

INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA Y EMPRESA DE FAMILIA: PROBLEMAS Y PROPUESTAS DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS

Iglesias, Mariana B.

Peracca, Ana G.

Publicado en: RDF 88 , 61

Cita Online: AP/DOC/30/2019

[\(*\)](#)

[\(**\)](#)

I. Punto de partida

Por efecto de la celebración del matrimonio, los cónyuges quedan sometidos a un estatuto personal, y también a un régimen económico que se encarga de regular las relaciones jurídicas entre sí y entre estos y los terceros.

Asimismo, habiendo incorporado el Cód. Civ. y Com. la posibilidad de que los futuros contrayentes adscriban a uno de los regímenes matrimoniales admitidos (arts. 446, inc. d, y 449), el régimen de comunidad deja de ser el único régimen patrimonial, para sumir el carácter de régimen legal supletorio (art. 463).

La característica de este último reside en la formación de una comunidad de bienes sobre los que se reconoce un derecho de participación (ganancialidad) que se materializa en el momento de la liquidación de la comunidad.

Luego, la comunidad solo cesa por las causas establecidas en el art. 475 (muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, anulación de matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y por modificación del régimen matrimonial convenido), siendo su principal efecto el cese de la ganancialidad, cristalizándose la masa sujeta a partición y con ello los derechos que en común tienen los copartícipes sobre los bienes gananciales, por lo que las adquisiciones posteriores serán, en principio, personales de cada cónyuge.

Ahora bien, desde que se extingue la comunidad y hasta que se procede a su partición, acto jurídico mediante el cual el derecho ideal sobre los gananciales [\(1\)](#) se concreta mediante la adjudicación de bienes determinados, la situación en la que se encuentran los bienes gananciales ha sido denominada por el Cód. Civ. y Com. como indivisión postcomunitaria. El Cód. Civ. y Com. ha incorporado en el Libro II, título II, "Régimen patrimonial del matrimonio", capítulo 2, "Régimen de comunidad", una sección especial, la sexta, dedicada a regular la "Indivisión postcomunitaria", esto es, las reglas que regirán durante el período comprendido desde la extinción del régimen de comunidad y hasta su partición.

A través de los arts. 481 al 487, el Cód. Civ. y Com. admite la existencia de una indivisión, donde los copartícipes o excónyuges tienen derechos en común sobre los bienes gananciales, sin que exista división material de sus partes. De este modo pone fin a las divergencias doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica de este período que asimila a un supuesto de indivisión. Se trata, por tanto, de una universalidad jurídica integrada por los bienes gananciales de carácter transitorio, por tanto, de división forzosa, que no trasciende respecto de terceros.

Importa recordar que el art. 481 establece un doble orden de regulación, según que la extinción de la comunidad opere por muerte (comprobada o presunta) o en vida de uno de los cónyuges. En el primer supuesto rigen las normas de indivisión hereditaria [\(2\)](#), en el otro caso regirán las normas establecidas para la indivisión postcomunitaria.

De tal modo, el Cód. Civ. y Com. recepta la posición que propiciara *distinguir la causa de extinción de la comunidad*. En caso de que aquella opere en vida de ambos esposos, no se producía ninguna modificación de las relaciones que la titularidad originaria sobre los bienes gananciales permitió a cada cónyuge oponer frente a terceros, subsistiendo la separación de responsabilidades, en el entendimiento de que la comunidad de derechos, a los efectos de la liquidación y partición de los bienes, era una "comunidad interna entre los cónyuges" que les permite asegurar sus derechos de participación, pero *sin trascendencia* alguna hacia los terceros. Mientras que, si la extinción de la comunidad opera por la muerte de uno de los cónyuges, ingresan a la relación jurídica patrimonial los herederos del cónyuge premuerto, alterándose las relaciones originarias de titularidad sobre los bienes de aquel (los que son transmitidos a sus herederos por sucesión universal) y con ello las normas aplicables, existiendo en este supuesto una verdadera indivisión postcomunitaria, resultando aplicables las normas del proceso sucesorio, de modo que las deudas del difunto deberán satisfacerse con imputación al acervo y serán ejecutables sobre la masa compuesta por los bienes propios del difunto y los gananciales de cualquier titularidad (3).

II. Reglas que rigen durante el período de indivisión poscomunitaria (IPC) (4)

II.1. Introducción

El art. 482 reconoce a los "excónyuges" la facultad para celebrar acuerdos de gestión si junto a la extinción del régimen de comunidad también opera la extinción del vínculo matrimonial (divorcio y nulidad de matrimonio). De esta forma, se recepta una práctica auspiciosa en la cual los acuerdos entre los ex cónyuges se convierten en una pieza esencial en este período, habiendo sido determinante la doctrina judicial cada vez más flexible a reconocer virtualidad a estos convenios, lo que representa una decisión legislativa coherente con la realidad social y respetuosa de la libertad de decisión de los copartícipes que protege adecuadamente el interés familiar.

El carácter facultativo del acuerdo dota de elasticidad a su contenido, que podrá ser total o parcial y contener reglas tanto de administración cuanto de disposición de los bienes comunes; por ejemplo, podrá acordarse quién se encarga de la administración de una de las fincas del patrimonio ganancial, o la percepción exclusiva de los frutos de un bien por parte de un copartícipe con o sin reconocimiento de canon por ello, etcétera.

El acuerdo de gestión de gananciales es válido y exigible entre las partes sin que se requiera para su eficacia homologación judicial, salvo que forme parte del convenio regulador (5) del divorcio, que requerirá aprobación judicial para lograr eficacia jurídica y solo podría ser revocado si se alegan y prueban vicios de la voluntad, toda vez que reviste la naturaleza de un contrato al que las partes se someten voluntariamente, en consecuencia, no existe impedimento para su modificación por reconocer fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.

No existiendo acuerdo sobre el modo de gestión de los bienes en la etapa de IPC, los cónyuges siguen sometidos a las normas a las que se hallaban sujetos al estar vigente la comunidad, disposiciones que se complementarán con las incorporadas en la sección 6ª, "La indivisión postcomunitaria".

La norma hace referencia a los supuestos de extinción en vida: divorcio, nulidad de matrimonio, separación judicial de bienes y opción por el régimen de separación de bienes.

De la enumeración surge que algunas causales lo son también del matrimonio y otras no. En consecuencia, cabe efectuar algunas precisiones:

(i) Si el matrimonio continúa vigente, se aplican las disposiciones generales contenidas en las disposiciones comunes consagradas en la sección 3ª (arts. 455 y ss.), también denominado régimen primario, relativas a la protección de la vivienda, la contribución de las cargas, la solidaridad por las deudas contenidas en el núcleo duro del régimen patrimonial. En cambio, si el matrimonio no continúa vigente, la subsistencia de tales disposiciones no tendría razón de ser (ya no hay un grupo familiar conviviente que justifique su aplicación).

(ii) Si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes, razones de toda lógica harían necesario liquidar los bienes de la comunidad al momento de ejercer la opción para que ingresen al nuevo régimen con carácter de personales. De ello deriva la inexistencia técnica de una etapa de IPC frente a la imposibilidad material de aplicar las reglas de aquélla en forma paralela a las reglas propias del sistema de separación de bienes al que los cónyuges adscriben por efecto de la convención matrimonial.

En consecuencia, las reglas de gestión delineadas para la indivisión postcomunitaria cobran relevancia en los casos de extinción en vida de la comunidad y también cuando se extinga el matrimonio.

II.2. Deber de información del titular de bienes gananciales sobre la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria (art. 482, párr. 2º)

Al igual que en el régimen derogado, el Cód. Civ. y Com. distingue entre actos de administración y disposición con un criterio esencialmente económico, sin acudir a una definición jurídica. Simplificando la cuestión, de los distintos criterios propuestos se extrae la idea de que la administración extraordinaria comprende aquellos actos o negocios que entrañen un mayor peligro para la economía del consorcio. Así, se consideran de ordinaria administración todos los actos relativos a la esfera normal de desenvolvimiento de la economía doméstica, en los cuales se encuentran comprendidos los actos de conservación y mantenimiento del patrimonio común. Por el contrario, son de administración extraordinaria todos los actos que comportan decisiones de fondo y que, como tales, pueden condicionar el desarrollo de la familia (6).

Durante la vida de la comunidad, la gestión de los bienes gananciales está en cabeza del cónyuge titular, ello sin perjuicio de la restricción al poder dispositivo que requiere contar con el asentimiento del no titular para ejecutar determinados actos (7) que implican disposición o administración extraordinaria. Tal exigencia se funda en la necesidad de prevenir la concreción de actos que pudieran perjudicar al cónyuge no titular del bien, rodeando la disposición de los bienes gananciales de un halo protector constituido por la intervención del no titular para asegurar el respeto de su derecho a la ganancialidad.

Extinguida la comunidad, se actualiza el derecho a los gananciales de titularidad del otro. Por tanto, deben agudizarse los mecanismos de control de la gestión de sus actos. En esta etapa no solo debe prestarse el asentimiento para aquellos actos del art. 470, Cód. Civ. y Com., sino que además se impone un deber de informar con antelación razonable la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

El alcance de este deber implica que la comunicación sea fehaciente y, aun cuando la norma no fije plazo, debe ser razonable, cuestión que dependerá del tipo de acto que se pretenda realizar.

Además, la norma acuerda al copartícipe del titular del bien, el derecho a oponerse a tal decisión cuando el acto proyectado vulnera sus derechos. La oposición podrá judicializarse mediante la promoción de una medida cautelar de no innovar (art. 722, Cód. Civ. y Com.). La incorporación de esta regla tuvo en miras evitar la posibilidad de fraude durante esta etapa, estableciendo un deber de transparencia, consistente en informar al otro con debida antelación de la intención de otorgar determinados actos que, por ser de administración extraordinaria (disposición), reconocen mayor margen de actuación al titular que si se tratara de actos de administración ordinaria (conservación), y no estando vigente la restricción que impusiera contar con el asentimiento del no disponente para dotar de eficacia al acto, podrían comprometer la intangibilidad del patrimonio sujeto a división.

Si no obstante la oposición, el acto de administración extraordinaria se ejecuta, entendemos que, teniendo presente el plazo de caducidad de seis meses para el planteo (computado desde que se conoció el acto pero no más allá de la extinción del régimen), el perjudicado podría invocar la inoponibilidad del negocio por fraude en los términos acordados por el art. 473: "Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo". Si bien esta acción se encuentra prevista durante la vigencia de la comunidad, nada impide su planteo en la etapa de la indivisión (8). En este caso la protección legal opera solo frente a ciertas personas, siendo la constitución del acto válida y subsistente, pero resultando ineficaz respecto de aquellos acreedores para los cuales no produce sus efectos propios. Frente a los otros, la afectación se mantiene plenamente vigente (9).

Trátase de un tipo especial de fraude (entre cónyuges), con el fin de impedir maniobras de las que uno intente valerse para evitar la aplicación del régimen de comunidad, preservando la integralidad del patrimonio ganancial. Se relaciona con el fraude a la ley contemplado en el art. 12, Cód. Civ. y Com., por tanto, no requiere la satisfacción de los requisitos del fraude a los acreedores contemplados en el art. 439, Cód. Civ. y Com. (10). Ello así pues, mientras que la finalidad de la acción pauliana es evitar la insolvencia del deudor, la acción de fraude entre cónyuges persigue proteger los derechos de participación en los gananciales, sin perjuicio de que el consorte sea o no insolvente.

El Cód. Civ. y Com. adhiere a la postura amplia sostenida, en general, por la doctrina autoral, considerando que la acción de fraude entre los cónyuges tiene un sentido propio, al que solo se le pueden aplicar las normas de fraude entre los acreedores en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de los derechos e intereses en juego, pues el objeto de aquella es proteger "la integridad del patrimonio común" y no la mera satisfacción de un crédito determinado (11).

La acción pauliana contemplada en los arts. 338 al 342, Cód. Civ. y Com., protege a los acreedores quirografarios frente a actos de su deudor que lo ubicarían en insolvencia, la que, provocada fraudulentamente, da sustento a la inoponibilidad de aquellos, mientras que la acción de fraude entre cónyuges se otorga para proteger los derechos de participación en los gananciales independientemente de si el consorte está o no en insolvencia.

De modo que al guardar silencio el Cód. Civ. y Com. en cuanto al carácter que debe presentar el tercero (buena o mala fe) o el acto (título gratuito u oneroso), el acto siempre resultará inoponible, resultando indiferentes las circunstancias del tercero.

II.3. Medidas protectorias de los bienes comunes (art. 483)

De otra parte, el Cód. Civ. y Com. reconoce el derecho a peticionar durante la IPC, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, dos figuras específicas para garantizar el derecho a la ganancialidad de los copartícipes. Ellas procuran resguardar la intangibilidad del valor del patrimonio sujeto a división y asegurar la tutela efectiva del derecho a recompensas. Las medidas autorizadas por el Cód. Civ. y Com. en los arts. 479, 483 y 722 reconocen carácter instrumental, por cuanto se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente para garantizar el derecho de participación en los gananciales, piedra angular sobre la que se asienta el sistema de comunidad, y prevalecerán frente a las disposiciones contenidas en los ordenamientos procesales locales relativas a la caducidad de las medidas cautelares (en el caso del art. 207, Cód. Proc. Civ. y Com., en cuanto refiere al plazo de diez días desde su traba) por referir tal término a obligaciones exigibles, carácter que no se concilia con las obligaciones familiares [\(12\)](#).

Tratándose de tutelas especiales previstas por el Cód. Civ. y Com. en el marco regulatorio propio del régimen patrimonial del matrimonio, deben mantener su vigencia por el plazo señalado por el juez, para evitar perjuicios *sine die* al afectado y el ejercicio de conductas abusivas por parte del peticionante de la medida.

Las medidas protectorias glosadas refuerzan el principio de que la partición de los bienes gananciales luego de extinguida la comunidad —y el vínculo matrimonial— no requiere ser inminente. Cuestión diferente es si los cónyuges acuerden la modificación del régimen de comunidad por el de separación de bienes, pues su resultado indicará el patrimonio personal de cada cónyuge con el que se ingresa al nuevo régimen.

La disposición incluye como medida "protectoria" la posibilidad de solicitar autorización para realizar por sí un acto para el que sería necesario contar con el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada.

En esta etapa, el derecho a la ganancialidad se ha actualizado, de modo que existe una suerte de copropiedad sobre los bienes sujetos a partición que obliga a sus titulares a actuar con diligencia en resguardo del derecho de participación del no titular. Se trata del deber impuesto al titular del bien en el art. 482, segundo párrafo, analizado anteriormente, es decir, de comunicar la intención de otorgar actos de administración extraordinaria (disposición) al otro copartípite.

II.4. Uso de los bienes indivisos (art. 484, Cód. Civ. y Com.)

Otra de las reglas incorporadas en la sección especial dedicada al período de IPC es la contenida en el art. 484, Cód. Civ. y Com., que reconoce el derecho a cada copartípite de usar y disfrutar exclusivamente, conforme su destino y en la medida compatible con los derechos del otro, no solo los bienes indivisos de su titularidad sino los de titularidad del otro también. La norma no distingue.

La solución recoge la copiosa jurisprudencia que admitía el reclamo de un canon locativo por el uso exclusivo de un bien ganancial; si no se reclama, se presume conformidad con el uso —de igual modo que acontece entre condóminos—, de allí que la obligación nace desde que se reclama el pago por un medio fehaciente.

Los copartícipes pueden convenir la extensión y modalidad de este derecho. Tal será el supuesto en que la exclusividad del uso del bien reconozca origen en un acuerdo de gestión de gananciales (arts. 482 y 484, Cód. Civ. y Com.) o en el convenio regulador en el marco del

juicio de divorcio (art. 438, Cód. Civ. y Com.), casos en que el derecho deberá integrar tales pactos.

Si el derecho de uso y goce se ejerce en medida o calidad diversa a la convenida, el Código habilita al otro copartícipe a deducir oposición fehaciente con carácter previo para ejercer el derecho a hacerlo cesar y obtener reparación por ello.

II.5. Sistema de responsabilidad durante la indivisión poscomunitaria

La extinción de la comunidad tiene como principal consecuencia el cese de la ganancialidad y con ello la cristalización del activo y del pasivo comunitario, existiendo consenso doctrinario en que aquel se encuentra integrado por las "obligaciones contraídas durante la comunidad y no extinguidas" (que son comunes, art. 489, inc. a) y las que nacen durante la indivisión y con motivo de ella (sea por la actuación conjunta de los copartícipes, derivadas de la administración de los bienes o por responsabilidad extracontractual, vinculadas a las cosas integrantes de la indivisión) [\(13\)](#).

A esta altura resulta vital recordar que el art. 481 efectúa una remisión a las normas sucesorias cuando aquella opera por muerte de los cónyuges. Mientras que el art. 486 regula el pasivo de la comunidad extinguida en vida de los copartícipes, previendo que "[e]n las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de los arts. 461, 462 y 467 sin perjuicio del derecho de estos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común".

De esta forma, el Cód. Civ. y Com. diferencia las dos cuestiones involucradas: i) la cuestión de la "obligación" (quién debe afrontar la deuda, qué patrimonio puede agredir el acreedor: responsabilidad separada y por excepción solidaria) y ii) la cuestión de la "contribución" (a qué masa se afectan finalmente las deudas, arts. 489 y 467, párr. 2º).

Por consiguiente, la libertad para acordar las reglas de gestión, una vez extinguida a la comunidad reconocida a los copartícipes por el art. 482, Cód. Civ. y Com., contiene un claro límite: la subsistencia de las reglas de responsabilidad, solución que engarza con todo el sistema de responsabilidad por deudas vigente entre los miembros de cualquier pareja (matrimonial o convivencial).

En consecuencia, también durante la IPC las masas que titulariza cada cónyuge no pierden su propia individualidad frente a terceros, por lo cual cada una de ellas continúa siendo garantía de las obligaciones por él contraídas. A raíz de ello, los acreedores del cónyuge deudor podrán agredir todo su patrimonio, siendo indiferente el carácter propio o ganancial de los bienes, pues lo que interesa realmente es la titularidad del bien, no su calificación.

Cuestión diferente es el tema de las cargas, que recién juega al tiempo de la liquidación, haciendo pesar solo las deudas comunes (art. 489, Cód. Civ. y Com.) en el haber ganancial y, en el caso de haberse empleado fondos gananciales para solventar deudas personales del cónyuge (art. 490, Cód. Civ. y Com.), se actualizará el derecho de recompensa a favor del otro consorte (art. 491, Cód. Civ. y Com.).

El principio señalado admite excepciones, sobre las que pueden efectuarse algunas reflexiones:

(i) Con respecto a las obligaciones contraídas para el sostenimiento del hogar y los hijos (art. 461, párr. 1), se impone la solidaridad. Sin embargo, en caso de que la extinción comunitaria coincida con la del vínculo matrimonial, no debe perderse de vista que también cesa el funcionamiento del régimen primario y no hay ya deber de contribución en los términos del

art. 455, Cód. Civ. y Com. En consecuencia, esta solidaridad pasiva podría verse limitada a las necesidades de los hijos comunes (con los alcances previstos en el art. 658, Cód. Civ. y Com.). Tampoco habría obligación solidaria en relación con los gastos del sostenimiento del otro cónyuge o del hogar que habita (ya que no hay hogar común) ni de los hijos que no son comunes.

(ii) En cambio, si subsiste el vínculo matrimonial (separación de bienes o modificación de régimen consensuada por los cónyuges) el deber de contribución se mantiene incólume, por integrar una regla contenida en el denominado "régimen primario". De modo que la solidaridad legal mantendrá la extensión de que gozaba vigente la comunidad, sea respecto de deudas contraídas durante la vigencia de la comunidad o una vez extinguida aquella.

La subsistencia de la solidaridad legal durante el período de IPC con los alcances efectuados *supra* implicará que el acreedor podrá exigir al copartícipe deudor, al otro o a ambos, simultánea o sucesivamente (art. 833, Cód. Civ. y Com.), la satisfacción de la totalidad de su crédito, sin perjuicio del derecho que le asiste al cónyuge no tomador de la deuda de requerir a quien la contrajo la acción de regreso para obtener la contribución correspondiente.

Con esta redacción, el Código asume una posición más tuitiva de los intereses de los acreedores de este tipo de deudas, imponiéndole una mayor responsabilidad al cónyuge no contratante, que responde por ellas en forma solidaria sin limitaciones en su patrimonio (14).

(iii) La responsabilidad por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales sigue siendo concurrente (art. 467, párr. 2º). Esta es la segunda excepción al principio de responsabilidad separada, concuerda con la previsión del art. 465, inc. c, que pondera gananciales los frutos de los bienes de los cónyuges. De tal manera, beneficiándose ambos por lo que tales bienes producen, resulta lógico que ambos consortes deban concurrir a la conservación de tales bienes con el patrimonio común.

Resulta claro que el copartícipe deudor responde con todos sus bienes (sin distinción entre propios y gananciales), mientras que la norma limita el patrimonio de agresión del copartícipe que no contrajo la deuda a sus bienes gananciales.

III. Reglas de la indivisión hereditaria

Tal como hemos destacado, cuando la indivisión postcomunitaria tiene su origen en la muerte, ella se rige por las reglas de la indivisión hereditaria.

El estado de indivisión propone numerosas reglas para la administración de la herencia (arts. 2345 a 2355/2323 a 2327), a las indivisiones forzosas (2330 a 2334), al uso y goce de los bienes indivisos (2328) y al tratamiento de los frutos de propiedad de la indivisión (2329).

Respecto de la administración de la sucesión, el Código prevé dos clases de administración de la herencia: extrajudicial y judicial. La extrajudicial se manifiesta —según expresa el art. 2323 del Cód. Civ. y Com.—: "(...) en toda sucesión en la que hay más de un heredero, desde la muerte del causante hasta la partición (...) [y] no hay administrador designado".

Aunque no surja expresamente del texto transcrito, se puede inferir que resultarán aplicables las reglas de la administración extrajudicial cuando no se haya designado un administrador judicialmente. Esto significa que podría transitarse la totalidad del estado de indivisión con un administrador extrajudicial.

El Código también admite la designación de un administrador judicial. Se lo debe solicitar a través de un incidente de administración, ante el juez del último domicilio del causante. Puede

ser provisional o definitivo. Es provisional si el nombramiento se produce desde la muerte de la persona hasta la declaratoria de herederos, y definitivo cuando se desempeña a partir de entonces y hasta la partición.

En síntesis, la indivisión postcomunitaria cuyo origen es la muerte se regirá por las normas que acabamos de describir.

IV. La empresa de familia y la indivisión poscomunitaria

IV.1. Metodología y contexto

En el contexto descrito de la IPC, en cualquiera de sus versiones, resultan habituales las complicaciones de toda índole. Pero la cuestión se agrava cuando se transita este período y en el patrimonio existe una empresa de familia, dado que no solamente está en juego el patrimonio ganancial, sino también la propia empresa.

Va de suyo que dicho escenario obliga a las partes a la generación de acuerdos a fin de evitar la judicialización por el enorme impacto que ello podría generarle a la empresa y a los abogados a proponer las herramientas necesarias para ello.

Generar estrategias de prevención de conflictos a través de la adecuada elección de instrumentos al efecto es el objetivo de este trabajo, cobrando particular relevancia el fenómeno de la contractualización de las relaciones familiares.

Por último, abordaremos los instrumentos clasificando las situaciones.

IV.2. Herramientas de prevención y solución de conflictos durante la IPC

IV.2.a. Instrumentos para el supuesto de indivisión poscomunitaria que no se origina con la muerte. El contrato en el marco del art. 482 del Cód. Civ. y Com.

Como apuntáramos en el desarrollo del apart. II del presente, los copartícipes podrán acordar los términos en que, en el caso analizado, gestionarán las cuestiones relativas a la continuidad de la empresa familiar durante el período de indivisión, actuando como único límite a ello la inalterabilidad de las reglas de responsabilidad previstas por el Código Civil y Comercial plenamente vigentes durante este período de indivisión.

IV.2.b. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria en cualquiera de sus supuestos

IV.2.b.i. Cesión de bienes gananciales

El art. 2308 del Cód. Civ. y Com. expresa: "Las disposiciones de este título se aplican a la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria que acaece por muerte del otro cónyuge".

Esto significa que, extinguida la comunidad en cualquiera de sus formas, durante la IPC podría recurrirse a la cesión de bienes gananciales, resultando una opción a los efectos de evitar conflictos en la gestión de la empresa de familia durante este período. Claro que tal instrumento solo podrá utilizarse cuando los excónyuges o el cónyuge supérstite y los herederos estén dispuestos a desprenderse del patrimonio ganancial o hereditario —según el caso—, el que también incluye la empresa. Por supuesto que esta propuesta requiere algunas precisiones.

La cesión de gananciales se rige por las disposiciones que regulan a la cesión de herencia, en tanto evidencian la misma naturaleza jurídica.

En consecuencia, el contrato de cesión de gananciales debe realizarse antes de la partición, es decir, durante la indivisión; el objeto de este acuerdo no puede ser un bien determinado sino la porción alícuota que le corresponda al cedente como socio de la comunidad ganancial, ello pues "[e]l objeto de la cesión de derechos hereditarios no son los bienes o derechos *ut*

singuli comprendidos en la herencia cedida, sino el todo o una parte alícuota, en su consideración *ut universitatis*. Por lo tanto, si el contenido de la sucesión universal recae sobre el todo o la parte alícuota del patrimonio del causante, eso es precisamente lo que se cede, sin consideración al contenido particular de la misma" (15).

Por ende, si bien proponemos este contrato a los efectos de evitar futuros conflictos en la empresa familiar por problemas entre los herederos, no se nos escapa que no podría realizarse una cesión de gananciales para ceder exclusivamente la empresa de familia, dejando fuera de dicho contrato al resto de los bienes gananciales. Resulta claro el Código cuando en su art. 2309 expresa que "[l]a cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición".

Sin embargo, podría cederse la totalidad de la cuota parte que corresponde al supérstite o al heredero —en donde se encuentre incluida la empresa en cuestión—, ofreciendo un precio acorde con el patrimonio que se cede, el que podría abonarse de contado o también en cuotas —si las partes se ponen de acuerdo en ello—, las que, para evitar la depreciación monetaria, podría hacerse tomando valores de referencia según el giro de la empresa, por ejemplo, si se trata de una agropecuaria, el equivalente al valor de soja; si es una metalúrgica, el del acero, etcétera.

También en el caso de la indivisión que se genera por muerte podrían cederse los derechos hereditarios y no los gananciales o viceversa. Ello daría margen —según el caso concreto— a transferir aquellos derechos en los que se encuentre la empresa como un todo y retener los otros. Así, por ejemplo, si la empresa de familia es ganancial, pero el cónyuge fallecido tiene a su vez bienes propios, podría ceder unos y no otros.

IV.2.b.ii. Partición provisional

La partición provisional también es una herramienta indiscutiblemente adecuada para la indivisión postcomunitaria, ya sea para el caso de disolución de la comunidad por muerte o en vida de los cónyuges. En el primer caso no caben dudas, habida cuenta de que se encuentra regulado en el Cód. Civ. y Com. dentro de la partición hereditaria. En el segundo caso tampoco, como consecuencia del art. 500 del Cód. Civ. y Com., que expresa: "Forma de la partición. El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias". No caben dudas de la aplicabilidad a ambos supuestos.

Ahora bien, quizás el vocablo "partición" haga pensar que salimos de la esfera de la indivisión postcomunitaria, pero demostraremos que no.

El art. 2370 del Cód. Civ. y Com. regula esta categoría: "[l]a partición se considera meramente provisional si los copartícipes solo han hecho una división del uso y goce de los bienes de la herencia, dejando indivisa la propiedad. La partición provisional no obsta al derecho de pedir la partición definitiva".

Es decir que la partición será meramente provisional cuando solamente se divida el uso y goce, pero no el dominio. Es una partición que muy bien podría ser utilizada en el caso de la empresa familiar. La partición es definitiva cuando se pone fin a la indivisión, que es lo que no ocurre con la provisional. La consecuencia principal de la partición provisional radica en evitar los efectos de la indivisión —tal el caso de la gestión de la empresa— sin tomar la decisión sobre una división de bienes definitiva —en la que, por supuesto, quedaría incluida

también la empresa—, que impida volverse atrás en cuanto a la elección de los bienes adjudicados en la hijuela.

Por más de que se haya solicitado la partición provisional, nada obsta a que, en cualquier momento, alguno de los coherederos pueda peticionar la partición definitiva de los bienes. Esta última no necesariamente debe realizarse de manera idéntica a la provisional. Es decir que la división provisional realizada no obliga al heredero si no desea repetir dicho esquema. Una cosa es la decisión que se tome en cuanto a la partición provisional cuya esencia es la provisoriedad (como su nombre lo indica), y otra diferente es la definitiva, donde la decisión debe ser más meditada, dado que luego no hay posibilidad de arrepentimiento.

Este modo de partir resulta de mucha utilidad combinado con otros modos de partir.

Volviendo al ejemplo de la empresa de familia, puede ocurrir que los coherederos estén de acuerdo con la división de todos los bienes a excepción de la empresa, cuya división resulta muy dificultosa, ya que no siempre es matemática, pues depende, además, de otros factores, tales como su valor, etc. En este caso se complementarían las normas de la partición parcial (ya que dividen todos los bienes, menos la empresa) y la partición de uso y goce (con relación exclusivamente a la empresa).

De esta forma, y aun quedando en estado de indivisión con relación a la empresa, no tienen ningún tema de administración en común, y, conforme al art. 2329 del Cód. Civ. y Com. — según el cual "[l]os frutos de los bienes indivisos acrecen a la indivisión, excepto que medie partición provisional"—, el producido de la empresa le corresponde al cónyuge o los herederos, según lo previsto en la partición provisoria.

Puede agregarse otra previsión. Si los coherederos no quieren verse sobresaltados de manera más o menos mediata con este tema de la partición, pueden pactar, a su vez, una indivisión hereditaria por diez años, de acuerdo con el primer párrafo del art. 2331 del Cód. Civ. y Com., que expresa que "[l]os herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, *sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los coparticipes*". Extremo que ya lo hemos abordado.

En cuanto a la forma en que se puede realizar la partición provisional, debemos remitirnos al art. 2369, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com., que se refiere a la partición privada y expresa que "[s]i todos los coparticipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes (...)".

La norma deja en claro que, si los coherederos y el cónyuge están presentes y son capaces, gozan de la más absoluta libertad de contratar. Es decir que eligen la forma que más les conviene para dividir. Incluso (y creemos que, de alguna manera, constituye la síntesis de esta forma de partir) hasta podrían adjudicarse lotes desiguales. Fornieles, al respecto, expresa que "[u]na partición así sería inatacable, aunque no se hubiera dicho expresamente que se hacía con conocimiento de la diversidad de valores, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se adjudica" [\(16\)](#).

Es más, podrían realizarlo mediante instrumento privado, si reúnen los requisitos para llevar adelante la partición privada, dada la libertad de formas que impone el art. 2369, Cód. Civ. y Com. Sin perjuicio de ello, también podría hacerse mediante *escritura pública*, de acuerdo con el art. 1017 del Cód. Civ. y Com., inc. a, o también acompañar el *instrumento privado al*

juez de la sucesión o del divorcio. Por más que la norma no lo diga expresamente, así surge de manera implícita.

IV.2.c. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria cuyo origen es la muerte

IV.2.c.i. Pacto de indivisión entre los coherederos. Partición de uso y goce

El art. 2331 del Cód. Civ. y Com. autoriza: "Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial. Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido. Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas".

Este es un contrato realizado entre los copartícipes en el que acuerdan una indivisión total o parcial. La norma vuelve a estipular un máximo de diez años de duración de la indivisión, que puede renovarse por igual plazo.

La indivisión hereditaria puede pactarse de manera concomitante con una partición provisional, conforme surge del artículo. Esta última consiste en distribuirse entre los coherederos solo el uso y goce de los bienes, pero no el dominio. Por ejemplo, pensemos en tres herederos que tengan un campo, que lo dividan en tres partes a los efectos de la explotación (partición de uso y goce), y, al mismo tiempo, pactan una indivisión hereditaria por diez años, para asegurarse de que ninguno de ellos solicitará la partición definitiva de los bienes por dicho plazo.

En caso de no optar por acordar de manera conjunta la indivisión y la partición de uso y goce, convendría incluir en la indivisión reglas de administración. Así, volviendo sobre el ejemplo del campo, podría pactarse quién lo administrará, la forma de rendir cuentas, los plazos para cada rendición y las formas de pago del producido del campo, entre otros temas, que —por supuesto— tendrán que ver con los bienes que son objeto de la indivisión.

Como se trata de un pacto, los herederos pueden hacerlo sobre la totalidad de los bienes o sobre un bien determinado; en definitiva, sobre lo que acuerden. No tienen límite. De allí que también en caso de IPC por extinción comunitaria por muerte podrían, mediante un contrato, pactarse varios rubros a los efectos de evitar los problemas en el marco de la gestión.

Estos convenios pueden ser realizados también por personas incapaces o con capacidad restringida. En estos casos, se requiere homologación judicial. Fuera de ello, no imponen forma alguna, ni tampoco que sean presentados ante el juez del sucesorio.

Al igual que en la indivisión generada por el testador, cualquiera de los herederos puede solicitar la partición antes del vencimiento del plazo pactado si median razones justificadas. Las causas que el heredero invoque a tales efectos deben ser analizadas con mucho recelo, ya que aquí estamos ante un contrato suscripto entre los herederos y por su propia voluntad. En consecuencia, debe tratarse de una situación muy excepcional, que amerite incumplir lo acordado.

IV.2.c.ii. Indivisiones hereditarias forzosas

Otra propuesta a los efectos de evitar conflictos con la empresa de familia es a través de las indivisiones hereditarias forzosas. En estos casos, la indivisión puede extenderse como consecuencia de la voluntad del testador, de un pacto entre los herederos —aspecto que lo

hemos desarrollado en el punto anterior—, de una oposición por parte del cónyuge o un heredero a la división de un establecimiento de cualquier índole, o de la oposición por parte del cónyuge a la partición de un bien determinado que constituyó la residencia habitual de los cónyuges.

Entendemos que la indivisión hereditaria solicitada por el cónyuge supérstite es una propuesta interesante y muy poco utilizada a los efectos de evitar la partición de la empresa de familia, lo que determina que continúa en estado de indivisión.

Pero no todas resultarán aplicables a los fines que el presente persigue. Analicemos los supuestos, comenzando con la indivisión impuesta por el testador. El art. 2330 del Cód. Civ. y Com. autoriza al testador a "... imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista. En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a este. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad".

¿Es posible que la indivisión recaiga sobre un bien ganancial, de modo tal que impida la partición al cónyuge supérstite? Consideramos que no. La norma es clara en cuanto dice que el testador "puede imponer a sus herederos". En los bienes gananciales, el cónyuge no es heredero. Tampoco podría serlo sobre el cincuenta por ciento que corresponda a los herederos, porque la disolución operó luego de su muerte.

A su turno, el art. 2332 del Cód. Civ. y Com. prevé: "Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote. Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación. En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento. Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión. El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos solo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades".

La indivisión pueda recaer sobre: a) un establecimiento de cualquier índole en tanto constituya una unidad económica; b) partes o cuotas sociales o acciones de una sociedad; c) el bien que constituyó la residencia habitual de los cónyuges.

El cónyuge solo podrá solicitar estas indivisiones si cumple los requisitos que cada una de ellas requiere. Además, carece de este derecho si la indivisión solicitada recae sobre un bien que puede ser adjudicado en su hijuela. En este caso, la situación quedaría resuelta.

Si bien esta indivisión se requiere judicialmente, igualmente importa una herramienta de prevención de la judicialización, dado que lo que se discutirá no es un tema relativo a conflictos que generen el cónyuge supérstite o los herederos en el seno de la empresa familiar, sino la cuestión relativa a la factibilidad o no de la indivisión.

Analizaremos los requisitos de cada uno de estos supuestos.

a) *Indivisión sobre un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica.* Claramente puede aplicarse para la empresa de familia.

En esta opción, el cónyuge puede oponerse a la partición del establecimiento de cualquier índole que constituya una unidad económica, si lo ha adquirido o constituido en todo o en parte, o si participa activamente en su explotación.

Tiene un plazo de diez años que puede ser prorrogado. Podría resultar preocupante que la prórroga se puede extender —si el juez lo autoriza— hasta la muerte del cónyuge. No solo por la indivisión en sí misma, sino también porque durante su vigencia quien administra es el propio cónyuge.

La administración debe regirse por las normas de la administración judicial y los magistrados deben ser muy rigurosos con la rendición y aprobación de las cuentas.

El juez puede hacer cesar esta indivisión si concurren causas graves. Por ejemplo, las deficiencias en la rendición de cuentas.

b) *Indivisión sobre las partes o cuotas sociales o acciones de una sociedad.* Para poder pedir esta indivisión el cónyuge supérstite debe ser el principal socio o accionista.

Resulta de aplicación todo lo analizado en el punto a).

Creemos también que la cuestión puede presentarse en relación con un heredero, tratándose de una empresa de familia cuyo origen es ganancial y no sea al cónyuge a quien le interese la empresa de familia sino a uno de los herederos. No debe olvidarse que en estos casos la IPC no transita entre los cónyuges sino entre el supérstite y los herederos del cónyuge fallecido.

El art. 2333 del Cód. Civ. y Com. prevé que un heredero pueda oponerse a que se incluya en la partición al establecimiento que constituye una unidad económica si antes de la muerte del causante ha participado activamente en la explotación de la empresa. No está incluida en la norma la posibilidad de solicitarlo respecto de las partes sociales, cuotas y acciones de sociedades.

La norma expresa que esa petición puede realizarla "en las mismas circunstancias que el art. 2332". Probablemente resulte poco feliz la expresión. Sin perjuicio de ello, esto implica que el pedido se otorga en las mismas condiciones que respecto del cónyuge. Por ende: a) el heredero no podrá solicitarlo si el establecimiento se le puede adjudicar en su lote; b) la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante y a pedido del heredero puede ser prorrogada judicialmente hasta su muerte, y c) el heredero tiene a su cargo la administración del establecimiento.

Puede resultar inquietante que el Código les otorgue tanto al cónyuge como al heredero la posibilidad de oponerse a la partición del establecimiento que forma una unidad económica, indivisión que en potencia puede ser vitalicia. Claramente, no se trata solo de proteger al heredero o al cónyuge, sino también de preservar la continuación de la empresa.

Ahora bien, ante el planteo judicial de una indivisión hereditaria, entendemos que podría revertirse este pedido a través de una atribución preferencial del establecimiento (conforme surge del art. 2380 del Cód. Civ. y Com.). Ante estas dos pretensiones, creemos que debe darse prioridad a lo segundo. Claro está, en la medida en que se reúnan los requisitos que el artículo establece.

IV.2.d. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria cuyo origen es la muerte y que se concretan en vida de la persona y antes de disolución de la comunidad. El art. 1010, Cód. Civ. y Com.

El art. 1010 importa un pacto sobre herencia futura permitido y constituye una de las grandes novedades y ventajas que nos aporta el nuevo Código. Al respecto, la segunda parte de la norma establece: "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

Se trata de una herramienta de mucha utilidad, pero que solo podrá utilizarse si hubiera sido realizado el pacto en vida del propietario de la empresa, cuando aún no estuviera disuelta la comunidad de ganancias.

Con este tipo de pactos, no solo se intenta prevenir o solucionar conflictos propios de las transmisiones en las empresas de familia, sino también evitar la destrucción de la pequeña y mediana empresa derivada de peleas familiares o por la imposibilidad de financiar compensaciones a herederos, entre otros tantos variados supuestos. Se trata de un instrumento verdaderamente preventivo, desde que se realiza antes de que ocurran o pueda presentarse la situación problemática.

Mediante esta herramienta, se autoriza a organizar la transmisión no solo de la empresa sin que tenga impacto, conflictos ni crisis, sino también organizar la transmisión de su gestión, evitando que la muerte de alguno de sus propietarios atente contra el funcionamiento y aun contra la propia existencia de la empresa.

Los requisitos que deben cumplirse son los siguientes:

1) *Objeto*. El pacto debe referirse a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo.

En este sentido, Carlos Hernández explica que "[l]a referencia a (las participaciones societarias) deviene más precisa, en cuanto reenvía a la tipicidad propia del derecho societario. En cambio, la primera (*explotación productiva*) expresa un concepto más abierto, al que igualmente es necesario perfilar en sus contornos".

Desde el punto de vista gramatical —y a partir del *Diccionario* de la Real Academia Española—, "explotación" significa "conjunto de elementos dedicados a una industria o granjería", en tanto que el vocablo "productiva" refiere a quien "tiene virtud de producir". En conjunto parecen aludir a la hacienda industrial o agropecuaria con aptitud de producir, que

desborda las fronteras de la noción de empresa. En tal sentido, se recuerda que el art. 320 del Cód. Civ. y Com., referido a los obligados a llevar contabilidad, alcanza a los titulares de una empresa, pero excluye —*a priori*— a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se distingue, así, entre las actividades empresariales y aquellas cumplidas sin ese tipo de organización. Esta interpretación finalista y extensiva es la que debe ser reconocida en el "pacto de familia", comprendiendo, por tanto, participaciones societarias, empresas o cualquier otro emprendimiento productivo.

2) *Finalidad*: es necesario que la finalidad del pacto sea la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos. Sin embargo, puede reconocerse en este pacto un claro instrumento de prevención.

3) *Sujetos que intervienen*: el pacto puede ser realizado entre los herederos, con o sin la participación del futuro causante y su cónyuge. De esta forma, podría suceder que se pacten todos estos extremos solamente entre los futuros herederos, sin que participe el propietario de la explotación o participación societaria.

4) *Contenido*: estos pactos no solo incluyen la posibilidad de disponer exclusivamente de los derechos hereditarios relativos a una explotación o a una participación societaria de cualquier tipo, sino también la de compensar a aquellos herederos que no la reciban o que reciban menor proporción.

Con esto estamos queriendo decir que pueden pactarse la adjudicación de la empresa o las participaciones societarias, y, al mismo tiempo, compensar con otros bienes a quienes no les fue adjudicada la explotación o la participación societaria.

Conviene referir algunas precisiones más.

Explica Carlos Hernández:

"1) [a]unque la norma es ambigua, la referencia que efectúa 'a establecer compensaciones a favor de otros legitimarios', conduciría a entender que solo estos podrían ser parte (del pacto).

2) El propio Código señala que no es necesario que participen el futuro causante y su cónyuge. Ahora bien, la misma duda cabe respecto a la intervención de todos los legitimarios. El Código no dice —como en otras legislaciones— que deba ser suscripto por todos ellos. Así, podría presentarse el caso de un padre que a los fines de resolver la gestión del emprendimiento productivo que explota junto a uno de sus hijos, celebra un 'pacto de familia' exclusivamente con él. En la medida que ello no trasgreda los límites que luego se verán, se entiende que no cabría reproche alguno.

3) (...) requieren para su validez que no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros. Aquí se pone de manifiesto con marcada intensidad los límites a la autonomía de la voluntad, que imponen un diseño cuidado y circunstanciado de cada pacto (...)" [\(17\)](#).

V. Conclusiones

El objetivo de este trabajo apuntó a visibilizar instrumentos para lograr que el tránsito de la indivisión postcomunitaria a la partición transcurra evitando los conflictos cuando se encuentran involucradas empresas familiares para evitar no solo su desmembramiento, sino también los conflictos personales entre los involucrados. En ese camino, el fenómeno de la contractualización de las relaciones familiares se abre paso en el entendimiento y la convicción de las enormes ventajas de acordar o reglar derechos y obligaciones entre los

involucrados en una situación que los obliga a transitarla de manera común, antes de la presentación del conflicto.

[\(A\)](#) Doctora en Derecho (UNR). Profesora titular de Derecho Civil VI, Facultad de Derecho (UNR). Directora de la Especialización en Derecho Sucesorio, Facultad de Derecho (UNR).

[\(AA\)](#) Profesora asociada A/C cátedra Civil V, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Catamarca.

[\(1\)](#) La totalidad de los gananciales existentes a la extinción del régimen de comunidad; los frutos de los bienes gananciales o de los bienes propios que se hubieran devengado antes de la extinción, aunque sean percibidos después, conforme surge del art. 485 del Cód. Civ. y Com. Ahora bien, los frutos de los bienes gananciales y los frutos de los bienes propios devengados después de la extinción serán propios; los bienes adquiridos por causa o título anterior a la extinción de la comunidad; los bienes que ingresan por subrogación de bienes gananciales, conforme el art. 465, inc. f), del Cód. Civ. y Com.; los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos antes de extinción de la comunidad; las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original; los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad; lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio; etc.

[\(2\)](#) Contenidas en el Libro V, "Transmisión de derechos por causa de muerte", título VI, "Estado de indivisión", arts. 2323 y cons., que se desarrollan brevemente en los párrafos que siguen.

[\(3\)](#) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho civil, derecho de familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. 1, ps. 624-644.

[\(4\)](#) En el desarrollo de este apartado se reproducen algunos párrafos de MOLINA DE JUAN, Mariel — PERACCA, Ana, "Capítulo II, Régimen patrimonial del matrimonio, La indivisión poscomunitaria. Algunas reflexiones", en KEMELMAJER, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de derecho de familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, t. V-A, ps. 151/167.

[\(5\)](#) En el caso en que la comunidad se extinga por divorcio solicitado conjuntamente, será posible que los cónyuges acuerden las reglas de gestión y disposición de bienes gananciales (como uno de los temas consensuados en el marco del convenio regulador) y también que no lo hagan. Ello pues, aun cuando el convenio regulador es obligatorio, imposición que no se extiende al contenido del convenio. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. — HERRERA, Marisa, "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas", LA LEY del 17/03/2015, cita online: AR/DOC/754/2015; PELLEGRINI, María Victoria, "El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, Familia 2014 (diciembre), p. 75, cita online: AR/DOC/4291/2014, pudiendo los ex cónyuges acordar total o parcialmente lo atinente a la gestión de los bienes gananciales. De igual modo, quien demanda el divorcio unilateralmente podrá incluir en el marco del acuerdo regulatorio (requisito de proponibilidad de la demanda, art. 438, párr. 4º) su propuesta de regulación relacionada a las reglas de gestión de gananciales. En este caso, el juez correrá traslado a la otra parte para que exprese la aceptación o no de la propuesta. Si no se acepta, subsistirán las

normas del régimen primario y de la comunidad con las modificaciones introducidas en esta sección. Si el acuerdo es consensuado o presentado conjuntamente, deberá ser homologado por el juez para resultar exigible. "Cesada la comunidad, es posible que las partes dividan los bienes comunes en forma distinta y que se formen hijuelas de diferente valor, dado que ha finalizado la imperatividad del sistema. Rige aquí la autonomía de la voluntad, en la medida que también cesan, entre otras limitaciones, las restricciones para realizar compraventas, así como la incapacidad para hacerse mutuamente cesiones de derechos. Por eso, debe rechazarse la opinión de aquellos que entienden que el juez tiene la obligación de controlar si el acuerdo respeta el principio de la partición por mitades de los adquiridos". (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 33).

(6) RAMS ALBESA, Joaquín — MORENO MARTÍNEZ, Juan A., "El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)", Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 466.

(7) Disponer de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de aquella (art. 456, Cód. Civ. y Com.); la enajenación o gravamen de bienes registrables; de las acciones nominativas no endosables y las no cartulares (con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); de las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; de los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios y las promesas de los actos citados precedentemente. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores (art. 470, Cód. Civ. y Com.).

(8) Resulta claro que aquella podrá interponerse durante la vigencia del régimen de comunidad, pero resultará igualmente proponible durante la etapa de indivisión postcomunitaria. Ello pues el objetivo de esta figura es la protección de la integridad del patrimonio ganancial, derecho que, si durante la comunidad es eventual, cuanto más resulta exigible una vez extinguida aquella. Amén de que, al no distinguir la norma, no le cabe al intérprete efectuarlo. Debe tenerse en cuenta, además, que por aplicación del art. 2543, inc. a, Cód. Civ. y Com., el curso de la prescripción entre cónyuges se suspende durante el matrimonio (supuesto en que la acción de fraude se iniciara vigente la comunidad). Disuelto aquel, corresponde aplicar el plazo de dos años (art. 2562, inc. f, Cód. Civ. y Com.), por tratarse de una petición que tiene por efecto la declaración de inoponibilidad de lo obrado por el cónyuge en fraude del peticionante. PERACCA, Ana G., comentario al art. 473, en HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 135.

(9) PERALTA MARISCAL, Leopoldo, "Régimen del bien de familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, ps. 137/138.

(10) La norma exige que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores; que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor y que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

(11) MEDINA, Graciela, comentario al art. 473, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora (dir.), ob. cit., t. I, ps. 791 y ss.

(12) PERACCA, Ana G, comentario al art. 483, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. III, p. 189.

(13) BELLUSCIO, César A., "Manual de derecho de familia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, 5ª ed. actualizada, t. II, p. 148, y en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 6, p. 237. También participa de este criterio IGNACIO, Graciela, "Los principios del derecho sucesorio y las acciones de sociedad anónima", DFyP 2012 (mayo), Ed. La Ley, p. 116. Cita online: AR/DOC/1436/2012.

(14) Superando la previsión del art. 6º de la ley 11.357, que limitara la responsabilidad del no contratante a los frutos de sus bienes.

(15) IGLESIAS, Mariana — KRASNOW, Adriana, "Derecho de las familias y las sucesiones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, punto 5.4.1.

(16) FORNIELES, Salvador, "Tratado de las sucesiones", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 302.

(17) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Objeto del contrato y planificación sucesoria (el pacto del art. 1010 del Cód. Civ. y Com.)", www.nuevocodigocivil.com/doctrina.

INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA Y EMPRESA DE FAMILIA: PROBLEMAS Y PROPUESTAS DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS

Mariana Iglesias¹

Ana G. Peracca²

Sumario: 1. Punto de partida- 2. Reglas durante el período de indivisión postcomunitaria (IPC)- 2.1. Deber de información- 2.2. Medidas protectorias- 2.3. Uso de los bienes indivisos- 2.4. Sistema de responsabilidad- 3. Reglas de la indivisión hereditaria- 4- La empresa de familia e IPC- 4.1. Metodología y contexto. 4.2. Herramientas de prevención y solución de conflictos en la indivisión postcomunitaria. 4.2.1. Instrumentos para el supuesto de indivisión postcomunitaria que NO se origina con la muerte. 4.2.1.1.El contrato en el marco del art. 482 del CCC. 4.2.2. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria en cualquiera de sus supuestos. 4.2.2.1. Cesión de bienes gananciales. 4.2.2.2. Partición provisional 4.2.3. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria cuyo origen es la muerte y se concretan durante el estado de indivisión. 4.2.3.1. Pacto de indivisión entre los coherederos. Partición de uso y goce. 4.2.3.2. Indivisiones hereditarias forzosas. 4.2.4. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria cuyo origen es la muerte y se concretan en vida de la persona y antes de disolución de la comunidad. 4.2.4.1. El art. 1010 CCyC

¹ Doctora en Derecho (UNR), Profesora Titular de Derecho Civil VI – Facultad de Derecho (UNR); Directora Especialización en Derecho Sucesorio Facultad de Derecho (UNR)

² Profesora Asociada A/C cátedra Civil V, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Catamarca

1. Punto de partida

Por efecto de la celebración del matrimonio, los cónyuges quedan sometidos a un estatuto personal, y también a un régimen económico que se encarga de regular las relaciones jurídicas entre sí y entre éstos y los terceros.

Asimismo, habiendo incorporado el CCyC la posibilidad de que los futuros contrayentes adscriban a uno de los regímenes matrimoniales admitidos (arts. 446 inc. d y 449) el régimen de comunidad deja de ser el único régimen patrimonial, para sumir el carácter de régimen legal supletorio (art. 463).

La característica de este último reside en la formación de una comunidad de bienes sobre los que se reconoce un derecho de participación (ganancialidad) que se materializa en el momento de la liquidación de la comunidad.

Luego, la comunidad sólo cesa por las causas establecidas en el art. 475 (muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, anulación de matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y por modificación del régimen matrimonial convenido), siendo su principal efecto el cese de la ganancialidad, cristalizándose la masa sujeta a partición y con ello los derechos que en común tienen los copartícipes sobre los bienes gananciales, por lo que las adquisiciones posteriores serán, en principio, personales de cada cónyuge.

Ahora bien, desde que se extingue la comunidad y hasta que se procede a su partición, acto jurídico mediante el cual el derecho ideal sobre los gananciales³ se concreta mediante la adjudicación de bienes determinados, la situación en la que se encuentran los bienes gananciales ha sido denominada por el CCyC como indivisión postcomunitaria.

El CCyC ha incorporado en el Libro II, Título II Régimen patrimonial del matrimonio, Capítulo 2 Régimen de comunidad, una Sección especial, la Sexta, dedicada a regular la “Indivisión postcomunitaria”, esto es las reglas que regirán durante el período comprendido desde la extinción del régimen de comunidad y hasta su partición.

³ La totalidad de los gananciales existentes a la extinción del régimen de comunidad; los frutos de los bienes gananciales o de los bienes propios que se hubieran devengado antes de la extinción, aunque sean percibidos después conforme surge del artículo 485 del CCyCN. Ahora bien, los frutos de los bienes gananciales y los frutos de los bienes propios devengados después de la extinción serán propios; los bienes adquiridos por causa o título anterior a la extinción de la comunidad; los bienes que ingresan por subrogación de bienes gananciales, conforme el art. 465, inc. f), del CCyC; los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos antes de extinción de la comunidad; las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original; g) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad; h) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio; etc.

A través de los arts. 481 al 487 el CCyC admite la existencia de una indivisión, donde los copartícipes o ex cónyuges tienen derechos en común sobre los bienes gananciales sin que exista división material de sus partes. De este modo pone fin a las divergencias doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica de este período que asimila a un supuesto de indivisión. Se trata por tanto de una universalidad jurídica integrada por los bienes gananciales de carácter transitorio, por tanto de división forzosa, que no trasciende respecto de terceros.

Importa recordar que el art. 481 establece un doble orden de regulación, según que la extinción de la comunidad opere por muerte (comprobada o presunta) o en vida de uno de los cónyuges. En el primer supuesto rigen las normas de indivisión hereditaria⁴, en el otro caso regirán las normas establecidas para la indivisión postcomunitaria.

De tal modo el CCyC recepta la posición que propiciara *distinguir la causa de extinción de la comunidad*. En caso que aquélla opera en vida de ambos esposos no se producía ninguna modificación de las relaciones que la titularidad originaria sobre los bienes gananciales permitió a cada cónyuge oponer frente a terceros, subsistiendo la separación de responsabilidades, en el entendimiento que la comunidad de derechos, a los efectos de la liquidación y partición de los bienes, era una "comunidad interna entre los cónyuges" que les permite asegurar sus derechos de participación pero *sin trascendencia* alguna hacia los terceros. Mientras que, si la extinción de la comunidad opera por la muerte de uno de los cónyuges, ingresan a la relación jurídica patrimonial los herederos del cónyuge premuerto, alterándose las relaciones originarias de titularidad sobre los bienes de aquél (los que son transmitidos a sus herederos por sucesión universal) y con ello las normas aplicables, existiendo en este supuesto una verdadera indivisión postcomunitaria, resultando aplicables las normas del proceso sucesorio, de modo que las deudas del difunto deberán satisfacerse con imputación al acervo y serán ejecutables sobre la masa compuesta por los bienes propios del difunto y los gananciales de cualquier titularidad⁵.

2. Reglas que rigen durante el período de indivisión poscomunitaria (IPC)⁶

2.1. Introducción

El art. 482 reconoce a los "ex cónyuges" la facultad para celebrar acuerdos de gestión si junto a la extinción del régimen de comunidad también opera la extinción del vínculo

⁴ Contenidas en el Libro V "Transmisión de derechos por causa de muerte", Título VI Estado de indivisión, arts. 2323 y ccs.) que se desarrollan brevemente en los párrafos que siguen

⁵ ZANNONI, Eduardo A. "Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo 1, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1989, p. 624/644.

⁶ En el desarrollo de este apartado se reproducen algunos párrafos de MOLINA de JUAN, Mariel y PERACCA, Ana, *Capítulo II Régimen patrimonial del matrimonio, La indivisión poscomunitaria. Algunas reflexiones*, en KEMELMAJER-HERRERA-LLOVERAS (Dir) Tratado de Derecho de Familia, t. V-A, p. 151/167, Rubinzal Culzoni, Bs. As, 2016.

matrimonial (divorcio y nulidad de matrimonio). De esta forma, se recepta una práctica auspiciosa en la cual los acuerdos entre los ex cónyuges se convierten en una pieza esencial en este período, habiendo sido determinante la doctrina judicial cada vez más flexible a reconocer virtualidad a estos convenios, lo que representa una decisión legislativa coherente con la realidad social y respetuosa de la libertad de decisión de los copartícipes que protege adecuadamente el interés familiar.

El carácter facultativo del acuerdo dota de elasticidad a su contenido que podrá ser total o parcial y contener reglas tanto de administración cuanto de disposición de los bienes comunes; por ejemplo, podrá acordarse quién se encarga de la administración de una de las fincas del patrimonio ganancial, o la percepción exclusiva de los frutos de un bien por parte de un copartícipe con o sin reconocimiento de canon por ello, etc.

El acuerdo de gestión de gananciales es válido y exigible entre las partes sin que se requiera para su eficacia homologación judicial, salvo que forme parte del Convenio regulador⁷ del divorcio que requerirá aprobación judicial para lograr eficacia jurídica y sólo podría ser revocado si se alegaren y probaran vicios de la voluntad, toda vez que reviste la naturaleza de un contrato al que las partes se someten voluntariamente, en consecuencia no existe impedimento para su modificación por reconocer fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.

No existiendo acuerdo sobre el modo de gestión de los bienes en la etapa de IPC, los cónyuges siguen sometidos a las normas a las que se hallaban sujetos vigente la comunidad,

⁷ En el caso que la comunidad se extinga por divorcio solicitado conjuntamente, será posible que los cónyuges acuerden las reglas de gestión y disposición de bienes gananciales (como uno de los temas consensuados en el marco del convenio regulador) y también que no lo hagan. Ello pues aun cuando el convenio regulador es obligatorio, imposición que no se extiende al contenido del convenio (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída Rosa-HERRERA, Marisa *Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas*; La Ley 17/03/15, Cita Online: AR/DOC/754/2015. PELLEGRINI, María Victoria, *El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, Familia 2014 (diciembre), 75. Cita Online: AR/DOC/4291/2014) pudiendo los ex cónyuges acordar total o parcialmente lo atinente a la gestión de los bienes gananciales.

De igual modo quién demanda el divorcio unilateralmente podrá incluir en el marco del acuerdo regulatorio (requisito de proponibilidad de la demanda, art. 438 4º párrafo) su propuesta de regulación relacionada a las reglas de gestión de gananciales. En este caso el juez correrá traslado a la otra parte para que exprese la aceptación o no de la propuesta. Si no se acepta, subsistirán las normas del Régimen Primario y de la comunidad con las modificaciones introducidas en esta sección. Si el acuerdo es consensuado o presentado conjuntamente deberá ser homologado por el Juez para resultar exigible. “Cesada la comunidad, es posible que las partes dividan los bienes comunes en forma distinta y que se formen hijuelas de diferente valor, dado que ha finalizado la imperatividad del sistema. Rige aquí la autonomía de la voluntad, en la medida que también cesan, entre otras limitaciones, las restricciones para realizar compraventas así como la incapacidad para hacerse mutuamente cesiones de derechos. Por eso, debe rechazarse la opinión de aquellos que entienden que el juez tiene la obligación de controlar si el acuerdo respeta el principio de la partición por mitades de los adquiridos” (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino*, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, INFOJUS, Bs. As, 2014, p. 33.

disposiciones que se complementarán con las incorporadas en la Sección 6ª “La indivisión postcomunitaria”.

La norma hace referencia a los supuestos de extinción en vida: divorcio, nulidad de matrimonio, separación judicial de bienes y opción por el régimen de separación de bienes. De la enumeración surge que algunas causales lo son también del matrimonio y otras no. En consecuencia cabe efectuar algunas precisiones:

(i) Si el matrimonio continúa vigente, se aplican las disposiciones generales contenidas en las Disposiciones Comunes, consagradas en la Sección 3ª (art. 455 y ss) también denominado Régimen Primario relativas a la protección de la vivienda, la contribución de las cargas, la solidaridad por las deudas contenidas en el núcleo duro del régimen patrimonial. En cambio, si el matrimonio no continúa vigente la subsistencia de tales disposiciones no tendrían razón de ser (ya no hay un grupo familiar conviviente que justifique su aplicación).

(ii) Si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes, razones de toda lógica harían necesario liquidar los bienes de la comunidad al momento de ejercer la opción para que ingresen al nuevo régimen con carácter de personales. De ello deriva que la inexistencia, técnica, de una etapa de IPC, frente a la imposibilidad material de aplicar las reglas de aquélla en forma paralela a las reglas propias del sistema de separación de bienes al que los cónyuges adscriben por efecto de la convención matrimonial.

En consecuencia, las reglas de gestión delineadas para la indivisión postcomunitaria cobran relevancia en los casos de extinción en vida de la comunidad y también cuando se extinga el matrimonio.

2.2. Deber de información, del titular de bienes gananciales, sobre la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria (art. 482 2º p).

Al igual que en el régimen derogado, el CCyC distingue entre actos de administración y disposición con un criterio esencialmente económico, sin acudir a una definición jurídica. Simplificando la cuestión, de los distintos criterios propuestos se extrae la idea de que la administración extraordinaria comprende aquellos actos o negocios que entrañen un mayor peligro para la economía del consorcio. Así se consideran de ordinaria administración todos los actos relativos a la esfera normal de desenvolvimiento de la economía doméstica, en los cuales se encuentran comprendidos los actos de conservación y mantenimiento del patrimonio

común. Por el contrario, son de administración extraordinaria todos los actos que comportan decisiones de fondo y que como tales pueden condicionar el desarrollo de la familia⁸.

Durante la vida de la comunidad, la gestión de los bienes gananciales está en cabeza del cónyuge titular, ello sin perjuicio de la restricción al poder dispositivo que requiere contar con el asentimiento del no titular para ejecutar determinados actos⁹ que implican disposición o administración extraordinaria. Tal exigencia se funda en la necesidad de prevenir la concreción de actos que pudieran perjudicar al cónyuge no titular del bien, rodeando la disposición de los bienes gananciales de un halo protector constituido por la intervención del no titular para asegurar el respeto de su derecho a la ganancialidad.

Extinguida la comunidad se actualiza el derecho a los gananciales de titularidad del otro. Por tanto, deben agudizarse los mecanismos de control de la gestión de sus actos. En esta etapa no solo debe prestarse el asentimiento para aquellos actos que el art. 470 CCyC sino que además se impone un deber de informar con antelación razonable, la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

El alcance de este deber implica que la comunicación sea fehaciente y aún cuando la norma no fije plazo, debe ser razonable, cuestión que dependerá del tipo de acto que se pretenda realizar.

Además, la norma acuerda al copartícipe del titular del bien, el derecho a oponerse a tal decisión cuando el acto proyectado vulnera sus derechos. La oposición podrá judicializarse mediante la promoción de una medida cautelar de no innovar (art. 722 CCyC).

La incorporación de esta regla tuvo en miras evitar la posibilidad de fraude durante esta etapa, estableciendo un deber de transparencia, consistente en informar al otro con debida antelación de la intención de otorgar determinados actos que, por ser de administración extraordinaria (disposición) reconocen mayor margen de actuación al titular (que si se tratarán de actos de administración ordinaria (conservación), y no estando vigente la restricción que impusiera contar con el asentimiento del no disponente para dotar de eficacia al acto, podrían comprometer la intangibilidad del patrimonio sujeto a división.

⁸ RAMS ALBESA, Joaquín. MORENO MARTINEZ, Juan. Antonio, *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 466.

⁹ Disponer de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de aquélla (art. 456 CCyC); la enajenación o gravamen de bienes registrables; de las acciones nominativas no endosables y las no cartulares (con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824); de las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; de los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; y las promesas de los actos citados precedentemente. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores (art. 470 CCyC).

Si no obstante la oposición, el acto de administración extraordinaria se ejecuta, entendemos que, teniendo presente el plazo de caducidad de 6 meses para el planteo (computado desde que se conoció el acto pero no más allá de la extinción del régimen) el perjudicado podría invocar la inoponibilidad del negocio por fraude, en los términos acordados por el art. 473: “*Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo*”. Si bien esta acción se encuentra prevista durante la vigencia de la comunidad, nada impide su planteo en la etapa de la indivisión.¹⁰

En este caso la protección legal opera sólo frente a ciertas personas; siendo la constitución del acto válida y subsistente, pero resultando ineficaz respecto de aquellos acreedores para los cuales no produce sus efectos propios. Frente a los otros, la afectación se mantiene plenamente vigente.¹¹

Trátase de un tipo especial de fraude (entre cónyuges), con el fin de impedir maniobras de las que uno intente valerse para evitar la aplicación del régimen de comunidad, preservando la integralidad del patrimonio ganancial. Se relaciona con el fraude a la ley contemplado en el art. 12 CCyC, por tanto no requiere la satisfacción de los requisitos del fraude a los acreedores contemplados en el art. 439 CCyC¹². Ello así pues, mientras que la finalidad de la acción pauliana es evitar la insolvencia del deudor, la acción de fraude entre cónyuges persigue proteger los derechos de participación en los gananciales, sin perjuicio de que el consorte sea o no insolvente.

El CCyC adhiere a la postura amplia sostenida en general, por la doctrina autoral, considerando que la acción de fraude entre los cónyuges tiene un sentido propio, al que sólo se le pueden aplicar las normas de fraude entre los acreedores en la medida que sean compatibles con la naturaleza de los derechos e intereses en juego pues, el objeto de aquélla

¹⁰ Resulta claro que aquélla podrá interponerse durante la vigencia del régimen de comunidad, pero resultará igualmente proponible durante la etapa de indivisión postcomunitaria. Ello pues el objetivo de esta figura es la protección de la integridad del patrimonio ganancial, derecho que si durante la comunidad es eventual, cuanto más resulta exigible una vez extinguida aquélla. Amén de que al no distinguir la norma no le cabe al intérprete efectuarlos. Debe tenerse en cuenta además, que por aplicación del art. 2543, inc. a, CCyC, el curso de la prescripción entre cónyuges se suspende durante el matrimonio (supuesto en que la acción de fraude se iniciara vigente la comunidad). Disuelto aquel, corresponde aplicar el plazo de dos años (art. 2562, inc. f, CCyC), por tratarse de una petición que tiene por efecto la declaración de inoponibilidad de lo obrado por el cónyuge en fraude del peticionante (PERACCA, Ana G. comentario al art. 473, en AAVV, HERRERA-CARAMELO-PICASSO (Dir) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, INFOJUS, Bs. As., 2015, t. II, p. 135.

¹¹ PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Régimen del bien de familia*; cit. p. 137/138.

¹² La norma exige: Que *el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores; que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor; y que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.*

es proteger “la integridad del patrimonio común” y no la mera satisfacción de un crédito determinado¹³.

La acción pauliana contemplada en los arts. 338 al 342 CCyC, protege a los acreedores quirografarios frente a actos de su deudor que lo ubicarían en insolvencia la que provocada fraudulentamente, da sustento a la inoponibilidad de aquéllos; mientras que la acción de fraude entre cónyuges, se otorga para proteger los derechos de participación en los gananciales independientemente, de si el consorte está o no en insolvencia.

De modo que al guardar silencio el CCyC en cuanto al carácter que debe presentar el tercero (buena o mala fe) o el acto (título gratuito u oneroso), el acto siempre resultará inoponible resultando indiferente las circunstancias del tercero.

2.3. Medidas protectorias de los bienes comunes (art. 483)

De otra parte, el CCyC reconoce el derecho a peticionar durante la IPC, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, dos figuras específicas para garantizar el derecho a la ganancialidad de los copartícipes. Ellas procuran resguardar la intangibilidad del valor del patrimonio sujeto a división y asegurar la tutela efectiva del derecho a recompensas.

Las medidas autorizadas por el CCyC en los arts. 479, 483 y 722, reconocen carácter instrumental, por cuanto se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente para garantizar el derecho de participación en los gananciales, piedra angular sobre la que se asienta el sistema de comunidad, y prevalecerán frente a las disposiciones contenidas en los ordenamientos procesales locales relativas a la caducidad de las medidas cautelares (en el caso del art. 207, CPCCN, en cuanto refiere al plazo de diez días desde su traba) por referir tal término a obligaciones exigibles, carácter que no se concilia con las obligaciones familiares¹⁴.

Tratándose de tutelas especiales previstas por el CCyC en el marco regulatorio propio del régimen patrimonial del matrimonio, deben mantener su vigencia por el plazo señalado por el Juez, para evitar perjuicios *sine die* al afectado y el ejercicio de conductas abusivas por parte del peticionante de la medida.

Las medidas protectorias glosadas refuerzan el principio de que la partición de los bienes gananciales luego de extinguida la comunidad- y el vínculo matrimonial- no requiere ser inminente. Cuestión diferente es si los cónyuges acuerden la modificación del régimen de comunidad por el de separación de bienes, pues su resultado indicará el patrimonio personal de cada cónyuge con el que se ingresa al nuevo régimen.

¹³ MEDINA, Graciela, comentario al art. 473, en AA VV KEMELMAJER-HERRERA-LLOVERAS (Dir) *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, santa Fé, año 2017.t. I, p. 791 y ss.

¹⁴ PERACCA, Ana G, comentario al art. 483, en AA VV, LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe., enero 2015 t. III, p. 189.

La disposición incluye como medida “protectoria” la posibilidad de solicitar autorización para realizar por sí un acto para el que sería necesario contar con el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada.

En esta etapa, el derecho a la ganancialidad se ha actualizado, de modo que existe una suerte de copropiedad sobre los bienes sujetos a partición que obliga a sus titulares a actuar con diligencia en resguardo del derecho de participación del no titular. Se trata del deber impuesto al titular del bien en el art. 482, segundo párrafo, analizado anteriormente, es decir, de comunicar la intención de otorgar actos de administración extraordinaria (disposición) al otro copartícipe.

2.4. Uso de los bienes indivisos (art. 484 CCyC).

Otra de las reglas incorporadas en la Sección especial dedicada al período de IPC, es la contenida en el art. 484 CCyC que reconoce el derecho a cada copartícipe de usar y disfrutar exclusivamente, conforme su destino y en la medida compatible con los derechos del otro, no sólo los bienes indivisos de su titularidad sino los de titularidad del otro también. La norma no distingue.

La solución recoge la copiosa jurisprudencia que admitía el reclamo de un canon locativo por el uso exclusivo de un bien ganancial; si no se reclama se presume conformidad con el uso –de igual modo que acontece entre condóminos- de allí que la obligación nace desde que se reclama el pago por un medio fehaciente.

Los copartícipes pueden convenir la extensión y modalidad de este derecho. Tal será el supuesto en que la exclusividad del uso del bien reconozca origen en un acuerdo de gestión de gananciales (arts. 482 y 484 CCyC) o en el convenio regulador en el marco del juicio de divorcio (art. 438 CCy C), casos en que el derecho deberá integrar tales pactos.

Si el derecho de uso y goce se ejerce en medida o calidad diversa a la convenida, el Código habilita al otro copartícipe a deducir oposición fehaciente con carácter previo para ejercer el derecho a hacerlo cesar y obtener reparación por ello.

2.5. Sistema de responsabilidad durante la indivisión postcomunitaria

La extinción de la comunidad tiene como principal consecuencia el cese de la ganancialidad y, con ello, la cristalización del activo y del pasivo comunitario, existiendo consenso doctrinario en que aquél se encuentra integrado por las *“obligaciones contraídas durante la comunidad y no extinguidas* (que son comunes, art. 489 inc. a) y las que nacen durante la indivisión y con motivo de ella (sea por la actuación conjunta de los copartícipes,

derivadas de la administración de los bienes, o por responsabilidad extracontractual vinculadas a las cosas integrantes de la indivisión)¹⁵.

A esta altura resulta vital recordar que el art. 481, efectúa una remisión a las normas sucesorias cuando aquella opera por muerte de los cónyuges. Mientras que el art. 486 regula el pasivo de la comunidad extinguida en vida de los copartícipes previendo que “En las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467 sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común”.

De esta forma, el CCyC diferencia las dos cuestiones involucradas: i) la cuestión de la “obligación” (quién debe afrontar la deuda, qué patrimonio puede agredir el acreedor: responsabilidad separada y por excepción solidaria) y ii) la cuestión de la “contribución” (a qué masa se afectan finalmente las deudas, arts. 489 y 467 2º párrafo).

Por consiguiente la libertad para acordar las reglas de gestión extinguida la comunidad reconocida a los copartícipes por el art. 482 CCyC, contiene un claro límite: la subsistencia de las reglas de responsabilidad, solución que engarza con todo el sistema de responsabilidad por deudas vigente entre los miembros de cualquier pareja (matrimonial o convivencial).

En consecuencia, también durante la IPC las masas que titulariza cada cónyuge no pierden su propia individualidad frente a terceros, por lo cual cada una de ellas continúa siendo garantía de las obligaciones por él contraídas. A raíz de ello, los acreedores del cónyuge deudor podrán agredir todo su patrimonio siendo indiferente el carácter propio o ganancial de los bienes, pues lo que interesa realmente es la titularidad del bien, no su calificación.

Cuestión diferente es el tema de las cargas que recién juega al tiempo de la liquidación, haciendo pesar sólo las deudas comunes (art. 489 CCyC) en el haber ganancial y, en el caso de haberse empleado fondos gananciales para solventar deudas personales del cónyuge (art. 490 CCyC) se actualizará el derecho de recompensa a favor del otro consorte (art. 491 CCyC).

El principio señalado admite excepciones, sobre las que pueden efectuarse algunas reflexiones:

¹⁵ BELLUSCIO, César A. *Manual de Derecho de Familia*, 5º ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1993, t. II, p. 148; y en BELLUSCIO (Dir) ZANNONI (Coord.) *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1986, t. 6, p. 237. También participa de este criterio IGNACIO, Graciela, *Los principios del derecho sucesorio y las acciones de sociedad anónima*, Revista de Derecho de Familia y las Personas”, DFyP 2012 (mayo), Ed. la Ley, p. 116. Cita Online: AR/DOC/1436/2012.

(i) Con respecto a las obligaciones contraídas para el sostenimiento del hogar y los hijos (art. 461 1º párrafo), se impone la solidaridad. Sin embargo, en caso que la extinción comunitaria coincida con la del vínculo matrimonial, no debe perderse de vista que también cesa el funcionamiento del régimen primario y no hay ya deber de contribución en los términos del art. 455 CCyC. En consecuencia, esta solidaridad pasiva podría verse limitada a las necesidades de los hijos comunes (con los alcances previstos en el art. 658 CCyC). Tampoco habría obligación solidaria en relación con los gastos del sostenimiento del otro cónyuge o del hogar que habita (ya que no hay hogar común) ni de los hijos que no son comunes.

(ii) En cambio, si subsiste el vínculo matrimonial (separación de bienes o modificación de régimen consensuada por los cónyuges) el deber de contribución se mantiene incólumne por integrar una regla contenida en el denominado “Régimen Primario”. De modo que, la solidaridad legal mantendrá la extensión de que gozaba vigente la comunidad sea respecto de deudas contraídas durante la vigencia de la comunidad o una vez extinguida aquélla.

La subsistencia de la solidaridad legal durante el período de IPC con los alcances efectuados supra, implicará que el acreedor podrá exigir al copartícipe deudor, al otro, o a ambos, simultánea o sucesivamente (art. 833 CCyC), la satisfacción de la totalidad de su crédito. Sin perjuicio del derecho que le asiste al cónyuge no tomador de la deuda de requerir a quien la contrajo la acción de regreso para obtener la contribución correspondiente.

Con esta redacción, el código asume una posición más tuitiva de los intereses de los acreedores de este tipo de deudas imponiéndole una mayor responsabilidad al cónyuge no contratante que responde por ellas en forma solidaria sin limitaciones en su patrimonio¹⁶.

(iii) La responsabilidad por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales sigue siendo concurrente (*art. 467 2º párrafo*). Esta es la segunda excepción al principio de responsabilidad separada concuerda con la previsión del art. 465 inc. c), que pondera gananciales los frutos de los bienes de los cónyuges. De tal manera, beneficiándose ambos por lo que tales bienes producen, resulta lógico que ambos consortes deban concurrir a la conservación de tales bienes con el patrimonio común.

Resulta claro que el copartícipe deudor responde con todos sus bienes (sin distinción entre propios y gananciales) mientras que la norma limita el patrimonio de agresión del copartícipe que no contrajo la deuda a sus bienes gananciales.

¹⁶ Superando la previsión del art. 6 de la ley 11.357 que limitara la responsabilidad del no contratante a los frutos de sus bienes.

3. Reglas de la indivisión hereditaria

Tal como hemos destacado, cuando la indivisión postcomunitaria tiene su origen en la muerte, la misma se rige por las reglas de la indivisión hereditaria.

El estado de indivisión propone numerosas reglas para la administración de la herencia (2345 a 2355/2323 a 2327), a las indivisiones forzosas (2330 a 2334), al uso y goce de los bienes indivisos (2328) y al tratamiento de los frutos de propiedad de la indivisión (2329).

Respecto a la administración de la sucesión, el Código prevé dos clases de administración de la herencia: extrajudicial y judicial. La extrajudicial se manifiesta —según expresa el art. 2323 del CCyCN— "[...] en toda sucesión en la que hay más de un heredero, desde la muerte del causante hasta la partición, [...] [y] no hay administrador designado".

Aunque no surja expresamente del texto transcrito, se puede inferir que resultarán aplicables las reglas de la administración extrajudicial cuando no se haya designado un administrador judicialmente. Esto significa que podría transitarse la totalidad del estado de indivisión con un administrador extrajudicial.

El Código también admite la designación de un administrador judicial. Se lo debe solicitar a través de un incidente de administración, ante el juez del último domicilio del causante. Puede ser provisional o definitivo. Es provisional si el nombramiento se produce desde la muerte de la persona hasta la declaratoria de herederos, y definitivo cuando se desempeña a partir de entonces y hasta la partición.

En síntesis, la indivisión poscomunitaria cuyo origen es la muerte, se regirá por las normas que acabamos de describir en apretada síntesis

4. La empresa de familia y la indivisión postcomunitaria

4.1. Metodología y contexto

En el contexto descripto de la IPC, en cualquiera de sus versiones, resultan habituales las complicaciones de toda índole. Pero la cuestión se agrava cuando, se transita este período y en el patrimonio existe una empresa de familia, dado que no solamente está en juego el patrimonio ganancial, sino también la propia Empresa.

Va de suyo que dicho escenario obliga a las partes, a la generación de acuerdos a fin de evitar la judicialización por el enorme impacto que ello podría generarle a la Empresa, y a los abogados a proponer las herramientas necesarias para ello.

Generar estrategias de prevención de conflictos a través de la adecuada elección de instrumentos al efecto, es el objetivo de este trabajo, cobrando particular relevancia el fenómeno de la contractualización de las relaciones familiares.

Por último, abordaremos los instrumentos clasificando las situaciones.

4.2. Herramientas de prevención y solución de conflictos durante la IPC

4.2.1. Instrumentos para el supuesto de indivisión postcomunitaria que NO se origina con la muerte

4.2.1.1. El contrato en el marco del art. 482 del CCC

Como apuntáramos en el desarrollo del apartado 2 del presente los copartícipes podrán acordar los términos en que, en el caso analizado, gestionarán las cuestiones relativas a la continuidad de la empresa familiar durante el periodo de indivisión, actuando como único límite a ello la inalterabilidad de las reglas de responsabilidad previstas por el Código Civil y Comercial plenamente vigentes durante este período de indivisión.

4.2.2. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria en cualquiera de sus supuestos

4.2.2.1. Cesión de bienes gananciales

El artículo 2308 del CCyC expresa que *“Las disposiciones de este título se aplican a la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria que acaece por muerte del otro cónyuge”*.

Esto significa que, extinguida la comunidad en cualquiera de sus formas, durante la IPC podría recurrirse a la cesión de bienes gananciales, resultando una opción a los efectos de evitar conflictos en la gestión de la Empresa de Familia durante este período. Claro que tal instrumento solo podrá utilizarse cuando los ex cónyuges o el cónyuge supérstite y los herederos estén dispuestos a desprenderse del patrimonio ganancial o hereditario –según el caso-, el que también incluye la Empresa. Por supuesto que esta propuesta requiere algunas precisiones.

La cesión de gananciales se rige por las disposiciones que regulan a la cesión de herencia en tanto evidencian la misma naturaleza jurídica.

En consecuencia el contrato de cesión de gananciales debe realizarse antes de la partición, es decir durante la indivisión; el objeto de este acuerdo no puede ser un bien determinado sino la porción alícuota que le corresponda al cedente como socio de la comunidad ganancial, ello pues *“El objeto de la cesión de derechos hereditarios no son los bienes o derechos *ut singuli* comprendidos en la herencia cedida, sino el todo o una parte alícuota, en su consideración *ut universitatis*. Por lo tanto, si el contenido de la sucesión universal recae sobre el todo o la parte alícuota del patrimonio del causante, eso es precisamente lo que se cede, sin consideración al contenido particular de la misma¹⁷”*.

¹⁷ IGLESIAS, Mariana- KRASNOW, Adriana *“Derecho de las Familias y las Sucesiones”*, La Ley, Buenos Aires, 2018, punto 5.4.1.

Por ende, si bien proponemos este contrato a los efectos de evitar futuros conflictos en la empresa familiar por problemas entre los herederos, no se nos escapa que no podría realizarse una cesión de gananciales para ceder exclusivamente la Empresa de Familia, dejando fuera de dicho contrato el resto de los bienes gananciales. Resulta claro el Código cuando en su artículo 2309 expresa que: *“La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”*.

Sin embargo, podría cederse la totalidad de la cuota parte que corresponde al supérstite o al herederos –en donde se encuentre incluida la Empresa en cuestión- ofreciendo un precio acorde con el patrimonio que se cede, el que podría abonarse de contado o también en cuotas –si las partes se ponen de acuerdo en ello- las que, para evitar la depreciación monetaria, podría hacerse tomando valores de referencia según el giro de la Empresa, por ejemplo si se trata de una agropecuaria el equivalente al valor de soja, si es una metalúrgica el del acero, etc.

También en el caso de la indivisión que se genera por muerte, podrían cederse los derechos hereditarios y no los gananciales o viceversa. Ello daría margen –según el caso concreto- a transferir aquellos derechos en los que se encuentre la Empresa como un todo y retener los otros. Así por ejemplo si la Empresa de Familia es ganancial pero el cónyuge fallecido tiene a su vez bienes propios podría ceder unos y no otros.

4.2.2.2. Partición provisional

La partición provisional también es una herramienta indiscutiblemente adecuada para la indivisión poscomunitaria ya sea para el caso de disolución de la comunidad por muerte o en vida de los cónyuges. En el primer caso no caben dudas habida cuenta que se encuentra regulado en el CCC dentro de la partición hereditaria. En el segundo caso tampoco como consecuencia del art. 500 del CCC que expresa que: *“Forma de la partición. El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias”*. No caben dudas de la aplicabilidad a ambos supuestos.

Ahora bien, quizás el vocablo “partición” haga pensar que salimos de la esfera de la indivisión poscomunitaria, pero demostraremos que no.

El art. 2370 del CCyCN regula esta categoría: “[l]a partición se considera meramente provisional si los copartícipes sólo han hecho una división del uso y goce de los bienes de la herencia, dejando indivisa la propiedad. La partición provisional no obsta al derecho de pedir la partición definitiva”.

Es decir, que la partición será meramente provisional cuando solamente se divida el uso y goce, pero no el dominio. Es una partición que muy bien podría ser utilizada en el caso de la empresa familiar. La partición es definitiva cuando se pone fin a la indivisión, que es lo que no ocurre con la provisional. La consecuencia principal de la partición provisional radica en evitar los efectos de la indivisión —tal el caso de la gestión de la empresa— sin tomar la decisión sobre una división de bienes definitiva —en la que por supuesto quedaría incluida también la empresa—, que impida volverse atrás en cuanto a la elección de los bienes adjudicados en la hijuela.

Por más de que se haya solicitado la partición provisional, nada obsta a que, en cualquier momento, alguno de los coherederos pueda peticionar la partición definitiva de los bienes.

Esta última no necesariamente debe realizarse de manera idéntica a la provisional. Es decir, que la división provisional realizada no obliga al heredero si no desea repetir dicho esquema. Una cosa es la decisión que se tome en cuanto a la partición provisional cuya esencia es la provisoriedad (como su nombre lo indica), y otra diferente es la definitiva, donde la decisión debe ser más meditada, dado que luego no hay posibilidad de arrepentimiento.

Este modo de partir resulta de mucha utilidad combinado con otros modos de partir. Volviendo al ejemplo de la Empresa de familia, puede ocurrir que los coherederos estén de acuerdo con la división de todos los bienes a excepción de la empresa, cuya división resulta muy dificultosa, ya que no siempre es matemática, pues depende además de otros factores, tales como el valor de la misma, etc. En este caso, se complementarían las normas de la partición parcial (ya que dividen todos los bienes, menos la Empresa) y la partición de uso y goce (con relación exclusivamente a la empresa).

De esta forma, y aun quedando en estado de indivisión con relación a la Empresa, no tienen ningún tema de administración en común, y, conforme al art. 2329 del CCyC (según el cual "[l]os frutos de los bienes indivisos acrecen a la indivisión, excepto que medie partición provisional"), el producido de la Empresa le corresponde al cónyuge o los herederos según lo previsto en la partición provisoria.

Puede agregarse otra previsión. Si los coherederos no quieren verse sobresaltados de manera más o menos mediata con este tema de la partición, pueden pactar, a su vez, una indivisión hereditaria por diez años, de acuerdo con el primer párrafo del art. 2331 del CCyC, que expresa que "[l]os herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, *sin perjuicio de la partición*

provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes". Extremo que ya lo hemos abordado.

En cuanto a la forma en que se puede realizar la partición provisional debemos remitirnos al artículo 2369, primer párrafo, del CCyC, se refiere a la partición privada y expresa que "[s]i todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes [...]".

La norma deja en claro que, si los coherederos y el cónyuge están presentes y son capaces, gozan de la más absoluta libertad de contratar. Es decir, que eligen la forma que más les conviene para dividir. Incluso (y creemos que, de alguna manera, constituye la síntesis de esta forma de partir), hasta podrían adjudicarse lotes desiguales. Fornieles, al respecto, expresa que "[u]na partición así sería inatacable, aunque no se hubiera dicho expresamente que se hacía con conocimiento de la diversidad de valores, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se adjudica"¹⁸.

Es más podrían realizarlo mediante instrumento privado, si reúnen los requisitos de para llevar adelante la partición privada, dada la libertad de formas que impone el art. 2369 CCyC. Sin perjuicio de ello también podría hacerse mediante *escritura pública*, de acuerdo con el art. 1017 del CCyC inc. a) o también acompañar el *instrumento privado al juez de la sucesión o del divorcio*. Por más que la norma no lo diga expresamente, así surge de manera implícita,

4.2.3. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria cuyo origen es la muerte

4.2.3.1. Pacto de indivisión entre los coherederos. Partición de uso y goce

El art. 2331 del CCyC autoriza a "*Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial. Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido. Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas.*"

Este es un contrato realizado entre los copartícipes, en el que acuerdan una indivisión total o parcial. La norma vuelve a estipular un máximo de diez años de duración de la indivisión, que puede renovarse por igual plazo.

¹⁸ FORNIELLES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, Ediar Ediciones, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 302.

La indivisión hereditaria puede pactarse de manera concomitante con una partición provisional, conforme surge del artículo. Esta última consiste en distribuirse entre los coherederos sólo el uso y goce de los bienes, pero no el dominio. Por ejemplo, pensemos en tres herederos que tengan un campo, que lo dividan en tres partes a los efectos de la explotación (partición de uso y goce), y, al mismo tiempo, pactan una indivisión hereditaria por diez años, para asegurarse que ninguno de ellos solicitará la partición definitiva de los bienes por dicho plazo.

En caso de no optar por acordar de manera conjunta la indivisión y la partición de uso y goce, convendría incluir en la indivisión reglas de administración. Así, volviendo sobre el ejemplo del campo, podría pactarse quién lo administrará, la forma de rendir cuentas, los plazos para cada rendición y las formas de pago del producido del campo, entre otros temas, que —por supuesto— tendrán que ver con los bienes que son objeto de la indivisión.

Como se trata de un pacto, los herederos pueden hacerlo sobre la totalidad de los bienes o sobre un bien determinado; en definitiva, sobre lo que acuerden. No tienen límite. De allí que también en caso de IPC por extinción comunitaria por muerte, podría mediante un contrato pactarse varios rubros a los efectos de evitar los problemas en el marco de la gestión

Estos convenios pueden ser realizados también por personas incapaces o con capacidad restringida. En estos casos, se requiere homologación judicial. Fuera de ello, no imponen forma alguna, ni tampoco que sean presentados ante el juez del sucesorio.

Al igual que en la indivisión generada por el testador, cualquiera de los herederos puede solicitar la partición antes del vencimiento del plazo pactado si median razones justificadas. Las causas que el heredero invoque a tales efectos deben ser analizadas con mucho recelo, ya que aquí estamos ante un contrato suscripto entre los herederos y por su propia voluntad. En consecuencia, debe tratarse de una situación muy excepcional, que amerite incumplir lo acordado.

4.2.3.2. Indivisiones hereditarias forzosas.

Otra propuesta a los efectos de evitar conflictos con la empresa de familia es a través de las indivisiones hereditarias forzosas. En estos casos, la indivisión puede extenderse como consecuencia de la voluntad del testador, de un pacto entre los herederos —aspecto que lo hemos desarrollado en el punto anterior—, de una oposición por parte del cónyuge o un heredero a la división de un establecimiento de cualquier índole, o de la oposición por parte del cónyuge a la partición de un bien determinado que constituyó la residencia habitual de los cónyuges.

Entendemos que la indivisión hereditaria solicitada por el cónyuge supérstite es una propuesta interesante y muy poco utilizada a los efectos de evitar la partición de la Empresa de Familia lo que determina que continúa en estado de indivisión.

Pero no todas resultarán aplicables a los fines que el presente persigue. Analicemos los supuestos, comenzando con la indivisión impuesta por el testador. El art. 2330 del CCyCN autoriza al testador a “... *imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista. En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad*”.

¿Es posible que la indivisión recaiga sobre un bien ganancial, de modo tal que impida la partición al cónyuge supérstite? Consideramos que no. La norma es clara en cuanto dice que el testador "puede imponer a sus herederos". En los bienes gananciales, el cónyuge no es heredero. Tampoco podría serlo sobre el cincuenta por ciento que corresponda a los herederos, porque la disolución operó luego de su muerte.

A su turno el art. 2332 del CCyC prevé “*Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote. Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación. En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento. Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión. El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido*

residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades.”

La indivisión pueda recaer sobre: a) *un establecimiento de cualquier índole en tanto constituya una unidad económica*, b) *partes o cuotas sociales o acciones de una sociedad*; c) *el bien que constituyó la residencia habitual de los cónyuges*.

El cónyuge sólo podrá solicitar estas indivisiones si cumple los requisitos que cada una de ellas requiere. Además, carece de este derecho si la indivisión solicitada recae sobre un bien que puede ser adjudicado en su hijuela. En este caso, la situación quedaría resuelta.

Si bien esta indivisión se requiere judicialmente igualmente importa una herramienta de prevención de la judicialización dado que lo que se discutirá no es un tema relativo a conflictos que generen el cónyuge supérstite o los herederos en el seno de la Empresa familiar, sino la cuestión relativa a la factibilidad o no de la indivisión.

Analizaremos los requisitos de cada uno de estos supuestos.

a) *Indivisión sobre un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica*. Claramente puede aplicarse para la Empresa de familia.

En esta opción, el cónyuge puede oponerse a la partición del establecimiento de cualquier índole que constituya una unidad económica si lo ha adquirido o constituido en todo o en parte, o si participa activamente en su explotación.

Tiene un plazo de diez años que puede ser prorrogado. Podría resultar preocupante que la prórroga se puede extender —si el juez lo autoriza— hasta la muerte del cónyuge. No sólo por la indivisión en sí misma, sino también porque durante su vigencia quien administra es el propio cónyuge.

La administración debe regirse por las normas de la administración judicial, y los magistrados deben ser muy rigurosos con la rendición y aprobación de las cuentas.

El juez puede hacer cesar esta indivisión si concurren causas graves. Por ejemplo, las deficiencias en la rendición de cuentas.

b) *Indivisión sobre las partes o cuotas sociales o acciones de una sociedad*. Para poder pedir esta indivisión el cónyuge supérstite debe ser el principal socio o accionista.

Resulta de aplicación todo lo analizado en el punto a).

Creemos también que la cuestión puede presentarse en relación a un heredero. Es decir se trata de una empresa de familia cuyo origen es ganancial, y no sea al cónyuge a quien le interese la Empresa de Familia sino a uno de los herederos. No debe olvidarse que, en estos casos, la IPC transita no entre los cónyuges sino entre el supérstite y los herederos del cónyuge fallecido.

El art. 2333 del CCyC prevé que un heredero pueda oponerse a que se incluya en la partición al establecimiento que constituye una unidad económica si antes de la muerte del causante ha participado activamente en la explotación de la empresa. No está incluida en la norma la posibilidad de solicitarlo respecto de las partes sociales, cuotas y acciones de sociedades.

La norma expresa que esa petición puede realizarla "en las mismas circunstancias que el art. 2332". Probablemente resulte poco feliz la expresión. Sin perjuicio de ello, esto implica que el pedido se otorga en las mismas condiciones que respecto del cónyuge. Por ende: a) el heredero no podrá solicitarlo si el establecimiento se le puede adjudicar en su lote; b) la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante y a pedido del heredero puede ser prorrogada judicialmente hasta su muerte, y c) el heredero tiene a su cargo la administración del establecimiento.

Puede resultar inquietante que el Código les otorgue tanto al cónyuge como al heredero la posibilidad de oponerse a la partición del establecimiento que forma una unidad económica, indivisión que en potencia puede ser vitalicia. Claramente, no se trata sólo de proteger al heredero o al cónyuge, sino también de preservar continuación de la empresa.

Ahora bien, ante el planteo judicial de una indivisión hereditaria, entendemos que puede podría revertirse este pedido a través de una atribución preferencial del establecimiento (conforme surge del art. 2380 del CCyCN). Ante estas dos pretensiones, creemos que debe darse prioridad a lo segundo. Claro está, en la medida en que se reúnan los requisitos que el artículo establece.

4.2.4. Instrumentos para el supuesto de indivisión hereditaria cuyo origen es la muerte y se concretan en vida de la persona y antes de disolución de la comunidad

4.2.4.1. El art. 1010 CCyC

El art. 1010 importa un pacto sobre herencia futura permitido y constituye una de las grandes novedades y ventajas que nos aporta el nuevo Código. Al respecto, la segunda parte de la norma establece "*Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión*

empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

Se trata de una herramienta de mucha utilidad, pero que solo podrá utilizarse si hubiera sido realizado el pacto en vida del propietario de la Empresa, cuando aún no estuviera disuelta la comunidad de ganancias.

Con este tipo de pactos, no sólo se intenta prevenir o solucionar conflictos propios de las transmisiones en las empresas de familia, sino también evitar la destrucción de la pequeña y mediana empresa derivada de peleas familiares, o por la imposibilidad de financiar compensaciones a herederos, entre otros tantos variados supuestos. Se trata de un instrumento verdaderamente preventivo desde que se realiza antes de que ocurran o pueda presentarse la situación problemática.

Mediante esta herramienta, se autoriza a organizar la transmisión no solo de la empresa sin que tenga impacto, conflictos ni crisis, sino también organizar la transmisión de la gestión de la misma, evitando que la muerte de alguno de sus propietarios atente contra el funcionamiento y aun contra la propia existencia de la empresa.

Los requisitos que deben cumplirse son los siguientes: 1) *Objeto* El pacto debe referirse a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo.

En este sentido, Carlos Hernández explica que [1]a referencia a [las participaciones societarias] deviene más precisa, en cuanto reenvía a la tipicidad propia del Derecho societario. En cambio, la primera [*explotación productiva*] expresa un concepto más abierto, al que igualmente es necesario perfilar en sus contornos.

Desde el punto de vista gramatical —y a partir del *Diccionario* de la Real Academia Española—, "explotación" significa "conjunto de elementos dedicados a una industria o granjería", en tanto que el vocablo "productiva" refiere a quien "tiene virtud de producir". En conjunto parecen aludir a la hacienda industrial o agropecuaria con aptitud de producir, que desborda las fronteras de la noción de empresa. En tal sentido se recuerda que el art. 320 del CCyC, referido a los obligados a llevar contabilidad, alcanza a los titulares de una empresa, pero excluye —*a priori*— a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se distingue, así, entre las actividades empresariales y aquellas cumplidas sin ese tipo de organización. Esta interpretación finalista y extensiva es la que debe ser reconocida en el

"pacto de familia", comprendiendo, por tanto, participaciones societarias, empresas o cualquier otro emprendimiento productivo.

2) *Finalidad*: es necesario que la finalidad del pacto sea la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos. Sin embargo, puede reconocerse en este pacto un claro instrumento de prevención.

3) *Sujetos que intervienen*: el pacto puede ser realizado entre los herederos, con o sin la participación del futuro causante y su cónyuge. De esta forma, podría suceder que se pacten todos estos extremos solamente entre los futuros herederos, sin que participe el propietario de la explotación o participación societaria.

4) *Contenido*: estos pactos no sólo incluyen la posibilidad de disponer exclusivamente de los derechos hereditarios relativos a una explotación o a una participación societaria de cualquier tipo, sino también la de compensar a aquellos herederos que no la reciban o que reciban menor proporción.

Con esto estamos queriendo decir que puede pactarse la adjudicación de la empresa o las participaciones societarias, y, al mismo tiempo, compensar con otros bienes a quienes no les fue adjudicada la explotación o la participación societaria.

Conviene referir algunas precisiones más.

Explica Carlos Hernandez que 1) [a]unque la norma es ambigua, la referencia que efectúa "a establecer compensaciones a favor de otros legitimarios", conduciría a entender que sólo éstos podrían ser parte [del pacto].

2) El propio Código señala que no es necesario que participen el futuro causante y su cónyuge. Ahora bien, la misma duda cabe respecto a la intervención de todos los legitimarios. El Código no dice —como en otras legislaciones— que deba ser suscripto por todos ellos. Así, podría presentarse el caso de un padre que a los fines de resolver la gestión del emprendimiento productivo que explota junto a uno de sus hijos, celebra un "pacto de familia" exclusivamente con él. En la medida que ello no trasgreda los límites que luego se verán, se entiende que no cabría reproche alguno.

3) [...] requieren para su validez que no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros. Aquí se pone de manifiesto con marcada intensidad los límites a la autonomía de la voluntad, que imponen un diseño cuidado y circunstanciado de cada pacto. [...] ¹⁹.

5. Conclusiones

¹⁹ HERNÁNDEZ, Carlos A., "Objeto del contrato y planificación sucesoria (el pacto del art. 1010 del CCC)", www.nuevocodigocivil.com/doctrina.

El objetivo de este trabajo apuntó a visibilizar instrumentos para lograr que el tránsito de la indivisión postcomunitaria a la partición transcurra evitando los conflictos cuando se encuentran involucradas Empresas familiares para evitar no sólo su desmembramiento, sino también los conflictos personales entre los involucrados. En ese camino el fenómeno de la contractualización de las relaciones familiares se abre paso, en el entendimiento y la convicción, de las enormes ventajas de acordar o reglar derechos y obligaciones entre los involucrados en una situación que los obliga a transitarla de manera común, antes de la presentación del conflicto.