

## SOCIEDAD CONYUGAL: SEPARACIÓN PERSONAL O DIVORCIO VINCULAR POR CAUSAL OBJETIVA: OMISIÓN DE DEJAR A SALVO DERECHOS DEL CÓNYUGE INOCENTE; BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO; ART. 1306, 3º PÁRR. DEL CÓD. CIVIL\*

### DOCTRINA:

1) *Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los artículos 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil, t. o. ley 23515, 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 cód. citado, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho.*

Cámara Nacional Civil, en pleno, setiembre 29 de 1999. Autos: “C., G. T. c. A., J. O. s/ liquidación de sociedad conyugal”.

DICTAMEN DEL FISCAL ANTE LA CÁMARA – I. Habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 295 y 296 del Cód. Procesal, corresponde emitir mi dictamen, conforme lo dispone el art. 37, inc. d) de la ley 24946.

El tema propuesto por el señor Presidente es el siguiente: “Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º del Código Civil (t. o. ley 23515), sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, ¿corresponde aplicar la regla

\* Publicado en *El Derecho* del 14/12/1999, fallo 49.750.

consagrada en el tercer párrafo del art. 1306 del código citado, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho?”

En la primera parte de mi exposición he de limitar mi análisis a responder a esta cuestión, tal como está planteada. Pero no ignoro las implicancias de esta limitación. Que no pareciera plantear dudas de ser la respuesta afirmativa; pero que, en el caso contrario, deja abierto un gran interrogante respecto al criterio con que se han de partir los bienes de la sociedad conyugal, incorporados en el lapso corrido entre la fecha de la separación de hecho sin voluntad de unión hasta la fecha de notificación de la demanda.

Digo así, pues si el Plenario de este Tribunal no ve obstáculo insalvable en la inserción de las categorías introducidas por la ley 23515, en la matriz del sistema de la sociedad conyugal previsto por el Código Civil y por la reforma de la ley 17711, la norma del tercer párrafo del art. 1306 del primero de los cuerpos mencionados da una solución razonable a la problemática subsumida bajo el tema de la convocatoria.

Pero si la respuesta es negativa, pudiera ser que nada se hubiera avanzado en la determinación de un criterio hermenéutico general que permita administrar justicia a los diversos casos motivo de juzgamiento.

II. La hipótesis implicada en el tema del presente plenario supone una sentencia firme (art. 229, Cód. Civil), dictada conforme a los términos del art. 1306, párrafo 1º del Cód. Civil; esto es, un pronunciamiento que en su parte dispositiva declara disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de notificación de la demanda.

Estimo que también supone la finalización de un juicio controvertido, toda vez que en los casos sobre los que versa el Plenario no se da cita la presentación conjunta prevista por el art. 236 del Cód. Civil, reservada para las hipótesis de separación o divorcio por causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común. Hipótesis que demanda la existencia de causas, que quedan reservadas entre las partes y el juez; quien en su momento debe dictar sentencia de mérito, acogiendo el pedido si tales “motivos aducidos por las partes (son) suficientemente graves”. Queda reservada, entonces, la expresión de esas causas o motivos, que no pueden ni hacerse constar en el acta ni ser mencionadas en el decisorio (art. 236, Cód. Civil). Pero que deben existir en la realidad y sobre cuya gravedad las propias partes, de manera reservada, han debido persuadir al sentenciante.

Por lo demás, el supuesto del caso presente nos pone ante una hipótesis en la cual no se ha articulado el dispositivo previsto por el art. 1294, *in fine*, del Cód. Civil. Toda vez que de mediar separación de bienes, por existir “abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”, no podría pensarse en un incremento del patrimonio conyugal desde entonces hasta la notificación de la demanda (conf. Mariana G. Callegari, Claudia B. Mainard y Verónica G. Schapira, “Problemática existente en materia de liquidación en la separación de hecho”, *JA*, 1996-IV-647; fs. 83 y sgtes. del legajo de antecedentes elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia).

En las dos situaciones contempladas en el tema de convocatoria a Plenario,

debe tenerse por omitida la salvedad o resguardo de falta de “causa en la separación” o divorcio por parte del “cónyuge inocente”. Salvedad prevista por el art. 204 con relación a la separación personal y a la que remite el inc. 2º del art. 214, ambos del Cód. Civil, para el caso de divorcio. Extremo sobre el cual sólo cabe alegar y probar la inocencia con las limitaciones previstas por los arts. 230 y 232 del mismo código fondal.

Digo así, pues si ha existido este debate en el juicio de separación o de divorcio y la sentencia ha resuelto extremos relativos a la culpabilidad o falta de ella, no existe obstáculo para que este juicio se proyecte sobre el criterio de división de los bienes de la sociedad conyugal, porque aquellas categorías han tenido cabida y posibilidad de controversia en el ámbito de la contienda planteada.

Vale decir que se trata, el nuestro, de un caso controvertido, sin reserva de inocencia, donde no sólo no se planteó inicialmente el tema de la culpa, sino que tampoco las partes se han acogido al amplio criterio admitido por V. E. en el fallo plenario del 11 de agosto de 1998 *in re* “G. S. N. c. F. F. J.” que admitió la réplica reconventional para el caso del trámite iniciado por la razón de separación de hecho, que merece una reconvencción con fundamento causal y –agrego yo– lleva al dictado de una sentencia de mérito que, de acoger alguna o ambas de las acciones, debe determinar sobre quién cae la responsabilidad de la ruptura matrimonial.

III. Precisamente a la descripta situación, en la cual, como he venido diciendo, se han omitido articular los extremos consignados en el punto anterior y en un trámite donde las partes han rechazado, o se ha silenciado, toda referencia a las razones de la separación, viene a plantearse la posibilidad de un ulterior trámite donde tendría que decirse lo que no se dijo o no se quiso decir; donde tendría que probarse lo que se silenció cuando fue el tiempo de proponerse cuál es el culpable y cuál el inocente; cuál es el causante y responsable de haberse hecho imposible la cohabitación y la convivencia.

Parece ilógico, a mi modo de ver, replantear el tema de la causa de la separación en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal, que se olvidó, se silenció o se omitió de manera misericorde al tiempo de determinar la causal de la separación o del divorcio. Es como poner el carro delante del caballo, en solo homenaje de los aspectos económicos de las cuestiones implicadas en el conflicto matrimonial.

Nunca he resistido a realizar una lectura económica de los fenómenos jurídicos, como tampoco las numerosas y restantes lecturas a las que convoca la problemática judicial. Me resisto sí, en nombre del orden moral y de las buenas costumbres por las que debe velar el Ministerio Público a mi cargo, que se haga sólo la lectura económica, como se ha hecho común en la actualidad. No por cierto en el Tribunal, pero sí en el ámbito de los poderes públicos. O que se acojan los elementos propios de una recta axiológica, sólo en función, en homenaje o por razón de los aspectos económicos. Esto es subvertir los planos axiológicos, poniendo lo inferior por encima de lo superior.

Pero también la cuestión resulta absurda en el nivel instrumental, el mis-

mo que tiene todo lo económico y lo útil. Por ello, pienso que la respuesta positiva a la cuestión de la convocatoria no resiste al análisis procesal. Así, si nos colocamos en el proceso, se vendría a dar el absurdo caso de que en el procedimiento de ejecución de la sentencia de separación o de divorcio, en la vía incidental del inventario, del avalúo y de la partición de los bienes comunes, debería abrirse una cuestión incidental previa: la determinación de la responsabilidad o de la inocencia en la ruptura de la convivencia marital.

Es por ello que a la cuestión planteada sólo pueda responder que no.

Y que deba propiciar el voto por la negativa de este Excmo. Tribunal Pleno.

A mayor abundamiento, adviértase que la respuesta afirmativa iría contra la propia lógica que ha generado, en el espíritu del legislador de 1987, la introducción de un modo especial de separación y –ahora– de divorcio, diverso a las pautas de la ley 2393 y a las de la ley 17711 (conf. Ana Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, “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 de ambos cónyuges?”, *ED* 158-293, pág. 58 del legajo de antecedentes, y Carlos Alberto Arianna, “Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad”, *LL* 1996-C-1283, pág. 64 del legajo antes identificado).

Cualquiera sea la calificación axiológica o político-arquitectónica que tal reforma pueda merecer.

IV. Si la respuesta es negativa, la inmediata cuestión que se plantea es: ¿qué criterio existe para adjudicar estos bienes?

Algunos autores piensan que deben considerarse como si los dos esposos fueran culpables y ello implica la exclusión mutua (conf. Ana María Chechile, “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre cónyuges separados de hecho”, *JA*, 1997-II-753, pág. 98 del legajo antes señalado). Otros opinan lo mismo, en pos de un principio que goza del peso intelectual del criterio de Guaglianone: que rota la convivencia, fundamento de la ganancialidad, ninguno debe participar de los bienes adquiridos por el otro (conf. Abel M. Fleitas Ortiz de Rosas, “Incidencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal”).

Tales posturas chocan con el principio sentado en el primer párrafo del art. 1306 y con el art. 1291, ambos del Cód. Civil, respecto a la existencia de la sociedad conyugal y las causas de su disolución.

Forzoso es reconocer que durante el interregno entre la fecha de la separación de hecho y la fecha de notificación de la demanda se ha mantenido el régimen de la sociedad conyugal, que es institución de orden público, si no ha mediado separación de bienes.

Esto es el principio de ganancialidad de los bienes adquiridos, que no tiene otro criterio de reparto que el previsto por el art. 1315 del Cód. Civil (conf. Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, t. III, 3a. edición, Ábaco, 1996).

Pienso, sobre todo a la luz de los dos fallos que dieron origen a esta convocatoria, que el problema sobre el cual se convoca al Tribunal va más allá de obtener una respuesta por la afirmativa o por la negativa a la cuestión propues-

ta. Pienso que realmente el problema se plantea acerca del criterio con el cual deben repartirse, efectivamente, los gananciales habidos entre la separación de hecho y la fecha de notificación de la demanda.

Por ello, no creo traicionar el espíritu de la convocatoria proponiendo ampliar el tema de este modo: “En caso de ser negativa la respuesta, ¿con qué criterio deben repartirse los gananciales habidos entre el comienzo de la separación de hecho sin voluntad de unirse y la fecha de notificación de la demanda?”

V. Ante la eventualidad de que los señores jueces admitieran la ampliación del temario, pasaré a exponer, brevemente, el criterio de este Ministerio Público.

Comparto personalmente las críticas hechas desde distintos ángulos a esta nueva categoría –no un estado civil– de la separación de hecho sin voluntad de unirse y de aquellas –tan imprecisas y cambiantes– que proponen a esta circunstancia como una causa de disolución de la sociedad conyugal, al margen de lo dispuesto por el art. 1291 del Cód. Civil.

Pero soy el Fiscal de este Excmo. Tribunal y, por mandato de la Constitución que he jurado, debo defender la legalidad y el interés social (art. 120, Constitución Nacional). De allí que, si en la perspectiva doctrinaria y docente puedo disentir de éstas y otras instituciones del derecho positivo, no puedo dejar de hacer el esfuerzo argumental que debo, en virtud de mi oficio, para compatibilizar las nuevas normas con el derecho de raíz tradicional, en el que nos hemos educado.

No porque piense que la labor de jueces y juristas deba rendir honores a esa especie de positivismo sociológico actual, que manda consagrar todo lo que sucede, con total prescindencia de los fines y valores subalternantes de lo jurídico. Pues, con ese criterio, deberíamos preterir todo el sistema compulsivo de cumplimiento de las obligaciones, porque sucede que, cada día más, el dato social nos dice que no se paga lo que se debe. O abolir los sistemas de ordenamiento institucional, habida cuenta del dato sociológico de resistencia a todo tipo de autoridad o, incluso, a su malversación.

Lo cierto es que en nuestro sistema jurídico debemos cumplir las leyes –todas las leyes– y debemos administrar la justicia que vienen a solicitar los litigantes. El dato de la realidad nos pone ante situaciones como las que originan el tipo de controversia sobre la que convoca al Tribunal.

Y en la circumscripita perspectiva que vengo desarrollando, estimo que hay una primera noción que debe excluirse: el concepto de culpa. El legislador ha creado una institución como causa de separación y de divorcio que la doctrina ha llamado causal objetiva (conf. Lidia B. Hernández y Luis A. Ugarte, *Sucesión del cónyuge*, Ed. Universidad, pág. 471, págs. 168/9 del legajo adjunto; Carlos A. R. Lagomarsino y Jorge A. Ugarte, *Separación personal y divorcio*, pág. 255, pág. 196 vta. del mismo legajo; Marta Stilerman y María Teresa de León, *Divorcio. Causales objetivas*, págs. 286 y siguientes del legajo mentado). En este caso, a diferencia de las causales tradicionales, no se habla de culpa ni de responsabilidad, que es su correlato, en el derecho de matriz iluminista.

Por cierto que todo acto humano tiene el necesario correlato virtuoso o vicioso, según su ordenamiento o apartamiento del fin último de la vida humana y de la propia esencia del hombre que actúa como programa a desarrollar en orden al fin (entelequia, de los filósofos griegos: en *telos egein*), y que el mismo es susceptible de ser valorado en la escala moral –natural y sobrenatural–. Pero no es ése el nivel propio de consideración del jurista (el objeto formal de que hablaban los medievales), pese a que su saber se encuentra subalternado a esa moral y a la antropología que es su fundamento.

Pero el jurista no hace primaria y principalmente juicios morales; debe moverse con las categorías de su saber específico. De allí que, si bien el criterio de reparto de los bienes gananciales habidos durante el lapso comprendido entre la separación de hecho y la notificación de la demanda pueda hacerse mediante las categorías de culpabilidad o inocencia, tal como lo hace el tercer párrafo del art. 1306 del Cód. Civil, esto no es exclusivo, ni excluyente, de una valoración sólo jurídica. Pienso que varios antecedentes, tanto jurisprudenciales como doctrinarios, quedan prisioneros de estas categorías morales que no permitirían dar solución a problemas como el presente.

Pero ¿debe el juez silenciar su *dictum* si no es posible tal juicio moral, por imperio de la propia ley, o deberá abordar el problema con las propias categorías jurídicas?

Pienso que sí, que es posible la segunda alternativa. A mi modo de ver, el criterio de reparto que contemple tanto la legislación en su integridad como las antiguas y nuevas instituciones debe mantener el principio del art. 1325 del Cód. Civil, siempre que no mediara abuso o aprovechamiento de una de las partes (ver reflexiones de María Josefa Méndez Costa en “Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal. Separación de hecho y divorcio por presentación conjunta”, *LL*, 1980-D-234 y sgtes., a propósito del fallo que comenta de la Excm. Sala F del 26-XII-1979 *in re* “V. C. y otra” y Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho Civil*, t. II. “Derecho de Familia”, volumen 3-13, págs. 363 y sgtes., pág. 264 del legajo de antecedentes).

La noción del abuso del derecho, recogida por el 2º párrafo del art. 1071 del Cód. Civil, a raíz de la reforma de 1968, a mi modo de ver, permite mantener la categoría legal de la separación de hecho como causal de separación y de divorcio y, al propio tiempo, posibilita mantener el criterio tradicional sobre la vigencia y causas de extinción de la sociedad conyugal.

La respuesta que postulo, sin deteriorar ni violentar las nuevas instituciones que marginan la culpa en el tratamiento de la separación y del divorcio, permitiría su inserción en el clásico tratamiento de la sociedad conyugal, posibilitando la solución de los casos concretos que se sometan a consideración de los jueces.

Por lo tanto, si el Tribunal aceptara mi propuesta el tema debería presentarse del modo antes indicado. Y al propiciar el voto por la negativa respecto de la primera cuestión, propuesta en la convocatoria, señalo mi opinión tendiente a la ampliación que he propiciado, relativa al criterio de partición de los bienes gananciales habidos durante el lapso corrido entre la separación de he-

cho y la disolución de la sociedad conyugal. De allí que, de admitirse, auspicio se responda a la segunda cuestión: “Conforme al criterio previsto por el art. 1315 del Cód. Civil, siempre que no importara el ejercicio abusivo del pertinente derecho (art. 1071, Cód. Civil)”.

El consejo profesional, en primer término, y la doble instancia y la colegialidad del Tribunal de Alzada asegurarán a los litigantes la explicitación de las razones por las cuales, en cada caso, se mantendrá el principio legal del art. 1315 del Cód. Civil o se dará cabida a su excepción, por resultar disvaliosa la automática aplicación de dicha norma.

Quiera el Tribunal tener por producido el dictamen de este Ministerio Público Fiscal. Junio 1º de 1999. – *Carlos R. Sanz*.

En Buenos Aires, a los 29 días del mes de setiembre de 1999, en los autos caratulados: “C., G. T. c. A., J. O. s/ liquidación de sociedad conyugal”, reunidos en Acuerdo Plenario los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con el objeto de establecer la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión:

Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil, t. o. ley 23515, 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 citado, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho?

La mayoría, en forma impersonal, dijo:

La ley 23515 ha incorporado a nuestro derecho la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, con fundamento en la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, durante los plazos de dos o tres años anteriores a la demanda (arts. 204 y 214, inc. 2º, Cód. Civil, respectivamente). Ambas disposiciones contemplan una causal objetiva, ya que la sentencia que se dicte no ha de juzgar sobre las causas de la interrupción de la cohabitación, sin que sea necesario atribuir responsabilidad exclusiva a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial.

Ahora bien, esta reforma legislativa torna necesario que este Tribunal se expida acerca de la aplicación y alcances del art. 1306 del Cód. Civil párrafo tercero, en relación a los divorcios y separaciones decretados en el marco de las causales objetivas, sin retribución de culpabilidad.

En primer lugar, es dable destacar que en el sistema de la ley 23515, si el divorcio se ha decretado en razón de la interrupción de la convivencia durante los plazos previstos por la ley y no se han analizado las causas del conflicto, ninguno de los cónyuges conservará los derechos que la ley reconoce al que no dio causa al divorcio, ni soportará las cargas que se imponen al culpable.

Es que, el hecho de que uno de los esposos egrese de la sede matrimonial no lleva a pensar que el otro no haya dado causa a la separación, porque incluso la ley da por sentado que ambos son los causantes de la separación si alguno de ellos no prueba estar exento de tal acusación. En este caso, con sujeción a las normas del art. 204 del Cód. Civil, no puede ser aplicable la presunción doctrinaria jurisprudencial de la configuración de los elementos califi-

cantes del abandono, pues producido el egreso de uno de los consortes, a los efectos del referido artículo, se supone la causación conjunta de la separación de hecho, hasta la producción de prueba que la desmienta.

En efecto, la separación de hecho sin voluntad de unirse, aprehendida como *factum* o presupuesto de la causal prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil, capta, como elemento objetivo, esa separación y presume que, al prolongarse durante el tiempo previsto, la intención común es la de no reanudar la convivencia. Las voluntades contrarias a la presunción legal no basta que queden *in mente retenta*, pues es preciso que se exterioricen, sea mediante la prueba de la justificación de ese vivir separados, que implica el incumplimiento del deber primario que impone el matrimonio, o bien mediante las gestiones de uno de los cónyuges dirigidas a lograr la reunión con el otro.

De acuerdo con la normativa vigente, está fuera de discusión que la separación de hecho no disuelve per se la sociedad conyugal, efecto que se produce con el dictado de la sentencia de divorcio, de acuerdo con la directiva que emana el art. 1306, que protege al cónyuge inocente, quien no pierde sus derechos a los bienes gananciales adquiridos por el culpable después de la separación; se impide que éste pueda beneficiarse con el producido del esfuerzo o la renta de los bienes de aquél; y, al propio tiempo, se resguardan los derechos de terceros (conf. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Familia*, 9º edición, tomo I, parág. 435, c.; citado por Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, págs. 664/665). Pero si ello es así, cabe también preguntarse qué sucede cuando no existe atribución de culpas y ambas partes reconocen la existencia de una separación previa.

El art. 1306, en su actual redacción, dispone en su último párrafo que, 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. Obvio resulta entonces que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno 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.

En este orden de ideas y directamente relacionado con esta solución, el art. 3575 del Cód. 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 (conf. Borda., op. y loc. cit.).

Al recepcionar nuestro sistema causales que responden a la concepción del divorcio remedio (arts. 203, 204, primer párrafo, 205, 214, inc. 2º y 215, Cód. 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. Pero, en punto a los efectos de la sentencia, la situación de las partes es idéntica a la del cónyuge culpable, a excepción del supuesto del art. 203, en donde priva un criterio de amparo al cónyuge enfermo. Debe repararse en que si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los bene-

ficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio (conf. Arianna, Carlos A., “Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad”, *LL*, 1996-C-1287).

Por otra parte, el actual texto del párrafo final del art. 1306 fue introducido en el Código Civil por la ley 17711, en 1968, y su mención de la “culpa” se da dentro de un sistema en el cual no habían sido aceptadas las llamadas “causales objetivas” (incluso el art. 67 bis de la ley 2393, incorporado por la misma ley 17711, y que podía considerarse como una forma de “divorcio-remedio”, hacía referencia a la culpa de ambos cónyuges). La reforma del régimen del divorcio y separación personal por la ley 23515, coloca al art. 1306 *in fine* en un estado de inadecuación, que obliga a una nueva interpretación de su texto, para armonizarlo con las disposiciones vigentes (conf. Fleitas Ortiz de Rosas, Abel M., “Incidencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal”, *LL*, 1997-B-289).

En suma, 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 (conf. conclusiones de la comisión III de las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín 5, 6 y 7 de septiembre de 1996; Vidal Taquini, Carlos H., “*Matrimonio civil – Ley 23515...*”, Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 436 y 437; en análogo sentido, Mizrahi, Mauricio Luis, “*Familia, matrimonio y divorcio*”, Astrea, 1998, págs. 374 y siguientes; Lloveras de Resk, María Emilia, “La separación de hecho prolongada como causal de divorcio”, *JA*, 1988-III-769; Méndez Costa, María Josefa, *Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 141).

En consecuencia, damos una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

La minoría, en forma impersonal, dijo:

Al acontecer la disolución de la sociedad conyugal por cualquiera de las causas que enumera la ley –en el caso objeto de la convocatoria, la separación personal o el divorcio vincular fundados en la causal prevista por los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil, que produce la cesación del régimen matrimonial, excluyendo la posibilidad de su rehabilitación–, es menester analizar la situación preexistente. Ha de meritarse si ha habido separación de hecho, haciendo la distinción respecto de los bienes gananciales adquiridos dentro de ese lapso, ya lo sea por el culpable o por el inocente, a efectos de tornar operativo lo dispuesto en la norma contenida en el art. 1306, tercer párrafo, del Cód. Civil.

Al respecto, corresponde tener presente que la separación de hecho no es causal de separación de bienes ni de disolución de la sociedad conyugal, si bien la aplicación demasiado estricta de los textos legales ha mostrado indudables inconvenientes. Prueba de ello, las distintas soluciones dadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional a lo largo del tiempo.

Basta ver la situación de la doctrina con anterioridad a la sanción de la ley 17711 para advertir cuatro distintas posturas, que se posicionaban entre dos ubicaciones extremas: una, la de reputar que la separación de hecho no producía ningún efecto en la sociedad conyugal y, la otra, valorizar la situación objetivamente sin introducción de elemento subjetivo alguno, reputando que la falta de comunidad de esfuerzos, la carencia de comunidad de vida, la falta de convivencia que no supone el esfuerzo mancomunado de los esposos, en los respectivos ámbitos de responsabilidad, muestra que debe excluirse al cónyuge si no ha colaborado con el otro para su logro.

El elemento subjetivo que venía siendo considerado por la jurisprudencia obtuvo su recepción legislativa con la introducción incorporada por la ley 17711 en el texto del referido art. 1306 del Cód. Civil, párrafo tercero, en tanto dispone que “producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuese culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del culpable”.

La cuestión es, entonces, determinar si la invocación de dicha causal objetiva hace posible que uno de los cónyuges, o ambos, pudiera ser sindicado como culpable, a los efectos de la aplicación de aquella norma en la liquidación del activo ganancial.

La ley actual, al tiempo que ha conservado la concepción del divorcio-sanción, al permitir la atribución de culpa a uno de ambos esposos por las causales establecidas (arts. 202 y 214, inc. 1º), ha admitido la incorporación del divorcio-remedio, manteniendo el ya permitido por presentación conjunta y adicionando otras situaciones objetivas que muestran la quiebra o ruptura del matrimonio o la interrupción de la convivencia, sin que la culpa se atribuya a uno o ambos esposos (arts. 203, 204 y 214, inc. 2º, Cód. Civil).

La concepción del divorcio como sanción, siguiendo una antigua tradición, se basa en la idea de que todo conflicto conyugal conducente a la ruptura de la convivencia presupone la comisión, por parte de uno o de ambos cónyuges de hechos o actos culpables, cuya atribución es incompatible con la prosecución de la vida en común. Frente a esa concepción, el derecho liberal moderno replanteó la cuestión del divorcio, al analizar el conflicto, en tanto éste adquiera suficiente magnitud como para provocar la quiebra irremediable de la unión, carece de sentido buscar artificiosamente ilícitos en la conducta de los consortes (conf. Alles Monasterio de Ceriani Cernadas Ana, “La separación de hecho como causal objetiva de separación personal o divorcio vincular...”, *ED*, 158-293).

La separación de hecho sin voluntad de unirse ha sido receptada por nuestro derecho a través de la ley 23515. El art. 204 del Cód. Civil hace mención de los esposos que “hubiesen interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse”, mientras que el art. 214 hace referencia a “la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse”. Ambas normas se refieren a la misma situación objetiva –la cesación o interrupción de la convivencia por un lapso determinado– y al elemento subjetivo intencional, “la falta de voluntad de unirse”.

Cuando el divorcio –o la separación personal– se decreta en razón de la

causal objetiva, sin atribución de culpabilidad, es decir que la sentencia no juzga sobre las causas que dieron origen al juicio respectivo, de donde no puede considerarse a ambos cónyuges culpables, pues si no hubo declaración formal de culpabilidad, no puede sostenerse que ello exista por la ley, de donde no resulta aplicable la norma contenida en el art. 1306, segundo párrafo, del Cód. Civil.

No modifica lo expresado, ni ha de servir de motivo de confusión, el hecho de que cuando se otorga la separación personal o el divorcio vincular, por esta causal objetiva de separación de hecho, la norma no concede a ninguno de los esposos los beneficios que se otorgan al inocente, ello no implica en modo alguno considerarlos culpables, porque no se ha analizado la culpa.

El problema es inverso, si no se probó haber dado causa a la separación de hecho, no se otorgan los beneficios que la ley acuerda al inocente, por ello no implica que razonar *a contrario sensu* sea correcto.

Y esto, precisamente, es el progreso, al haber podido incorporar dentro de nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que la separación personal o el divorcio vincular sea decretado sin alegar, ni probar, hechos ilícitos imputables a alguno o a ambos esposos, enumerados como causales. Enfocándolo desde la perspectiva de que si un matrimonio está desquiciado o la convivencia se ha tornado insoportable, ha de mirárselo como un conflicto humano, en el que no sólo participan los hechos voluntarios sino una concurrencia de sentimientos, mitos, intereses, ideas, necesidades, historias de familia, etc. La incorporación producida por la ley 23515 implica aceptar en esta materia un enfoque disciplinario, visualizando el divorcio como remedio a situaciones en que las conductas conscientes de los cónyuges no son los únicos antecedentes de las consecuencias acontecidas. La idea es que en la quiebra matrimonial siempre hay una crisis ínsita en la unión, que es la que precisamente produce el conflicto.

Entonces, la mentada modificación de enfoque, desde el divorcio-sanción al divorcio-remedio, incide en cuanto a los efectos de la sentencia, desde que no cabe regularlos sobre la base de “sanciones” al culpable ni de la reparación judicial debida al inocente. La ley ha de regular en términos generales las consecuencias de la separación personal o del divorcio vincular conforme pautas ético-sociales que se consideren aceptables y que no sean sancionatorias, sino sólo el trasunto de situaciones que trascienden el conflicto mismo. Subsiste la sociedad conyugal, no obstante la separación de hecho y, por lo tanto, la ganancialidad de los bienes adquiridos por uno y otro cónyuge hasta que se decrete su disolución, de acuerdo a lo prescripto por la primera parte del art. 1306, para hacer participar a ambos cónyuges de dichos bienes, salvo que uno o ambos pruebe la responsabilidad que tiene el otro en la causa invocada para separarse o divorciarse. Si esa culpabilidad no es demostrada ni ventilada durante el proceso, ambos compartirán los bienes adquiridos por cualquiera de ellos antes de la disolución de la sociedad conyugal, en la medida en que sean gananciales. Porque no hay ningún culpable ni ningún inocente (conf. Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana, op. y loc. cit.).

En virtud de ello, corresponde una respuesta negativa al interrogante planteado. – *Oswaldo D. Mirás*. – *Carlos Alfredo Bellucci* (por sus fundamentos).

Fundamentos del doctor *Mirás*: Si los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil autorizan la separación personal o el divorcio vincular por el solo hecho de la interrupción de la cohabitación entre los cónyuges, siempre que ésta haya perdurado durante el plazo previsto según el caso, sin requerirse la investigación de la reprochabilidad de las conductas, es decir, ahorrando a las partes el tener que ventilar su comportamiento en orden a la atribución de culpas, lejos de sugerir que deba interpretarse que la separación o el divorcio es imputable a ambos cónyuges, insinúan más bien que no lo es a ninguno. La ley nada presume. Autoriza el divorcio por el solo hecho del distanciamiento. Así, se lo puede obtener con abstracción e independencia de toda consideración de conductas reprochables, lo que quiere decir, como queda expuesto, que la ley no se pone a inferir culpabilidades. Por el contrario, como principio –y, entre muchas razones, para preservar la intimidad de los esposos– permite que en este tipo de procesos se prescindiera de traer a colación imputables a título alguno.

La última parte del art. 204, aplicable también al supuesto de divorcio vincular, dispone que si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente, de modo tal que si no lo hace no gozará de tales prerrogativas. Ergo, como principio, ambos se encuentran instalados en las normas que reglamentan la categoría de cónyuge culpable. Pero ello lleva de la mano a sostener no tanto que la ley presume la culpabilidad, sino más bien que –objetivamente y sin investigar– no acuerda a ninguno el *status* del inocente, de ahí no se sigue que los dos sean culpables en los términos requeridos por el art. 1306, último párrafo.

La mencionada particularidad, en tanto autoriza al juez a efectuar aquella declaración en el mismo proceso, exterioriza justamente una de las hipótesis en que, a pesar de estar en juego la causal objetiva, se ventilará la conducta del sindicado como culpable, a fin de poner de relieve que el otro es inocente. Ello requiere la iniciativa de éste último. Una prueba más de que la ley nada presume.

De no procederse de esta manera, no habrá culpable declarado. Cualquiera puede serlo o los dos, pero tal cuestión ha quedado sin proponerse ni resolverse y abarcada sí por los efectos de cosa juzgada, que comprende tanto las cuestiones planteadas, cuanto las que, pudiendo haberse ventilado, no lo fueron.

Las precedentes conclusiones conducen a que, sin más, deba apartarse la disposición del tercer párrafo del art. 1306 del citado código respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho, puesto que ninguno de los cónyuges es culpable.

Considero que las demás argumentaciones pueden ser admitidas sólo *de lege ferenda*. – *Oswaldo D. Mirás*.

Ampliación de fundamentos al voto negativo del doctor *Bellucci*: “A las cosas por su nombre, y cada cosa en su lugar”.

El apotegma que precede, referido al plano normológico, desde la perspectiva de la lente axiológica, puede enunciarse del modo que sigue:

La inocencia y su contracara, la culpabilidad, en materia de responsabilidad en la desaparición de la cohabitación (o su ruptura), o del exugo marital, no constituyen categorías legales permitidas o regladas en la “separación de hecho sin voluntad de unirse”, ni en el “divorcio” con sustento en las causales objetivas que introdujo la ley 23515.

Esto en cuanto a la primera parte del dicho breve y sentencioso con que comencé mi escueto voto (v. gr. “Las cosas por su nombre”).

Respecto a la segunda parte del mismo: “las cosas en su lugar”, también proyectado al plano jurígeno dentro del enmarque que suscita este llamado al plenario del pretorio reunido, pareceme que se identifica antes con la preeminencia de la norma del artículo 1315 del Cód. Civil, que abarca tanto al divorcio o separación “sanción”, cuanto a los introducidos como “remedio”, por sobre el 3º párrafo del art. 1306, t. o. ley 23515, que viene a resultar sayo que sólo le cabe a los primeros, puesto que en su anatomía –es decir, a la factibilidad de una sentencia que admita o desestime causales subjetivas esgrimidas por uno o por ambos cónyuges, late precisamente el corazón de la discusión imputable a aquellas situaciones legalmente instauradas que abren paso a la imputación de culpa y, por ende, la preservación de la inocencia, extremos estos que, en cambio, no poseen a mi juicio carta de ciudadanía legal en el marco de la mera separación y/o el divorcio vincular que regulan los arts. 204 y 214, inc. 2º de nuestra actual y vigente ley sustantiva.

Si “a las cosas por su nombre” entonces, y “cada una de ellas en su lugar” luego, respondo al interrogante que formula la presidencia de manera negativa, puesto que donde no se puede ni debe hablar de “culpabilidad”, mal puede aducirse inocencia para conservar un derecho patrimonial propio de la sociedad conyugal que, por propia voluntad de sus “socios componentes”, se oculta bajo el impenetrable manto de su cerrado silencio. Tal, a mi juicio, mi modesto parecer. – *Carlos Alfredo Bellucci*.

Fundamentos del Dr. *Gárgano*: Los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil permiten al cónyuge inocente dejar a salvo sus derechos si alega y prueba no haber dado causa a la separación. Por lo tanto, es necesario que en el juicio de divorcio se dejen a salvo los derechos del cónyuge inocente a fin de que en la disolución de la sociedad conyugal se aplique la última parte del art. 1306 del Cód. Civil, que lo beneficia al establecer que el culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable.

Por estos fundamentos respondo en forma negativa al cuestionario propuesto. – *Carlos Horacio Gárgano*.

Y *Vistos*: Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, como doctrina legal obligatoria (art. 303, Cód. Procesal), se resuelve: “Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil., t. o. ley 23515, sin que se hayan dejado a salvo los derechos de cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el

tercer párrafo del art. 1306 del cód. citado, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho”. Dése cumplimiento a lo dispuesto por el art. 62 del reglamento del fuero. Fdo. – *Jorge H. Alterini*. – *Alberto J. Bueres*. – *Juan Carlos G. Dupuis*. – *Ana María Luaces*. – *Hugo Molteni*. – *Jorge Escuti Pizarro*. – *Luis López Aramburu*. – *Gerónimo Sansó*. – *José Luis Galmarini*. – *Domingo Alfredo Mercante*. – *Eduardo Mario Martínez Álvarez*. – *Oswaldo D. Mirás* (en disidencia y por sus fundamentos). – *Mario P. Calatayud*. – *Ricardo Burnichón*. – *Fernando Posse Saguier*. – *Carlos Alfredo Bellucci* (en disidencia y por sus fundamentos). – *Roberto E. Greco* (en disidencia). – *Leopoldo Montes de Oca* (en disidencia). – *Marcelo Jesús Achával* (en disidencia). – *Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna* (en disidencia). – *Julio Ojea Quintana*. – *Delfina M. Borda* (en disidencia). – *Eduardo L. Fermé* (en disidencia). – *Ana María Brilla de Serrat* (en disidencia). – *Benjamín E. F. Zaccheo* (en disidencia). – *Zulema D. Wilde* (en disidencia). – *Carlos Roberto Degiorgis*. – *Julio R. Moreno Hueyo*. – *Emilio M. Pascual*. – *Jorge A. Giardulli*. – *Judith R. Lozano* (en disidencia). – *Gladys Stella Álvarez* (en disidencia). – *Carlos Horacio Gárgano* (en disidencia y por sus fundamentos). – *Carlos R. Sanz* (por su dictamen).

## NOTA A FALLO

### SOCIEDAD CONYUGAL: CALIFICACIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DESDE LA SEPARACIÓN DE HECHO HASTA LA SENTENCIA EN LAS CAUSALES OBJETIVAS DE LOS ARTS. 204 Y 214, INC. 2º DEL CÓDIGO CIVIL\*

Por **Alberto Jorge Gowland**

I. El fallo plenario que nos ocupa resuelve por mayoría la interpretación de una cuestión sobre la cual existían algunas divergencias doctrinarias, que se revelan en la posición minoritaria sostenida por el señor Fiscal de Cámara y los señores Jueces que votan por la minoría, sea en forma impersonal o según su voto individualizado.

II. Se trata de saber, frente a una separación de hecho, sin voluntad de unirse, seguida luego por una separación personal o un divorcio vincular por las causales objetivas de los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil, sin reserva de inocencia de ninguno de los esposos, si los bienes que adquieren éstos en el período que va desde la separación de hecho hasta la notificación de la demanda les pertenecen con carácter propio o ganancial. Desde ya que a partir de ese momento, traba de la litis, los alcanza el efecto retroactivo de la sentencia de disolución de la sociedad conyugal, de donde –entonces– no hay duda de que son propios (art. 1306, primera parte, CC).

El *quid* de la cuestión pasa por la interpretación del tercer párrafo del mismo art. 1306 del CC, cuando establece que, producida la separación de hecho, el culpable de ella no tendrá parte alguna en lo que en adelante adquiera el

\* Publicado en *El Derecho* del 14/12/99, t. 185-374.

inocente, en cambio, se infiere que éste se beneficia del 50% de lo adquirido por el culpable. Este artículo vino a remediar algunos casos sumamente injustos que había fallado la Sala A de la Cámara Civil, recurriendo a la *exceptio doli*, al abuso de derecho, al art. 953 del CC, todos ellos normas y principios moralizadores que impedían que el culpable de la separación de hecho apareciera años después a beneficiarse con el 50% de los gananciales adquiridos por el inocente durante el período de la separación. La reforma de la ley 17711 [ED 21-961] introdujo la norma que nos ocupa y puso fin a la cuestión.

A poco se planteó el tema de qué ocurría con los bienes adquiridos por los esposos separados de hecho, que luego se divorciaban por presentación conjunta, art. 67 bis de la ley 2393, reformada por la ley 17711, y actual art. 236 de la ley 23515 [EDLA,1987-A-330], durante el período de la separación de hecho. La jurisprudencia interpretó que la presentación conjunta de un divorcio con los efectos de la culpa de ambos, sin mención de culpa alguna, implicaba que los dos se atribuían la responsabilidad por la separación de hecho, de donde ninguno se beneficiaba con los bienes adquiridos por el otro y sólo quedaban por liquidar, con la regla del art. 1315 del CC, los adquiridos antes de la separación de hecho.

Ésta fue la posición de la mayor parte de la doctrina, que sostenía que si bien el art. 1306 del CC, último párrafo, no disuelve per se la sociedad conyugal, sí interrumpe la ganancialidad para el que fuese culpable de la separación de hecho. Es decir, la sociedad conyugal, que se mantiene vigente desde el matrimonio hasta la separación de hecho, permanece latente en tal estado hasta la disolución y ulterior liquidación. Pero ninguno de los esposos que han interrumpido su convivencia, sin voluntad de unirse de mutuo acuerdo, tiene derecho a participar en lo que en adelante, o sea, a partir de la separación de hecho, adquiera el otro. Es decir que los bienes que adquieran los esposos que se reconocen mutuamente responsables de la separación **son bienes propios de ellos**.

Así lo tenía dicho nuestra jurisprudencia aún con anterioridad a la sanción de la ley 23515, que introdujo la causal invocada del art. 214, inc. 2º), ello así porque todo alejamiento del hogar conyugal, sea unilateral o convenido por ambos, genera responsabilidad y, con más razón, como dijeron los fallos, cuando la falta de voluntad de unirse y la consecuente responsabilidad común en la ruptura se veían confirmadas por la sanción de un divorcio ulterior por mutuo acuerdo.

La CNCiv, Sala D, agosto 30-1974, ED, 57-461, dijo: “Dictado el divorcio por el procedimiento del art. 67 bis de la ley 2393, ninguno de los cónyuges tiene derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho”. En similar sentido, dijo la Sala A, marzo 29-1966, ED, 14-760: “Cuando la separación de hecho ha respondido a la voluntad concurrente de ambos cónyuges, los bienes adquiridos por uno de ellos, con posterioridad a la separación, no revisten carácter de gananciales”.

La doctrina nacional mayoritariamente apoyó esta solución, así BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, t. I, pág. 330, N° 435, dice: “...esta solu-

ción fue acogida por la ley 17711 y ratificada por la 23515. El art. 1306, nueva redacción, dice en su último párrafo que ‘producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar...’ **Obvio resulta que si ambos fueron culpables, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación**”. Ese derecho lo conserva sólo el cónyuge inocente. BORDA cita al pie de página, N° 745, un fallo publicado en *LL*, 112-319, en el cual el S. T. de Misiones retrotrae el efecto disolutorio de la sentencia a la fecha de la separación.

Spota consideraba en su *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Familia*, volumen 3, pág. 404, que la actitud del culpable al pretender reclamar del inocente era un típico abuso de derecho y, ante el caso que nos ocupa, decía: “Y si ambos resultaban culpables de esa vida separada era natural que lo dicho condujera –aún antes de la sanción del nuevo art. 1306– a la recíproca exclusión, sea en lo atinente al derecho hereditario sea en lo que se refería a la participación en los bienes que cada uno hubiera adquirido con posterioridad a la fecha en que advino esa separación de facto”.

FASSI-BOSSERT, en su *Sociedad conyugal*, t. II, pág. 388/89, dicen: “No es necesario que la culpabilidad pese sobre uno solo de los cónyuges. Ambos pueden ser culpables. En este caso ninguno tiene derecho a los gananciales adquiridos por el otro después de la separación”.

Entre los que sostenían la tesis de que la sociedad conyugal no sólo permanecía vigente, punto no discutido en el plenario, sino que la culpa recíproca en la separación excluía la aplicación del art. 1306, última parte del Código Civil, está MAZZINGHI<sup>1</sup>, quien dice que al no estar prevista la solución sólo cabe aplicar la regla de la ganancialidad, “el art. 1306 del CC no puede funcionar. En ese supuesto, las culpas se neutralizan y el régimen de la sociedad conyugal que la separación no disuelve se aplica plenamente”. Y que “cuando la responsabilidad de ambos cónyuges queda equiparada, el régimen discriminatorio carece de razonable sustento”.

El Plenario del 29 de septiembre adhirió a la tesis que sostenía la mayoría de la doctrina y estableció que, en el caso sometido a consulta por el Presidente del Tribunal, correspondía aplicar la regla del tercer párrafo del art. 1306 del Código Civil, es decir que ninguno de los esposos se beneficia con lo adquirido por el otro a partir de la separación de hecho, seguida de un divorcio o separación personal por las causales objetivas de los arts. 204 y 214, inc. 2° del CC, si ninguno de ellos dejó a salvo los derechos del inocente en la separación de hecho.

### III. El fallo

1º) La minoría y el dictamen fiscal

El Fiscal de Cámara realizó una prolija exégesis de la norma a aplicarse y de la situación sometida a plenario, dictaminando por la negativa. Entre los presupuestos que reseñó y que entendió necesarios para que se configurara el ca-

(1) MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, págs, 524/25.

so están: a) que exista una sentencia firme con disolución de la sociedad conyugal (1306 del CC), posición indiscutible; b) que se trate de un proceso controvertido, posición opinable, pues parte de la doctrina y jurisprudencia admiten que se puede tramitar la separación personal y el divorcio vincular mediante un escrito conjunto, donde ambas partes se reconocen mutuamente el hecho de la separación sin voluntad de unirse por el período de ley, lo cual quita bastante sentido a la controversia; c) que no sea uno de los casos del art. 1294 del CC, o sea, las llamadas causas de disolución de la sociedad conyugal desaparecidas y reaparecidas, entre ellas, el abandono de hecho de la convivencia. Este recaudo es también relativo, porque la deficiente redacción de la expresión “abandono de hecho” ha permitido a algunos autores<sup>2</sup>, a mi juicio con razón, opinar que no estamos frente a un caso que impida la culpa de ambos, situación que se asimila en mucho al caso del plenario; d) que no haya reserva de inocencia, lo cual es exacto, pero que no quiere decir “falta de causa”, causa inevitablemente hay; o que se haya omitido, olvidado o silenciado el tema de la responsabilidad en la separación, con lo cual no se puede sino coincidir; e) que no exista reconvencción, en la cual precisamente se discute la culpa en la separación.

Hasta allí de acuerdo, pero si el reconviniente lo hiciera por una de las causales de los arts. 202 o 214, inc. 2º del CC, la situación podría admitirse, siempre que ambos coincidieran en que no hay responsable o que ambos lo son en la separación de hecho pero el reconviniente planteara, por ejemplo, una causal de divorcio posterior.

Sostiene también que la tesis de la mayoría no resiste el análisis procesal, pues implicaría tener que discutir en la liquidación de la sociedad conyugal el tema de la culpa y que admitirlo iría contra la lógica del legislador que estableció la causal objetiva, como causal remedio. Pese al importante esfuerzo argumental, lo cierto es que la idea de la culpa no invocada, y la de una sentencia con los “efectos de la culpa de ambos”, existen desde el régimen del art. 67 bis de la ley 17711, donde el divorcio tenía los efectos de la culpa de ambos, y si por caso la esposa quería conservar su vocación alimentaria debía “dejarla a salvo”, en otras palabras, “reservarla”. La terminología era muy parecida a la del actual art. 204 del CC.

La minoría en general sostuvo que no existe culpable, que de la separación de hecho sin voluntad de unirse no se sigue que ambos sean culpables, que se está frente a una cuestión que queda sin tratarse. El doctor Mirás en su voto disidente argumenta, desde la base de que no se trata de sancionar al culpable, criterio superado con la introducción del divorcio remedio, que lo que se ha buscado es impedir que se beneficiara a costa del inocente. No es que la ley presuma la culpabilidad sino que les acuerda el *status* de los inocentes, dice el distinguido magistrado. Por mi parte, me resulta difícil conciliar dicha interpretación con la salvedad del art. 204 C.C., que exige reservar y demostrar la inocencia, de donde se impone a la razón la interpretación que conduce a pen-

(2) DÍAZ DE PRADA, Ma. Virginia, *Nuevo régimen de matrimonio civil*, pág. 213.

sar que el que no lo hace así asume los efectos de la culpa. En mi opinión, si la ley exige reservar y demostrar la inocencia si ésta no es admitida, es claro que no hacerlo implica que se aplicarán los efectos de la culpa.

## 2º) La posición de la mayoría

Precisamente, la mayoría comienza su razonamiento diciendo que en los casos de divorcio o separación personal por la causal objetiva de interrupción de la convivencia, si las partes no demuestran la inocencia en la separación, se presume la causación conjunta de la separación de hecho. A ello se suma el transcurso del tiempo, que permite inferir la configuración de la falta de voluntad de unirse, la que no puede quedar reservada al fuero íntimo de las partes; si no la exteriorizan, y transcurre el plazo legal, se presume que tal voluntad no existió. Al no existir ésta, concluye la mayoría que ambos son los causantes de la separación de hecho y, en consecuencia, ninguno se beneficia con la protección al inocente prevista por el último párrafo del art. 1306 del CC; encontrando el tribunal fundamento para ello en la equidad, el orden lógico y la moral. El voto mayoritario considera también que dicha conclusión reviste la misma obviedad que señala BORDA<sup>3</sup> en su obra sobre la materia.

Se apoya también la sentencia en una base legal indudable, cual es la pérdida de la vocación hereditaria para los separados de hecho prevista por el art. 3575 del Cód. Civil. Señalando que si bien la ley prohíbe considerar a los divorciados o separados legalmente por la causal objetiva que nos ocupa como culpables, también prohíbe considerarlos inocentes. Lo correcto, entiende, es interpretar que ambos son responsables de la separación.

Refiere asimismo el antecedente del art. 67 bis de la ley 2393, reformado por la ley 17711, del que dice que también dicho mecanismo podía considerarse como una forma de divorcio remedio y, sin embargo, hacía referencia a la culpa de ambos cónyuges. En rigor, hacía referencia a que si ninguno de los dos dejaba a salvo los derechos del inocente, la sentencia tendría los efectos de la culpa de ambos (leyes 2393 y 17711). Por todos esos fundamentos da respuesta afirmativa al interrogante planteado.

## 3º) Nuestra opinión

Adelantamos desde ya que estamos de acuerdo con la doctrina del plenario. En primer lugar, porque es 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 establecer 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.

Si la sentencia que se dicta como consecuencia de dicho reconocimiento

(3) Borda, ob. cit., t. I, pág. 330, N° 435.

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. En tercer término, y no menos importante, es el fundamento de la ganancialidad, sobre el cual el dictamen fiscal cita la autoridad de GUAGLIANONE, y lo hace con razón, pues toda la doctrina conocida admite que en nuestra ley el fundamento de la ganancialidad está dado por la presunción del esfuerzo común, situación que naturalmente queda desmentida en el caso. En cuarto término, porque si lo que pretendió el art. 1306, última parte, fue impedir que el culpable del llamémoslo “abandono” 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 aquel 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. En quinto lugar, porque la llamada “falta de voluntad de unirse”, que el art. 204 exige, es una presunción que se debe mantener durante el tiempo de ley, pero que cualquiera puede interrumpir, 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. No es lo mismo aquel que intimó la reanudación o el reintegro al hogar, que aquel que, vencidos los dos o tres años, firma un escrito invocando la causal objetiva, —que exige la reserva— sin efectuar salvedad alguna. En tiempos del art. 67 bis, mencionado en la sentencia en comentario, la jurisprudencia se planteó el mismo interrogante que motivó el llamado a plenario, y los jueces dijeron que si no había salvedad alguna, se presumía que la separación de hecho anterior al divorcio era de común acuerdo. La consecuencia de 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. La misma falta de voluntad de unirse tiene el que se va con el consentimiento del otro, que aquel que no requiere el retorno o demanda por abandono. Si no recurre a ninguno de los procedimientos que la ley le brinda y, además, a la hora de divorciarse lo confirma no haciendo ninguna reserva, pues parece evidente que acepta los efectos de la culpabilidad, la haya tenido en el origen o no.

#### IV. Conclusión

El plenario era necesario, pues 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 de ambos entre la separación de hecho y la fecha en que la sentencia tuviera efecto. Felizmente, las personas tienen un instinto ético mínimo

que a menudo les impide beneficiarse de aquello que en su fuero íntimo saben que no les corresponde. Con todo, existía el problema de la seguridad de los terceros, la claridad de los títulos de propiedad y la expresión a asentar en las escrituras de compra de inmuebles durante dicho período, y el tema del fisco, que podía pretender en el divorcio posterior derechos sobre la tasa de justicia sobre bienes que parecían gananciales, por no haber sentencia de disolución, pero que en rigor no lo eran, conforme a la doctrina del plenario, interpretativa del art. 1306, último párr., del Cód. Civil. En síntesis, una buena sentencia, coincidente con la mayoría de la doctrina, que convendrá volcar expresamente en la próxima reforma legislativa.