

La comunidad de ganancias y la separación de hecho

Por

Adriana N. Krasnow

Sumario: 1. Introducción. 2. La separación de hecho. Concepto, clases y elementos estructurales. 3. El régimen de bienes en el matrimonio y la separación de hecho. 3.1. Caracterización del régimen de bienes en el Derecho interno. 3.2. La situación de los bienes gananciales durante el estado de separados de hecho. 4. El abandono de hecho como causal de separación judicial de bienes. 5. El artículo 1.306, tercer párrafo, del Código Civil: el derecho del cónyuge inocente de participar en los bienes gananciales que desde la separación de hecho incorporó el cónyuge culpable. 5.1. La norma y su interpretación en la doctrina. 5.1.1. Su funcionamiento en distintos supuestos. 5.1.2. Los gananciales anómalos. 6. Cierre.

1. Introducción

En este trabajo nos proponemos analizar la situación de los bienes gananciales cuando los cónyuges ingresan al estado de separados de hecho por la voluntad común de ambos o por decisión unilateral de cualquiera de ellos. No olvidemos que nos encontramos ante una comunidad de ganancias

vigente y, como tal, en permanente movimiento por su carácter dinámico.

El interés por trabajar este aspecto obedece a la evolución experimentada en tres ámbitos: ley, doctrina y jurisprudencia. Desde este triple enfoque que partirá de lo dispuesto en la norma, ingresaremos en el estudio de las alternativas posibles para resolver la cuestión que nos convoca.

Entre los caminos posibles encontramos, la separación judicial de bienes por la causal de abandono de hecho y la aplicación del tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil, cuando esta situación se traslada a la justicia con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que declare el fin de la comunidad de vida con o sin disolución del vínculo matrimonial (divorcio vincular y/o separación personal).

Con este propósito y a modo de introducción, creemos conveniente partir del encuadre de la separación de hecho como situación fáctica. Contando con esta caracterización previa, ingresaremos en el análisis de los artículos 1.294 y 1.306 del Código Civil, recurriendo

para ello a la interpretación que, sobre los mismos, recogemos en la doctrina y en la jurisprudencia.

2. La separación de hecho. Concepto, clases y elementos estructurales¹

La separación de hecho, al igual que la convivencia de pareja, es una situación fáctica fuera del alcance de la ley. Solo encontramos ciertos efectos regulados de forma dispersa en nuestro ordenamiento civil.²

Este reconocimiento parcial fue creciendo con las modificaciones introducidas en el Código Civil. En efecto, en su redacción originaria, solo encontramos el artículo 3.575 que refería a la misma como causa de exclusión de la vocación sucesoria entre cónyuges. Con la Ley 17.711, se extiende su campo de acción en el artículo 1.306 al establecer que el cónyuge culpable de la separación de hecho no puede beneficiarse con los bienes gananciales que, con posterioridad a la separación, incorporó el cónyuge inocente.

Pasado un tiempo, con las Leyes 23.264 y 23.515 se regulan otros efectos dentro de los institutos de la filiación, patria potestad y divorcio. En

el artículo 243 del Código Civil, referido a la determinación de la paternidad matrimonial, se establece que se consideran hijos del marido los nacidos desde la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la separación de hecho, entre otros supuestos. En cuanto a la patria potestad, el inciso 2 del artículo 264 del Código Civil señala que, cuando los padres están separados de hecho, el ejercicio de la misma corresponde a quien ejerce la tenencia. Por último, en los artículos 204 y 214 inciso 2 del Código Civil, se incorpora a la separación de hecho como causal objetiva de separación personal o divorcio vincular.

Como vemos, la evolución se orientó a la regulación de sus efectos dentro de cada instituto, guardando silencio respecto a su encuadre y elementos estructurales. Frente a esto, siguiendo la doctrina, podemos definirla como *la situación jurídica en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa intervención de la autoridad judicial quiebran el deber de cohabitación de manera permanente y definitiva, por voluntad de uno o de ambos, sin que una necesidad jurídica lo imponga.*³

De esta definición se desprenden sus elementos estructurales y clases. Respecto de sus elementos, advertimos

¹ Formulamos la caracterización de la separación de hecho en otro trabajo donde se analiza otra cuestión que deriva de esta situación fáctica: "El elemento temporal en la causal objetiva de separación de hecho: ¿rigor formal o flexibilidad?", trabajo presentado en JA para su publicación.

² Merece destacarse que la nueva Ley de Matrimonio de Chile (Ley N° 19.947), vigente desde el 18 de noviembre de 2004, regula de forma autónoma la separación de hecho, distinguiendo las distintas clases y sus correspondientes efectos.

³ Sobre separación de hecho, ver entre otros: Chechile, Ana María, *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006; Morello, Augusto M., *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961; Kemelmajer de///

sobre la necesidad que estén presentes de forma inseparable los siguientes:

1. *Elemento objetivo o material*: quiebre del deber de cohabitación.

2. *Elemento subjetivo o intencional*: decisión de uno o de ambos cónyuges de no continuar conviviendo, poniendo fin a la comunidad de vida, independientemente de que ciertos deberes personales se sigan cumpliendo, como la prestación alimentaria. En consecuencia, no se considerarán separados de hecho, los cónyuges que se dispensan del cumplimiento de este deber por razones ajenas a su voluntad (enfermedad, cuestiones laborales, entre otras).

En cuanto a las clases, su encuadre dependerá de las distintas conductas adoptadas por los cónyuges, distinguiendo:

- *Separación de hecho de común acuerdo*: se presenta cuando los cónyuges voluntariamente coinciden en dispensarse recíprocamente del deber de cohabitación.

- *Abandono de hecho unilateral*: cuando uno de los cónyuges, sin contar con la aceptación del otro, se sustrae voluntariamente al cumplimiento de los deberes derivados del matrimonio.

Abandono de hecho recíproco: se presenta cuando ambos cónyuges, de forma independiente y sin acuerdo previo, se sustraen al cumplimiento de los deberes matrimoniales. Este abandono puede ser *sucesivo* o *simultáneo*. El primero se configura cuando uno de los cónyuges incurre en abandono y después incurre el otro; mientras que en el segundo los dos abandonan al mismo tiempo, pero sin acordar previamente este proceder.⁴

3. El régimen de bienes en el matrimonio y la separación de hecho

3.1. Caracterización del régimen de bienes en el Derecho interno

Para introducirnos en el tema, creemos conveniente acompañar una breve reseña de los caracteres del régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho interno vigente⁵:

//Carlucci, Aída; *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Astrea, 1978; García de Ghigliano, Silvia S.; *Separación de hecho*, en "Enciclopedia Derecho de Familia", Buenos Aires, Universidad, 1994, Tomo III, pp. 621 y ss.; Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel H., *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo II, pp. 401 y ss.

⁴ Esta distinción puede encontrarse en la obra de Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit., pág. 17.

⁵ Sobre régimen de bienes en el matrimonio, ver entre otros: Arianna, Carlos, "Autonomía y orden público en el régimen matrimonial", en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 15, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 185 y ss.; Borgonovo, Oscar; *La sociedad conyugal solidaria de Dalmacio Vélez Sarsfield*, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, El Copista, 2000, Tomo III, pp. 199 y ss.; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel M. y Roveda, Eduardo G., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2001, Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas*///

a) Comunidad diferida restringida a los bienes gananciales: durante la vigencia de la comunidad, cada cónyuge tiene un derecho en expectativa sobre la totalidad de la masa ganancial.

b) Legal e imperativo.

c) Inmutable como principio: puede pedirse la separación judicial de bienes en los supuestos expresamente previstos en la ley (arts. 1.290 y 1.294 del CC).

d) Gestión: respecto de los actos de administración, cada cónyuge tiene la libre administración de sus bienes propios y de los gananciales que adquiere con el fruto de su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; rigiendo la administración conjunta solo para los bienes de origen dudoso (art. 1276 del CC). En cambio, para los actos de disposición sobre determinados bienes gananciales y para un supuesto de bien propio se requiere la conformidad del cónyuge no disponente (art. 1.277 del CC).

e) Responsabilidad por las deudas frente a terceros separada (arts. 5 y 6, Ley 11.357): cada cónyuge responde por sus deudas con sus bienes propios y con los bienes gananciales que administra. Sólo responde el cónyuge que

no contrae la deuda con los frutos de sus bienes propios y los frutos de los bienes gananciales que administra, cuando se trate de deudas asumidas por el otro para atender necesidades del hogar, educación de los hijos o conservación de los bienes comunes (bienes gananciales).

f) Partición por mitades como regla mientras dure la comunidad (art. 1315 del CC): de acuerdo con este principio, el conjunto de bienes gananciales existentes al momento de la finalización de la comunidad, se dividirán por partes iguales entre los cónyuges sin consideración del aporte de cada uno. Sin embargo, en los casos donde sea posible recurrir a una partición privada o mixta puede prescindirse del principio de partición por mitades, puesto que el mismo se considera de orden público familiar durante la vigencia de la comunidad de ganancias. En consecuencia, con la disolución la autonomía de la voluntad puede funcionar.

3.2. La situación de los bienes gananciales durante el estado de separados de hecho

Los caracteres enunciados actúan como pilares en defensa del principio de solidaridad familiar, el cual constituye

//al Código Civil (Decreto N° 468/92), en JA, ejemplar del 8 de diciembre de 1993; Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel H., *Derecho de Familia*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo II; Vidal Taquini, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Astrea, 3ª edición, 1995; Azpiri, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002; Belluscio, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 5ª edición actualizada, 1987, Tomos I y II; Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 2002, Tomo I; Fassi, Santiago y Bossert, Gustavo, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, Tomos I y II, 1978.

el fundamento del sistema de comunidad. Pero, nos planteamos si esta estructura debe mantenerse, conforme las preguntas que nacen al reflexionar sobre el particular: con el quiebre de la comunidad de vida entre cónyuges separados de hecho: ¿resulta justo mantener sin cambios el régimen de comunidad?; ¿la dinámica propia de la comunidad debe mantenerse?; ¿por qué no incluir a la separación de hecho como causal de disolución?

Para dar respuesta a estos interrogantes, debemos analizar las respuestas diseñadas por el legislador frente a la separación de hecho:

a. El abandono de hecho como causal de separación judicial de bienes (art. 1.294, C.C.).

b. El derecho del cónyuge inocente de participar en los bienes gananciales que desde la separación de hecho incorporó el cónyuge culpable (art. 1.306, 3^{er} párr., C.C.).

Anticipamos que nos dedicaremos en especial a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1306 del Código Civil, por tratarse del camino mayoritariamente elegido por quienes encuadran en sus condiciones de procedencia.

4. El abandono de hecho como causal de separación judicial de bienes

Reiteramos la aclaración formulada en la introducción: la separación de hecho no es causal de disolución de la sociedad conyugal. En el caso que el quiebre de la cohabitación sea el resultado de la decisión unilateral de uno de los cónyuges, como señala Azpiri "...el cónyuge que no dio causa a esa separación puede accionar por separación personal, por divorcio vincular, por separación judicial de bienes o mantenerse inactivo con lo que la separación de hecho puede incidir en la forma de liquidar los bienes conforme al art. 1.306".⁶ Las alternativas enunciadas serán objeto de estudio, limitándonos en este punto al análisis de la acción autónoma de separación judicial de bienes, conforme lo dispuesto en el artículo 1.294 del Código Civil.⁷

En este caso, se disuelve la comunidad de ganancias pasando a un régimen de separación de bienes, manteniéndose vigente el vínculo matrimonial. Solo puede optarse por este camino si la situación fáctica encuadra en algunos de los supuestos expresamente previstos, puesto que nuestro derecho interno impide a los cónyuges optar

⁶ Azpiri, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pág. 204.

⁷ Artículo 1.294 del CC s/texto Ley 23.515: "Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge". Otro supuesto de separación judicial de bienes se encuentra previsto en los artículos 1.289 y 1.290 del CC: "Si por incapacidad, o excusa de la mujer, se encarga a otra persona la curaduría del marido, o de los bienes, el curador tendrá///

libremente por un régimen de separación de bienes sin expresión de causa.⁸ Asimismo, recordemos que la disolución de la comunidad es el fin de la misma, siendo su efecto principal el cese de la ganancialidad.

Llega el momento de detenernos en el análisis de la causal de abandono de hecho.⁹ Se extienden para esta los requisitos que rigen para el abandono voluntario y malicioso como causal subjetiva de separación personal y/o divorcio vincular (arts. 202, inc. 5° y 214, inc. 1°, CC, respectivamente). En este sentido, tienen que estar presentes dos elementos estructurales:

- *Elemento objetivo:* quiebre del deber de cohabitación.
- *Elemento subjetivo:* intención de uno de los cónyuges de sustraerse

al cumplimiento del deber de cohabitación.

Para dejar claro estos elementos estructurales, acompañamos el despacho de lege lata propuesto en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989)¹⁰: “la causal de abandono de hecho de la convivencia se configura por la interrupción unilateral e injustificada de la cohabitación por parte de un cónyuge. En consecuencia, no es suficiente determinar cuál de los cónyuges dejó el hogar común sino también valorar las circunstancias que mediaron en la interrupción de la convivencia”.¹¹

De la caracterización de la causal se desprende que, al tratarse la acción de separación judicial de bienes de una acción personal, solo tendrá legitimación activa el cónyuge abandonado,

//la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido”; “Si la mujer no quisiera someter a esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos”. Advertimos que, si bien el texto responde al sistema de administración marital, debe ser interpretado en el contexto de una administración bicéfala, donde podemos encontrarnos frente a la posibilidad de que la masa de administración de los bienes de la mujer o del marido esté a cargo de un tercero.

⁸ Por el contrario, en el Derecho comparado se impone la libertad de los cónyuges para optar por el régimen de bienes. Enunciamos un conjunto de países en cuyos ordenamientos se reconoce la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuge: España, Francia, Italia, Holanda, Alemania, Chile, Paraguay, Brasil, Canadá, entre otros.

⁹ Sobre abandono de hecho, ver entre otros: Belluscio, Augusto, “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 4, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pp. 67 y ss.; Capparelli, Julio C., “La mutación del régimen patrimonial en el artículo 1.294 del Código Civil”, en *LL*, 1988-B-909; Arianna, Carlos y Aréchaga, Patricia V., “El abandono como causal de separación de bienes (una propuesta de “lege ferenda””, en *LL*, 1990-A-887; Dutto, Ricardo, “La separación judicial de bienes y el abandono de hecho”, en *JA*, 1991-IV-194; Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Hugo D., *Derecho de Familia*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo II, pp. 270 y ss.; Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, 2002, Tomo I, pp. 702 y ss.

¹⁰ *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 95 y ss.

¹¹ Comisión N° 5: Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono.

pudiendo este estar ubicado en dos situaciones distintas: permanecer en el inmueble asiento del hogar conyugal por haberse retirado voluntariamente quien incurrió en abandono o, por el contrario, que el mismo se retire de la sede familiar cuando la convivencia se convierte en insostenible por conductas imputables al otro (como sería el maltrato, entre otras).¹² Como en el proceso de divorcio sanción, el cónyuge actor formula un juicio de reproche contra el cónyuge demandado por la comisión de un hecho ilícito civil previsto en la norma, diferenciándose estos dos procesos en el resultado final: en el divorcio sanción el cambio de estado civil (divorciado vincularmente o separado personalmente) provoca la disolución de pleno derecho de la comunidad de ganancias con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda; mientras que en la separación judicial de bienes no se modifica el estado civil y solo se disuelve la comunidad de ganancias pasando a un régimen de separación de bienes.

Como para la configuración de la causal se exige un abandono unilateral, cuando se trate de una separación de hecho de común acuerdo, ninguno de los cónyuges podrá optar por este camino para poner fin al régimen de comunidad de ganancias.

Pero, podríamos preguntarnos si tratándose de un abandono de hecho recíproco, cualquiera de los cónyuges estaría facultado para actuar, partiendo de que en este supuesto el cese de la convivencia no se originó como consecuencia de un acuerdo previo sino por decisión unilateral de cada uno. Si bien en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) no se partió de la distinción de estas dos situaciones, consideramos importante hacerlo con independencia de que ambas queden excluidas de los supuestos de procedencia de la acción de separación judicial de bienes.¹³

Si seguimos un criterio que respeta lo que quiso el legislador, debemos sostener que la misma solución cabe tanto para el cese de la cohabitación previamente consensuada como para la que se produce por decisión unilateral paralela de los dos cónyuges. Tengamos presente que lo que el legislador buscó con la norma es sancionar al cónyuge que se apartó voluntariamente del cumplimiento de las normas de orden público familiar relativas a los efectos derivados del estado de casados.

Pero, como somos partidarios de separarnos de una interpretación de la norma que se ajusta a su texto, adherimos

¹² En este sentido, en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) se concluyó: "Debe interpretarse que el cónyuge que dejó el hogar común debido a conductas culpables atribuibles al otro está legitimado para promover la demanda de separación judicial de bienes".

¹³ Siguiendo con las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989), la mayoría concluyó que este camino no era viable. En cambio, la minoría entendió que, si mediaba abandono de hecho recíproco, cualquiera de los cónyuges estaba legitimado para plantear la acción.

a las voces de un sector de la doctrina que postula incluir a la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal.¹⁴ Si por voluntad común ambos cónyuges optaron por sustraerse a los deberes matrimoniales, pierde sentido mantener vigente un régimen de bienes (comunidad de ganancias) que no responde a su principio básico: la solidaridad familiar. Si la comunidad está pensada para tratar igualitariamente a la pareja casada en plena comunidad de vida, con independencia de la contribución mayor o menor a la masa ganancial, resulta lógico pensar que cuando el sentido de unión y pertenencia del matrimonio se debilita, al mismo tiempo pierde entidad el sistema protector propio de la comunidad de gananciales. Permitir mantener intacto el derecho en expectativa sobre la mitad de los bienes gananciales se convierte en un criterio de reparto injusto durante el estado de separados de hecho, más aún cuando, el incremento en las masas gananciales de administración de cada cónyuge no guarden proporciones similares.

En este sentido, el inciso 3° del artículo 532 del Código proyectado del año

1992 incluye a la separación de hecho entre las causales de separación de bienes: "...estén separados de hecho sin voluntad de unirse". La misma fórmula sigue el Código Proyectado del año 1998 (art. 471, inc. c).

Como veremos, al desarrollar la evolución experimentada respecto del tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil, la tendencia actual responde a una interpretación del texto que se orienta en dirección a lo sostenido en el párrafo precedente, pero manteniendo vigente la comunidad de ganancias.

Por último, resulta necesario determinar el momento de disolución de la comunidad de ganancias por abandono de hecho, puesto que a partir de ese momento cesa la ganancialidad. Como el artículo 1.294 del Código Civil guarda silencio, en principio se considera disuelta con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda, conforme lo dispuesto por el artículo 1.306 del Código Civil.¹⁵ Sin embargo, para un sector de la doctrina, en esta causal el cese podría ser fijado desde que se produce el abandono de hecho.¹⁶

¹⁴ Arianna, Carlos y Arechaga, Patricia, "El abandono como causal de separación de bienes (una propuesta de lege ferenda)", en *LL*, 1990-A-887; Chechile, Ana María, *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, ob. cit., p. 189, y "Disolución y liquidación en la sociedad entre cónyuges separados de hecho", en *JA*, 1997-II-753.

¹⁵ Chechile, Ana María, *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, ob. cit., pág. 195.

¹⁶ Azpiri, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, ob. cit., pág. 205; Arianna, Carlos y Arechaga, Patricia, *El abandono como causal de separación de bienes (una propuesta de lege ferenda)*, ob. cit.

5. El artículo 1.306, tercer párrafo, del Código Civil: el derecho del cónyuge inocente de participar en los bienes gananciales que desde la separación de hecho incorporó el cónyuge culpable¹⁷

5.1. La norma y su interpretación en la doctrina

5.1.1. Su funcionamiento en distintos supuestos

Cuando se trata de una pareja casada, que estuvo separada de hecho con anterioridad a la disolución de la comunidad de ganancias, corresponderá

distinguir entre los bienes gananciales que cada cónyuge incorporó durante la comunidad de vida y los que se incorporaron después del quiebre de la cohabitación por voluntad común o unilateral de cualquiera de ellos.

En el supuesto de que la separación sea causada por el abandono unilateral de uno de los cónyuges, se buscó con la reforma al Código Civil a través de la ley 17.711 evitar que el cónyuge culpable se beneficiara con los gananciales incorporados desde el estado de separados de hecho hasta la disolución de la comunidad de ganancias por el cónyuge inocente.

¹⁷ Sobre el tema, ver entre otros: Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana, "La separación de hecho como causal objetiva de separación personal o divorcio vincular: ¿se comparten los bienes gananciales adquiridos durante la separación de hecho cuando hay declaración acerca de la culpa de uno o de ambos cónyuges?", en *ED*, 158-293; Arianna, Carlos, "Separación de hecho, divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad", en *LL*, 1996-C-1287; Azpiri, Jorge, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002 y *La separación de hecho y su incidencia en la liquidación de la sociedad conyugal*, en *JA*, 2000-I-557; Bacigalupo de Girard, María; *Separación de hecho y ganancialidad*, en "El derecho de familia y sucesiones en la jurisprudencia nacional", Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 91 y ss.; Biscaro, Beatriz, "La liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho", en *LL*, 1999-F-3; Chechile, Ana María, "La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho civil argentino", ob. cit., y *Disolución y liquidación en la sociedad entre cónyuges separados de hecho*, en *JA*, 1997-II-753; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "Incidencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal", en *LL*, 1979-C-284; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo, "Régimen de bienes en el matrimonio", 2ª edición ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2006; Lagomarsino, Carlos, "Separación de hecho, divorcio y sociedad conyugal", en *LL*, 139-1146; Mattered, Marta del Rosario, "Efectos de la separación de hecho en el régimen de la sociedad conyugal", en *ED*, 104-133; Méndez Costa, María Josefa (directora), *Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, pp. 279; Mizrahi, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998 y "El divorcio por separación de hecho y la cuestión de los bienes", en *LL*, 1996-A-1380; Sambrizzi, Eduardo A., "Sobre la participación de los esposos en los bienes gananciales adquiridos por el otro después de la separación de hecho", en *ED*, 191-567; Scherman, Ida, "La separación de hecho y la liquidación de la sociedad conyugal", en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 16, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 198 y ss.; Tavip, Gabriel E., "La ganancialidad anómala, su aplicación a situaciones no contempladas expresamente", en *RDF*, 2006-III-80; Vidal Taquini, Carlos, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Astrea, 1987 e "Inadmisibles revisión de la culpa en la etapa de ejecución de la sentencia de divorcio aun mediando previa separación de hecho de los cónyuges", en *LL*, 1981-C-483; Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, 2002 y "Sociedad conyugal y separación de hecho", en *LL*, 132-1431.

Si bien la reforma introducida al Código Civil por la Ley 23.515 mantiene el criterio seguido por el legislador del año 1968, al mismo tiempo introduce un sistema que mantiene el divorcio sanción con la introducción del divorcio remedio. Este nuevo esquema suscita una serie de cuestiones que trabajaremos a continuación.¹⁸

Artículo 1.306, tercer párrafo, CC, s/texto Ley 23.515: "...Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que, con posterioridad a la separación, aumentaron el patrimonio del no culpable".

De este enunciado se desprende que los gananciales existentes hasta la separación de hecho se partirán por mitades; los que adquirió el inocente desde la separación no son objeto de división y los que se encuentren bajo la masa de administración del culpable serán objeto de división.

Debemos señalar que, si bien la redacción se mantiene, este enunciado legal presenta cuestiones varias que merecen ser analizadas:

1. Necesidad de iniciar un proceso controvertido:

Será en el ámbito de un proceso de separación personal y/o divorcio vincular

donde se calificarán las conductas de los cónyuges (inocente-culpable). En suma, no se cuenta con una acción autónoma que permita calificar conductas con este único fin. Remitimos a la última parte de este punto donde analizamos el supuesto de muerte de uno de los cónyuges.

2. Abre una nueva posibilidad a favor del cónyuge abandonado:

El cónyuge abandonado tiene en sus manos el destino de la masa ganancial: podrá optar por iniciar la acción de separación judicial de bienes o dejar vigente la comunidad de ganancias con el objeto de esperar el momento que le resulte beneficioso para plantear el divorcio sanción y dejar a salvo lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil. En el caso que el cónyuge que incurrió en abandono inicie la acción de separación personal o divorcio vincular por la causal objetiva de separación de hecho -cumplido el plazo de permanencia en dicho estado-, podrá el cónyuge abandonado contestar la demanda alegando su propia inocencia para dejar a salvo su derecho de participación en los gananciales incorporados desde la separación de hecho por el cónyuge actor, siempre y cuando se acredite en el proceso la culpabilidad (art. 204, 2º párrafo, CC).

¹⁸ En el Código Civil antes de las reformas citadas, solo el cónyuge inocente podía pedir la separación de bienes. Esto muestra que la disolución no operaba de pleno derecho, sino a instancia de parte. Así, la comunidad de ganancias podía continuar después del divorcio si el inocente no hacía uso de la facultad concedida por ley o si ambos eran culpables. En el último caso, la doctrina y jurisprudencia entendieron que cualquiera de los cónyuges podía pedir la separación de bienes.

Esta preferencia a favor del cónyuge inocente despertó críticas en la doctrina frente a la posibilidad que la ley le otorga de seguir conductas especulativas.¹⁹ Por esta razón, en los Códigos Projectados del año 1992 (art. 535) y 1998 (art. 474) se suprime el tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil.

3. Solo contempla una situación:

El legislador omitió considerar distintas situaciones, como:

a) *Culpa de ambos cónyuges*: esta situación se presenta cuando uno de los cónyuges inicia el divorcio sanción por alguna de las causales previstas en el artículo 202 del Código Civil y el otro, al contestar la demanda, reconviene por otra causal subjetiva. Probadas las causales planteadas por el actor y el demandado, se decretará la separación personal y/o el divorcio vincular por culpabilidad de ambos. Se llega a la misma solución en aquellas jurisdicciones que admiten la reconvencción de la reconvencción dentro de un proceso iniciado por la causal objetiva de separación de hecho (arts. 204 y 214, inc. 2°, CC). En estos casos, los cónyuges solo participarán en igualdad de condiciones en

los gananciales existentes hasta el momento de la separación de hecho.²⁰

b) *Separación de hecho de común acuerdo o abandono de hecho recíproco simultáneo*: teniendo presente el fin de la norma, en cualquiera de estas situaciones el criterio justo será determinar que ninguno de los cónyuges participará de los gananciales incorporados por el otro desde el estado de separados de hecho.

Como señalamos en el punto 3.2, con el cese de la comunidad de vida pierde vigencia el principio de solidaridad familiar.

c) *Abandono de hecho recíproco sucesivo*: en este caso pueden optarse por determinar la pérdida del derecho de participación en los gananciales de administración del otro desde que ingresan en el estado de separados de hecho²¹ o permitir que el cónyuge que incurrió posteriormente en abandono se beneficie con la mitad de los gananciales generados por el otro hasta que pierde su condición de inocente. Esta última solución impone separar tres momentos: ambos tendrán derecho a participar en igualdad de condiciones en los gananciales generados hasta la separación de hecho; el cónyuge

¹⁹ En este sentido: Lagomarsino, Carlos, "Separación de hecho, divorcio y sociedad conyugal", en *LL*, 139-1143; Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 7ª edición, 2002, Tomo 2, pág. 167.

²⁰ C.N.C., sala C, 29/04/1982, en *LL*, 1982-D-419.

²¹ En este sentido, entre otros: Vidal Taquini, Carlos, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 390; Chechile, Ana María, "La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino", ob. cit., pág. 199; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Separación de hecho entre cónyuges", ob. cit., pág. 143.

abandonado en primer término tendrá derecho a participar en la división de los bienes gananciales que el otro incorporó desde el estado de separados hasta que ambos se convierten en culpables; momento a partir del cual cesa el derecho a participar en los gananciales que cada uno incorporó.

d) *Situación en el divorcio remedio*: en las causales objetivas de separación personal o divorcio vincular no se califican conductas siendo el conflicto mismo la causa del rompimiento de la comunidad de vida (arts. 203, 204, 205, 214, inc. 2° y 215, CC). Siendo coherentes con el criterio seguido por el legislador, al no reconocer los derechos del cónyuge inocente cuando regula los efectos derivados del divorcio remedio, no corresponde la aplicación de este enunciado en esta clase de proceso. En consecuencia, frente a una causal objetiva de divorcio ninguno de los cónyuges participará de los gananciales que cada uno incorpore desde el nacimiento del estado de separados de hecho, salvo

cuando -haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 204 del Código Civil- se transforme el proceso objetivo en subjetivo.²² Corresponde aclarar que, cuando Azpíri adhiere a esta corriente de opinión, deja a salvo el supuesto de separación personal por trastornos de conducta: "...parece conveniente considerar aplicable como norma protectorial el último párrafo del art. 1.306 al enfermo que podrá participar en lo que el esposo sano adquirió luego de la separación de hecho...".²³

Frente a la imposibilidad de poner en funcionamiento el tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil en el ámbito del divorcio remedio, surge la pregunta acerca de si puede hacerse uso del mismo en la etapa de liquidación. Adherimos a la corriente doctrinaria que afirma que al optar por un divorcio remedio se renuncia a la calificación de conductas, agotándose en este acto su posibilidad de planteo. Pretender la declaración de culpabilidad en la etapa de liquidación sería ir en contra de los propios actos.²⁴

²² En este sentido, entre otros: Azpíri, Jorge O., "Régimen de bienes en el matrimonio", ob. cit., pág. 269 y "La separación de hecho y su incidencia en la liquidación de la sociedad conyugal", en JA, 2000-I-567; Arianna, Carlos, "Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpa y ganancialidad", en LL, 1996-C-1283; Mizrahi, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pág. 374 y "El divorcio por separación de hecho y la cuestión de los bienes", en LL, 1996-A-1380; Sambrizzi, Eduardo A., "Sobre la participación de los esposos en los bienes gananciales adquiridos por el otro después de la separación de hecho", en ED, 191-567; Chechile, Ana María, "La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino", ob. cit., pág. 202; Zannoni, Eduardo; *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 4ª edición actualizada, 2002; Biscaro, Beatriz, "La liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho de los cónyuges (a propósito del plenario)", en JA, 2001-I-563.

²³ Azpíri, Jorge O., "Régimen de bienes en el matrimonio", ob. cit., pág. 269.

²⁴ En este sentido, entre otros: Chechile, Ana María, "La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino", ob. cit., pág. 210; Mizrahi, Mauricio, "Separación de hecho///

e) *Disolución de la comunidad de ganancias por muerte*: partimos del supuesto de que, antes del acaecimiento de este hecho natural, los cónyuges se encuentran separados de hecho. Debemos distinguir: a) muerte del abandonado: el cónyuge superviviente no tendrá derecho a participar de los gananciales incorporados por el fallecido desde la separación de hecho; mientras que la mitad de los generados por el que incurrió en abandono pasarán a formar parte de la masa hereditaria del fallecido; b) muerte del cónyuge que incurrió en abandono: sus herederos no tendrán derecho a participar de los gananciales introducidos por el inocente desde la separación de hecho; c) ambos culpables: ni los herederos del causante ni el superviviente participarán de los gananciales incorporados con posterioridad a la separación de hecho; d) si no hay calificación de conductas: se pierde el derecho a la participación desde el estado de separados de hecho (arts. 204, 3574 y 3575, CC).

5.1.2. *Los gananciales anómalos*

Las distintas variables que fueron objeto de estudio en el punto precedente, conducen a pensar en una tercera categoría de bienes que no pueden ser calificados como propios o como gananciales puros. En este sentido,

Méndez Costa señala que los bienes gananciales que no son partibles conforman la categoría de *gananciales anómalos*, es decir aquellos bienes "... que son tales pero que no serán divididos al finalizar el régimen. La anomalía es absoluta en los gananciales que nunca serán compartidos, a saber, los adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho a partir de su fecha..."²⁵

En consecuencia, serán gananciales anómalos (no sujetos a división) aquellos bienes adquiridos a título oneroso con posterioridad a la separación de hecho, pero dentro de una comunidad de ganancias vigente, si fueron incorporados: a) por el cónyuge inocente; b) por cualquiera de los cónyuges, si ambos fueron declarados culpables; c) por cualquiera de los cónyuges cuando la disolución de la comunidad operó de pleno derecho tras el dictado de una sentencia de divorcio sin calificación de conductas (divorcio remedio).

5.2. La norma y su interpretación en la jurisprudencia

Para cerrar el análisis del tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil y para fijar las soluciones expuestas, creemos conveniente transcribir la parte destacable de tres fallos que son objeto de consulta en este tema: el fallo

///y disolución de la sociedad conyugal", en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 17, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 261 y ss.; Arianza, Carlos A., "Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpa y ganancialidad", ob. cit.

²⁵ Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel H., *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 129.

en pleno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y un fallo reciente de la Sala B de la Cámara Nacional Civil.

a) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 29/9/1999²⁶:

“Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los arts. 204 y 214 inc. 2 del CC, sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el tercer párrafo del art. 1306 del Código Civil respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho”.

A partir de este fallo plenario queda claro que, frente a la ausencia de calificación de conductas, ninguno de los cónyuges tendrá derecho sobre los gananciales incorporados por el otro después de la separación de hecho (gananciales anómalos).

Entre los argumentos de la mayoría, destacamos: a) “...el art. 3575 del Código Civil dispone que el cónyuge separado de hecho pierde la vocación hereditaria. Sería incongruente, por tanto, que en el sistema de nuestra ley la vida separada acarree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y

que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal; b) “...Al recepcionar nuestro sistema causales que responden a la concepción del divorcio remedio (arts. 203, 204, primer párrafo, 205, 214 inc. 2° y 215, Código Civil), le está vedado al juez la calificación de conductas (art. 235), por ende, no cabe reputarlos culpables, mas tampoco inocentes: en rigor, se elude el análisis de la causa del conflicto...”; c) “...Debe repararse en que, si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque, si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio...”.

De estos argumentos se desprende que el fundamento está dado por la responsabilidad compartida de ambos cónyuges en el fracaso de la unión y no en la ausencia de los valores de cooperación y solidaridad propios de la comunidad.

b) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 13/04/05, en LLBA²⁷:

“Si ambos cónyuges se separan de facto, obteniendo con posterioridad el divorcio con fundamento en alguna causal objetiva, deben asumir las consecuencias que se derivan del régimen elegido, el cual conlleva a la imposibilidad de indagar sobre cuál de las partes ha sido culpable y, por ello,

²⁶ En LL, 1999-F-3.

²⁷ En LLBA, 2005-944.

importa necesariamente la exclusión, al no existir declaración de inocencia o culpabilidad, de participar en los gananciales que, con posterioridad a la separación, aumentaron sus patrimonios”.

Este caso resuelto por la Corte Provincial refiere a un divorcio remedio por la causal de presentación conjunta (art. 205, CC). El ministro Hitters al fundamentar su voto sostiene: “... la fundamentación del art. 1.306 impone contraponer dos conclusiones. Por una parte, la que encuentra la razón de ser de la ganancialidad en el esfuerzo común de los cónyuges de modo que, interrumpida la convivencia y colaboración, no se justificaría atribuir el carácter de bienes gananciales a los adquiridos posteriormente al cese de la cohabitación...”. Por su parte, el Dr. Roncoroni en su voto sostiene que el fundamento no solo se encuentra en lo dispuesto en el artículo 1.306, sino también, en la configuración de una conducta abusiva: “... resulta palmariamente abusiva la del cónyuge que pretende participar en los bienes adquiridos después de la separación de hecho sin voluntad de unirse, cuando es lo cierto que él comparte con el otro la responsabilidad de la decisión de poner fin a la convivencia, que, ..., es la razón de esencia del efecto típico de la ganancialidad impuesta por la sociedad conyugal (art. 1.071 del Código Civil)...”.

En este fallo se sigue el criterio seguido en el fallo plenario. No obstante,

notamos que el Dr. Hitters fundamenta su voto en la desaparición de la esencia de la comunidad; mientras que el Dr. Roncoroni sigue la idea de responsabilidad compartida expuesta en el fallo plenario.

c) Cámara Nacional Civil, sala B, 28/10/2005²⁸:

“Los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio y hasta la separación de hecho serán bienes gananciales ‘puros’, y estarán alcanzados por la regla del art. 1.315 del Código Civil, que obligará en su hora a la división ‘por iguales partes entre marido y mujer’; en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica y hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentaron el patrimonio de cada cónyuge serán gananciales anómalos o no sujetos a división”.

En este fallo con el voto del Dr. Mizrahi se sigue lo dispuesto en el fallo plenario, pero presenta como aporte significativo el introducir con claridad la distinción entre los gananciales puros y gananciales no puros o anómalos: “...Los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio, y hasta la separación de hecho, serán digamos bienes gananciales ‘puros’ o bienes gananciales ‘propriadamente dichos’... En cambio desde la ruptura de la unión fáctica y hasta la disolución de la sociedad conyugal, ...serán gananciales ‘anómalos’ o no sujetos a división”.

²⁸ En RDF, 2006-III-75.

6. Cierre

Retomando las preguntas que formulamos al introducirnos en el tema y después del análisis de las distintas cuestiones que nacen respecto de los bienes gananciales cuando se produce la separación de hecho, concluimos:

a) Conforme lo dispuesto en la dimensión normológica, el tercer párrafo del artículo 1.306 del Código Civil solo puede ser aplicado en el supuesto de abandono de hecho unilateral. Pero, advertimos que la solución contenida en la norma responde a un fundamento vinculado con la culpa o inocencia en el divorcio y no al fundamento de la comunidad de ganancias: la solidaridad familiar. En función de esto, proponemos modificar o derogar este enunciado en una futura reforma legal.

b) En los casos de divorcio por culpa de ambos, abandono de hecho recíproco y divorcio remedio, cada cónyuge participará en la división de los gananciales incorporados en cada masa de administración hasta el momento de la separación de hecho. Vigente esta situación fáctica, los gananciales que se incorporen a cada masa de administración no estarán sujetos a división (gananciales anómalos).

c) Las soluciones adoptadas en los puntos anteriores encuentran sustento en la desaparición de la comunidad de vida, con independencia de la calificación de conductas.

d) Siendo coherentes con las conclusiones precedentes, proponemos que en una futura reforma legal se incorpore a la separación de hecho como causal de separación judicial de bienes.