

Incidencia de la separación de hecho sobre la disolución y liquidación de la sociedad conyugal

Por

María Paula Cafiero y Mónica P. Urbancic de Baxter

1. Introducción

La identificación de la ley con el derecho, la sumisión al texto legal y a la voluntad del legislador, impide investigar las costumbres, los hechos sociales, económicos y la historia, relacionar la ley con las valoraciones de la comunidad.

Los grandes juristas pensaron que apenas podían innovar en materia jurídica debido a la intensa actividad legislativa del siglo XIX. En su entendimiento, el Código Napoleón contenía las soluciones de todos los casos posibles. Sin embargo, Portalis -principal redactor del código civil francés- en su Discurso Preliminar, advertía sobre los límites de las leyes, "porque una vez redactadas permanecen siempre tal como fueron escritas, en tanto que los hombres no reposan jamás".¹ Ilustra,

de alguna manera, la naturaleza de la ley, por cuanto "todo cuerpo de reglas formuladas es por su misma naturaleza incompleto, ya que es anticuado en el momento de ser formulado. Por lo tanto, apenas puede gobernar el presente y nunca el futuro".²

"El derecho de nuestros días, lejos de encaminarse a la conservación de las viejas instituciones establecidas, tiende más bien a una especie de seguridad dinámica para la protección de las gentes dedicadas a nuevas empresas. Por otra parte, los rápidos y complejos cambios de las realidades sociales de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces, el juez tiene que formular la norma, aunque las más de las veces, lo haga bajo la apariencia de interpretar viejas normas".³

¹ Portalis, Discurso Preliminar, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1959, pag. 28 – 29.

² Ehrlich, citado por Sebastián Soler, "En la interpretación de la ley", Barcelona, 1962, Editorial Ariel, página 105.

³ Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I, pag. 187. Perrot, 1959.

Hay muchas áreas de la realidad sobre las cuales no se ha legislado. Respecto de ellas, parece incorrecto hablar de lagunas, teniendo en cuenta que el legislador se ha desinteresado por no considerarlas maduras para darles protección jurídica. Sin embargo, sucede que muchos hechos de esas áreas se presentan al conocimiento judicial, y no deben ser desechados porque residen en los límites no precisos que los separan del derecho positivo vigente, pues está en la naturaleza de ciertas relaciones humanas su juridicidad, si bien se hallan al margen de las previsiones de aquel derecho.⁴

Lo que no está "normado", o programado, se vive como una insuficiencia, como una omisión, como un olvido, como una contrariedad, y de ese fundamento nace la institución de la aplicación analógica y de los principios generales del derecho.⁵ Por tales motivos es que se puede llegar a afirmar que todo orden jurídico tiene sus lagunas. De allí que sea un sistema abierto y no hermético.

Sin perjuicio de lo expuesto, y con re-

lación a determinadas instituciones jurídicas la doctrina ha sido coincidente en afirmar que "el ordenamiento legal no puede dejar de regular conductas y situaciones que se apartan de la generalidad, más se resiste fundadamente, a otorgarles un tratamiento metódico y sistemático."⁶

Los efectos de la institución de la separación de hecho no se encuentran legislados en forma específica en nuestro ordenamiento jurídico, la realidad puso de relieve la insuficiencia de tal regulación y frente a ella el órgano judicial debió buscar soluciones a los casos que se le sometían a estudio, debiendo así hacer aplicación de la normativa contemplada por el artículo 15 del Código Civil. "*Los jueces no son fugitivos de la realidad*"⁷

El Código Civil de Vélez sólo contemplaba *la separación de hecho* en la previsión del artículo 3575, que la consideraba como causa de resolución de la vocación hereditaria de los cónyuges.

A partir de 1923 en el caso "*Doi - ze de Maldonado v. Grignet de Doi -*

⁴ Vicente Fernández, Alberto "Función creadora del Juez", Editorial Abeledo-Perrot, pág. 54.

⁵ Aristegui, Abel "Oposiciones fundamentales a la teoría egológica. Editorial Plantense, 1967, pág. 264.

⁶ Méndez Costa, María Josefa - D'Antonio, Daniel Hugo "Derecho de Familia" Tomo II, Editorial Rubinzal - Culzoni, pág. 401.-

⁷ Morello, Augusto M. "Separación de hecho entre cónyuges", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 35.

ze⁸ enfrentados los jueces a resolver la reclamación de un cónyuge que pretendía sostener la vigencia de la sociedad conyugal no obstante haber transcurrido 26 años de separación y haber abandonado al otro consorte, admitieron que la separación de hecho era una nueva causal de disolución de la sociedad conyugal. Tres años más tarde la Cámara Civil 1^a adoptó idéntica solución,⁹ reiterando su criterio pocos meses después en oportunidad de rechazar la pretensión de un marido que había abandonado a su esposa y pasado de más de un cuarto de siglo de separación, a su fallecimiento, concurrió a recoger la mitad de los bienes gananciales alegando la subsistencia de la sociedad conyugal.¹⁰

En los antecedentes referidos se advierte una constante: un cónyuge

había abandonado al otro y después de muchos años de mantener vidas separadas, habiendo el abandonado formado un patrimonio, al fallecer se presenta el cónyuge abandonante pretendiendo compartirlo en razón de su carácter ganancial. Negándose tal derecho por aplicación de los artículos 1769 y 3575.

De allí en más, los pronunciamientos sobre el tema se hicieron frecuentes, así, la Suprema Corte de Buenos Aires resuelve que el derecho a los gananciales que corresponde al cónyuge sobreviviente sólo comprende los bienes adquiridos antes de la separación, alcanzando tal solución a través de la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa.¹¹

Si bien no se logró uniformidad, fue la

⁸ "No se concibe que el que abandona sus deberes tenga derecho a exigir, del que los cumple, que le entregue parte de su exclusivo trabajo; el socio que abandona sus obligaciones, no solamente carece de derecho a exigir utilidades, sino que es responsable de las pérdidas que ocasione con su negligencia o mala fe... Si en el caso se reconocieran a la mujer derechos de socia se sancionaría una injusticia, se otorgaría un premio al abandono y se traería un estímulo para que aumentasen las separaciones de hecho que la ley no reconoce como fuentes de derecho" Cámara Civil 2^a, agosto 8 de 1923, "G. del Foro", Tomo 46, pág. 35.

⁹ Cámara Civil 1^a, mayo 17 de 1926, "G. del Foro", tomo 62, pág. 185.

¹⁰ Cámara Civil 1^a, noviembre 15 de 1926, G. de Foro, T. 65, pág. 47...

¹¹ "La separación de hecho no enerva el derecho que al cónyuge supérstite corresponde, también lo es que no puede tener la misma extensión que le correspondería si la sociedad conyugal se hubiese mantenido inalterable hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos, pues en tal caso subsistirían las razones que el legislador ha tenido en cuenta para derogar en provecho de los cónyuges principios esenciales de la sociedad ordinaria, como es, precisamente, el que les acuerda derechos a los gananciales sin consideración alguna al capital que aporten o adquieran durante el matrimonio (artículo. 1315). De lo contrario, se prescindiría de las razones que informan ese derecho y habría de afectarse el principio de equidad según el cual nadie debe enriquecerse a costa del otro, que siempre es principio en derecho civil, al decir de Marcadé citado por el codificador en la nota al artículo 785" S.C.B.A., J.A. T. 28 p. 1170.

jurisprudencia¹² la que marcó el rumbo, por el cual iba a transitar luego la ley 17.711, que en su artículo 1306, in fine, regló lo relativo a los derechos de participación en los gananciales al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, no permitiendo al cónyuge culpable de la separación de hecho beneficiarse con los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del inocente. Habiéndose sostenido que el presupuesto fáctico necesario para la aplicabilidad de la norma es que se haya producido la separación de hecho de los cónyuges, quedando en ella comprendidos tanto el abandono de hecho como la separación mutuamente acordada, mal podría sostenerse que por aplicación de los artículos 1262 y 1769 del Código Civil, el abandono de hecho produce la disolución de la sociedad conyugal como alguna jurisprudencia y doctrina habían interpretado antes de la reforma de 1968.¹³

Con el paso de los años, las leyes 23.264 y 23.515 tomaron en cuenta la separación de hecho, incorporando otras consecuencias jurídicas; el artículo 243, suprimió la presunción de pa-

ternidad cuando los cónyuges se encontraban separados de hecho, y el artículo 264 inciso 2º, que concedió el ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre que “ejerzan legalmente la tenencia” cuando se encuentran en las condiciones mencionadas. La última de las leyes citadas la erigió en causal autónoma objetiva de la separación personal y divorcio vincular (Artículos 204 y 214 inciso 2º del Código Civil). Se vislumbra así, que la separación de hecho no puede ser tratada por la ley con los mismos efectos que el estado de convivencia matrimonial, exigiendo un replanteo del estatuto normativo que rige las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, por cuanto su raíz es la plena comunidad de vida de los cónyuges, poniendo de resalto que la separación de hecho se tipifica con la violación del deber de cohabitación exigido por el artículo 199 del Código Civil.¹⁴

2. Separación de hecho. Concepto y prueba

Siguiendo los lineamientos trazados por la doctrina nacional – más allá de las dificultades que se advirtieran para determinar conceptualmente “la sepa-

¹² Cam. Nac. Civ., Sala C, 4/11/57; La Ley, 90-439; C Nac. Civ., Sala E, oct. 1959, La Ley 100-725; S.C.B.A., 6/5/38, La ley 14-685; Cam. Nac. Civ., Sala D, 7/9/56, La Ley 38-703, Cam. Civ. 1º Cap, 23/10/33, G.F. 107-104, Id. 6/12/35, La ley 1-180; Id. 3/4/36, la Ley II-37; Id. 21/4/48, La Ley 50-980; Cit. Por Fassi- Bossert “Sociedad Conyugal”, Tomo II, Editorial Astrea, Bs.As., 1978, pag. 382.

¹³ Fassi, Santiago C., “La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal”, en Rev. La Ley, Tomo 91, pag. 977.

¹⁴ Méndez Costa María Josefa, -D’Antonio, Daniel Hugo “Derecho de Familia” Tomo II, Editorial Rubinzal – Culzoni, pág. 403.

ración de hecho”, se la ha definido como “la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada alguna que lo imponga, sea por voluntad de uno o de ambos esposos.”¹⁵

De su noción conceptual, se desprenden los elementos que la conforman: Es una situación que supone una interrupción del deber de cohabitar, la cual *no se encuentra jurídicamente legitimada* – situación fáctica. Se desprende del artículo 199 del Código Civil (Texto Ordenado ley 23.515), que: *“Los esposos deben convivir en una misma casa a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando éste ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos”,* por lo que existiendo justa causa probada se puede dispensar a los cónyuges del deber de cohabitar. En tal sentido *“Puede tenerse por justificado, por ejemplo, el retiro del hogar del cónyuge que padece enfermedad contagiosa con el fin de no contagiar al otro o a los hijos, la ausencia transitoria im-*

*puesta por razones de trabajo, el alojamiento destinado a eludir la persecución política, las amenazas contra la vida de cualquier proveniencia, u otras situaciones similares”.*¹⁶ De la norma transcrita se deriva que el quebrantamiento del deber de cohabitar no constituye separación de hecho, ello al estar motivado en una justa causa.

En segundo término, cabe referir que el cese de cohabitación no debe ser transitorio, sino permanente. Por lo que se debe presentar sin solución de continuidad.

De allí que se pueda hablar de dos tipos de separación de hecho: De común acuerdo, cuando los cónyuges acuerdan y deciden ambos separarse, o por voluntad unilateral, en donde uno de los cónyuges, voluntariamente y sin anuencia del otro, se sustrae a los deberes conyugales.

“Demasiado frecuente es esta situación en nuestro medio social y por constituir una realidad, un fenómeno externo de nuestra conformación social, no cabe ignorarla. Tampoco podemos eludir su consideración o limitarnos a subestimarla, reprobarla o sancionarla. Tradicionalmente la posición de los cónyuges no podía ser más que una de esas dos: juntos o divorciados. Pero la

¹⁵ Lagomarsino, Carlos A. R., “Separación de hecho, divorcio y sociedad conyugal”, La Ley 139-1143; Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Separación de hecho entre cónyuges”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 3.

¹⁶ Belluscio, Augusto César “Manual de Derecho de Familia”, Tomos I y II, 6ª edición, Editorial Desalma, pág. 334.

vida es cada día más compleja y ha traído con notable abundancia otras dos situaciones: o la separación de hecho pactada entre los esposos, o la salida voluntaria de uno de ellos.¹⁷

Cabe referir que la separación de hecho puede ser probada por cualquier medio de prueba, incluyendo instrumentos públicos, documentos privados, testigos y demás elementos probatorios legalmente admisibles.

Cuando la prueba de la separación de hecho persigue la finalidad de que producir efectos jurídicos, ya sea sobre los atributos personales, sobre el patrimonio, con relación a la separación personal y el divorcio vincular etc, será necesario obtener una declaración judicial que la constate. Dicha pretensión no podrá ser ejercitada cuando tienda solamente a determinar que los cónyuges se encuentran separados, en tanto sólo el derecho a las relaciones jurídicas pueden ser objeto de las accio-

nes meramente declarativas.¹⁸

3. Sociedad conyugal. Separación de hecho y abandono de hecho

La esencia de la "sociedad conyugal" radica en el esfuerzo común, en la colaboración mutua de los esposos durante el matrimonio.¹⁹

El cuestionamiento respecto a si produce o no efectos la separación de hecho sobre la sociedad conyugal, ha llevado a la doctrina y jurisprudencia de nuestro país a sostener diversas opiniones: Desde una órbita, aquellos que consideran la total ineficacia de la separación de hecho sobre la sociedad conyugal²⁰; los que propugnan que la misma disuelve la sociedad conyugal entre los esposos,²¹ y una tesis intermedia que si bien negaron efectos extintivos a la separación de hecho, distinguieron entre culpable e inocente de la separación, privando a aquél de participar de los bienes adquiridos por el otro. Se puso énfasis en el efecto

¹⁷ Morello, Augusto M., obra ut-supra citada, pág. 27.

¹⁸ Cfrme. Kemelmajer de Carlucci, Aída, obra citada página 8/11.

¹⁹ Chechile, Ana María, "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre cónyuges separados de hecho", en J.A., Tomo 1998-III, pág. 753 y sig.

²⁰ Conf. Llerena, Baldomero, "Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino", t.IV, pág. 404, 3ª ed., Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1931; Machado, José Olegario, "Exposición y comentario del Código Civil Argentino", pág. 238 y sigas., Buenos Aires, 1930; Rébora, Juan Carlos, "El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio", pág. 338 y sigtes., Buenos Aires, 1927; Zavala Rodríguez, Carlos J., "Influencia de la Separación de hecho sobre la sociedad conyugal", J.A., 45-514; Colombo, Leonardo A., "Efectos Jurídicos de la separación de hecho", La Ley, 39-974.

²¹ Díaz de Guijarro, Enrique. "El divorcio por mutuo consentimiento de los esposos", J.A., 24-210, "Efectos de la separación de hecho sobre los bienes adquiridos posteriormente por lo cónyuges, J.A. 39-458 y "Efectos de la separación de hecho", 20-205; Spota, Alberto. "La separación de hecho y la sociedad conyugal", J.A. 1946-III-662 entre otros.

sancionador que dicha institución provoca sobre el culpable de la misma, perdiendo todo derecho a los bienes gananciales adquiridos por el inocente desde la separación, o sobre ambos si existió acuerdo en la interrupción de la convivencia.²²

Podemos decir que el régimen patrimonial en nuestro Código Civil, -régimen de comunidad de ganancias - es legal, forzoso e inmodificable, salvo excepciones expresamente contempladas.²³

En varias oportunidades nuestros jueces sostuvieron que resultaba inadmisibles el reclamo por cualquiera de los esposos del goce de los derechos sobre bienes que no contribuyeron a adquirir. Siendo así, desaparecido el hecho - la comunión afectiva- desaparecía también el título en cuya virtud podrían reclamarse derechos emanados de una sociedad conyugal realmente inexistente.²⁴ Luego se opera un retro-

ceso en dicha creación jurisprudencial al introducirse el concepto de "culpa", que consideraba una aberración que se le confiriere al cónyuge culpable el derecho de adquirir bienes exclusivamente para sí a partir de su abandono de la convivencia matrimonial. Frente a tal giro ideológico, se comenzó a sostener que la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal. Se señaló que era necesario distinguir a la separación de hecho del abandono de hecho, por cuanto éste último tiene el sentido de una separación calificada. Consecuentemente, no se puede englobar el abandono de hecho dentro de la separación de hecho.²⁵

Por un lado los jueces precisaron que el cónyuge inocente de la separación continuaba participando de los bienes adquiridos por el culpable no obstante la absoluta inexistencia de la comunidad de vida. Por el otro, avalando la dirección de esos fallos, se afirmó que no era la separación de hecho la que

²² Guastavino, Elías P., "Separación de hecho y disolución de la Sociedad Conyugal", en J.A., 1958-IV, pág. 366. Llambías, Jorge. "Estudio de la reforma del Código Civil, La Ley 17.711" pág. 387, cambio. 460. Buenos Aires.; Guaglianone, Aquiles., "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal" 1965, pág. 87 y 94. Ediar. Buenos Aires.

²³ Artículo 1290 del Código Civil: "Si la mujer no quisiere someter a esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos".

Artículo 1294 del Código Civil: 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".

²⁴ Mizrahi, Mauricio Luis, "El divorcio por separación de hecho y la cuestión de los bienes", en La Ley, tomo 1996-7- A, pág. 1380.

²⁵ "Si me encuentro en la calle con un amigo, nos estrechamos las manos y luego separándonos seguimos nuestro camino, nadie dirá que nos hemos abandonado, aunque sí nos hemos separado. En cambio si un amigo se ha resbalado hacia un precipicio y lo sostiene mi mano y abro mis dedos y lo suelto, nadie dirá, que nos hemos separado, sino que lo he abandonado" Fassi, Santiago C., en obra antes citada, "La separación de hecho, el abandono de hecho...." pág. 977 .

podía provocar la separación de bienes, sino el abandono de hecho en tanto la petición se impetrara por el esposo inocente. Estas fueron finalmente las soluciones que adoptaron los artículos 1306, in fine y 1294 in fine del Código Civil.²⁶

De allí la mención al cambio introducido por la ley 23.515 en el régimen patrimonial del matrimonio al reformar el artículo 1294, al posibilitar a que uno de los cónyuges solicite la separación de bienes cuando medie abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge. El cónyuge abandonado tendrá una doble opción: solicitar la separación de bienes por abandono de hecho, o aprovechar las ventajas que le acuerda su inocencia hasta el momento en que se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las demás causas que producen ese efecto.²⁷

Con lo que la nueva redacción otorgada al artículo 1294 del Código Civil ha consagrado al abandonado de hecho como causal autónoma de extinción del régimen conyugal de bienes. Resulta pertinente hacer mención de algún sector de la doctrina que ha in-

terpretado que a partir de la sanción de la ley 23.515 – que admite la separación personal o el divorcio vincular por causa de separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges – , resultaría coherente aplicar el mismo criterio objetivo para permitir la separación de bienes. En este sentido, en las XII Jornadas de Derecho Civil se aprobó por ajustada mayoría – 16 votos contra 15 – que “debiera substituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial por la de la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo”.²⁸

4. Separación de hecho. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal

*“La sociedad conyugal no es una sociedad de duración ilimitada: teniendo por fin la satisfacción de los intereses comunes de los esposos y por fundamento la colaboración del marido y de la mujer, debe lógicamente extinguirse cuando el matrimonio se disuelve, y también cuando, a pesar del mantenimiento del lazo matrimonial, la vida común cesa, o cuando la impericia del marido impide la colaboración real de los cónyuges”*²⁹.

²⁶ Mizrahi, Mauricio Luis, obra antes citada, pág. 1384.

²⁷ Artículo 1306 in fine del Código Civil.

²⁸ Scherman, Ida, “La separación de hecho y la liquidación de la sociedad conyugal”, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 16, edit. Abeledo-Perrot, pag. 206.

²⁹ Planiol-Ripert-Nast, Traité pratique de Droit Civil Français T. 9 « Régimes matrimoniaux », núm 653, pag. 1, Paris 1927, citado por Gatti, Hugo E, « Disolución de la sociedad conyugal”, en Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo VIII, pág. 943.

La sociedad conyugal es un instituto fuertemente reglamentado por el legislador. Este no se limita sólo a establecer el día que debe comenzar a funcionar el régimen legal, señalado en forma inexorable en el de la celebración del matrimonio.³⁰

El Código Civil en su artículo 1306 establece que *la sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.* Esto significa que la disolución de la sociedad conyugal no se produce ipso jure, sino que es necesario el pedido de parte interesada.

Conforme fuera ut-supra esbozado, el codificador no se ocupó de reglar la incidencia de la separación de hecho en la sociedad conyugal. Ante dicho silencio legislativo, la jurisprudencia y también los autores ensayaron diversas soluciones.

El texto introducido por la ley 17.711 -

recogiendo una de las líneas de interpretación postulada por la doctrina y aplicada en la jurisprudencia,³¹ acerca del efecto de la separación de hecho de los cónyuges sobre su régimen de bienes quedó plasmado en el artículo 1306 del Código Civil, en cuyo último párrafo dispone: *"Produce la separación 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"*.

La separación de hecho no es causa de disolución de la sociedad conyugal. No obstante mantenerse la vigencia de la comunidad de gananciales hasta que acaeciese la disolución por imperio legal (muerte de uno de los cónyuges, divorcio, etc.), el debate se introdujo al abordar el tema de la culpabilidad en la interrupción de la convivencia, privando al culpable del derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro después de que tuvo lugar la separación de hecho, y al tiempo de liquidarse la comunidad.

³⁰ Artículo 1261 del Código Civil: "La sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después".

³¹ Respecto de los antecedentes del párrafo final del art. 1306 introducido por la ley 17.711, puede verse: Morello, Augusto M., "Separación de hecho entre cónyuges", Buenos Aires, 1961; Guaglianone, "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal", N° 65 y sigtes., ps. 83 y sigtes., Buenos Aires, 1965; Colombo, Carlos J., "Efectos jurídicos de la separación personal de hecho", La Ley, 39-374; Fassi, Santiago C., "La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal", La Ley, 91-977; Lagomarsino, Carlos, "Separación de hecho, divorcio y sociedad conyugal", La Ley, 139-1143. Entre otros, ver fallos de la CNCiv., sala A, 16, agosto 60 en ED, 2-789; sala B, 29, mayo 64, en ED, 8-815 y 20, diciembre 65 en ED, 14-730; sala C, 23 setiembre 53, La Ley, 74-280; sala D, 22, agosto 57, La Ley, 89-234, ídem, 6, setiembre 60, La Ley, 100-764; sala F, 27, julio 61, en ED, 2-219; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 6, mayo 1938, La Ley, 10-1019.

Al dictarse la ley 17.711 prevalecía el criterio de divorcio sanción. De forma tal que el artículo 1306 in fine, del Código Civil se adscribía a un sistema legal que atribuía responsabilidades a título de culpa. El supuesto de liquidación planteado presupone un cónyuge inocente y otro culpable de la separación. Es así que en algunos fallos se resolviera conforme a que si los cónyuges habían optado por pedir su divorcio por presentación conjunta y de acuerdo al procedimiento dispuesto por el artículo 67 bis de la ley 2393, no podían, después, pretender controvertir la culpabilidad exclusiva de uno de ellos de la separación de hecho preexistente a la petición conjunta, a los fines de la aplicación del artículo 1306, párrafo tercero, en la liquidación de la sociedad conyugal.³² Si los esposos habían acudido al trámite de la presentación conjunta debían atenerse a los efectos de la culpabilidad mutua atribuida por la ley que, según la interpretación de la mayoría, colocaba a ambos en la imposibilidad de pretender participar en los gananciales adquiridos por el otro con posterioridad a la separación de hecho.

A partir de la vigencia de la reforma al Código Civil en virtud de la ley 23.515 el tema adquirió nuevas connotaciones. Tanto el divorcio por presentación conjunta como el que se funda en la in-

terrupción de la convivencia matrimonial sin voluntad de unirse, trascienden como supuestos de divorcio por causas objetivas. Particularmente, el divorcio y/o separación decretado en razón de la interrupción de la convivencia matrimonial durante los plazos legales,³³ implicó, que si la separación de hecho ha preexistido al divorcio pero no se ha introducido por ninguno de los esposos la cuestión relativa a sus causas, el divorcio se decretaría sin atribución de culpabilidad. Ninguno de los cónyuges conservaría los derechos que la ley reconoce a quien no dio causa al divorcio y/o separación personal, ni soportaría las cargas que se imponen al culpable.

Desde tal órbita, se advertía que si el divorcio (o la separación personal) se decretaba en razón de la causal objetiva de separación de hecho, sin atribución de culpabilidad, no resultaba operativa la norma del artículo 1306, párrafo tercero, que presupone la existencia de un debate previo y, finalmente, un pronunciamiento acerca de la culpabilidad en la separación de hecho. Al no poder hablarse de culpable o no culpable de la separación de hecho el artículo referenciado resultaba ajeno al marco normativo y, consecuentemente, no aplicable.

Cuando la causal invocada en la sepa-

³² Cám. Nac. Civ. Inadmisibilidad revisión de la culpa en la etapa de ejecución de la sentencia de divorcio, aún mediando previa separación de hecho de los cónyuges, y Cám. Nac. Civ., Sala F, 2612.79, La Ley. 1980-D-234).

³³ Artículo 204 y 214 inciso 2º del Código Civil.

ración personal o el divorcio vincular no conlleva declaración de culpabilidad o inocencia – causales objetivas - se produce un vacío legislativo. De allí que se propugnara la necesidad de legislar de manera autónoma los efectos de la separación personal y el divorcio en el marco de las causales objetivas.

Nuevamente, ante la ausencia de tal regulación le cupo a la jurisprudencia y a la doctrina suplir dicha falencia.

Es así, que algunos asimilan a ambos cónyuges o ex cónyuges a la categoría de culpables de la separación de hecho que precedió a la presentación conjunta o a la demanda fundada en la causal del artículo 204 (o 214 inciso 2º) del Código Civil.

No es que ambos cónyuges deban ser considerados culpables, pero tampoco pueden pretender invocar en su favor los beneficios que la ley confiere al inocente. El artículo 1306, tercer párrafo, del Código Civil constituye una suerte de sanción al cónyuge que fue culpable de la separación de hecho, más como ni uno ni otro puede reivindicar para sí el no serlo, debe aceptar que carece del derecho a invocar el no haber dado causa a ella y por ende pretender partir con el otro los gananciales adquiridos por él después del cese de la cohabitación.³⁴

Al tratar de compatibilizar la pauta establecida en el tercer párrafo del artículo 1306 del Código Civil, con la causal objetiva legislada en los artículos 204 y 214 inciso 2º del Código Civil, resurge la cuestión de la culpa como parámetro a tener en cuenta en oportunidad de la liquidación de la sociedad conyugal. Es cierto que el Artículo 1306 in fine contempla la situación del cónyuge culpable y otro inocente en la separación de hecho y por tanto su aplicación a la situación planteada requiere de una adecuación de la mencionada norma.³⁵

En las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal llevadas a cabo en Junín en 1996, la comisión N° 3 desarrolló el tema en análisis; por mayoría se dispuso que *"cuando la separación personal o el divorcio vincular se dicten con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, ninguno de los cónyuges participará en los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho (artículo 204 párrafo 1º y 214 inciso 2º del Código Civil)"* En igual sentido, *"cuando la separación o el divorcio vincular se dicten en virtud de lo dispuesto en los artículos*

³⁴ Zannoni Eduardo A. "El divorcio – o la separación personal - en razón de la separación de hecho preexistente de los cónyuges y la liquidación de la sociedad conyugal", Revista de Derecho Privado y Comunitario, t., 12, Ed., Rubinzal-Culzoni, Sta., Fe, 1996, p. 271 y sigtes.

³⁵ Scherman, Ida, "La separación de hecho y la liquidación de la sociedad conyugal", en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 16, edit. Abeledo-Perrot, pag. 198.

204 (párrafo 1°) y 214 inciso 2° Código Civil, la liquidación de la sociedad conyugal debe efectuarse atendiendo a la fecha del cese efectivo de la convivencia, acreditada en autos”.

La problemática dividió a la doctrina y jurisprudencia. Por un lado, se propició que la participación de ambos cónyuges en los bienes gananciales adquiridos durante la separación se mantiene hasta la disolución de la sociedad conyugal.³⁶ En tal sentido se argumenta que el artículo 1306 in fine del Código Civil considera al “elemento subjetivo” - culpa- para privar a los cónyuges separados de hecho de la participación en los bienes adquiridos por el otro, porque el solo hecho de la separación no pone fin a la ganancialidad y que, en cambio, el régimen de los artículos. 204 y 214 inciso 2°, a partir de la ley 23.515 tiene carácter “objetivo”, y la sentencia que se dicte en su consecuencia “no juzga sobre las causas que dieron origen a la interrupción de la convivencia”.³⁷ Se agrega que, habiendo las partes optado por esa vía para su separación personal o divorcio, no podrían en la liquidación de la sociedad conyugal

pretender la aplicación de una norma, como el artículo 1306 in fine, que presupone la declaración de culpas.³⁸

Desde la opinión contraria, se entiende que en ese supuesto ninguno de los cónyuges participa de los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho. En defensa de tal posición se ha meritado que se debe atender al sentido de la norma por encima de su literalidad; considerar el fundamento de la ganancialidad cual es la comunidad de vida y de esfuerzo; y sostener una interpretación coherente con la aplicada en materia sucesoria para casos similares, por el artículo 3575 del Código Civil. De allí, que si ambos cónyuges se separaron de hecho por una decisión compartida, y luego obtuvieron su divorcio por alguno de los procedimientos con fundamento “objetivo”, asumiendo ambos esa responsabilidad y sus consecuencias, es lógico que se les aplique el último párrafo del artículo 1306 y no participen en los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho.³⁹

Frente a la postura que sustenta la te-

³⁶ CNCiv., Sala J., 27 de Julio de 1993, ED 158-293, con nota aprobatoria de Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana. ¿Se comparten los bienes gananciales adquiridos durante la separación de hecho cuando hay declaración acerca de la culpa de uno o de ambos? En el mismo sentido ponencias de las Dras. Sonia de Elizalde y Micaela Herrera, y de los Dres. S. Monserrat y A. Della Maggiora, posición que quedó en minoría en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junin 1996).-

³⁷ Conforme voto de la Dra., Zulema Wilde en el fallo citado en la nota precedente.

³⁸ Conforme Dras. De Elizalde y Herrera, ponencia citada.

³⁹ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel M. “Incidencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal”. Nota a fallo, CNCiv., Sala F, Setiembre 17-996- B, S. B. y G., R. D. La Ley T° 1997-C.

sis en el sentido indicado - decretado el divorcio por una causal objetiva ninguno de los cónyuges participa de los gananciales adquiridos por el otro luego de la separación de hecho -, su argumento se funda en que en nuestro sistema de divorcio que contempla tanto causales objetivas cuanto subjetivas, sólo en el caso de éstas últimas el cónyuge inocente puede reclamar ciertos beneficios derivados de su conducta (a excepción del artículo 203 del Código Civil). Así el artículo 207 otorga al cónyuge que no dio causa a la separación o divorcio un derecho alimentario amplio, en tanto impone al culpable una contribución tendiente a mantener el nivel económico del que gozaron durante el matrimonio. Se advierte sin mucho esfuerzo cierto matiz indemnizatorio en esta presentación por cuanto la obligación no se limita a la carencia de recursos del alimentado, sino que tiende a preservar el "status" que tenía constante el matrimonio. En ese mismo orden sólo el cónyuge inocente en principio puede reclamar la atribución de la vivienda, en la medida que se cumpla con el resto de los extremos que establece el artículo 211 del Código Civil. En cuanto a la vocación hereditaria si se optó por separación personal sólo el inocente la conserva.

En todos estos casos la culpa aparece como centro discriminador de efectos jurídicos, beneficiando al inocente en desmedro del culpable. Por lo que si el

divorcio o la separación se decretó por una causal objetiva ninguno de los cónyuges puede reclamar los derechos que conceden las normas citadas precedentemente. En efecto no podrán reclamarse los alimentos del artículo 207 del Código Civil, ni la atribución de vivienda y si medió separación personal ambos quedan excluidos de la herencia (artículo 3574)⁴⁰

En el ámbito Nacional, la Cámara de Apelaciones en lo Civil delineó el planteo con el Fallo plenario: "*C., G.T c/ A., J.O s/ liquidación de sociedad conyugal*" del 29 de septiembre de 1999: Surgiendo del voto de la mayoría que "*Obvio resulta entonces que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno de ellos tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación, tal conclusión se fundamenta en razones de equidad y de orden lógico y moral... Si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho*".

La solución que propone la minoría del Tribunal, es decir que se compartan todos los bienes gananciales al momento de la disolución de la sociedad conyugal, sin que tenga relevancia la se-

⁴⁰ Arianna, Carlos Alberto "Separación de hecho. Divorcio sin atribución del culpas y ganancialidad", en La Ley, Tomo 1996-C, p. 1287.

paración de hecho, conduce al resultado disvalioso de colocar en mejor situación legal a los dos esposos que si hubieran recurrido al procedimiento subjetivo con imputación de culpa, porque en este caso no pueden ser los dos cónyuges inocentes.⁴¹

La doctrina sentada por el plenario aludido parece ser la solución más realista, entendiendo por realismo el mensaje que los hechos le envían al intérprete de una situación dada. Y no se trata de que esa realidad no tenga valores mensurables desde un punto de vista axiológico, los tiene a tal punto que importantes corrientes filosóficas que basan el pensamiento occidental parten precisamente de esa realidad. En segundo lugar, porque si la ley permite allanarse y poner posiciones en materia de causales objetivas, es evidente que les permite a ambos reconocer el hecho de la separación durante el lapso que la ley erige como causal objetiva. Y la sentencia que se dicta como consecuencia de dicho reconocimiento, produce todos los efectos de la culpa de ambos, aunque no se pronuncie sobre la misma, léase pérdida de la vocación hereditaria y de la alimentaria, entre otros. Y si el derecho sucesorio también sanciona con la pérdida de la vocación hereditaria a los separados de hecho sin voluntad de unirse, parece demasiado forzado el razonamiento según el cual se los quiere tener por inocentes. Asi-

mismo, el fundamento de la ganancialidad está dado por la presunción del esfuerzo común, situación que naturalmente queda desmentida en el caso. Si lo que pretendió el artículo 1306 in fine, fue impedir que el culpable de la separación de hecho, se beneficiara con el fruto de lo que producía el inocente durante la separación, y al contrario "castigó" al culpable con el mantenimiento de la ganancialidad, está queriendo decir que el fundamento del esfuerzo común es válido, pero sólo en este caso para aquél, que no pudo impedir que este esfuerzo mancomunado se siguiera prestando, él nada pudo hacer y no consintió esa realidad. Es más, si incurriera en cualquier conducta culpable, se interrumpiría el beneficio de la inocencia. Asimismo, la falta de la voluntad de unirse exigida por el artículo 204 del Código Civil, es una presunción que se debe mantener durante el tiempo de ley, pero que cualquiera puede suspender, exigiendo al otro la reanudación de la convivencia. No hacerlo, y dejar vencer el plazo, unido a la falta de reserva de inocencia en la separación en los escritos de divorcio o separación personal por la causal objetiva, tienen que tener algún significado. La jurisprudencia efectuó los diversos planteos, llegando los jueces a la conclusión de que si no había salvedad alguna, se presumía que la separación de hecho anterior al divorcio era de común acuerdo. La consecuencia de

⁴¹ Azpiri, Jorge O. "La Separación de hecho y su incidencia en la liquidación de la sociedad conyugal", en J.A. Tomo 2000-I, pág. 567.

ésta era la suspensión de la ganancialidad recíproca durante el período que corría entre la separación de hecho y la sentencia que disolvía la sociedad conyugal.⁴²

Si la ley no acuerda a ninguno de los cónyuges los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio. Sólo en esa inteligencia puede ser entendido el estatuto jurídico a que quedan sometidos los cónyuges o ex-cónyuges, luego de la sentencia. Ese orden de ideas, parece más congruente que así como las partes no pueden reclamar ningún derecho que la ley reserva al inocente, tampoco pueden reclamar derechos de participación sobre bienes adquiridos tras la separación de hecho, sobre los cuales no existe ningún esfuerzo común.⁴³

Es así como se desprende que a lo largo de los años la doctrina y la jurisprudencia han valorado el elemento convivencia, comunidad de vida, en relación con la ganancialidad.

En cuanto al origen de la ganancialidad se ha dicho que éste "Se encuen-

tra en la colaboración que recíprocamente se prestan los cónyuges. Los bienes son gananciales porque los esposos viven juntos, porque forman una unidad de espíritu y de trabajo y porque ambos colaboran, aunque de distinto modo y con distinto esfuerzo, en la formación del patrimonio conyugal...". Por lo tanto, la voluntad de los cónyuges de separarse de hecho hace cesar el fundamento que dio origen a la ganancialidad que se basa en la colaboración mutua.⁴⁴

En la hipótesis de separación de hecho, cuando ha quedado acreditado en forma judicial que los cónyuges ya no viven juntos desde determinada fecha, se han modificado las condiciones de ganancialidad, que sin duda son la unidad de espíritu y trabajo, la colaboración recíproca en la formación del patrimonio conyugal.

Es coherente, dentro de esta línea argumental, sostener que quienes han decidido por un acto de autonomía de la voluntad hacer cesar deberes y derechos matrimoniales, no pueden luego resultar beneficiados, participando de los bienes que ni uno ni otro han contribuido a formar.⁴⁵ Sostener lo contrario implicaría vulnerar uno de

⁴² Gowland, Alberto Jorge "Sociedad conyugal: Calificación de los bienes adquiridos desde la separación de hecho hasta la sentencia en las causales objetivas de los artículos 204 y 214 inciso 2º del Código Civil", en *El Derecho*, Tomo 185, pag. 374.

⁴³ Arianna, Carlos Alberto, obra citada.

⁴⁴ Guaglianone, Aquiles "Régimen Patrimonial del Matrimonio" t., 1 p., 41.

⁴⁵ Biscaro, Beatriz R. "La Liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho de los cónyuges, en *J.A.*, Tomo 2000-I, pág. 563.

los principios rectores de nuestro ordenamiento legal, cual es el enriquecimiento sin causa.

Los efectos de la sentencia de separación personal o divorcio se proyectan sobre las cuestiones conexas y consiguientemente la solución dada por el artículo 1306, párrafo 3º, queda subsumida en la que surge de la causal que disuelve el régimen. El debate en torno a la culpabilidad o inocencia en la separación de hecho, quedaría agotado una vez que se hubiera alcanzado sentencia de separación personal o divorcio vincular sin posibilidad de reabrirlo a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal⁴⁶.

En consecuencia, cuando se hubiera alcanzado sentencia de separación personal o de divorcio vincular en los términos de los artículos 204 y 214 inciso 2º del Código Civil, ya objetiva, ya subjetiva, ésta significará la determinación de los efectos en relación a la separación de hecho.⁴⁷

Se advirtió acerca de la necesidad de la solución otorgada por el plenario de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 29 de septiembre de 1999, por cuanto la situación fáctica era cada vez más común, sobre todo frente a la adhesión que en muchos casos despiertan las

causales objetivas, y el necesario transcurso del tiempo con actividad económica de uno, otro o ambos, entre la separación de hecho y la fecha en que la sentencia tuviera efecto.

5. Proyectos de Reforma del Código Civil

Es indiscutible que la legislación de Vélez Sársfield, si bien mucho menos después de las modificaciones introducidas por las leyes de 1926 y 1968, resulta inadaptada a las formas actuales de manifestación de las relaciones económicas de los esposos entre sí y con respecto a terceros y a las mismas leyes que posteriormente a la consagración de la plena capacidad civil de la mujer casada, han equiparado a los cónyuges muy claramente en cuanto al sostenimiento y educación de los hijos, han ratificado la convención sobre eliminación de discriminaciones contra la mujer y no establecen distinción entre marido y esposa en cuanto a los deberes de los cónyuges. A lo que se aduna la persistencia de normas de la redacción primigenia del Código Civil, lo que conduce a confusiones y obliga a realizar un permanente esfuerzo interpretativo para dilucidar si han sido o no tácitamente derogadas por la legislación sobreviniente.⁴⁸

El movimiento reformador del derecho

⁴⁶ CNCiv., Sala E, 8-IV-1981, "O de L., C c/ L., G", La ley 1981-C-483.

⁴⁷ Scherman, Ida, obra antes citada, pág. 207.

⁴⁸ Méndez Costa, María Josefa., " La proyectada modificación del régimen patrimonial matrimonial " , La ley 1993-C, pág. 943

de familia argentino, desarrollado durante el período 1985-1987 ha soslayado la modificación integral del régimen patrimonial matrimonial. Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad de Belgrano en el año 1987 deliberaron sobre las reformas posibles permitiendo que se concertaran en su debate distintas posiciones doctrinarias de lege ferenda sobre la base de interesantes ponencias. En sus aspectos de mayor relevancia giraron sobre la imperatividad y mutabilidad del régimen. Proposiciones parciales de reforma, en especial sobre la caracterización de los bienes llamados "dudosos" o "inciertos" del segundo párrafo del artículo 1276 y sobre las deudas, han sido abordadas en varios encuentros y jornadas de especialistas.

Podríamos hacer referencia, que conforme se encuentra estructurado nuestro régimen legal en la actualidad, el acceso de la separación de bienes sobreviniente con respecto al régimen de la llamada "sociedad conyugal", se produce por vía de consecuencia de la separación personal de los esposos (artículo 1306, primer párrafo del Código Civil) y, por vía principal, mediante el ejercicio de la acción de separación de bienes invocando alguna de las causas previstas en el artículo 1294 del C. C. (concurso de un cónyuge, su mala

administración o el abandono del consorte) y también en el caso de curatela de uno de los esposos por un tercero (artículo 1290 del C. C.)⁴⁹

La comisión de reforma al Código Civil, convocada por el Poder Ejecutivo de la Nación por dec. 468/92 se integró inicialmente por Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni. La primera decisión adoptada unánimemente por dicha comisión fue la de abocarse a la tarea de encarar la reforma del Libro Segundo del Código, la que actualmente figura en el Título Segundo de su Sección Tercera, de manera de evitar un "emparchamiento" más que desarticulase notablemente la armonía de las normas del mencionado cuerpo legal.⁵⁰

Se reflexionó sobre dos anteproyectos preparados por el Dr. Belluscio. Uno, expresó la opinión de la comisión que se pronuncia por la posibilidad de elección del régimen matrimonial (entre ellos Atilio Alterini, Aída Kemelmajer de Carlucci, Rivera y Roitman), y el otro, que propiciaba el mantenimiento del régimen único (Héctor Alegría, Jorge Alterini, Boggiano y Méndez Costa). Prevalió la alternativa que permitía la opción de los esposos entre

⁴⁹ Méndez Costa, María Josefa en "MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Derecho de Familia", Santa Fe, 1990, t. II, Cap. IX, II, N° 6 y 8 y sigtes.-

⁵⁰ Belluscio, Augusto C., "La elección del régimen matrimonial por los esposos", La ley, 1994 - A, pág. 799.

dos o más regímenes matrimoniales. cio vincular.

Belluscio se expidió por el mantenimiento del régimen legal único. En forma reiterada manifestó su opinión adversa a la inclusión en la legislación argentina de la posibilidad de que las personas que contraen matrimonio elijan el régimen patrimonial que las gobierne o lo modifiquen a su arbitrio durante la unión. Por cuanto "afirmar que el derecho extranjero consagra la elección con muy limitadas excepciones es tergiversar la realidad. Es cierto que la mayor parte de los países de Europa occidental y de América latina permiten en alguna medida la opción entre diversos regímenes, más no es cuestión de legislar según costumbres y tradiciones extrañas sino de acuerdo a las del país"⁵¹.

El anteproyecto elevado por el Dr. Augusto Cesar Belluscio, - siendo en el mismo el régimen de comunidad de ganancias imperativo -, en lo que hace a la disolución de la comunidad, cabe referir que la extinción del régimen de comunidad se produce por distintas causales, algunas de las cuales ponen fin a todo régimen y otras lo reemplazan por el de separación de bienes. Pone fin a todo régimen, la muerte probada o presunta (en el día de la muerte), la anulación del matrimonio putativo y la sentencia de divor-

Determina que la comunidad sea reemplazada por la separación de bienes, la sentencia de separación personal y la sentencia de separación de bienes. Siempre que la disolución depende de una sentencia, opera retroactivamente a la notificación de la demanda pero uno de los cónyuges puede solicitar que la retroactividad se extienda, para ellos, hasta el día de su separación, por lo que el tribunal podrá acceder por razones de equidad.

La acción de separación de bienes procede a solicitud de uno de los esposos sin que se admita la subrogación de sus acreedores, por las siguientes causales configuradas en el otro cónyuge: mala administración que ponga a aquél en riesgo de perder su eventual derecho a los bienes gananciales; concurso preventivo o quiebra; curatela por un tercero. Asimismo, puede ser pedida *por separación de hecho sin voluntad de unirse*, causal distinta al "abandono" que prevé la legislación vigente en el artículo 1294.⁵²

Con relación al anteproyecto de Código Civil, la comisión creada por Decreto 685/95 integrada por los Dres. Héctor Alegría - Atilio Aníbal Alterini - Jorge Horacio Alterini - María Josefa Méndez Costa - Julio César Rivera -

51 Belluscio, Augusto C., "El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto del Código Civil", La ley, 1999 - C, pág. 1145

52 Méndez Costa, María Josefa., " La proyectada modificación del régimen patrimonial matrimonial" , La ley 1993-C, pág. 943

Horacio Roitman, que fuera elevado el 18 de diciembre de 1998 al Ministro de Justicia de la Nación, en su fundamentación, dice haber tomado como "fuente inmediata" el proyecto de la comisión designada por el dec. 468/92 (Adla, LII-B 1641),⁵³ acepta la elección que los contrayentes efectúan por uno de los regímenes organizados - , con régimen supletorio de comunidad de ganancias - el acceso a la separación de bienes sobreviniente al régimen de comunidad está previsto en hipótesis análogas, es decir, la separación judicial de los esposos (artículo 469, d), la separación judicial de bienes (idem, d) y además, el cambio de régimen convenido (idem, f)⁵⁴: el último párrafo del artículo 474 dispone "En los casos de separación judicial de los cónyuges y separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 497 a 501".

En cuanto al cambio de régimen con-

vencional, sólo puede darse a la separación de bienes si lo efectúan esposos sometidos al de comunidad.

La separación de bienes se produce en consecuencia de la separación judicial no disolutoria del vínculo matrimonial (artículos 469, d y 474) con la retroactividad que se fija en el segundo texto recién citado y que se considera en el número siguiente.

El acceso a la separación de bienes en virtud de sentencia específica. La acción ejercida por uno de los cónyuges pudo haber sido la de separación de bienes solicitada por alguna de las causales que se enuncian en el artículo 471, a saber, la mala administración del otro que le acarrea el peligro de perder su eventual derecho a los bienes gananciales (inciso a), el concurso preventivo o la quiebra de aquél (inciso b), la curatela del mismo por un tercero (inciso d) y, lo que es novedoso-

⁵³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil (decreto N° 468/92)", JA 1993-IV 842 y sgtes." La decisión de admitir las convenciones en el proyecto de 1992 fue sostenida por la mayoría de la comisión, y Belluscio redactó dos textos alternativos para el régimen patrimonial del matrimonio: Uno imperativo, conforme su criterio en minoría, y otro adaptado al criterio mayoritario, citando las fuentes de cada norma en el derecho comparado" citada por Fleitas Ortiz de Rozas, Abel "Imperatividad o autonomía? - El régimen de bienes en el proyecto de reforma del Código Civil", en La Ley 1999-F, pag. 1309.

⁵⁴ Anteproyecto de Código Civil Comisión creada por Decreto 685/95 elevada el 18 de diciembre de 1998: Título II. Del régimen patrimonial del matrimonio. Capítulo I. Disposiciones generales. Sección Quinta. Extinción de la comunidad. Artículo 469.- Causas. La comunidad se extingue por: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio vincular; d) la separación judicial de los cónyuges; e) la separación judicial de bienes; f) el cambio de régimen matrimonial convenido. Artículo 471: "Separación Judicial de Bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; a) en caso de concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge, b) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse, c) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, d) se designa curador del otro a un tercero.

so, *la separación conyugal de hecho sin voluntad de unirse (inciso c).*

Con respecto a esta hipótesis, téngase en cuenta que *los esposos separados de hecho no deben necesariamente promover judicialmente la separación de bienes* porque no hay inconveniente en lo que acuerden con los requisitos del convenio entre cónyuges, en cuyo caso no procede la retroactividad que se menciona a continuación.

En la operatividad de todos los supuestos de acción de separación de bienes, la sentencia es retroactiva a la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito y sin perjuicio de que, a pedido de uno de los esposos, el tribunal decida, fundándose en razones de equidad, que en las relaciones entre ellos los efectos de la extinción se retrotraigan al día de la separación de hecho (artículo 474, primer párrafo).⁵⁵

6. Conclusión

Entendemos que en los supuestos de los artículos 204, 205, 214 inciso 2º y 215 del Código Civil, ninguno de los consortes participa de los gananciales adquiridos por el otro después de la separación. Por razones jurídicas y axiológicas, se puede concluir que di-

suelta la sociedad conyugal por divorcio o separación personal sin atribución de culpas (causal objetiva), los bienes adquiridos luego de la separación de hecho no deben ser incluidos en la liquidación de la sociedad conyugal.

Atento se desprende del ensayo efectuado, de la evolución doctrinaria y jurisprudencial reseñada, cabe referir que nunca debemos olvidar que cuando la realidad supera a la norma, los principios generales del derecho y la idea de justicia son quienes conducen al camino adecuado.

El derecho se da en la experiencia, con los ingredientes de la realidad social que a la sociedad le importa sean normados, y el jurista utiliza los conceptos y principios jurídicos, que define, ubica y sistematiza en un orden jerárquico para reglar lo que es derecho y existe antes de la regulación.⁵⁶

En este orden de ideas, el concepto de derecho lleva insita la idea de justicia, como así también que las normas legales no deben interpretarse aisladamente, sino que deben armonizarse con otras disposiciones de la misma ley. Esta tarea es fecunda, porque permite hacer concordar la vieja ley con el espíritu de la legislación contemporánea, e in-

⁵⁵ Méndez Costa, María J. "Los cónyuges separados de bienes en el proyecto de 1998", La Ley 2000-E, pág. 1001.-

⁵⁶ Vicente Fernández, Alberto, en obra citada pág. 61.

interpretar aquélla de acuerdo con las necesidades y tendencias actuales.⁵⁷

Tal como lo aconsejaron doctrinarios, ponencias y conclusiones obtenidas en diversas Jornadas atinentes a la materia, anteproyectos de reforma del Código Civil: de lege ferenda, se propone la inclusión de la separación de hecho como causa de separación judicial de bienes.

nidas en diversas Jornadas atinentes a la materia, anteproyectos de reforma del Código Civil: de lege ferenda, se propone la inclusión de la separación de hecho como causa de separación judicial de bienes.

⁵⁷ Borda, Guillermo "Derecho Civil – Parte General" Tomo I, Ed., Perrot, 1990, 20° ed., p., 16 y sigtes.