto previsto por el art. 685 para la acción reivindicatoria (prohibición de enajenar o gravar) y 241 del CC hoy 197 del CNA. No sería en este caso aplicable la regla del art. 54 de la ley Registral 16.871, pues ello llevaría a validar en todos los casos los actos realizados por el heredero aparente.

**4.- ¿En general que ocurre con los actos realizados por el heredero aparente, antes y después de la demanda por la que se le reclama la herencia? ¿Que efectos tiene la declaratoria de heredero que haya obtenido?**

Se discute ¿Qué ocurre con los actos realizados por el heredero aparente que fue declarado heredero habiéndose inscripto la providencia en el Registro?

La tesis tradicional, basada en la preeminencia que tiene para nuestro legislador el principio de legitimación sobre la apariencia que pueda resultar de una calidad de heredero meramente declarada, hace prevalecer los derechos del heredero excluido sobre los del tercero adquirente aún de buena fe. Esta tesis considera, por ende, que la solución adoptada por la ley de 1916 respecto de la investigación de paternidad natural y la acción de petición de herencia anexa es de carácter excepcional al principio general que lleva en sentido contrario.

La tesis contraria ha sido en los últimos años sostenida por Blengio a través e varios trabajos y comentarios de sentencias publicados en el ADECU a partir del T.XII Esta tesis hace prevalecer la apariencia que resulta de la situación declarada y su radicación en el Registro frente al derecho sustancial del heredero y para ello ha buscado fundamentar el amparo de la apariencia en los propios textos del derecho de fondo y últimamente en el CGP.

En particular la incidencia del CGP sobre los efectos de la declaratoria de heredero fue así analizada en profundidad por Blengio respecto de la apariencia y a los actos del heredero aparente apoyándose principalmente en el art. 405.1 del CGP. Dicha disposición nos dice que las providencias dictadas en procesos de jurisdicción voluntaria pueden ser siempre revisadas (esto es que no hacen cosa juzgada sustancial) pero: "sin perjuicio de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe".

La disposición no se refiere específicamente a la declaratoria de herederos, ni tampoco lo hace con esa especificidad referido a los terceros adquirentes de bienes sucesorios; se trata además de una norma procesal que trata de clarificar efectos procesales por todo lo cual podría dudarse que haya estado en la "intención del legislador" el resolver a través de esta disposición, así de genérica, un tema tan intrincado y debatido como el de los efectos de los actos del heredero aparente. No obstante estas consideraciones que pueden hacerse sobre ¿cual habrá sido la real intención del legislador al consagrar esta norma del CGP?, entendemos que el propio Código Civil cuando consagra sus principios interpretativos da valor a la ultra intencionalidad del legislador en tanto dice que: "cuando el sentido de la ley es clara no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" ; podrá entonces dudarse sobre si el legislador tuvo o no la intención de resolver ese asunto pero no hay duda de que: el tenor literal de la norma es claro y que abarca a la declaratoria de herederos, pues esta es una providencia de jurisdicción voluntaria y por ende ampara a los adquirentes de bienes sucesorios que de buena fe creyeron en su exactitud; ellos se encuentran entre los "terceros adquirentes de buena fe" a que la norma se refiere.

También el art. 54 de la ley 16.871, con las mismas salvedades, puede traerse en apoyo de esta tesis.

**5.- ¿El ejercicio de la acción de petición de herencia implica aceptación de la herencia o puede el actor con posterioridad ejercitar la opción? ¿Que relación podemos establecer entre la acción e petición de herencia y el derecho hereditario y a su vez: entre el derecho hereditario, la herencia y la opción del heredero?**

La pregunta puede parecer vana pues ¿para que habría de ejercitar la acción si no es para aceptar la herencia? Esto no es tan así pues puede existir interés en hacerse reconocer el derecho hereditario a fin de repudiar la herencia y ser representado por sus descendientes o para solicitar la facción de inventario previamente al ejercicio de la opción. El art. 1063 nos dice que alguien toma el título de heredero ...".obligándose como al heredero en un acto de tramitación judicial". Pensamos que no es el caso pues aquí solo está reclamando el título que le acuerda la opción. Vaz Ferreira dice que la petición de herencia no tiene nada que ver con el derecho hereditario; sin embargo el artl.677 dice lo contrario por lo que nos parece más acorde el criterio de Pothier.

Vaz Ferreira entiende que el derecho hereditario es la herencia misma, por la interpretación que el hace del art. 1039. Nosotros entendemos que el derecho hereditario es el que otorga la opción de aceptar en sus diversas formas o repudiar la herencia. Se trata de un derecho real cuyo objeto es la potestad de adquirir o no la herencia. En el criterio de Messineo y Vaz Ferreira se trata de un derecho potestativo; para nuestro modo de ver es un derecho real de adquisición referido a toda la herencia y similar al derecho real de promitente comprador referido al inmueble prometido en venta.

**6.- ¿Cómo se comporta esta acción respecto de la prescripción (extintiva y adquisitiva)? ¿Es imprescriptible en algún aspecto y se extingue por prescripción en otros? ¿La posesión del heredero aparente le es útil para adquirir por prescripción la herencia o las especies muebles e inmuebles que la integran?**

Vaz Ferreira sostiene que en el aspecto personal la acción es imprescriptible y que en el aspecto real prescribe en forma extintiva como todas las acciones reales (30 años). Sin perjuicio de ello entiende que quien detenta las cosas (muebles) podrá prescribirlas adquisitivamente en 6 años.

No compartimos ese punto de vista. El derecho hereditario (art. 1070 se extingue en 30 años) y con el la opción de ser o no heredero. Entendemos que extinguido el derecho quien era su titular es un extraño a la herencia. No transmite, no es representado, ni sustituido ni habilita la herencia a un ulterior llamado. Todos ellos debieron instarlo en su momento mediante la acción interrogatoria. Solo podrá acrecer a favor de los coherederos que hubieren aceptado y de lo contrario tendremos herencia vacante.

La prescripción extintiva opera para todos los efectos, no cabe distinguir los efectos personales de los reales.

No hay prescripción adquisitiva de "la herencia" solo de bienes concretos y pensamos que no podría hacerlo quien detenta como heredero o coheredero pues su derecho no refiere a los bienes concretos sino al conjunto de la herencia.

## PARTICION

### **Concepto:**

La partición es el acto por el cual se dividen los bienes hereditarios, adjudicándoselos a los herederos. Es un acto esencialmente **declarativo**, ya que la propiedad de los bienes objeto de división, no se adquiere a través de la petición, sino que se adquiere por sucesión, de pleno

derecho. También podemos decir que tiene efecto retroactivo, porque sus efectos se retrotraen a la fecha de la apertura legal de la sucesión.

### **Legitimados para solicitar la partición:**

- Menores habilitados por matrimonio, pueden pedir libremente la partición extrajudicial, pero para la judicial debe nombrársele un curador ad litem.
- Cónyuge supérstite, como heredero en la sucesión intestada (Art. 1026) y como integrante de la sociedad conyugal Art. 1116.
- Tutores curadores: deben pedirla con autorización judicial, partición mixta Art. 1117.
- Los Padres. Existen tres doctrinas, aunque la mas aceptada es que al igual de los tutores y curadores deben pedir la partición mixta.
- Cesionario o adquirente de derechos hereditarios.
- Herederos del coheredero fallecido.
- Heredero ausente por medio de un curador.
- Acreedores de un heredero por subrogación real. Art. 1295.

### **Formas que pueden asumir la partición:**

#### **1.- Partición Extrajudicial:**

**Para poder realizar la partición extrajudicial deben darse tres requisitos:**

- A) Que los sujetos interesados, tengan la libre administración de sus bienes, este requisito contenido en el Art. 1127, confirma la naturaleza declarativa de la partición. B) Que concurren por si o por legítimo representante.
- C) Que actúen todos por común acuerdo.
- D) Que se otorgue por escritura publica.

#### **2.- Partición Mixta:**

La misma tiene algo de judicial y de extrajudicial, ya la misma debe hacerse en escritura pública pero requiere autorización judicial y aprobación judicial posterior. Es preceptiva para los tutores curadores, para los padres y curador de herencia yacente y el Estado.

### **3.-Partición Judicial:**

#### **Naturaleza Jurídica:**

La partición ha planteado el problema de saber si en primer lugar, forma parte del proceso sucesorio o si por el contrario es un proceso autónomo. Y en uno y otro caso, la doctrina ha dudado al considerarla su inserción en la jurisdicción voluntaria o en la contenciosa. En última instancia Arlas y Tarigo han pensado en su caracterización como un proceso de ejecución.

**A.-** La posición tradicional entendía que la partición integraba el proceso sucesorio, por razones formales, por ejemplo ya que los interesados en la sucesión no tienen que efectuar nuevas constituciones de domicilios, representaciones etc. Para continuar, en el mismo expediente sucesorio, con la partición. Para la concepción genético funcional la solución es la misma, por otros fundamentos: el fenómeno sustancial consiste en la apertura legal de la sucesión crea un problema que se soluciona de dos maneras principales (o dos modos funcionales): LA INDIVISION O LA DIVISION PATRIMONIALES, la partición es ya no una alternativa sucesiva y equivalente a la indivisión sino un termino de desarrollo. Al cual, no obstante, es lícito renunciar.

**B.-** La doctrina general se ha pronunciado repetidamente por el carácter voluntario de la partición judicial. Fundamentos: **1.-** La ubicación del Proceso particionario en el CGP ya que se encuentra dentro del título Procesos Voluntarios, este fundamento es destruido por Barrios de Angelis al sostener que la naturaleza voluntaria del proceso finaliza después de terminado la primera etapa del proceso sucesorio con la Declaratoria de herederos, esta etapa es seguida por la partición judicial la cual podría sostenerse que es contenciosa ya que si entre las partes hubiese acuerdo no tramitarían la partición judicial sino la extrajudicial.

**2.-** No es posible la contienda contra la solicitud de partición, o por lo menos no lo es en cuanto las voluntades de quienes desean permanecer en la indivisión, aunque sean todos los herederos menos uno son irrelevantes para impedir que la partición se produzca, si por lo menos un legitimado la pretende.

**C.-** Resuelto los puntos anteriores, de modo de que pueda sostenerse que la partición es parte del proceso sucesorio y de que la misma es contenciosa, debemos de ver si la misma es un proceso de ejecución. Barrios de Angelis sostiene que la partición judicial constituye como estructura, una forma de conocimiento, que eventualmente puede adoptar modos incidentales de la ejecución, sin afectar con ello su carácter fundamental de cognición.

**Estructura:**

La misma tiene lugar cuando no existe acuerdo entre los interesados y se promueve mediante la acción de partición, prevista en el Art. 1132 y ss. Del CC.

Como tramite previo a la partición debe realizarse un inventario solemne y estimativo de los bienes a partir. Se incluyen tanto los bienes como las deudas. Si existen bienes inmuebles deben sombreadse peritos para proceder a la tasación de los mismos. Los peritos deberán establecer el valor de los bienes, expresar si admiten cómoda división y realizar un proyecto de hijuelas, es decir de los lotes que pueden formarse y su valor.

Luego de realizados el inventario y avalúo se pondrán los autos de manifiesto por ocho días. Si en este lapso no se plantean oposiciones se aprueba, de lo contrario se tramitaran las oposiciones por separado.

Una vez tasados los bienes y vendidos los que se hubieran de vender se nombrara un contador partidor. Ante el se procederá a la rendición de cuentas, formación del cuerpo general, composición de los lotes, compensaciones que deban hacerse, propuesta de adjudicaciones y hacerse un lote de las deudas existentes.

El Art. Art. 420.2 del CGP, regula que las cuestiones que se refieren los art. 1138 inciso 2 y 1139 del CC y sobre las que el contador no ha podido lograr la conciliación de los disidentes, serán resueltas por el tribunal por el proceso extraordinario con los recursos correspondientes (no incidental, la sentencia que pone fin al mismo es una sentencia definitiva para Barrios de Angelis).

El contador procederá a la formación de los lotes y a la propuesta de adjudicaciones de acuerdo a lo preceptuado por los arts. 1140 y 1142 CC y solicitara al Tribunal que convoque a los herederos a una audiencia bajo apercibimiento de que resolverá con los que concurran.

Si en la audiencia los herederos no manifiestan conformidad con le proyecto presentado se procederá al sorteo de los lotes entre los presentes y ausentes. Luego se someterá a la aprobación del juez si hubiera incapaces se deberá oír al Ministerio Publico.

El contador confeccionara la cuenta particionaria, la que será sometida a la aprobación del Tribunal. Si hubieran desacuerdos, se dará traslado a los coherederos y oído el Contador y en su caso al MP se resolverá por el proceso extraordinario con los recursos correspondientes (no incidental, la sentencia que pone fin al mismo es una sentencia definitiva para Barrios de Angelis).

Art. 420: 6) Aprobada definitivamente la partición, se procederá a entregar a cada interesado su hijuela, así como los títulos de propiedad respectivos, con constancias de adjudicación. En cuanto a los títulos comunes, se procederá como lo disponen los artículos 1118 y 1119 del Código Civil

## **Ejercicios Sociedad Conyugal**

**1) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por divorcio.

- A-** Inmueble valor \$ 50.000, adquirido a título oneroso con dinero ganancial.
- B-** Vehículo valor \$ 6.000, adquirido a título oneroso con dinero obtenido producto de una IPD cobrada por el marido después de contraído el matrimonio.
- C-** Inmueble valor 10.000, adquirido por la mujer a título gratuito después de contraído el matrimonio.
- D-** \$ 12.000, producto del trabajo del marido como funcionario de UTE.
- E-** \$ 3.000, obtenidos durante el matrimonio producto de la apuesta hecha por la mujer antes de contraer el vínculo matrimonial.
- F-** Con dinero obtenido por el trabajo de la mujer se abona la suma de \$ 4000 por concepto de pensión alimenticia de un hijo natural suyo.
- G-** Con dinero obtenido por el marido por herencia se abona la suma de \$ 10.000, por concepto de pensión alimenticia de un hijo legítimo de la mujer.
- H-** Acreedor social por \$ 7.000 por deuda contraída por la mujer.

**2) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por divorcio.

- A-** Con dinero obtenido por el marido producto de las utilidades de una S.A constituida antes del matrimonio, se paga la suma de \$ 10.000, por concepto de indemnización producto de un accidente automovilístico protagonizado por la mujer.
- B-** Con dinero obtenido por la mujer de la liquidación y partición de una SRL, se realizan reparos mayores en un inmueble ganancial valorados en la suma de \$ 3000.
- C-** Bien Inmueble adquirido a título oneroso valor \$ 40.000 durante el matrimonio.
- D-** Con dinero que el marido ganó antes del matrimonio producto de una apuesta, se paga la suma de \$14.000, por concepto de pensión alimenticia de un hijo natural de la mujer.



- E-** Hijo legítimo del marido al cual se le debe la suma de \$ 3.000 por pensión fijada por el Juzgado de Familia.
- F-** Bienes muebles adquiridos por herencia por la mujer, valuados en \$ 16.000.
- G-** Se vende durante el matrimonio un inmueble propio del marido valuado en \$ 10.000, con lo obtenido se compra un inmueble valuado en \$ 4000. En ambas escrituras se manifiesta el ánimo de subrogar.

**3) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por separación de bienes.

- A-** Bienes muebles comprados durante el matrimonio valuados en \$ 30.000.
- B-** \$ 50.000, producto de intereses devengados durante el matrimonio, de un préstamo que el marido realizó a Juan antes de contraer el matrimonio.
- C-** Se vende durante el matrimonio un bien inmueble de la mujer, valuados en \$12.000, con lo obtenido se compra un inmueble valuado en \$ 18.000, en ambas escrituras se manifiesta el ánimo de subrogar.
- D-** Deuda social contraída por la mujer por el valor de \$ 12.000, Pedro acreedor se presenta fuera del plazo de 60 días.
- E-** Durante el matrimonio se pinta el inmueble propio de la mujer, por los gastos generados en la pintura se le debe a Jorge la suma de \$ 1.500, Jorge se presenta en el plazo de 60 días y hace valer su crédito.

**4) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por fallecimiento del marido.

- A-** El marido debe por concepto de pensión alimenticia de su hijo natural fijada por el Juzgado de Familia, la suma de \$ 15.000.
- B-** El Juzgado Letrado en lo Civil, condena a la Mujer al pago de la Suma de \$ 40.000, producto de la demanda que le entablo Pedro por daños y perjuicios, producto de que esta lo había atropellado con su vehículo.

- C-** Inmueble adquirido por el marido a título oneroso valor \$ 100.000, con dinero obtenido producto de su trabajo.
- D-** Durante el matrimonio el marido permuta un bien inmueble propio por otro inmueble. Valor del inmueble propio \$ 10.000, valor del bien que entra \$ 10.000.
- E-** Se realizan mejoras en Bien inmueble propio de la mujer, el dinero ganancial invertido fue la suma de \$ 6.000. El bien antes de las mejoras estaba valorado en 20.000, valor actual después de realizadas al mejoras \$ 29.000.
- F-** Se debe a Pedro quien cambio cinco cerámicas del piso de la cocina del inmueble propio del marido la suma de \$ 3.000.
- G-** Se debe a la Empresa fúnebre encargada de dar sepultura al marido, la suma de \$ 1000.

**5) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por divorcio.

- I-** Inmueble valor 10.000, adquirido por la mujer a título gratuito después de contraído el matrimonio.
- J-** Con dinero obtenido por el marido producto de las utilidades de una S.R.L constituida antes del matrimonio, se pago la suma de \$ 10.000, por concepto de pensión alimenticia de un hijo del matrimonio.
- K-** Bien Inmueble adquirido a título oneroso valor \$ 40.000 durante el matrimonio.
- L-** Los frutos naturales de un bien propio cosechados durante el matrimonio valuados en \$ 6500.
- M-** \$ 11.000, por concepto de intereses devengados durante el matrimonio de una deuda contraída por la mujer antes con contraer el matrimonio.
- N-** Se realizan reparos mayores en un bien inmueble propio de la mujer, el dinero invertido fue de \$7.500 que se habían obtenido producto del trabajo de la mujer. El bien inmueble antes de los reparos tenia un valor de \$ 20.000, siendo el valor actual después de realizados los reparos de \$ 25.000.
- O-** Se realizaron reparos menores en un bien Inmueble ganancial, para los cuales se invirtieron \$ 2.500, que le son adeudados a al Sr. Luis propietario de la barraca.

**6- Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por fallecimiento.

- A-** El marido al momento contraer matrimonio era propietario de 200 cabezas de ganado, al disolverse la sociedad conyugal la cantidad de cabezas era de 500. Valor por cabeza de ganado \$ 10.
- B-** Con dinero de los frutos obtenidos de los bienes del hijo de un matrimonio anterior del marido, se paga la Suma de \$ 3000, por concepto de pensiones alimenticias adeudadas a un hijo natural del marido.
- C-** Se vende durante el matrimonio un inmueble propio del marido valuado en \$ 8.000, con lo obtenido se compra un inmueble valuado en \$ 15000. En ambas escrituras se manifiesta el ánimo de subrogar.
- D-** Deuda impaga valor \$ 3.500, contraída por la mujer durante el matrimonio.
- E-** Al momento de disolverse la sociedad, se debe la suma de \$ 1.500, producto de pensión alimenticia de un hermano del marido.
- F-** Vehículo valor \$ 6.000, adquirido a título oneroso con dinero obtenido producto de utilidades recibidas de una SRL constituida por la mujer antes casarse.
- G-** Bienes muebles valuados en \$ 500 comprados durante el matrimonio.

**7) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por divorcio.

- A-** Al momento de disolverse la sociedad se debe la Suma de \$ 4500 productos de intereses devengados durante el matrimonio de una deuda propia.
- B-** Juan donó durante el matrimonio a los cónyuges en forma conjunta y en partes iguales un bien inmueble valorado en \$ 30.000.
- C-** Pedro le paga la suma de \$ 15.000, por concepto de capital de un préstamo que el marido le había otorgado antes de celebrarse el matrimonio.
- D-** Bien inmueble valuado en \$ 70.000, que había sido vendido antes del matrimonio y que retorna al patrimonio de la mujer durante el matrimonio, ya que el contrato de compraventa fue declarado nulo absolutamente.
- E-** Con los frutos obtenidos de un bien de un hijo de un matrimonio anterior de la mujer, se adquiere un vehículo automotor valor \$ 5000.

**8) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por separación judicial de bienes. Fecha del matrimonio primero de marzo de 2009. Fecha de disolución e la sociedad el 15 de abril de 2011.

- A-** Bien inmueble padrón N° 198 adquirido a título oneroso, valor \$ 50.000.
- B-** En el inmueble Padrón N° 198, se realiza el cambio total de las cerámicas de los pisos, el costo fue de \$ 2000, dicha suma se debe a Daniel, quien se presenta en el plazo de 60 días
- C-** Al momento de disolverse la sociedad el día 15 de abril de 2011, se encontraba una cosecha de manzanas pendiente, la cosecha se realiza en agosto y se obtiene 4000 Kg de manzanas, el kilo de manzanas fue valorado en \$ 10.
- D-** Al momento de disolverse la sociedad conyugal, un inquilino de un bien inmueble propio del marido debía 5 meses de alquiler, monto del alquiler \$2500, el inquilino realiza el pago de los 5 meses en el mes de octubre de 2011.
- E-** A la fecha de celebrase el matrimonio, se encontraba una cosecha de naranjas pendiente, dicha cosecha se realiza el 12 de julio de 2009, la cual fue valorada en \$ 12.000, con dicha suma se realizo el cambio del techo y cambio de puertas de un inmueble propio de la mujer.
- F-** Con anterioridad a la celebración del matrimonio, el marido inicia un juicio de prescripción de un vehiculo automotor, al año de celebrado el matrimonio recae sentencia favorable al marido y por tanto adquiere la propiedad del vehiculo cuyo valor es de \$ 1500.

**9) Liquidar y partir la siguiente sociedad conyugal:** Disolución por divorcio.

- A-** Los frutos naturales de un bien propio cosechados durante el matrimonio valuados en \$ 6500.
- B-** Bien Inmueble Padrón N° 4.000, valor \$ 50.000, adquirido por prescripción, cuyo trámite se comenzó al mes de casados y finalizo durante la vigencia de la sociedad conyugal.
- C-** En el inmueble nombrado en el numeral B, se efectuó el cambio de 10 cerámicas del baño cuyo costo ascendió a \$ 5.000, dicho gasto fue cubierto con dinero que el marido tenia depositado en el banco ITAU, que había obtenido producto de intereses cobrados antes del matrimonio.

- D-** Durante la vigencia de la sociedad conyugal a la mujer le fue donado un terreno baldío padrón N° 17.000, valor \$ 6.000.
- E-** En dicho terreno baldío Padrón N° 17.000, se construyo una casa con dinero obtenido producto del trabajo de ambos, finalizada la construcción durante la vigencia de la sociedad conyugal, el valor del terreno al momento de finalizar la construcción era de \$ 7000. Valor del Inmueble Padrón N° 17.000 después de las construcciones \$ 30.000.
- F-** En el Inmueble Padrón N° 17.000, meses después de que se finalizó la obra mencionada en el literal anterior, se construyo un garaje costo de la obra \$ 1000, dicha construcción se realizó con dinero que la mujer obtuvo por legado.
- G-** Durante la vigencia de la sociedad conyugal el marido fue condenado al pago de \$ 50.000, por un Juez Letrado en lo civil, a consecuencia de un accidente automovilístico. Dicha suma fue cubierta de la siguiente forma: la suma de \$ 10.000 con dinero obtenido producto de su trabajo, otros \$ 20.000, con dinero que ganó la mujer en el Hipódromo antes de casarse, el resto fue cubierto con dinero propio del marido.