

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SEPARADA DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE(*) (749)

JULIO E. MARTÍNEZ PERRI

SUMARIO

PRIMERA PARTE. La manifestación "separada de hecho, sin voluntad de unirse": I. Introducción. II. Objeto de la manifestación. III. La capacidad de la mujer casada según las normas del Código Civil. IV. Proyectos de modificación presentados antes de la sanción de la Ley 11.357. V. Otros factores que influyeron en la sanción de la Ley. VI. La sanción de la Ley 11.357. VII. Sentido de la reforma sancionada. VIII. Evolución de la legislación extranjera. IX. Normas internacionales ratificadas por nuestro país. X. Decisiones adoptadas en reuniones y jornadas celebradas en nuestro país. XI. Los anteproyectos de Bibiloni y de la Comisión reformadora. XII. Acotaciones acerca de la primera parte.

SEGUNDA PARTE. La separación de hecho entre cónyuges: I. Consideraciones generales, definición, características. II. Evolución de la jurisprudencia. III. La separación de hecho en la doctrina. IV. La separación de hecho en el anteproyecto de reformas del Dr. Antonio Bibiloni y en el proyecto de la Comisión del año 1936. V. La separación de hecho en la legislación comparada. VI. Consideraciones finales acerca de "la separación de hecho entre cónyuges" como instituto autónomo.

TERCERA PARTE. Efectos que asignamos a la declaración formulada por la mujer al adquirir un inmueble "que se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse a su cónyuge": I. Doctrina a la que adherimos. II. La interpretación jurisprudencial de la manifestación. III. La interpretación en la doctrina de nuestros tratadistas.

Nuestra tesis: Consideraciones finales en su apoyo.

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Con marcada frecuencia, al punto de sostener Morello, que ha tomado real carta de ciudadanía en el campo negocial inmobiliario, aparece en las escrituras de compra efectuadas por mujeres casadas, separadas de sus cónyuges, una constancia concebida, más o menos, en los siguientes términos: ". . . y por la otra parte comparece doña . . . de . . . años de edad, casada en... nupcias, con el señor... de quien se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse, desde hace. . . años. . . "

¿Cuál es el alcance de esta manifestación?

¿Es totalmente inoperante o debe interpretarse que, mediante su formulación, la adquirente ha establecido, en favor de la misma, la presunción "juris tantum" que acuerdan los artículos 3º de la Ley 11.357 y 1246 del Código Civil?

Las dos posiciones, como puede apreciarse, totalmente antagónicas, se sostienen en la doctrina y en la jurisprudencia.

En efecto. Mientras unos sancionan tal manifestación con la inoperancia, haciendo notar, en el primer aspecto, que no constituye la declaración expresa acerca del origen del dinero que exige la disposición legal citada y en el segundo, que la sociedad conyugal sólo se disuelve por las causales, taxativamente enumeradas en el artículo 1291 del Código Civil; los sostenedores de la tesis contraria acuerdan a la misma plena eficacia. Para ello fundamentan su argumentación, en cuanto al primer aspecto, en que no sólo resulta inconcebible que el otorgante de un acto jurídico efectúe una declaración desprovista de causa, es decir, de finalidad, sino que además la recordada norma de la Ley 11.357 no subordina la validez de la declaración al uso de una fórmula sacramental y, en cuanto al segundo, que al ser aplicables a la sociedad conyugal, conforme a lo dispuesto por el artículo 1262 del Código Civil, las disposiciones que dicho cuerpo legal establece para la sociedad común, la separación de hecho habría producido su disolución por la evidente falta de cooperación entre sus socios - los cónyuges - y en que, por otra parte, estaría reñido con los más elementales principios de equidad y moral, acordar a quien no ha aportado esfuerzo alguno la posibilidad de beneficiarse con una parte de los bienes adquiridos con el producto del trabajo personal de su cónyuge.

Encarando el problema desde un punto de vista notarialista, trataremos de dilucidar cuál es la posición correcta. A tal efecto recurriremos a la investigación de los antecedentes de la legislación vigente, las razones que motivaron su sanción, la doctrina, la jurisprudencia de nuestros tribunales, el estado actual de la legislación extranjera, y a cuantos elementos estimemos de interés para arribar al fin enunciado.

En busca de una mayor claridad expondremos en esta primera parte del trabajo los que consideramos elementos comunes para la comprensión del problema, en los dos aspectos bajo los cuales, como hemos señalado, se encara.

Luego nos referiremos, sucesivamente, en las partes segunda y tercera, a la incidencia de la manifestación si se la considera como la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exteriorización de una situación de hecho, capaz de producir efectos propios que pueden llegar a la disolución de la sociedad conyugal, y en la última parte a su posible valorización en el sentido de así hilarla a aquella a la que el apartado "a", inc. 2, art. 30 de la Ley 11.357 acuerda la presunción "juris tantum" de que el bien es de libre administración de la adquirente.

II. OBJETO DE LA MANIFESTACIÓN

No cabe la menor duda que el primer punto a resolver es la posibilidad de asignar o negar valor a la declaración cuyo estudio nos ocupa.

Ahora bien; si pretendemos hacerlo en base a una interpretación exegética de la disposición legal, evidentemente, la manifestación formulada por la mujer al adquirir un bien, en el sentido de que "se encuentra separada de hecho sin voluntad de unirse a su cónyuge" no tiene por qué tomarse, necesariamente, en el sentido de que el dinero empleado es propio o producto de su trabajo personal.

Por otra parte, y sin dar otras razones que la de ceñirse a la interpretación literal del contenido de la norma, resulta muy fácil sostener que la manifestación aludida carece de toda relevancia.

Pero aún dejando, por ahora, de lado los irreparables perjuicios que en el aspecto jurídico puede ocasionarle, ¿no resulta inexplicable que sin ninguna finalidad práctica la mujer haga pública ostentación de un estado familiar, generalmente mirado con adversión por la sociedad?

No puede negarse que lo natural es que toda manifestación efectuada por el otorgante de un acto jurídico, lleve implícito un propósito, un motivo, una finalidad práctica.

Así lo enseñan destacados tratadistas, entre otros, el insigne Ihering, cuyas palabras reproducimos textualmente en homenaje a su meridiana claridad: "La teoría de la razón suficiente nos enseña que nada, en el universo, procede de sí mismo (causa sui) . Todo acontecimiento, es decir, toda modificación en el mundo físico, es la resultante de una modificación anterior y necesaria para su existencia. Este postulado de la razón, por la experiencia confirmada, es el fundamento de lo que se llama la Ley de la causalidad".

"Esta ley rige también la voluntad. Sin razón suficiente, una manifestación de la voluntad es tan inconcebible como un movimiento de la materia...".

"Es, por lo tanto, necesario, para que la voluntad obre, una razón suficiente, una causa. Es la ley universal. En la naturaleza inanimada esta causa es de esencia mecánica (causa efficiens); psicológica cuando se refiere a la voluntad: esta obra en vista de un fin, de un objeto (Zweck, causa finalis)". "La piedra no cae porque debe caer, sino porque le han quitado el sostén. El hombre que obra, no obra porque, sino a fin de conseguir tal o cual objeto. Este a fin rige de un modo tan ineludible la acción de la voluntad, como el porque determina el movimiento de la piedra que cae".

"Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como el movimiento de la piedra sin causa eficiente".

A su vez, el Dr. Spota enseña: "Las atribuciones o prerrogativas jurídicas se protegen por el ordenamiento legal para satisfacer intereses humanos, para alcanzar fines confesables: la voluntad, por sí sola, es impotente para merecer el amparo del ordenamiento jurídico cuando se revela que detrás de esa voluntad no existe interés serio o no media un móvil legítimo. En tal caso, ejercer la prerrogativa sin un fin confesable importa caer en un abuso del derecho".

De los argumentos que podemos esgrimir en apoyo de la postura que asumimos, hay dos que consideramos fundamentales:

a) Que el desechar la declaración de la mujer, que evidentemente ha estado dirigida a establecer que la compra la ha efectuado sin la cooperación marital, puede llevar a consagrar verdaderas injusticias contra las cuales, como veremos más adelante, han reaccionado, reiteradamente, la doctrina y la jurisprudencia; y

b) Que pasada la etapa inicial de total sumisión al acatamiento de la interpretación literal de las normas contenidas en los códigos, aparecieron, a comienzos de este siglo, nuevas teorías destinadas a permitir la interpretación de la Ley en forma tal que represente una verdadera expresión de justicia evitando lo que, como expresa Sebastián Soler, "la escuela de la exégesis no supo resolver: el enquistamiento del derecho".

Resulta interesante hacer notar la circunstancia, que señala el citado autor, esa sumisión a la letra de la Ley parece que tiene su origen en la convicción que anima a los autores de las grandes codificaciones que consideran que las mismas representan una regulación definitiva, recordando, como ejemplo de ello, la condenación de Justiniano a la osadía de comentar el Digesto: la reacción de Napoleón que al enterarse de la aparición del primer comentario sobre su Código, "Analyse raisonné", del que era autor Maleville, exclamó "Mi Código está perdido" y el decreto que prohibió expresamente comentarlo, aparecido al poco tiempo de mencionarse, en el año 1813, el Código Penal de Baviera.

Hoy, abandonado tal criterio interpretativo, se buscan, como lo señala Enneccerus, soluciones tendientes a armonizar el progreso del derecho con la necesidad de la seguridad jurídica, condición que dicho civilista, considera indispensable para el desarrollo y perfeccionamiento de la sociedad.

Esta es la doctrina en la que, tratando de buscar soluciones acordes con la teoría de la "equidad", recordada por el Dr. Vélez Sársfield en la nota al artículo 784, se han enrolado la mayoría de nuestros tratadistas.

Al respecto, dice Spota, refiriéndose a la necesidad de que el Juez, en defensa de principios morales y de justicia, abandone los que lo convierten en un mero aplicador de la normal legal; "El Juez debe, por lo tanto, y si no quiere merecer aquella calificación de mero autómatas en la subsunción de la ley al caso o especie judicial, interrogar a la vida social y económica cual es la solución que compone los graves conflictos que le atañe resolver; allí la respuesta no tardará en sobrevenir y la ley no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

será el obstáculo insuperable para que reine la justicia, por lo menos en la generalidad de los supuestos que por intermedio del afán del abogado se le presenten a su decisión. Para ello el Juez debe apartarse de aquellas doctrinas que pretendían que el Derecho ha de completarse sobre la base de sí mismo, como lo entendió aquel notable jurista que fue Savigny, más preocupado en reaccionar contra el jusnaturalismo de su época que de ofrecer una directiva para la interpretación judicial o jurídica. Sólo de ese modo el Derecho representará aquella garantía de las condiciones de la vida de la sociedad, asegurada por el poder del Estado, como lo expresó Ihering".

También Morello se muestra inclinado a aceptar la misma doctrina cuando, comentando un voto emitido por el Dr. Menvielle como vocal de la Cámara Civil II, Sala 28 de La Plata, expone " . . . atenerse a «outrance» al rigor de la norma legal. . . importaría, en definitiva, dejar la solución ética para consumir una tremenda injusticia".

Es decir, razones de lógica sumadas a argumentos tales como los expuestos, nos confirman en la opinión de que no debemos desechar la posibilidad de valorar la manifestación formulada por la mujer, al adquirir un inmueble, "que se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse a su cónyuge", por el solo hecho de no responder exactamente, a la terminología que se supone exigida por la Ley.

Y más inexplicable nos resulta desestimarla, si tenemos en cuenta la implicancia que puede llegar a alcanzar, para la mujer que, al formularla, sin finalidad práctica de ninguna especie, inferiría a su cónyuge un agravio capaz, no sólo de poner en peligro la estabilidad de su hogar, sino además, de cerrarle la posibilidad de heredarle en caso de producirse su fallecimiento (artículo 3575 del Código Civil).

III. LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA SEGÚN LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

Desde 1810 hasta la sanción del Código Civil, la situación jurídica de la mujer casada no experimentó cambios. Continuó sometida a las reglas imperantes en la época de la colonia.

Se llegó así a la sanción de ese cuerpo legal, que puso orden en la legislación de fondo, y en él la organización de la sociedad conyugal y la capacidad jurídica de la mujer, aparecen regidos por una serie de disposiciones que debieron haber respondido a las premisas contenidas en algunos conceptos del codificador, expresados a través de sus notas, pero en realidad no fue así.

Al respecto dice la nota al Título II, Libro II, Sección III: "Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los Códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislación sobre bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos, de costumbres muy diversas y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotales"... "El sistema que adoptamos salva los intereses de la mujer; aunque le quitamos la inalienabilidad de sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes, facilitamos el medio para que la dote pueda salvarse y conservarse también, no por un privilegio, sino por el derecho común reconocido a la propiedad". Y el segundo párrafo de la nota del artículo 4048: "Por otra parte hemos modificado mucho la Sociedad Conyugal, hemos elevado el carácter y capacidad de la mujer casada, capacidad de que carecía y por cuya falta las antiguas leyes les crearon hipotecas legales sobre los bienes de sus maridos".

Como puede apreciarse, el codificador pretendió haber puesto en vigencia un sistema original, mediante el cual creyó elevar la condición de la mujer y sortear los inconvenientes observados en las legislaciones europeas, en países en que difícilmente se celebraban matrimonios que no fuesen precedidos de sendas convenciones matrimoniales destinadas a reglar las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

Lamentablemente, lo que creó fue un régimen de omnipotencia marital en la administración y en la disposición de los bienes conyugales, aplicando toda suerte de restricciones a la capacidad de la mujer.

Es así que las mujeres casadas eran incapaces relativas y dependían de la representación de sus maridos para la realización de ciertos actos (artículo 55, inciso 2, artículo 57, inciso 4 y artículo 62); no pasaban a ser administradoras de los bienes de los hijos en caso de remoción del marido de tal carácter (artículo 303); si era viuda perdía la "patria potestad" de sus hijos en caso de contraer nuevas nupcias (artículos 308 y 383); no podía aceptar ni repudiar la legitimación de sus padres sin la conformidad de su marido (artículo 320); no podía celebrar contratos (artículo 55, inciso 2 y artículo 1160); se le prohibía ejercer administración de sus bienes pudiendo sólo reservarse la de algún bien raíz o la de los que el esposo le hubiese donado antes del matrimonio (artículo 1226); no podía vender sus bienes raíces sin autorización marital (artículo 1252); etcétera.

Eusebio Giménez utilizaba los siguientes términos para referirse a la situación civil de la mujer, dentro de la economía del Código: "...a la mujer casada, si bien se le concedió algunos derechos, la declaró incapaz pues eso significa el hecho de no poder ejercer los actos de la vida civil que practicaba cuando soltera, por cuanto la subordina al tutelaje del marido, lo más absurdo que ha podido inventarse, y digo esto, porque él es el único administrador de los bienes propios de ella, de los suyos, y de los que se adquieren durante la sociedad conyugal, teniendo por lo tanto facultades de disponer de los bienes en absoluto".

Hernán Cortés, luego de recordar que tanto el Código de Napoleón del año 1804, como la mayoría de las legislaciones coetáneas al mismo, acordaban a los cónyuges, libertad de reglar sus relaciones mediante la concertación de Capitulaciones Matrimoniales; pero cuando éstas no se celebraban y regían las normas legales, aparecía el sello característico de las restricciones en la capacidad de la mujer casada, ya que la de la soltera era prácticamente la misma que la del hombre expresa su opinión de que en esta materia nuestro codificador siguió a Freitas, ya que el artículo 52, cuyo inciso segundo sanciona la incapacidad de la mujer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

casada, está textualmente tomado de "Esboco", apartándose del sistema adoptado por la mayoría de los Códigos de su época, para resolverse por el régimen de la comunidad universal permitiendo a la mujer reservarse solamente la administración de un bien raíz (artículo 2217) y vedando a los cónyuges, toda posibilidad de modificar la situación existente, después de contraído el matrimonio.

Pero nada resulta tan gráfico y acertado, respecto a la omnipotencia marital en el manejo de los bienes de la sociedad conyugal como la nota de Bibiloni al artículo 696 de su Anteproyecto, donde dice: El Código, artículo 1276, constituye una administración única, que concentra en el marido, la de todos los bienes de la sociedad conyugal, que como se ha dispuesto en el artículo 1263, comprenden los adquiridos por ella, y el capital perteneciente a la esposa y al marido, esto es, sus bienes propios". "Hay, pues, tres patrimonios, distintos en la sociedad conyugal. Y los tres son administrados por título propio, por el marido, con una amplitud distinta. Puede algo más que administrar los bienes gananciales y los suyos: puede disponer de ellos, libremente, abusivamente, fraudulentamente. No interviene la mujer en la administración, por irregular que sea. No tiene voz en la enajenaciones y afectaciones. La ley la somete por entero a la resolución del marido. Sólo en caso de que ésta ponga en peligro los bienes propios de la mujer puede ella solicitar la separación de bienes. Si pone en peligro de perderse el patrimonio ganancial, acumulado durante largos años de esfuerzo común, y con las rentas de los bienes de la esposa, es ésta impotente. El marido administra y dispone como si fuera señor y dueño exclusivo".

Puede sostenerse, sin temor de incurrir en error y pese a las opiniones vertidas por Vélez en las notas transcritas, que de acuerdo con el régimen establecido por el Código Civil, la mujer, por el solo hecho de contraer matrimonio, era sancionada con una verdadera incapacidad de derecho, perdiendo, por tal circunstancia, los ya limitadísimos de que era titular, siendo de estado civil soltera.

Por supuesto la reacción no se hizo esperar.

Expresa Fassi: "El sistema del Código funcionó sin mayores inconvenientes, mientras no se modificó el medio social argentino. Pero al aflorar con toda su intensidad los problemas derivados del urbanismo, del industrialismo y de la acumulación de grandes fortunas, surgieron críticas y se presentaron proyectos de reformas legislativas, encaminados, además, a la equiparación del hombre y la mujer, en el ejercicio de los derechos civiles"..

A su vez, Arata señala: "La férrea contextura del hogar familiar no pudo permanecer extraña a las teorías sociales que a la sazón conmovía al mundo. Los hombres de América, captadores cabales del ideal alentado por la Revolución Francesa, admitieron con manifiesta simpatía la igualdad jurídica de los hombres y el de sus derechos y deberes ante la colectividad y el Estado. Frente a estos principios, la rígida magistratura paterna cedió terreno..."; y ello se patentizó en nuestro país, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sucesivos proyectos de modificación a las disposiciones del régimen vigente acerca de la organización de la sociedad conyugal y de la capacidad jurídica de la mujer, presentados en ambas Cámaras del Parlamento.

IV. PROYECTOS DE MODIFICACIÓN PRESENTADOS ANTES DE LA SANCIÓN DE LA LEY 11.357

Correspondió al Dr. Luis María Drago el honor de ser el autor del primer proyecto de modificación, presentado en nuestro Parlamento.

En efecto, en la sesión de la H. Cámara de Diputados, celebrada el 20 de junio de 1902, este legislador hizo público su proyecto, tan excelentemente calificado varios lustros después, por el Dr. Mario Bravo, cuyo articulado disponía: Que antes de la celebración del matrimonio los futuros contrayentes podían celebrar toda clase de convenios acerca de la administración y gobierno de sus bienes; calificaba de "bien propio" de la mujer, lo que la misma ganase con el ejercicio de su profesión o trabajo durante el matrimonio (artículo 3º, inciso e); acordaba a la mujer plenas facultades de administración y de disposición de sus bienes propios, no necesitando autorización del marido y pudiendo aún contra la voluntad del mismo, enajenarlos y gravarlos libremente (artículo 7º). Este proyecto no fue tratado por el cuerpo legislativo.

Fue luego el Dr. Juan Antonio Argerich que sometió a consideración de la Cámara de Diputados, dos proyectos, el primero el 26 de agosto de 1905 referido a la distribución de bienes en el caso de disolución de la sociedad conyugal, y el segundo, el 30 de septiembre de 1909, relacionado con la capacidad de la mujer, pero únicamente de las de estado viuda, divorciada o separada de bienes, es decir, excluyendo a la mujer casada. Ambos conocieron la misma suerte del anterior.

Nos ocupamos a continuación del presentado y fundamentado en la sesión del 17 de diciembre de 1907, por el entonces Diputado Nacional, Dr. Alfredo L. Palacios.

Este proyecto, reiterado por su autor en los años 1913 y 1915 y en el período correspondiente al año 1919 por el Diputado Dr. Rogelio Araya, constaba solamente de seis artículos, el último de los cuales establecía: "La mujer casada podrá ejercer toda profesión lícita y tendrá la libre administración y el derecho de disponer de los bienes que ganare con su trabajo o profesión". En ninguna de las oportunidades la Cámara trató el referido plan de modificación de la situación de la mujer.

Un amplio proyecto que conforme a su artículo 2º abolía la incapacidad legal de la mujer casada, presentó en la sesión del 21 de mayo de 1918, el Senador Nacional, Dr. Enrique del Valle Iberlucea.

Además de la señalada en el párrafo anterior, este proyecto, considerado de influencia decisiva en la posterior sanción de la ley 11.357, presenta las siguientes características fundamentales: Acordaba a la mujer casada el pleno goce de los derechos civiles y la posibilidad del ejercicio de toda profesión o industria lícita (artículo 1º); facultaba a los cónyuges a optar, en el acto de contraer matrimonio, por el régimen de separación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de patrimonios o por el establecido en el título correspondiente del Código, para la sociedad conyugal (artículo 3º) resolviendo que en caso de no haber elegido el régimen a que quedarían sometidas sus relaciones patrimoniales lo que por otra parte quedaban facultados a establecer en cualquier momento durante la vigencia del matrimonio - si hubiesen celebrado convención - se suponía que aceptaban el régimen de separación de patrimonios, y en consecuencia, cada cónyuge era dueño exclusivo de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los adquiridos durante su vigencia por cualquier concepto, pudiendo disponer y administrar libremente los mismos (artículo 5º); cualquiera que fuese el régimen que los cónyuges hubiesen adoptado para la administración de sus bienes, la mujer no necesitaba autorización del marido para ejercer su oficio, industria o profesión y tendría la propiedad, goce, administración y libre disposición de todos los bienes ganados con el producto de cualquier medio de trabajo lícito, los que formarían su patrimonio reservado (artículo 9º); etcétera.

El proyecto fue girado a la Comisión del Senado integrada por su autor y los Senadores Joaquín V. González y P. Garro, que en conjunto presentaron el 25 de septiembre de 1919, un nuevo proyecto cuyos lineamientos generales no se apartaban de los del originario, pero nunca fue tratado por la Cámara.

El proyecto del Dr. del Valle Iberlucea fue analizado en conferencias pronunciadas en el Museo Social Argentino, por los civilistas doctores Héctor Lafaille, Raymundo Salvat, Alfredo Colmo, Enrique Jorge, Esteban Lamadrid y Juan Figueroa, quienes, como señala Arata en una síntesis de las opiniones emitidas con respecto al punto que nos interesa, expresaron su absoluta coincidencia en el sentido de que a la mujer casada tenía que reconocérsele la capacidad de administrar y disponer libremente del dinero que obtuviese con el ejercicio de su profesión o trabajo lícito y de los bienes que adquiriese con el mismo.

Siguiendo siempre el orden cronológico de su presentación, hacemos notar la existencia de dos proyectos, uno del Dr. Carlos F. Melo, presentado el 17 de setiembre de 1919 y otro del Dr. Herminio Quiroz del 19 de julio de 1922, y reproducido por su autor el 21 de agosto de 1924, cuya característica principal consistía en conceder igualdad jurídica de ambos cónyuges. Ninguno de ellos fueron tratados por las Cámaras.

Inspirado en su mayor parte, en el proyecto del que era autor el Dr. del Valle Iberlucea, en la sesión del 12 de setiembre de 1924, el entonces Diputado Nacional, Dr. Leopoldo Bard, hizo público uno nuevo que en las disposiciones contenidas en los artículos 1º y 5º establecía: "Desde la promulgación de la presente Ley queda abolida la incapacidad de la mujer casada, la que gozará de los mismos derechos del hombre" y "La mujer no necesitará autorización del marido para ejercer un oficio honesto y tendrá la propiedad, goce y administración y libre disposición de todos los bienes ganados con su profesión o cualquier otro medio".

Este proyecto, siguió la misma suerte que los anteriores, no mereciendo su tratamiento por la Cámara.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Llegamos así al que constituye el antecedente inmediato a la sanción de la Ley, el presentado por los senadores doctores Juan B. Justo y Mario Bravo, en el mes de setiembre de 1924.

Por el artículo segundo el mismo reconocía a la mujer casada, mayor de edad, sin necesidad de autorización marital o judicial, derecho para ejercer toda profesión, comercio, industria, oficio, empleo; administrar y disponer del salario, sueldo, honorario o producto de su profesión, oficio, industria, etc., y adquirir con el mismo toda clase de bienes, administrarlos y disponer de ellos gravándolos con derechos reales o celebrando contratos a título oneroso; como asimismo disponer por testamento de los bienes adquiridos antes del matrimonio o de los adquiridos después por donación, herencia, legado o con el producto de su trabajo sin más reservas que las dispuestas en el Código Civil en favor de sus ascendientes o de sus descendientes.

La presentación de este proyecto motivó la moción presentada en la sesión celebrada el 10 de junio de 1925, por el entonces Diputado, Dr. Angel Sánchez Elía, en el sentido de designar una Comisión compuesta por tres Diputados y dos Senadores encargada de redactar un proyecto tendiente a eliminar la incapacidad de la mujer, proposición que fue aprobada por ambas ramas del Poder Legislativo resultando designados para integrar la Comisión los Senadores Luis F. Etchevehere y Mario Bravo y los Diputados Héctor González Iramain, Diego Luis Molinari y al propio Dr. Sánchez Elía.

La Comisión designada dio cumplimiento a su cometido elevando al Congreso un proyecto estructurado en base al de los Senadores, Dres. Justo y Bravo, el que, con referencia al tema que nos interesa, establecía en su artículo 20 que la mujer casada, mayor de edad, sin necesidad de autorización marital o judicial, podía "Ejercer profesión, oficio, empleo, industria, etc.; administrar y disponer de su salario, sueldo, honorario o producto de su profesión; adquirir con el producto de su profesión toda clase de bienes, administrarlos y disponer de los mismos a título oneroso."

V. OTROS FACTORES QUE INFLUYERON EN LA SANCIÓN DE LA LEY

A los expresados, cabe agregar otros factores que tuvieron decisiva influencia en la sanción de la Ley 11.357.

Entre ellos son dignos de destacar: a) la inmediata reacción provocada por las disposiciones contenidas en el Código y en la Ley de Matrimonio Civil; b) la rara uniformidad que se observaba en las disposiciones de los proyectos enumerados, destinados a suprimir la incapacidad a que estaba sometida la mujer, para el ejercicio de profesiones, comercio o industria y para disponer libremente de su producido y de los bienes adquiridos con el mismo; c) la opinión favorable de nuestros más encumbrados civilistas, expresadas, en especial, al debatirse públicamente el proyecto del Dr. del Valle Iberlucea; d) el apoyo del Poder Ejecutivo Nacional repetidamente hecho público y expresado por medio de su Ministro de Justicia, Dr. Sagarna, en la carta que con fecha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

11 de agosto de 1926 remitió al Dr. Bravo y posteriormente en la exposición que efectuó en la Cámara de Diputados en la primera reunión que dicho cuerpo dedicó al estudio del proyecto que finalmente se convirtió en Ley; e) la constante evolución favorable de las legislaciones extranjeras que se apresuraban a sancionar modificaciones tendientes a hacer desaparecer la desigualdad entre los cónyuges en base a la eliminación de la incapacidad de la mujer; etcétera.

Expondremos, en ajustada síntesis, el estado alcanzado por algunas legislaciones, en el momento de tratarse en nuestro país el proyecto de Ley de Derechos Civiles de la Mujer:

Alemania: Reglaban la materia, las disposiciones contenidas en el Código Civil, según las cuales cada uno de los cónyuges conservaba la propiedad de sus bienes aún cuando el marido tenía la administración de los de propiedad de la mujer. No obstante ella mantenía el derecho de enajenarlos o gravarlos, con autorización del marido o en su defecto con venia judicial.

Se excluía de este régimen a los bienes "reservados" que podían tener tal carácter por disposición de la ley o por convención matrimonial. Correspondían a la primer categoría: a) Las cosas de uso personal de la mujer; y b) Los bienes muebles e inmuebles adquiridos por la mujer con el producido del ejercicio personal de su trabajo o de una industria. Estaban incluidos en la segunda: a) Los bienes adquiridos por la mujer por donación o legado con condición de reserva en favor de la misma; y b) Los bienes cuya administración y disposición la mujer se hubiese reservado por capitulación matrimonial o con posterioridad al matrimonio.

Austria: Según las disposiciones del Código mencionado en el año 1911, de no mediar pacto expreso en contrario, cada uno de los cónyuges tenía la libre disponibilidad de sus bienes propios considerándose que integraban la categoría de tales, con respecto a la mujer casada, sus salarios y los bienes adquiridos con los mismos.

Bélgica: Recién en el año 1900 se libera relativamente a la mujer casada de la incapacidad similar a la que establecía el derecho francés, al permitírsele dedicarse al ejercicio del trabajo personal, pero ello quedaba supeditado a la obtención de la venia judicial pertinente, en caso de oposición por parte del marido.

Brasil: A partir de la sanción del Código del año 1916, cualquiera que fuese el régimen matrimonial a que se encontrase sometido, el marido no podía, sin el consentimiento expreso y previo de la mujer, enajenar o gravar bienes inmuebles, ceder derechos reales constituidos sobre bienes de otros, estar en juicio en asuntos relacionados con esos mismos bienes; dar fianzas o efectuar donaciones de bienes de la comunidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Chile: El artículo 135 del Código Civil sancionado en 1855 disponía: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer según las reglas que se expondrán en el título de la sociedad conyugal y de las dotes". Reglaba luego los principios dentro de los cuales se podían convenir Capitulaciones Matrimoniales a los que por el artículo octavo del Decreto - Ley del 12 de marzo de 1925 definitivamente consagrado por la Ley número 5.521 se agregó la posibilidad de estipular la separación total de los patrimonios de los cónyuges.

Dinamarca: Por la Ley sancionada el 7 de marzo de 1880, la mujer casada administraba y disponía libremente de sus bienes, del producido de su trabajo y de los bienes adquiridos con el mismo.

Ecuador: En este país la Ley del 6 de octubre de 1911 autorizó a la mujer casada a adquirir bienes con su capital propio y con el producido de su trabajo o industria y la sancionada el 13 de noviembre de 1913 la autorizó para celebrar toda clase de contratos y disponer de sus bienes.

Francia: Este país cuya legislación se caracterizaba por la absoluta subordinación de la mujer casada a la autoridad marital, principio recogido por todas las legislaciones extranjeras que siguieron la línea rectora de la de esta nación, abandonó el sistema mediante la sanción de una serie de leyes, la primera de las cuales sancionada el 9 de abril de 1881 y siendo la que marca, como lo señala Capitant, un verdadero jalón con respecto al problema que examinamos, la del 13 de julio de 1907, que entre otros, concede a la mujer casada el derecho de disponer libremente del producido de su trabajo y la capacidad necesaria para enajenar, a título oneroso, los bienes adquiridos con el mismo.

Inglaterra: En esta nación que se reconoce como cuna del movimiento feminista, por leyes dictadas en los años 1882 y 1893, las mujeres casadas obtuvieron la separación total de bienes, convirtiéndose en propietarias absolutas de los bienes adquiridos antes o después del matrimonio. Posteriormente, la Ley del 21 de agosto de 1907 les reconoció capacidad para disponer de los bienes bajo su administración.

Italia: Hasta la sanción de la Ley del 17 de julio de 1919 que las autorizó a ejercer el comercio, hacer donaciones, enajenar y gravar bienes, etcétera, las mujeres casadas, estaban, por las normas del Código Civil, sometidas a las mismas restricciones impuestas por su legislación anterior a 1907, a la mujer francesa.

Japón.: El Código del año 1896 que regía en este país, limitaba las posibilidades de disposición de bienes adquiridos por las mujeres casadas con el producido de su trabajo personal, sin autorización marital, a los casos de insanía, inhabilitación o pena de prisión por más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de un año del mismo o al supuesto de existir intereses encontrados entre ambos cónyuges.

Méjico: Desde el año 1917 regía en este país una absoluta igualdad para ambos cónyuges que podían disponer libremente de sus bienes propios correspondiendo tal carácter a los adquiridos mediante la inversión del producido de su profesión, comercio o industria.

Noruega: Una ley sancionada en el año 1888 autorizaba a las mujeres casadas a disponer exclusivamente de sus ganancias y de las cosas adquiridas con las mismas.

Portugal: En este país, la Ley sancionada el 25 de diciembre de 1910 estableció, que de no haberse reservado tal derecho al contraer matrimonio, el marido carecía de facultades para disponer de los bienes inmuebles no sólo de propiedad de la sociedad conyugal sino incluso de los propios.

Suecia: Por disposición de la Ley sancionada el año 1891, la mujer gozaba de plena capacidad aún cuando su marido era su representante. Por esta razón el mismo no podía disponer de los bienes de su mujer sin la autorización previa de la misma.

Suiza: El Código del año 1912 estableció el régimen de separación de bienes para los que ambos cónyuges usasen con carácter de exclusivos y para los que la mujer utilizase en el ejercicio de su profesión industria y el producto de su trabajo personal al margen del quehacer del hogar.

Uruguay: El artículo 130 del Código Civil sancionado en el año 1868 reproducía textualmente la primera parte del artículo 135 del Código de Chile, pero luego los artículos 1.939 y concordantes consagraban la libertad que era norma en el Código francés, lo que hacía un tanto confuso el sistema dando margen a las más variadas interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

Queda reflejado así el éxito obtenido por quienes luchaban por elevar la condición jurídica de la mujer a través de los resultados obtenidos en la mayoría de los países.

Eran muy pocas las naciones en las que las mujeres seguían sometidas a una inflexible autoridad marital, resabio de épocas y condiciones de vida totalmente superadas.

Las circunstancias apuntadas crearon evidentemente en los legisladores un estado anímico propicio a la sanción de la modificación que se intentaba, facilitando al máximo su labor, circunstancia que quedará reflejada más adelante.

VI. LA SANCIÓN DE LA LEY 11.357

Con el ambiente expuesto comenzó a discutirse el proyecto de Ley de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Derechos Civiles de la Mujer elaborado por la Comisión Bicameral.

No fue de extrañar, entonces, que el Senado, primero de los cuerpos legislativos que lo trató, lo aprobase en general, por el voto afirmativo de la totalidad de sus componentes presentes, en la sesión del 25 de setiembre de 1925.

Nada de trascendencia surgió de la misma Cámara, en su discusión en particular, al tratarse el artículo tercero referido a la capacidad de la mujer casada.

En efecto, sólo se agregó al texto del proyecto, a continuación del término "oficio", en el párrafo inicial del apartado "a" del inciso segundo, la palabra "honesto", quedando en consecuencia redactada la parte inicial del párrafo aludido, en la siguiente forma: "Ejercer profesión u oficio «honesto»...".

Se formuló un pedido de aclaración respondido por el Dr. Bravo, que luego reconoció que su respuesta había sido errónea, al tratarse el artículo cuarto. Dijo el Dr. Bravo, contestando el pedido de referencia, que bajo la denominación de propios quedaban comprendidos no sólo los bienes que determinaba el Código, sino también los que la mujer adquiriera con el producto de su trabajo. Más tarde, como se ha dicho, el Dr. Bravo, al confrontar la versión taquigráfica del debate, rectificó su error.

Correspondió, luego, tratar el proyecto a la Cámara de Diputados, cuerpo en que fue informado por el miembro de la Comisión redactora doctor Héctor González Iramain.

Sostuvo este Diputado que, supeditada a las disposiciones de las leyes que reglamentaban sus derechos, nuestra Constitución Nacional establece el principio de la igualdad de todos los habitantes ante la Ley, y que ello estaba muy lejos de ocurrir, en cuanto a los derechos civiles y políticos, con los hombres y las mujeres. Que el proyecto se proponía remediar la situación de la mujer casada y el régimen de bienes en el matrimonio.

Prosiguió luego, la discusión en general, y aprobado, después de haber emitido su opinión varios Diputados, entre ellos, en un meduloso discurso, el Dr. de Tomaso, que hizo recalcar que el proyecto no se proponía introducir modificaciones en cuanto a la calificación de los bienes que se incorporaban a la sociedad conyugal, sino se limitaba a conceder a la mujer casada la libre administración y disposición del producido de su trabajo personal, y de los bienes adquiridos con el mismo, cuyo carácter de gananciales dejó perfectamente aclarado, el 29 de agosto de 1926 comenzó a tratarse el proyecto en particular.

Al considerarse el apartado "a", inciso segundo del artículo tercero, se aprobó el texto propuesto, con la supresión de la condición de que para que la mujer pudiese disponer de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo personal, sin necesidad de autorización marital o en su defecto judicial el acto fuese a título oneroso. Es de hacer notar que para recalcar más esta supresión y destacar, a la vez, la amplitud de las facultades de disposición de la mujer en estos supuestos, a propuesta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Diputado Fonrouge, se reemplazaron las palabras "a título oneroso" por el término "libremente". De esta forma, la mujer casada, según la redacción aprobada, "sin necesidad de autorización marital o judicial puede: a) ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones, adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente".

Tomó luego de aprobado el inciso, la palabra el Diputado F. Pachano que expresó: "Por el inciso que se ha votado, la mujer casada también tiene facultad de adquirir bienes y disponer de ellos libremente, con el dinero proveniente de su salario, profesión o industria, pero, como será muy difícil que la mujer pueda justificar que ese dinero le corresponde por esos conceptos, y para que no se le pueda oponer en la práctica ningún inconveniente, yo voy a proponer un agregado que, determine que en la escritura de adquisición se hará constar únicamente que el dinero que emplea en la compra proviene de alguno de los conceptos del inciso ya votado, haciéndose en esa forma plena fe a la palabra de la mujer casada", agregando más adelante que lo que el quería era "que se haga plena fe a la aseveración que hace la mujer respecto del origen del dinero con que hace la operación, para que no tenga ninguna dificultad la disposición libre de sus bienes".

Luego de expresar su opinión varios oradores, la Cámara aprobó la redacción del agregado con la redacción propuesta por el Dr. Fonrouge, concebida en los siguientes términos: "La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esta manifestación constituirá una presunción "juris tantum".

Llegado el proyecto al Senado, en revisión, el 14 de setiembre de 1926 y al tratarse el punto en cuestión, el Senador Llanos se opuso a la enmienda fundado en que, de crearse esa presunción en favor de la manifestación de la mujer, se obligaría a quien la impugnase, a probar un hecho negativo, lo que resultaba antijurídico, ya que un hecho negativo no puede ser materia de prueba.

Esta observación fue respondida por el Dr. Antille quien manifestó que la ley era suficientemente clara en el sentido de establecer para la manifestación de la mujer, de que el dinero utilizado en la adquisición era producto del ejercicio de su profesión, comercio o industria, la misma presunción que establecía el Código para el caso de que la mujer declarase que ese dinero le correspondía por donación, herencia o legado, agregando: "Para evitar conflictos alrededor de esta declaración, la ley dice que esa manifestación importará una presunción «juris tantum», es decir que el contrario debe probar que esa manifestación no es verídica no tiene ninguna importancia, sobre todo la que le asigna el alcance de esta presunción legal".

"La prueba negativa en derecho procesal es imposible o sumamente difícil y aquí no se trata sino de probar la falsedad de un hecho es decir la prueba positiva contraria de la que afirmaba que la mujer ha adquirido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los bienes con el producto del ejercicio de su profesión..."

A su vez el Senador Linares al apoyar la posición del Dr. Antille dijo: "que encontraba fundada en la lógica de los hechos esa presunción porque cuando una mujer, con el producto de su oficio o profesión, o en su comercio, gana dinero y luego adquiere un inmueble, debe creerse que lo hace con el dinero que ella maneja y no del esposo. Entonces la ley quiere que esta situación quede establecida para lo futuro. La mujer que al adquirir un bien declara que lo hace con dinero ganado por ella, deja establecido un hecho que tiene importancia dentro del mecanismo de administración creado por esta Ley, que da a la mujer el poder de administrar y disponer libremente de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo o industria muy distinto del régimen a que están sometidos los bienes que maneja el esposo. Por esta razón yo creo que la presunción proyectada está bien concebida".

VII. SENTIDO DE LA REFORMA SANCIONADA

De lo expuesto precedentemente surge con toda claridad cuál fue el espíritu que animó a los legisladores de 1926 al sancionar la parte correspondiente de la Ley 11.357: Conceder a la mujer casada la capacidad necesaria para administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con, el producido de su trabajo personal.

No sería posible interpretar en otra forma el haber suprimido la condición de que la operación fuese a "título oneroso", tal como lo exigía el proyecto y la legislación vigente en Francia, para que la mujer casada pudiese disponer de los bienes adquiridos con dinero de tal origen y mucho menos el reemplazo de los términos que establecían dicha condición, por la palabra "libremente".

Resulta igualmente patentizado ese deseo en las expresiones vertidas por el Diputado Pachano al solicitar la inclusión del agregado que crea la presunción "juris tantum" con respecto a la manifestación de la mujer acerca del origen del dinero, ya que al apoyar su moción, dijo que respondía: "al solo efecto de no obligarla a tener que probar esa circunstancia y favorecer así la libre disposición del bien"; y del hecho que la Cámara modificase la propuesta del citado legislador, que hacía obligatoria la declaración sobre el origen del dinero, en la escritura en que se instrumentaba la adquisición del dominio, al hacer suya la enmienda del Diputado Fonrouge, que la convirtió en optativa.

Más aún. Cualquier duda que pudiese asaltar acerca de la amplitud de facultades de disposición por cualquier título, incluso gratuito, que la nueva Ley concede a la mujer casada, con respecto a los bienes adquiridos con dinero proveniente del ejercicio de su profesión, comercio o industria, queda perfectamente aclarada si se tiene en cuenta que la misma Legislatura rechazó idéntica modificación, es decir, la supresión de la condición de que la operación fuese a título oneroso, para que pudiese disponer libremente de los bienes propios, manteniendo en esta forma, la misma incapacidad que afecta al otro cónyuge para disponer a título gratuito de sus bienes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Entendemos por todo ello, que el dicho y no otro, es el sentido con que deben interpretarse las disposiciones de la Ley.

Así también lo han interpretado, entre otros, Fassi, que se expresa en los siguientes términos: "La tendencia reformista se impuso al fin, con la sanción de la Ley 11.357... Cada cónyuge puede disponer a título oneroso de sus bienes propios y la mujer, además, aún a título gratuito del producto de sus actividades económicas"; Lafaille que nos enseña: "La reglamentación organizada por la reforma, sin derogar en absoluto la norma del artículo 1276 que erige al marido en administrador legítimo de todos los bienes comunes o propios y con mayor motivo de los gananciales, introduce, en cuanto a estos últimos, importantes modificaciones aparte de las que ya hemos examinado respecto de la dote. . . Tenemos, pues, toda una categoría de gananciales, de los enumerados en el artículo 1275 - aquellos que la mujer adquiere en el ejercicio de sus actividades lícitas - que no sólo pueden ser administrados por ella sino respecto de los cuales tiene la libre disposición, la que abarca los actos a título gratuito como oneroso, a diferencia de lo que acontece sobre los bienes dotales, y demás previstos en la letra c) del mismo apartado, que sólo dan lugar a la enajenación retribuida"; Yorio dice. "Una de las innovaciones introducidas por esa Ley consiste en la creación de un patrimonio reservado a la mujer casada, del cual tiene el goce, administración y libre disposición de esos bienes, sin necesidad de autorización marital; es decir, con absoluta independencia del marido. Pertenecen a la categoría de los bienes reservados, según el artículo tercero, inciso 2º, apartado a) todos los adquiridos, de cualquier naturaleza, con el producto de su profesión, empleo, comercio o industria honestos.. . Al establecer esta Ley, de espíritu liberal y amplio y no restrictivo, que la mujer casada puede: «adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de éstos libremente», es bien entendido que ella puede hacer sentir sobre esos bienes la eficacia y el poder de su voluntad, con absoluta independencia del esposo, ya sea por venta o hipoteca, y hasta hacer donaciones de ellos. No de otro modo puede interpretarse el léxico del legislador al sancionar tal facultad, por medio del adverbio libremente".

Hay quienes otorgan a la reforma un sentido aún más amplio entre otros, el eminente civilista Dr. Alberto G. Spota, que dice: "El legislador del año 1926 no sólo quiso eliminar la «capitis diminutio» en que se hallaba la mujer y, en particular, la mujer casada, sino que reveló una clara preocupación por eliminar toda cortapisa para la adquisición de los bienes propios de esta última, así como los adquiridos con su profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos"... "La Ley 11.357 ha querido eliminar todo obstáculo a la libre disposición de los bienes adquiridos por la mujer con su trabajo. Cuando habló de la tan recordada presunción, no lo hizo con el fin de establecer que la manifestación de la procedencia del dinero, en el acto de adquirir el bien, constituye un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requisito «sine qua non». Por el contrario, el legislador propendió, con esa norma, a facilitar la actividad de la mujer en el comercio jurídico". . . Luego de sostener que la "mens legis" que emana de la Ley 11.357, ha modificado profundamente al régimen de la sociedad conyugal que reglaba el Código Civil, continúa diciendo: "Toda la economía de la Ley 11.357, conduce a este resultado en ese verdadero régimen de separación de responsabilidades y por ende de administración. Ahora, no se aquilata el alcance jurídico de la administración de los bienes de la mujer casada cuando se lo limita a la sola adquisición de cosas con los frutos propios de ella, pero vedándole disponer de ellos sin la conformidad marital. Se olvida, al pensar así, que la administración, en el régimen matrimonial, importa también, la facultad de disponer, tal como para el caso correlativo del marido, surge de distintas disposiciones (artículo 1277 C.C.)". . . "Todo distingo, pues, entre bienes reservados y propios; para cuya disposición está facultada la mujer sin anuencia del marido y bienes gananciales adquiridos por ella que no sean reservables, y para cuya disposición se requeriría venia marital, no halla una base sólida, ni en el texto severo de la Ley, ni mucho menos en ese innegable espíritu que reveló el legislador al capacitar a la mujer para que, por sí misma, gestione el patrimonio que ha ido formando, sea con su trabajo, sea con la administración de sus bienes propios. He ahí el camino que debe seguir nuestra jurisprudencia, si ha de inspirarse en los fines que se persiguieron al sancionarse la ley de los derechos civiles de la mujer". A su vez, el Dr. Borda enseña: "El Código Civil colocó a la mujer casada en una situación que, avanzado este siglo, resultó intolerable. La Ley 11.357, dictada en 1926, vino a ponerle término y a ubicar las relaciones entre marido y mujer en un plano de relativa igualdad".

"Pero la modificación resultó demasiado revolucionaria para quienes habían estado acostumbrados al régimen anterior. No obstante los defectos técnicos de la Ley (en los que se ha insistido quizá con exceso, olvidando que lo principal es el acierto de las soluciones de fondo), la reforma es clara por lo menos en lo que atañe a la administración de los bienes comunes: cada uno de los cónyuges administra sus bienes propios, los gananciales que sean el producido de éstos y los que adquiera con su trabajo personal.

"Es necesario, en esta materia, dejar sentados algunos puntos de partida fundamentales, que facilitarán la comprensión del sistema legal:

"1) La Ley 11.357 ha derogado el Código Civil y la ley de matrimonio en lo que atañe a la administración de la sociedad conyugal. Es importante dejar sentado este principio, pues ha prevalecido durante años el concepto de que la ley de derechos civiles de la mujer importaba una derogación excepcional del Código y que en todo silencio u omisión debía estarse a las disposiciones de aquél. Pero, en verdad, la Ley 11.357 sustituyó el régimen anterior por uno distinto; por lo tanto, debe interpretarse como un todo orgánico; sus vacíos u omisiones deben llenarse, no acudiendo al Código, sino buscando la solución dentro del propio sistema de la Ley. Solamente pueden aplicarse las disposiciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Código que sean coherentes con la Ley o cuando se trate de una materia que ésta no ha tratado por encontrarse adecuadamente resuelta en aquél.

"2) Tanto el marido como la mujer tienen facultad para disponer libremente, a título gratuito u oneroso, de sus bienes propios y de los gananciales cuya administración les corresponde legalmente.

"3) La administración de la sociedad conyugal es bicéfala: está ejercida por ambos cónyuges, siendo cada uno de ellos soberano en lo que se refiere a los bienes que la ley le asigna. Es pues erróneo afirmar, como aún hoy puede leerse en algunos fallos, que el marido es el administrador de la sociedad conyugal, pues ambos lo son. Es verdad que la ley presume la existencia de un mandato tácito en su favor; pero se trata de un poder estrictamente voluntario y revocable, que también podría otorgarse a un tercero. Insistimos, pues, en que es falso hablar de que el marido es el administrador de la sociedad conyugal, si con ello se quiere aludir a algo más que a ese mandato tácito. La ley ha hecho una definida separación de bienes, atribuyendo su gobierno a uno y otro en un plano de igualdad."

Como puede apreciarse, una rara uniformidad, imposible de quebrar, por otra parte, si se tienen en cuenta las razones expresadas con anterioridad, existe en la opinión de nuestros tratadistas con respecto al alcance de la reforma sancionada en 1926.

VIII. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Señalamos precedentemente palabras de Enneccerus, recordando que la doctrina y la jurisprudencia se valían de adaptar la interpretación de la Ley, buscando de armonizar su contenido con el progreso del derecho y tratando, así, de ubicarla en las condiciones indispensables para el desarrollo y perfeccionamiento de la sociedad.

Evidentemente, no es esa la solución ideal que debe consistir en la modificación de la norma.

No se trata de una tarea fácil. Basten para confirmar esta afirmación, las discusiones surgidas con motivo de proyectarse, al cumplir su primer centenario, la modificación del Código de Napoleón; el largo y dificultoso trámite que requirió la sanción de la Ley 11.357; los hasta ahora fallidos intentos para lograr una reforma de nuestro Código Civil, etcétera.

Pero la modificación de las leyes y su adaptación a las necesidades actuales, se va produciendo lenta pero inexorablemente, como una condición ineludible para el logro de la seguridad jurídica, fenómeno que se refleja en el examen de las distintas legislaciones.

Díaz de Guijarro, realizó un prolijo examen de las disposiciones contenidas en las Constituciones de diversos países extranjeros, del que extraemos las siguientes conclusiones, relacionadas con el tópico que estudiamos, correspondientes a las sancionadas con posterioridad a nuestra Ley 11.357 y que nos señalan el sentido en que se ha orientado la legislación.

Albania (12 de enero de 1946): En el primer párrafo del artículo 15

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establece: "La mujer tiene los mismos derechos que el hombre en todos los dominios de la vida privada, política y social".

Alemania (Constitución de la República Democrática Alemana del 7 de octubre de 1949): Su artículo 7º establece: "1. - Hombres y mujeres gozan de igualdad de derechos. 2. - Todas las leyes y disposiciones contrarias a la igualdad de las mujeres quedan anuladas".

Baviera (20 de septiembre de 1946): Su artículo 124 dice: El matrimonio y la familia constituyen la base natural y moral de la comunidad humana, y están bajo la protección particular del Estado. 2. - En el matrimonio el hombre y la mujer tienen, en principio, los mismos derechos civiles y los mismos deberes".

Bulgaria (4 de diciembre de 1947): El primer párrafo del artículo 72 es del tenor siguiente: "La mujer está igualada con el hombre en todos los dominios públicos o privados de la vida económica, social, cultural y política".

Costa Rica (7 de noviembre de 1949): Su artículo 52 establece: "El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derecho de los cónyuges".

Cuba (Nos referimos a la Constitución que regía a partir del 5 de julio de 1940): Establecían los párrafos 3º y 4º del artículo 43: "El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad absoluta de derechos para ambos cónyuges; de acuerdo con este principio se organizará su régimen económico. La mujer casada disfruta de la plenitud de la capacidad civil, sin que necesite de licencia o autorización marital para regir sus bienes, ejercer libremente el comercio, la industria, profesión, oficio o arte, y disponer del producto de su trabajo".

Checoslovaquia (9 de mayo de 1948): El apartado 2 del artículo 1º dice: "Los hombres y las mujeres gozan de la misma condición...".

El Salvador (7 de septiembre de 1950): El segundo párrafo del artículo 180 establece: "El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges".

Francia (27 de octubre de 1946): En su Preámbulo establece: ". . .el pueblo francés... Proclama, además, como especialmente necesario a nuestro tiempo, los principios políticos, económicos y sociales siguientes: La Ley garantizará a la mujer, en todas las esferas, igualdad de derechos que al hombre. . .".

Guatemala (11 de mayo de 1945): En el artículo 74, primer párrafo, establece: "El Estado promoverá la organización de la familia sobre la base jurídica del matrimonio, el cual descansa en la igualdad absoluta de derechos para ambos cónyuges".

Hungría (18 de agosto de 1949): El artículo 50 establece: "En la República Popular de Hungría las mujeres gozan de iguales derechos que los hombres".

India (26 de noviembre de 1949): Dice el artículo 15: "El Estado no tratará en forma desigual a ningún ciudadano por motivos de religión, raza, casta, sexo, filiación o alguno de ellos".

Lituania (15 de mayo de 1928): El primer párrafo del artículo 99

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establece: "La base de la vida familiar es el matrimonio. Está fundado en la igualdad de derechos de los dos sexos".

Panamá (19 de marzo de 1946): Dice su artículo 55: "El matrimonio es el fundamento legal de la familia, descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. . .".

Paraguay (10 de julio de 1940): Artículo 23: "Los derechos civiles de la mujer serán regulados en la ley, atendiendo la unidad de la familia, la igualdad de la mujer y el hombre. . .".

Puerto Rico (6 de febrero de 1952): Su artículo II, Sección 1, establece: "...Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discrimen alguno con motivo de raza, color, sexo. . . Rumania (13 de abril de 1946): Establece la primer parte del artículo 21: "La mujer tiene derechos iguales a los del hombre en todos los dominios de la vida del Estado, dominio económico, social, cultural, político y de derecho privado".

Sarre (15 de diciembre de 1947): Dice el segundo párrafo del artículo 22: "El matrimonio reposa sobre la igualdad de sexos".

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (25 de noviembre de 1936): El primer párrafo del artículo 122, prescribe: "En la U.R.S.S. se conceden a la mujer iguales derechos que al hombre, en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política".

Yugoslavia (31 de enero de 1946): El artículo 24 establece: "Las mujeres son iguales en derechos a los hombres en todos los dominios de la vida pública, económica, política y social".

A su vez, L. Fernández Clérigo, luego de señalar lo extraordinariamente complejos y difíciles que resultan los problemas debatidos en doctrina y en el derecho positivo, bajo las denominaciones de "autoridad marital", "igualdad de los sexos" y "capacidad civil de la mujer casada", divide las legislaciones vigentes en tres grupos principales:

- a) Legislaciones que conservan el antiguo concepto de la autoridad marital;
- b) Legislaciones que reconocen la personalidad de la mujer casada y su plena capacidad de obrar, pero conservan para el marido ciertas facultades de dirección y representación de la familia;
- c) Legislaciones que establecen una perfecta igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Considera incluidas en el primer grupo, todas las legislaciones que siguieron las normas establecidas en el Código de Napoleón, hasta su reforma por la Ley del 18 de febrero de 1938; en el segundo a las que siguieron las inspiraciones de los códigos civiles suizo y alemán; y en el tercero a las legislaciones sueca, noruega, dinamarquesa, inglesa y rusa en Europa, y mejicana, panameña, brasileña y de la mayoría de los Estados que forman parte de Estados Unidos de Norteamérica, en nuestro continente.

Refiriéndose al régimen económico del matrimonio, expresa que tanto el Código francés, como el español, y todas las legislaciones que siguieron sus lineamientos, incurrieron en el error de subordinar las convenciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matrimoniales a las normas del contrato común, despojadas de todo sentido de institucionalidad que es la parte fundamental del matrimonio. Ello, continúa, trajo como consecuencia la dispersión de normas que, por referirse a la misma materia, debían conformar una doctrina homogénea. Cree que este error ha sido superado por la casi totalidad de los Códigos modernos, entre otros por el alemán, el suizo, el brasileño, el soviético y el mejicano, que tratan el aspecto patrimonial del matrimonio como parte integrante de la institución.

Agrupamos luego las legislaciones vigentes entre:

a) Las que imponen a los cónyuges un régimen patrimonial único y exclusivo, hoy, prácticamente, inexistentes.

b) Las que establecen distintos regímenes que regulan cuidadosamente permitiendo a los cónyuges elegir uno cualesquiera de ellos, pero sin que les sea posible crear otros o modificar los tipificados, por su voluntad, exponente de las cuales son las legislaciones alemana, suiza, mejicana y en parte del nuevo Código italiano. En estos cuerpos legales los cónyuges pueden variar el sistema elegido, con excepción del Código italiano en que prima el principio de la inmutabilidad.

c) Las que establecen el principio de la libertad de los cónyuges para establecer el régimen económico del matrimonio por medio de convenciones que sólo podrán ser atacadas en los casos de atentar contra la moral, buenas costumbres, a la esencia del matrimonio o impliquen, con carácter general, la sumisión a los preceptos de una legislación extranjera. Como régimen legal supletorio establece el de la comunidad de gananciales y de los muebles, bajo la administración del marido y como característica, la inmutabilidad absoluta del régimen adoptado.

Considera que responden a los principios que caracterizan este sistema por haberse inspirado en el Código de Napoleón, a los de Bélgica, Luxemburgo, Portugal, España, Argentina, Chile, Perú y Brasil, destacando que los cinco últimos consagran el principio originado en la legislación castellana de Sociedad legal de gananciales. d) Las que permiten a los cónyuges establecer libremente su régimen de bienes y a falta de convenio presumen que es el de la separación de patrimonios, que rige en Inglaterra a partir de la Ley del 18 de julio de 1923 y en la mayoría de los Estados que constituyen los Estados Unidos de Norteamérica.

e) La que rige en Rusia, que parte del mismo principio de libertad que se establece en el punto anterior, pero con la diferencia de reconocer la existencia necesaria de ciertos bienes familiares, comunes, sobre los cuales ambos cónyuges tienen derechos iguales, irrenunciables, siendo en caso de discrepancia el juez quien resuelve lo que estima más conveniente para los intereses familiares.

f) Las que adoptan el sistema llamado "escandinavo", iniciado por la sanción de la Ley sueca en el año 1920. Según el mismo cada uno de los cónyuges conserva la absoluta propiedad de los bienes que le pertenecen y de las ganancias obtenidas con los mismos, pero les está

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

absolutamente prohibido realizar actos que puedan redundar en perjuicio de la familia. Como consecuencia de ello, ninguno de los cónyuges puede enajenar los inmuebles que le pertenecen, ni los objetos que constituyen el ajuar de la casa, ni los utensilios de trabajo o industria, ni los medios directos y esenciales para el sostenimiento de la familia, sin la conformidad del otro.

IX. NORMAS INTERNACIONALES RATIFICADAS POR NUESTRO PAÍS

La República Argentina es miembro originario de la O.E.A., cuya Carta Orgánica, en el inciso "j" del artículo 5º, Principios, establece: "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo".

Es también signataria de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, que ratificó por Decreto 21.195 del 8 de septiembre de 1945, aprobado por la Ley Ns 12.838 del 30 de agosto de 1946, y cuyo Preámbulo establece: "...reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. . .", y más adelante, en el apartado 3 del artículo 1º, Propósitos: "Realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión".

Por último, es signataria de "Las Convenciones sobre Concesión de los Derechos Civiles y Políticos de la Mujer" aprobada, entre otras convenciones, en la IX Conferencia Internacional Americana que se reunió en Bogotá en el año 1948, cuyo artículo primero dispone: "Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer, los mismos derechos civiles de que goza el hombre".

Esta Convención fue ratificada por nuestro país, por Decreto - Ley N° 9983 de fecha 23 de agosto de 1957, originado en el Gobierno Provisional, decreto al que posteriormente le reconoció absoluta vigencia, la Ley N° 14.467, sancionada el 5 de septiembre de 1958 y promulgada el día 23 del mismo mes y año.

Cabe también señalar que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, con relación al estatuto de la mujer en el Derecho Privado, con fecha 23 de julio de 1953 recomendó a los gobiernos tomar todas las medidas posibles para asegurar a la esposa su plena capacidad legal.

La vigencia de estos tratados internacionales como Ley de la Nación, conforme a lo que dispone el artículo 31 de nuestra Carta Magna, es sostenida por la mayoría de nuestros tratadistas, entre los que se cuentan los doctores Amancio Alcorta, Romero del Prado, Guastavino y Martínez Ruiz, mientras otros se niegan a reconocerle tal carácter invocando para ello la falta de reglamentación de la Ley ratificatoria.

La fundamental importancia que, para la dilucidación del tema en estudio significaría la plena vigencia de las normas aprobadas en la última de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reuniones internacionales citadas, la Convención de Bogotá, hace que dediquemos a este tema un análisis, que aunque superficial debido a la naturaleza de este trabajo, nos ayude a formar una opinión al respecto.

En la magnífica colaboración que publicó el Dr. Elías P. Guastavino en la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", llama a la reflexión sobre la "repercusión de dicho acuerdo internacional que pese a su ambigüedad y abstracción asume fundamental importancia en materia de derechos civiles del hombre y la mujer".

Luego de señalar que el Decreto - Ley del Gobierno Provisional que ratificó la convención, contiene en sus considerandos una afirmación que no es totalmente exacta puesto que, habiendo declarado con anterioridad a este hecho la no vigencia de la reforma constitucional del año 1949, anuló, como consecuencia de ello, el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges sustentado en la misma y retrotrajo su situación a la que surgía de las disposiciones del Código Civil y su modificación fundamental en la materia, la Ley N° 11.357, recalca algunos caracteres de la convención ratificada entre los que extraemos, por considerarlo de la mayor importancia, la "inmediatez del principio de igualdad" basado en que, contrariamente a lo resuelto en otras Convenciones, no se supeditó la concesión de derechos a la mujer a la decisión legislativa de los diferentes Estados.

Cita como ejemplo de su afirmación la resolución de la Convención aprobada por la VII Conferencia Interamericana celebrada en Montevideo el 14 de diciembre de 1933: ". . . que en el futuro no se haga diferencia en sus respectivas legislaciones entre hombres y mujeres, que tengan como fundamento la diferencia de sexo...", mientras que en la Convención de Bogotá se dio un paso más adelante, al resolver que los Estados Americanos convienen en "otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre".

Se refiere más adelante, a la posibilidad de vigencia inmediata de las Convenciones ratificadas en el supuesto de oponerse o modificar disposiciones legales internas del país, recalcando que caso que en nuestra República dio lugar a las mayores controversias doctrinarias y judiciales fue el de la Ley N° 12.232 que ratificó las Convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional de Trabajo del año 1921, en cuanto modificaba la Ley N° 9688.

Acota que, por la vigencia inmediata de la Ley 12.232 se pronunciaron, entre otros, los doctores: Leónidas Anastasi, Mariano R. Tissembaum, Carlos R. Desmarás, Elías Kraiselburd, Manuel Pinto, Eduardo B. Scatena, Amancio Alcorta, Juan D. Pozzo y Víctor N. Romero del Prado, haciéndolo en el sentido contrario, es decir, por la no vigencia inmediata, los doctores: Alejandro M. Unsain, Agustín M. Costa, Oscar F. Rebullida y Alfredo L. Palacios.

El caso fue en definitiva, resuelto en sentido negativo, tanto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, como por la Suprema Corte de la Nación, aun cuando señala, ninguno de dichos Tribunales "han negado la posibilidad de que una Ley ratificatoria de tratados o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convenciones internacionales asuma eficacia de norma aplicable de inmediato, como derecho positivo interno, en derogación del anterior régimen legal. Tal derogación podría ocurrir, según el criterio que inspira la jurisprudencia de estos Tribunales, siempre que el articulado de la sanción y el espíritu de la ratificación lo hicieran evidentes. Este criterio de distinción explica, como lo dictamina el Procurador General de la Nación, que la Corte Suprema Nacional, en una oportunidad anterior, al examinar el alcance de la Ley 11.132 aprobatoria de las Convenciones de Bruselas, sobre abordajes, salvamentos y asistencia en el mar, resolviera que la minuciosa y uniforme reglamentación de tales asuntos hecha en ellas, importaba ipso facto la modificación del Código de Comercio".

Sostiene que, teniendo en cuenta la inmediatez del principio contenido en la Convención de Bogotá y aplicando las soluciones más justas en materia de ratificación, que surgen de la estimación de la doctrina de los más altos Tribunales argentinos, debe concluirse que la Convención de Bogotá de 1948 "tiene pleno vigor de norma positiva en el ámbito de la jurisdicción interna de la República".

En base a dicha premisa, de la inmediata aplicación de la Convención de Bogotá, el autor estima que sus consecuencias consistirían:

- a) En la eliminación de la incapacidad civil de la mujer casada;
- b) Según el sentido y el fundamento de las respectivas disposiciones legales, ciertas prioridades conferidas a alguno de los cónyuges subsisten y otras deben considerarse derogadas.

También el Dr. Martínez Ruiz, se muestra un decidido partidario de la plena vigencia de la Convención de Bogotá, al expresarse en el estudio sobre dicho tema, publicado en la "Revista del Notariado", en los siguientes términos: "...frente a la explícita redacción de la convención, en cuanto decidió acordar iguales derechos a la mujer que al hombre, no se asumió un mero compromiso o expresión de propósito de reforma legislativa ulterior y es indudable que se ha operado en el ámbito del derecho nacional una trascendental reforma de nuestra legislación civil, que importa la eliminación de diferencias en materia de capacidad de hecho entre el hombre y la mujer y que en la República Argentina sólo existía en limitada medida, respecto de la mujer casada mientras rigió al respecto la Ley 11.357".

X. DECISIONES ADOPTADAS EN REUNIONES Y JORNADAS CELEBRADAS EN NUESTRO PAÍS

El "RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER" constituyó el Tema Número Tres entre los tratados en la VIII Jornada Notarial Argentina celebrada en esta Capital, del 2 al 8 de octubre de 1959 y "LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIONES DE BIENES GANANCIALES", el tercer punto del Tema Segundo tratado por la X Jornada Notarial Argentina, celebrada en la Ciudad de San Salvador de Jujuy, entre los días 13 y 17 del mes de octubre del año 1964.

Más adelante nos referiremos a palabras pronunciadas por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

delegados asistentes fundamentando sus posiciones, limitándonos, en este lugar, a transcribir los despachos aprobados:

Dice el primero: "La Comisión III que ha tenido a su cargo el estudio del temario relativo al "RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER", considerando:

a) Que las dificultades que en la práctica surgen en los actos escriturarios de bienes inmuebles de carácter ganancial, respecto a la capacidad jurídica de la mujer casada, como resultado de una variada y encontrada interpretación doctrinaria y jurisprudencial; y

b) Los distintos trabajos presentados, basados en la experiencia profesional, que auspician una reforma legal con criterio notarial, con el objeto de lograr una solución definitiva a estos problemas que afectan la estabilidad de la contratación inmobiliaria;

Propone a la Asamblea la siguiente

DECLARACIÓN

Que auspicia la reforma de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer a fin de establecer que la facultad de administrar y disponer de los bienes inmuebles gananciales corresponderá exclusivamente al cónyuge a cuyo nombre se hubiesen adquirido.

Que a los efectos de la reforma comenzarían a regir a partir de su sanción".

Y el segundo:

"Considerando que la problemática notarial tratada oportunamente en la VII Jornada Notarial Argentina mantiene plena vigencia, la X Jornada Notarial ratifica la declaración aprobada en la VIII Jornada Notarial. Por lo tanto, auspicia las reformas legales necesarias para que la facultad de administrar y disponer los bienes gananciales corresponda exclusivamente al cónyuge a cuyo nombre se hubiese adquirido".

También ocupó el tema en estudio, la atención de los delegados concurrentes a la Reunión Jurídico Notarial celebrada en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, el mes de julio del año 1966, en la que la Comisión encargada de estudiar lo relacionado con LA COMPRAVENTA Y LOS DERECHOS CIVILES DE LA MUJER. CASO DE CÓNYUGES SEPARADOS DE HECHO, produjo el siguiente dictamen, posteriormente aprobado por el plenario:

"1º) Que la separación de hecho no modifica en ningún caso, la situación patrimonial de los cónyuges.

2º) Que por lo tanto, la mujer casada separada de hecho, debe consignar las manifestaciones sobre el origen del dinero en la misma forma y condiciones que lo haría si no mediara la referida circunstancia.

3º) Que tratándose de bienes de administración reservada para la mujer,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sea ésta separada de hecho o no, podrá consignar el origen del dinero (proveniente de su actividad lícita) con posterioridad al acto de adquisición. Es conveniente que dicho acto aclaratorio sea previo y no simultáneo al de enajenación, disposición o administración, con su pertinente inscripción en el Registro respectivo, en salvaguarda de los intereses de terceros.

4º) Que en atención a ese mismo interés de los terceros, debe requerirse certificado registral sobre el estado de los bienes y libre disposición a nombre del marido y de la mujer, para otorgar el acto rectificatorio aludido en el apartado anterior.

5º) Que desde el punto de vista documental, debe conservarse la expresión «separada de hecho sin voluntad de unirse», utilizada en el artículo 3575 del Código Civil".

A su vez, la "Mesa Redonda" sobre el tema "EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LA MUJER CASADA", organizada por el Centro de Investigaciones dependiente de la Cátedra de Derecho Civil y Curso, a cargo del Dr. Enrique Díaz de Guijarro, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el 23 de setiembre de 1965, con la participación de los Dres. Arturo R. Yungano, Cecilia P. Grosman, José Julián Carneiro, José María López Olaciregui, Margarita Argúas y Enrique Díaz de Guijarro, actuando como coordinador el Dr. Félix Lafianra (h), se aprobaron las siguientes conclusiones:

1º) Cada cónyuge administra sus bienes propios con los mismos derechos y responsabilidades.

2º) Será necesaria la conformidad del otro esposo, o en su defecto la autorización judicial, para realizar actos de disposición a título gratuito.

3º) Derogar la segunda parte del apartado "c" del inciso 20 del artículo 39, de la Ley 11.357.

4º) Si es voluntad de la mujer que sus bienes propios sean administrados por el marido, deberá otorgarle mandato expreso y éste asumirá las responsabilidades del mandatario común.

XI. LOS ANTEPROYECTOS DE BIBILONI Y DE LA COMISIÓN REFORMADORA

El Dr. Bibiloni dedica los artículos 698 y siguientes de su Anteproyecto, al tratamiento de la Administración de la Sociedad Conyugal y al Régimen de los Bienes de la misma.

Se muestra un decidido partidario, en general, de mantener en cabeza del marido, la administración no sólo de los bienes del matrimonio, sino de los propios de la esposa, pero acuerda a ésta el derecho de controlar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tal administración y además prohíbe a cualesquiera de los cónyuges disponer de sus bienes propios y de los comunes, sin la conformidad del otro.

Acuerda a la mujer la administración de los bienes "reservados", que detalla en el artículo 717 y cuyo inciso 2º incluye en esa categoría a los que la mujer "...adquiere durante el matrimonio por su trabajo separado, fuera de su actividad doméstica o en el ejercicio personal e independiente de una profesión lucrativa, comercio o industria, bajo las condiciones establecidas en este Código".

Nos parece interesante recalcar que las normas referidas del Anteproyecto siempre se refieren a "administración", ya que, como lo hemos señalado, los actos de disposición están vedados a los cónyuges individualmente, según la norma contenida en el artículo 698 que expresa: "El marido o la mujer no pueden enajenar o afectar, ni obligarse a ello, sus bienes propios o los gananciales, sino conjuntamente o con el consentimiento del otro cónyuge".

Bibiloni explica los motivos que lo mueven a adoptar el sistema de la administración única por el marido:

1º) En que la separación de bienes impide la concentración de los esfuerzos económicos de la familia; y

2º) En que tal separación constituye un factor de disociación de la sociedad conyugal, un régimen propio de los matrimonios mal avenidos, no para uno en el que las relaciones entre los cónyuges se desarrollan normalmente. Sin embargo considera que la mujer no debe, por ello, estar "subordinada a la omnipotencia irresponsable del marido".

La Comisión Reformadora del 26 mantuvo el régimen de administración única concentrada en el marido, pero ampliando sus facultades ya que por el artículo 419, en ejercicio de la administración está facultado:

1º) Enajenar y obligar a título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo los derechos de la mujer cuando estos actos hubiesen sido realizados en fraude de ella.

2º) Hacer donaciones de sus bienes propios...

Luego, en el artículo 425 establece que corresponde a la mujer la administración, entre otros, de los bienes "... adquiridos durante el matrimonio cuando ejerciere una profesión lucrativa, comercio o industria de acuerdo con lo dispuesto en este Código, lo mismo que las inversiones realizadas con esas ganancias o las procedentes de cualquier otra actividad ajena a las domésticas", agregando en el artículo siguiente que "Cuando se otorgara un acto que exija determinada forma instrumental, y la mujer interviene en él como administradora, se hará constar esa circunstancia, las causas legales en que se funde y la prueba que la acredite. El ejercicio de una actividad o trabajo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

independiente, se justificará de acuerdo con las reglas generales. Si fuere comerciante o la profesión estuviere reglamentada, bastará con la matrícula en el respectivo registro o con la inscripción que prescriban los reglamentos. No será necesario demostrar el acuerdo marital. Respecto de los inmuebles, ganados y de las máquinas cuyo registro fuere necesario, sólo podrá oponerse a terceros su carácter de bienes comprendidos en este párrafo, si constare su inscripción". Finalmente, pone a cargo de quien niegue el carácter de alguno de los bienes administrados por la mujer, la prueba de su afirmación.

En su informe, la Comisión expresa que ha seguido a Bibiloni y al Código suizo acordando igualdad de facultades a los cónyuges para representar a la sociedad conyugal, en todos los actos de la vida doméstica, pero ha preferido seguir los principios tradicionales otorgando primacía al marido, en ciertos derechos. Así, se han apartado voluntariamente de la disposición contenida en el artículo 3º, inciso 2 de la Ley 11.357, exigiendo acuerdo para que la mujer casada pueda ejercer válidamente profesión, comercio o industria; y que han considerado conveniente reunir en un solo artículo todos los actos que requieran conformidad de ambos cónyuges.

XII. ACOTACIONES ACERCA DE LA PRIMERA PARTE

Con el punto anterior, ponemos fin a la primera parte del presente trabajo.

Como puede apreciarse, salvo el punto II en el que lógicamente tuvimos que fundar nuestra manera de pensar ya que, de aceptar la inoperancia de la cláusula, en base a la interpretación exegética de la norma legal, nada justificaría un estudio de las circunstancias y elementos que nos inclinan en tal sentido; hemos expuesto objetivamente todos los elementos que consideramos de interés en el sentido de aclarar correctamente el problema en estudio.

Pasaremos a tratar, a continuación las posibilidades de interpretar la manifestación "separada de hecho sin voluntad de unirse", como la exigida por la Ley 11.357 para que el bien adquirido sea ganancial, de libre disposición de la adquirente y luego los efectos que pueden acordarse a la misma de atribuirle a la separación que refleja la eficacia necesaria para disolver la sociedad conyugal y en consecuencia el bien adquirido sea propio de la mujer.

SEGUNDA PARTE

LA SEPARACIÓN DE HECHO ENTRE CÓNYUGES

I. CONSIDERACIONES GENERALES, DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS

Lejos está de nuestra finalidad, efectuar en este trabajo, un estudio exhaustivo sobre "la separación de hecho entre cónyuges".

Sin embargo, hay varias razones que nos obligan, no sólo a no soslayar el tratamiento del tema, sino, incluso, a hacerlo con alguna profundidad.

En primer término, la necesidad de arribar a una solución realista del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema, no nos permite desechar ningún elemento que consideremos útil y mucho menos si, como en este supuesto, se refiere a su esencia misma.

Por otra parte, dijimos al comienzo, que encararíamos este trabajo con espíritu notarialista.

Pues bien, esta premisa, nos obliga a buscar soluciones, en base a disposiciones vigentes y a institutos legislados, o por lo menos aceptados por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, en forma tal, que ofrezcan un máximo de seguridad, para que el instrumento notarial que en ellos se base, constituya, lo que se reconoce como "título perfecto".

En este caso, precisamente, la falta de legislación específicamente destinada a la cuestión, es otro de los motivos que nos obliga a este estudio.

Hechas estas aclaraciones, trataremos de establecer en qué consiste la separación de hecho para fijar, luego, sus efectos y cuál es la posición de la Jurisprudencia y de la Doctrina al respecto.

¿Qué es la "separación de hecho entre cónyuges"?

Morello, tratadista al que nos referiremos repetidamente por ser el autor de un completísimo tratado, específicamente dedicado al tema, la define en los siguientes términos: "La separación de hecho es la situación jurídica de los esposos que, en forma voluntaria, sin que exista decisión previa del órgano jurisdiccional, se eximen, por propia autoridad y de manera permanente, de la cohabitación".

Creemos conveniente comenzar el estudio tratando, en somera investigación, de remontarnos a su origen. Cabe recordar que esta institución no tuvo vigencia en el antiguo Derecho Romano, y ello resulta explicable si rememoramos que en Roma, el matrimonio era un contrato consensual, es decir, que se perfeccionaba por el simple consentimiento de las partes, y se disolvía, con suma facilidad, entre otras causas, por el divorcio.

Este se obtenía, simplemente, por la invocación de la pérdida del "affectio maritalis", de ambos, o de uno cualesquiera de los cónyuges, facilidad que hacía, sin duda, innecesaria la vigencia de la separación de hecho.

Se sostiene, en cambio, que, por rara paradoja, es el catolicismo el que originó el nacimiento del instituto.

Quienes apoyan esta tesis, consideran que, en su afán de llegar a la indisolubilidad del matrimonio, al que había acordado el carácter de "sacramento", el catolicismo trató de poner toda clase de trabas al divorcio vincular, que quedó prácticamente eliminado.

Ante la resistencia que levantaba tal medida, se la atemperó, en algo, mediante la separación "quod ad thorum et mensam", es decir, la cesación de la cohabitación sin disolución del vínculo matrimonial.

Pero aún a esta separación, sino se llegaba previa comprobación de la existencia de las limitadas causales que la permitían, ante la Justicia Eclesiástica cuya intervención se afirmó por resolución del Concilio de Trento (Canon 12, Sección 24) y veinte años más tarde, por la Bula "De

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Temarari Toris Separationi", del Papa Sixto V.

El procedimiento a seguir era severísimo y las exigencias que se imponían, tan rigurosas, que los cónyuges mal avenidos comenzaron a eludir su cumplimiento, optando simplemente por separarse.

Tal fue la intensidad del fenómeno apuntado, que, aun cuando lo hizo para casos excepcionales, el Derecho Canónico hubo de aceptar la incorporación de este instituto y es así como el Canon 1.131, luego de fijar las causales de separación de los cónyuges con autorización previa del ordinario local, en su parte final establece que la separación puede producirse "hasta por autoridad propia si les constan con certeza, (las causales) y hay peligro en la tardanza".

En la práctica, estas reglas de excepción, pasaron a ser las normales.

Esto sería, para quienes apoyan la tesis que acabamos de exponer, el origen de la "separación de hecho".

Nuestro Código, al igual que la generalidad de los de su época, sobre todo de los que siguieron la línea de la legislación francesa, no trata, en forma específica la separación de hecho. Sólo le acuerda relevancia en algunos casos aislados, tales como:

1°) La exclusión de los cónyuges entre sí, como herederos, en sus respectivas sucesiones, si viviesen separados de hecho, sin voluntad de unirse (art. 3575 del Cód. Civil).

2°) Al reconocer al abandono voluntario y malicioso, como causal de divorcio (art. 67 inc. 7 de la L. de M. Civil).

3°) Al autorizar al marido a cesar en su obligación alimentaria con respecto a su cónyuge, si ésta no cumple sus deberes de cohabitación (art. 53 de la L. de M. Civil).

Escudados en este vacío de la legislación, algunos autores, los menos, llegaron a desconocer a la separación de hecho, efectos con relación a la sociedad conyugal, negando en consecuencia al instituto, toda relevancia.

Quienes estaban en la postura contraria refutaron esas conclusiones, siendo de hacer notar, en tal sentido, las expresiones de Morello, cuando enseña, que la separación de hecho "constituye una realidad de nuestro medio social y como tal, no debe ignorársela o limitarse a subestimarla o repudiarla. . .". "Representa una real categoría ontológica, que debe ser aprehendida sin ficciones ni abstracciones, las que están reñidas con la gravedad de su problemática" para continuar: "hacer subsistir la sociedad conyugal por la sola inercia de la ley, cuando en realidad ella había concluido por la conducta culpable del abandonante, sería írrito y conduciría a resultados desvaliosos".

El problema planteado no excedía, en realidad, los límites de lo teórico, ya que aún los más enconados enemigos de la tesis que acordaba a la separación por sí misma, la posibilidad de disolver la sociedad conyugal, llegaban a la postre, al mismo resultado que los que la sostenían,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aunque, por otros medios, aplicación de principios generales de derecho (teoría del enriquecimiento sin causa, imposibilidad de invocar en su favor su propia torpeza, principios de moral y de justicia, etc.).

En la actualidad la cuestión ha sido superada, pues tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, están acordes en reconocer a la separación de hecho, relevancia al fin indicado.

Veremos, no obstante, los argumentos que invocaban quienes reconocían y quienes negaban, a la separación de hecho, efectos con respecto a la subsistencia de la sociedad conyugal.

Los primeros sostenían: 1) Que la sociedad conyugal se rige, en cuanto no se opongan disposiciones específicas de su título, por las normas de la sociedad común (art. 1262 del C. Civil) y ésta se disuelve, entre otras causas, por el abandono de hecho (art. 1769); 2) Que el derecho a la participación en los bienes gananciales, se funda en la convivencia física y espiritual de los cónyuges, muchas veces reforzada por una importante colaboración económica. Es, entonces, lógico y moral, que la participación desaparezca si falta su causa determinante, la convivencia; 3) Que por analogía, deben aplicarse a la participación en los bienes gananciales, los principios que disponen la cesación de la vocación hereditaria del cónyuge culpable de la separación, en la sucesión del inocente (art. 3754 del C. Civil); y 4) Que sería inconcebible aceptar, que nuestro sistema legal permanezca impasible, con respecto a la separación de hecho en relación a la sociedad conyugal, cuando la misma causa es suficiente para dar origen: a) a excluir al cónyuge culpable como heredero del inocente; b) a provocar el divorcio, y c) a producir la caducidad de los deberes de asistencia recíproca.

A su vez, los que sostenían la tesis contraria, argumentaban:

I) Que la disolución de la sociedad conyugal se produce, únicamente, por las causas que, en forma taxativa, enumera el art. 1291 del Código Civil;

II) Que aun en el caso de haberse decretado el divorcio, sólo el cónyuge inocente puede pedir la separación de bienes (artículo 1306 del Código Civil), con lo que queda perfectamente demostrado, que la sociedad conyugal subsiste hasta que su disolución se ordene judicialmente;

III) Que en los casos de bigamia, la ley reconoce a la esposa legítima, derecho a participar de los gananciales hasta la disolución del matrimonio (art. 1316 del Código Civil), no obstante que, lógicamente, debe haber mediado separación de hecho y más aún, que el cónyuge culpable pudo haber obtenido alguno de los bienes del matrimonio ilegítimo, con la cooperación de la segunda esposa; y

IV) Que admitir la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal, posibilitaría a los cónyuges, atentar contra los intereses de los terceros, ya que les sería fácil fingirlo con el solo fin de birlar los derechos de éstos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se trató de encontrar, entonces, motivos capaces de justificar la existencia del instituto, invocándose como tales: a) la creencia generalizada de que la separación de hecho hace más posible la reconciliación, probabilidad que aleja la iniciación del juicio de divorcio, con su inevitable secuela de agravios; b) la evidente repugnancia que sienten los cónyuges mal avenidos, de dilucidar ante los estrados de la justicia sus rencillas familiares; c) la publicidad de que generalmente son objeto esta clase de juicios a través de los órganos del periodismo especializado, capaz, muchas veces, de dejar huellas que a la postre, pueden resultar verdaderos motivos de bochorno, para los actores del juicio y para sus familiares; d) escrúpulos de orden religioso, y e) nos permitimos agregar a los detallados, las trabas puestas al divorcio en gran parte de las legislaciones, con el objeto de proteger la indisolubilidad del matrimonio, remitiéndonos al efecto, a lo que ya hemos expresado con respecto a la inexistencia del instituto en Roma.

En fin, como lo señaló el Dr. Pablo Calatayud en la Conferencia que pronunciara últimamente en la Academia de Derecho: "escrúpulos de orden personal o moral, hacen que, en muchas ocasiones, el cónyuge ofendido y abandonado, no intente acción judicial alguna, de divorcio, alimentaria, o de cualquier otro carácter, a las que legítimamente tiene derecho".

Prosiguiendo el estudio, estimamos prudente recordar, que las separaciones de hecho entre los cónyuges, constituyen situaciones de hecho y no de derecho.

Precisamente por eso, por configurar situaciones de hecho y no de derecho, cada caso presenta características que deben ser estudiadas y resueltas en forma particular por los órganos del Poder Jurisdiccional.

Resulta tan difícil establecer normas generales relativas al instituto en sí, que no sean otras que las relacionadas con sus efectos, como pretender, por medio de discusiones bizantinas, imponer fundamentos jurídicos para justificar o negar su existencia.

Repetimos palabras que ya transcribimos de Morello: la separación "constituye una realidad de nuestro medio social y como tal no debe ignorársela o limitarse a subestimarla o repudiarla", porque entendemos que las mismas plantean el problema en sus términos exactos: la existencia de la separación de hecho constituye algo incontrovertible, que no puede ignorarse.

Juegan como causa de su existencia una serie de factores que también hemos señalado, que motivan que en la actualidad, nadie se atreva a negarle efectos con relación a la existencia de la sociedad conyugal, pero irrelevantes para transformarla en una causal capaz de producir, de pleno derecho, su disolución, la que en nuestra legislación sólo se produce por fallecimiento de uno de los cónyuges o por la anulación del matrimonio.

La separación de hecho sólo puede llegar a tener efectos disolutivos, por sentencia judicial, tal como ocurre en el caso de divorcio y separación de bienes, en la que la división de éstos se produce por la resolución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisdiccional, con la diferencia que en este último supuesto, la causa determinante de la disolución, emanará de una situación de derecho y no de hecho como en aquélla.

Cabe acotar además, que la separación de hecho para que pueda ser considerada tal, debe llenar una serie de requisitos que hacen a su esencia, entre otros: a) Responder a la decisión de separarse sin voluntad de unirse, de ambos cónyuges o por lo menos de uno de ellos, según se trate de separación propiamente dicha o abandono, respectivamente; b) La desintegración del hogar conyugal debe abarcar un lapso lo suficientemente extenso como para que pueda ser considerada definitiva. En otros términos, no debe ser producto de motivos meramente circunstanciales; c) Ser declarada judicialmente; aun cuando al producirse no debe ser consecuencia de una orden emanada del órgano jurisdiccional; y d) Sólo corresponde alegarla al cónyuge inocente.

Va de suyo, que como ya lo hemos señalado, estos elementos tienen que ser juzgados conforme a las circunstancias especiales y a las características de cada caso.

Los elementos precedentemente expuestos, tipifican la "separación de hecho entre cónyuges" como instituto.

Ahora bien, como hemos expresado reiteradamente, nuestro Código no legisla en forma particular sobre la misma y aunque ha sido reconocida incluso por textos legales, de reciente sanción (Ley N° 17.562), su existencia no pasa de ser una construcción doctrinaria y jurisprudencial.

Corresponde, entonces, estudiar las doctrinas elaboradas por nuestros Tribunales y nuestros tratadistas, acerca del problema, a los fines de una mayor claridad en su sustentación.

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Es indudable que la concreción de la doctrina actual, prácticamente uniforme, de nuestros Tribunales, en lo relacionado a los efectos de la separación de hecho con respecto a la vivencia de la sociedad conyugal, es el producto de una ingente labor de nuestros magistrados, enfrentados, una vez más, al problema de ceñir su cometido a la aplicación gramatical de los términos del cuerpo legal o juzgar, quizá apartándose un poco de esa interpretación, pero salvando los principios de moral y de justicia.

Afortunadamente, triunfó la buena tesis. Se siguió el camino que señaló el Dr. Borda, cuando fundando su voto en el Fallo Plenario de las Cámaras Civiles de esta Capital, del 18/XII/1959, dijo: ". . . entre varias soluciones posibles, hay que preferir aquella que sea más justa y resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego, aunque la aplicación de una lógica rigurosa, basada en los términos gramaticales de la ley o en la tan manida intención del legislador, favoreciera quizás, la interpretación menos deseable".

La labor de nuestros Tribunales ha arrancado al Dr. Spota el siguiente comentario: "Una notable creación jurisprudencial que demuestra su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

función creadora de derechos - por lo menos de fuente en el sentido material si no se quiere hablar de fuente en el sentido formal - lo constituye la doctrina establecida en numerosos casos, sobre los efectos de la separación de hecho entre cónyuges, en lo atinente a la suerte de la sociedad conyugal. Ese derecho vivo», esa «jurisprudencia creadora», se ha inspirado en el afán de ceñirse al verdadero alcance del derecho positivo en la materia, huyendo de toda ceguera axiológica".

Las razones expuestas nos mueven a realizar un prolijo estudio de esa jurisprudencia, pues de ella es de donde debemos extraer gran parte de los elementos que justifican la existencia del instituto que estudiamos, a despecho del vacío de las disposiciones legales.

Es interesante recordar que hasta el año 1923, nuestros Tribunales, en forma sistemática, negaron a la separación de hecho entre los cónyuges, toda posibilidad de producir la disolución de la sociedad conyugal. A tal pretensión se opusieron los herederos del causante, por entender que la peticionante había perdido, como consecuencia del abandono, no sólo los derechos de heredera, sino además, los que pudieron haberle correspondido sobre los bienes adquiridos por el causante, con posterioridad a la separación, mejor dicho, al abandono.

En Primera Instancia, el Juez Dr. Colombres, resolvió el caso en favor de la actora, tomando como base para ello las disposiciones contenidas en el art. 1291 del Código Civil.

Apelado el fallo, la Cámara de referencia lo revocó (G. del Foro T. 46; pág. 35) en mérito a los argumentos expuestos por su vocal, Dr. Helguera, que sostuvo: Que el art. 1291 del C. Civil, se refería a la disolución en los casos en que la sociedad conyugal se desarrollaba y se disolvía en forma y por los medios normales, pero que en los supuestos como el que se planteaba, en que esa normalidad no existía, había que recurrir a la norma contenida en el art. 1262, aplicando en consecuencia, subsidiariamente, las referidas a la sociedad común, entre otras la del 1769. Estimamos interesante recordar también la disposición del art. 1776 siempre del mismo Código.

Poco tiempo después, nuestros Tribunales se vieron nuevamente enfrentados a resolver el problema, planteado esta vez, por una mujer que se presentó en la sucesión de su esposo, de quien había vivido separada desde 23 años antes de su fallecimiento, invocando derechos a participar de los bienes gananciales.

El Juez de Primera Instancia, Dr. Figueroa, resolvió la cuestión en base a los mismos argumentos y conclusiones de que se había valido la Cámara, en el caso anteriormente referido.

Apelado el fallo, tocó intervenir esta vez, a la Cámara Civil Primera de la Capital Federal (G. del Foro T. 62, pág. 185), expidiéndose dentro de la misma, en primer término, el camarista Dr. Colmo, que dijo: "Los derechos de socia son ejercibles y gozables en cuanto se es efectivamente socia. Cuando, como en el caso, la sociedad está disuelta de hecho desde 1904, los cónyuges y socios no pueden alegar mutuamente derechos de tales a partir de tal año, que es el que en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decisión judicial debe ser fijado como el de la disolución operada de la sociedad conyugal".

En segundo término, votó el Dr. Pera, a cuyo voto se adhirieron posteriormente los demás miembros del Tribunal. Este vocal compartió la solución del Juez de Primera Instancia, aunque sin la amplitud que éste acordaba al art. 1769, ya que sostuvo que la separación de hecho no bastaba, por sí sola, para disolver la sociedad conyugal, cuyo nacimiento y disolución no dependen de la voluntad de las partes, pues entonces, a título de ejemplo, igual razón debería regir la situación de los cónyuges separados por sentencia de divorcio en cuanto éste se decretara por abandono.

Acota Fassi que este fallo aclara el anterior en el sentido de "extinguir el derecho de participar en los gananciales, sólo a partir de la fecha de la separación de hecho"... "En otros términos, la retroactividad de la sentencia de disolución alcanza al día en que los cónyuges cesaron definitivamente la unión marital, sin voluntad de reanudarla".

Casi simultáneamente con el anterior, tramitó un tercer juicio, cuya sentencia constituyó un verdadero hito en la orientación que siguió la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Se trataba de un caso en que el marido, que había abandonado durante 26 años a su mujer e hijos uniéndose a una concubina, pretendía que se le reconocieran derechos al 50 % del capital acumulado por su cónyuge con posterioridad a la separación, en virtud, sostenía, de tratarse de bienes gananciales.

Intervino en Primera Instancia, el entonces Juez, Dr. Lagos, que en su fallo sostuvo: a) Que la exclusión establecida por el art. 3575 del C. Civil constituye un castigo legal e indiscutible; b) Que ese rigorismo legal incluye al cónyuge separado de hecho con respecto a los bienes gananciales; c) Que el art. 1291 no contiene una enumeración taxativa y excluyente de las causas de disolución de la sociedad conyugal, ya que el legislador no tenía por qué incluir en su enumeración causales que ya estaban legisladas en otras disposiciones, tales como el abandono de hecho, normado por el art. 1769 aplicable a la sociedad conyugal, conforme a lo dispuesto por el art. 1262, siempre del mismo cuerpo legal.

Apelada la sentencia, el Fiscal de Cámara, Dr. Mackinlay Zapiola, volviendo a la interpretación primitiva, sostuvo que la sociedad conyugal sólo podía disolverse por las causas establecidas en el art. 1291 del C. Civil y que existiendo con respecto a la cuestión planteada, una disposición expresa en el capítulo pertinente del Código, no podía acudir para resolverla, a la aplicación supletoria de normas analógicas. Debió decidir, en definitiva, la Cámara Primera en lo Civil de esta ciudad (G. del Foro T. 65, pág. 47), votando en primer término su vocal el Dr. Campos, que sostuvo, que si bien, "sui géneris", la sociedad conyugal era una verdadera sociedad y en consecuencia sometida a las normas que rigen esa materia, entre otras el art. 1769. Que el hecho de que la separación de hecho no figure entre las causas enumeradas por el art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1291, como capaces de extinguirla, no la excluye, tanto es así, que otras causas de disolución tampoco aparecen enumeradas en dicha norma (consideramos que se refería a la ausencia con presunción de fallecimiento).

Se expidió luego el Dr. Pera, que manifestó, que aún cuando se identificaba con el pensamiento expuesto por el Fiscal de Cámara, ante las opiniones coincidentes de los demás miembros del cuerpo y lo resuelto por la otra Cámara del mismo fuero y jurisdicción, adhería al voto del Dr. Campos.

También el Dr. Sayago, adhirió al voto de los camaristas preopinantes, al igual que el Dr. Colmo, quien en esta ocasión, amplió los argumentos que expusiera en el caso a que nos hemos referido con anterioridad aclarando que, la muerte y el matrimonio nulo, son causales de disolución que no obligan a una decisión judicial. En cambio la separación de hecho obliga a un pronunciamiento judicial, que se limita a reconocer la disolución social preexistente: " Se refiere así (dijo), a una situación creada por los hechos mismos, que siempre son anteriores a la sentencia y a la misma demanda". Continuó haciendo notar que el pronunciamiento judicial, debía sancionar, con su autoridad e imperio, lo que las circunstancias objetivas han creado de acuerdo al precepto expreso del art. 1776.

Parecía que con esta resolución la cuestión había quedado definitivamente dilucidada en jurisdicción de esta Capital, pero no fue así, ya que la Cámara Primera volvió poco después sobre sus pasos (G. del Foro T. 89, pág. 65) y resolvió, al adherir sus demás componentes al voto del Dr. Barraquero, que el Código Civil, en su artículo 1291, enumera taxativamente tres causales de disolución de la sociedad conyugal. La separación de hecho de los cónyuges, no está autorizada como una cuarta causa y siendo la sociedad conyugal una institución regida por disposiciones de orden público, no cabe admitirla por vía de interpretación.

Posteriormente, este mismo cuerpo volvió a intervenir con motivo de tener que resolver el caso de una mujer, que se presentó a reclamar derechos sobre los bienes gananciales, en la sucesión de su esposo, que la había abandonado con anterioridad a su fallecimiento.

El Juez de Primera Instancia le reconoció los derechos reclamados, sobre los bienes gananciales adquiridos por su cónyuge con posterioridad a la separación de hecho, fundado en las siguientes razones: a) el art. 1316 consagra esos derechos aún cuando el matrimonio haya estado disociado; y b) la separación de hecho no figura entre las causales de disolución de la sociedad conyugal, en la enumeración taxativa contenida en el art. 1291 del C. Civil.

Planteada la apelación, la Cámara se expidió (G. del Foro T. 107, pág. 104), correspondiendo emitir su voto, en primer término, al Dr. Sauze que lo hizo en sentido favorable a la confirmación de la sentencia del "a quo" por entender que "la sociedad conyugal no se disuelve sino por las causales del art. 1291 del C. Civil".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Votó en segundo lugar el Dr. Gastón F. Tobal, que fijó su posición sosteniendo: I) Que la tesis sustentada por el Dr. Sauze no permitía evitar resultados injustos; II) Que las disposiciones legales sobre el régimen de la sociedad conyugal, entre ellas, el art. 1291, se refieren a los casos en que la vida matrimonial se desarrolla en forma normal, lo que no ocurre si falta la convivencia; III) Que la interpretación contraria a la sostenida en la sentencia apelada, no lleva a la caducidad del régimen de las relaciones patrimoniales por una causa extraña a las reglas específicas del derecho de familia, sino que configura un régimen de excepción, originado, precisamente, en la violación de esas normas; y IV) Que esa tesis de excepción conduce a una disolución judicial de la sociedad conyugal, pero con el efecto retroactivo establecido por el art. 1776 del C. Civil. No obstante lo expuesto, y precisamente por la falta de culpabilidad de la peticionante, adhirió al voto que propugnaba la confirmación de la sentencia de Primera Instancia. Los otros dos camaristas, Dres. Coronado y Barraquero adhirieron al voto del Dr. Sauze, quedando en esa forma confirmada la resolución del inferior.

A partir de este fallo la Cámara Civil Primera de esta Capital, rechazó, sistemáticamente, todo pedido de disolución de la sociedad conyugal, en base a la separación de hecho: (Gaceta del Foro: T. 18, pág. 7; T. 120, pág. 120, pág. 201 y pág. 241; T. 121, pág. 175; T. 150, pág. 64; y T. 193, pág. 474; La Ley: T. 2, pág. 37 y T. 23, pág. 623; etc.).

A su vez, la Cámara Civil Segunda de esta misma jurisdicción, se mantuvo firme en la posición contraria: (Gaceta del Foro: T. 87, pág. 241; T. 140, pág. 151, pág. 163; T. 149, pág. 11; T. 152, pág. 10; T. 153, pág. 214; T. 156, pág. 144; T. 189, pág. 399; Jurisprudencia Argentina: T. 58, pág. 153; pág. 875; año 1946; T. III, pág. 663; La Ley: T. 13, pág. 3; T. 44, pág. 720, etc.).

La diferencia de criterios señalada entre las Cámaras Civiles, Primera y Segunda, de esta Capital, se mantuvo hasta su unificación.

Durante el lapso comprendido entre el año 1923 en que por primera vez, las citadas Cámaras aceptaron acordar a la separación de hecho, el carácter de causa capaz de producir la disolución de la sociedad conyugal, y su unificación, que como hemos dicho puso fin al criterio dispar que sustentaban, se dictaron dos sentencias, una por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, y otra por el entonces Juez de Primera Instancia en lo Civil, de esta Capital, Dr. Néstor Cichero, a las que nuestros tratadistas acuerdan fundamental importancia en el giro posterior de la jurisprudencia en esta materia. Las analizamos a continuación:

Correspondió al más alto Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, expedirse acerca del derecho que podía asistir al cónyuge culpable de la separación, sobre los bienes gananciales adquiridos por el otro con posterioridad a ese hecho (La Ley, T. 10, pág. 1.019).

Al votar en primer término el Dr. Ocampo, sostuvo que, por ser la sociedad conyugal una sociedad legal, su disolución únicamente se producía por las causas taxativamente enumeradas en la Ley, y que sólo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

después de disuelta judicialmente y materializada la separación de bienes, ni el marido ni la mujer podían invocar derechos a los bienes que, con posterioridad, adquiriera el otro cónyuge, tal como lo dispone el art. 1301 del C. Civil.

Lo hizo a continuación el Dr. Díaz Cisneros, que adhirió al voto del preopinante, pasando entonces los autos a estudio del Dr. Casas Peralta.

Emitió éste su voto sosteniendo: a) Que la enumeración del art. 1291 no es taxativa y b) Que si bien es cierto que la sociedad conyugal difiere de la común, impone, igual que aquélla a sus componentes, colaboración y esfuerzos tendientes a un fin común, por cuya razón, conforme a lo que dispone el art. 1262 del C. Civil, le son aplicables normas que rigen para la Sociedad Civil.

Se expidió el Dr. Argañaraz, cuyo voto se convirtió en la doctrina que sentó el Tribunal, ya que al adherir al mismo los Dres. Alegre, Aran y González Escarrá, constituyó la expresión mayoritaria del cuerpo.

Sostuvo este ilustrado magistrado: a) Que ante el silencio de la ley, cabía aplicar con respecto a los bienes gananciales, el criterio del codificador expuesto a través de las normas contenidas en los arts. 3574 y 3575, que sancionan con la exclusión al cónyuge culpable del divorcio o de la separación de hecho; b) Que la circunstancia de que el art. 1291 del C. Civil no cite a la separación de hecho, como causa capaz de producir la disolución de la sociedad conyugal, no significa que suponga el reconocimiento del derecho del cónyuge causante de la separación a los bienes adquiridos por el otro, con posterioridad a la misma, puesto que el derecho a los gananciales nace de las normas que rigen la sociedad conyugal, cuando funciona normalmente; y c) Que no se trata de establecer si la separación de hecho, constituye o no, una causal de disolución de la sociedad conyugal, sino si ha de reconocerse al culpable de la separación, derecho a los gananciales quedados al fallecimiento del otro cónyuge, adquiridos por éste con su esfuerzo exclusivo, lo que de ninguna manera puede ser justificado, puesto que la culpa no engendra derechos.

La doctrina sentada en el fallo que extractamos, alcanzó gran repercusión en el orden nacional, y fue seguida en forma uniforme por los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires (Suprema Corte, D.J.B.A. T. XVII, pág. 569; C. Civil Primera de Apelaciones de La Plata, Sala I, J.A. Año 1953, T. III, pág. 436; C. Civil Segunda de Apelaciones de La Plata, Sala I, La Ley T. 42, pág. 786; Sala II, J.A. Año 1945, T. IV, pág. 604; J.A. Año 1951, T. I, pág. 633; J.A. Año 1951, T. II, pág. B8; J.A. Año 1952, T. II, pág. 159, etc.).

El otro fallo al que nos hemos referido, es el pronunciado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital, Dr. Cichero (J.A. Año 1954, T. II, pág. 287).

Debió este magistrado, resolver un caso en que se probó la preexistencia de una separación de hecho de 14 años de duración, por culpa del esposo. Con tal motivo, efectuó un prolijo estudio de los fundamentos en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que apoyaban las distintas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, las que expuso, previo agruparlas según sus efectos, en la siguiente forma:

1°) Tesis que acepta la separación de hecho como una causal de disolución de la sociedad conyugal. Se funda: a) En que las causas de disolución que detalla el art. 1291 del C. Civil, son aplicables a los casos en que el matrimonio se desarrolla normalmente, ya que, para las situaciones de anormalidad se aplican, conforme a lo que dispone el art. 1262 del mismo cuerpo legal, las disposiciones que rigen para la sociedad común; b) En que el art. 1291, establece como causal de disolución, la separación judicial de bienes. Es decir, la disolución se produce por sentencia judicial, que reconoce una causa preexistente; c) El art. 1291, es de aplicación en los casos de existencia de una sociedad conyugal. Pero al no existir dicho ente societario, como consecuencia de la separación de hecho, mal puede disolverse lo que no existe; y d) En que, si el art. 3575 del C. Civil, excluye como heredero al cónyuge separado de hecho, sería ilógico reconocerle en la misma situación, el carácter de socio.

2°) Tesis que entiende que la sociedad conyugal sólo se disuelve por las causas, taxativamente, enumeradas en el art. 1291 del C. Civil. Se fundamenta: a) En que la sociedad conyugal está íntimamente ligada al matrimonio cuya indisolubilidad se encuentra firmemente establecida en nuestra legislación. Esa conexión es tal, que la sociedad conyugal comienza con la celebración del matrimonio y finaliza con su disolución; b) Que la sociedad conyugal es una sociedad legal, en la que el régimen consensual se encuentra reducido a su mínima expresión. Salvo en los casos previstos en el Código, los bienes que ingresan durante su vigencia son gananciales. La ley confirma esta tesitura, declarando nula toda convención celebrada entre los cónyuges, disponiendo la renuncia de cualquiera de ellos a su parte en los bienes gananciales, los que al disolverse la sociedad deben dividirse entre los mismos, por partes iguales; c) En que si bien es cierto que el art. 1262 del C. Civil, autoriza la aplicación subsidiaria a la sociedad conyugal, de las normas referidas a la sociedad común, ello sólo es posible cuando no exista una disposición expresa en el título respectivo. Por lo tanto, tal norma no puede aplicarse a los casos de disolución de la sociedad conyugal, respecto de la cual rige la disposición expresa del art. 1291; y d) Que la aplicación generalizada de la disposición contenida en el art. 3575 del Código, llevaría a establecer una nueva causa de disolución de la sociedad conyugal, lo que resulta inaceptable si se tiene en cuenta que la misma se encuentra regida por disposiciones de "orden público".

Adhiere a la tesis que considera que la separación de hecho no es causa suficiente para producir, por sí misma la disolución de la sociedad conyugal, pero acepta que esa regla reconoce excepciones.

Al respecto dice en los considerandos de la sentencia: "En el sistema forzoso que el Código estatuye, la sociedad conyugal no se extingue sino con la disolución del matrimonio, o por la separación judicial de bienes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en los casos que la ley autoriza (arts. 1290, 1294, 1306) . . . Empero, si es verdad que la sociedad conyugal persiste pese a la separación, y que, por consiguiente, sobre los bienes adquiridos durante ese período por uno de los cónyuges, puede el otro, en principio, reclamar su parte de gananciales, también lo es que ese derecho no debe ser reconocido cuando con él se vulneran los dictados de la moral o se lesionan principios superiores de justicia" ... "Concordando con este criterio, una corriente jurisprudencial, cuyas soluciones comparto, apartándose de las dos tesis extremas - la tradicional, que niega a la separación de hecho todo efecto sobre la sociedad conyugal, y la que le atribuye efectos disolutivos - si bien sostiene que tal sociedad no se extingue sino por las causas taxativamente enumeradas, no ha dejado de contemplar las situaciones de evidente injusticia - la «summa injuria - a que podría llevar una exagerada adhesión a ese principio. Es así como se han arbitrado soluciones fundadas en argumentos no siempre coincidentes, en cuya virtud al cónyuge culpable de la separación se le han negado sus derechos de socio, no obstante la subsistencia de la sociedad conyugal". La referida sentencia fue confirmada por la sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en razón del voto de sus vocales, transcritos, a continuación del fallo del "a quo", en la publicación citada. Finalmente, en homenaje a lo terminante de sus conclusiones, nos permitimos agregar a estos fallos, algunos párrafos del voto del doctor Acuña Anzorena emitido como componente de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el acuerdo N° 1792 del 27/XII/1958. En él se manifestó de acuerdo con criterio sustentado por el Procurador General, Dr. González Bergez, en el sentido de que, conforme a las disposiciones contenidas en los arts. 1291 y 1044 del C. Civil, respectivamente, 1°) la sociedad conyugal está sometida a un régimen forzoso y no puede terminar por voluntad de los cónyuges, sino, únicamente, por las causas que establece la ley; y 2°) que es nula, de nulidad absoluta, por versar sobre un objeto legalmente prohibido, toda convención que pretenda disolverla y liquidarla. Y agregó el Dr. Acuña Anzorena: "no quiere decir que por la mera concurrencia de la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, ya quede disuelta la sociedad conyugal sino tan sólo que al disponerse judicialmente la disolución, debe tomarse en cuenta el estado que existía en ese momento y que es en consideración al mismo, cómo han de liquidarse los bienes que la integran. En una palabra, que la retroactividad es, en cuanto a la causal que da origen a la disolución y no la disolución misma" . . . "los arts. 1291 y 1776 contienen disposiciones que no se excluyen entre sí, a poco que se medite sobre el significado de aquel pasaje del primero en el que se dice: la sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes" . . . "tengo para mí que esa cláusula está originada por la lógica necesidad de advertir que la sociedad conyugal, fuera de los casos en que el matrimonio es anulado o disuelto por la muerte de alguno de los cónyuges, debe reputarse subsistente mientras no sobrevenga esa declaración jurisdiccional de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

justicia".

Considerarnos innecesario referirnos en forma extensa, a otros pronunciamientos judiciales, por entender, que los resumidos constituyen los que han tenido una implicancia fundamental en la elaboración de la doctrina, prácticamente unificada, que se aplica actualmente en los Tribunales de la República.

No obstante, resulta interesante para poder apreciar los distintos matices que se presentan según las circunstancias que los ha originado, la doctrina de los principales fallos dictados sobre la materia, en los dos últimos lustros, por lo que la transcribimos a continuación:

"Si bien la separación de hecho carece de efecto disolutivo, razones de moral o de equidad, autorizan a negar al cónyuge culpable de la separación, sus derechos de socio". C. N. de A. en lo C., Sala "C", J. A. Año 1954, T. II. pág. 287.

"Resulta ilógico y hasta inmoral, que el esposo responsable de la separación, reciba el producido de bienes a cuya formación no ha contribuido con su esfuerzo, manteniéndose fuera del hogar común y sin cumplir con las demás obligaciones correlativas a su condición de cónyuge" ... "La separación de hecho de los esposos no tiene por sí sola efectos disolutivos sobre la sociedad conyugal, pero decretada esta disolución como consecuencia de una acción de divorcio, procede excluir al cónyuge culpable - por vía de penalidad - de toda participación en los gananciales a cuya adquisición no contribuyó la separación". Sentencia de 1º Instancia, Consentida. La Ley T. 82, pág. 500.

"Aunque la sociedad conyugal sólo se disuelve por las causas enumeradas por la ley, entre las que no se encuentra la separación de hecho, no puede afirmarse que esta causal sea totalmente anodina: por invocación de la máxima "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", se ha resuelto que el cónyuge culpable de ese modo de vida no participa de los bienes adquiridos durante tal lapso, por el inocente". C. N. de A. en lo C., Sala "D", J. A. Año 1956, T. IV, pág. 521.

"Si bien la separación de hecho sin voluntad de unirse no es causa de disolución de la sociedad conyugal, que únicamente se opera por las razones que la ley prevé, está justificado negar derechos de socio al cónyuge culpable de esa separación, cuando su reconocimiento podría llevar a situaciones reñidas con la equidad o los principios morales". C. N. de A. en lo C., Sala "D", La Ley, T. 83, pág. 703 y T. 89, pág. 234.

"El cónyuge separado de hecho, sin voluntad de unirse, carece de derecho a los gananciales a partir del momento de la separación. Resolver lo contrario significaría sancionar al cónyuge inocente y conferir derechos a quien ningún esfuerzo solidario ha aportado para merecerlos. La sociedad conyugal, que comienza con la celebración del matrimonio, presupone la vida en comunidad de afectos e intereses materiales; de ello derivan los bienes gananciales, que presuponen la obra en común de ambos cónyuges; en su virtud, carecería de sentido moral la subsistencia de esa sociedad a partir del momento de la separación de hecho, sin voluntad de unirse". C. N. de A. en lo C., Sala "C". J. A., Año

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1958, T. III, pág. 434. "Cuando la separación de hecho proviene de un acuerdo de los cónyuges, o es imputable a ambos, cada uno de ellos queda excluido respecto del otro, de coparticipar de los bienes que, en caso de vida normal del matrimonio, hubieren resultado ser gananciales, como también queda excluido el cónyuge culpable de la separación, de los bienes adquiridos por el otro" ... "Si bien la separación de hecho carece de todo efecto disolutivo, puede llegarse a la exclusión de los gananciales como resultado de una sanción para el cónyuge culpable de tal estado de cosas". Supremo Tribunal de Santa Fe, Sala II en pleno, J. A. Año 1958 (T. IV, pág. 368.

"El cónyuge culpable de la separación de hecho, sin voluntad de unirse, no tiene derecho a participar en los bienes gananciales adquiridos con posterioridad a la separación." C. N. de A. en lo C., Sala "B", J. A. Año 1959, T. I, pág. 139.

"Corresponden a la sociedad conyugal los bienes gananciales que presuponen la obra común de ambos cónyuges; en su virtud carecería de sentido moral la subsistencia de esa sociedad a partir del momento de la separación de hecho, sin voluntad de unirse". C. N. de A. en lo C., Sala "C", J. A., Año 1959, t. V, pág. 587.

"Constituye orientación doctrinaria y jurisprudencial firme que tiende a resguardar al cónyuge inocente, la que niega derecho al culpable sobre los bienes adquiridos por el primero con posterioridad a la separación". C. N. de A. en lo C., Sala "D", La Ley, T. 99, pág. 172.

"Siendo que la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de la sociedad corriente, le es aplicable lo previsto en el art. 1735, inc. 29 del C. Civil que posibilita que se excluya con justa causa al socio que no cumpla con alguna de las obligaciones para con la sociedad, tenga o no culpa". C. N. de Paz, Sala 38, J. A., Año 1960, T. IV, pág. 99.

"Aunque la separación de hecho sin voluntad de unirse, no es motivo de disolución de la sociedad conyugal, que únicamente se opera por las causas que la ley prevé, está justificado negar derecho de socio al cónyuge culpable de la separación, cuando su reconocimiento puede conducir a situaciones reñidas con la equidad o los principios morales". C. N. de A. en lo C., Sala "D", J. A., Año 1960, T. IV, pág. 500.

"No corresponde reconocer a la esposa culpable, participación alguna en los bienes adquiridos por el marido con posterioridad a la separación de hecho y a la sentencia que decretó el divorcio". C. N. de A. en C., Sala "C", J. A., Año 1961, T. V, pág. 318.

"La sentencia que declara disuelta la sociedad conyugal tiene efecto retroactivo a la fecha en que se produjo la separación de hecho". S. C. Pcia. de Bs. As., J. A., Año 1962, T. I, pág. 120.

"El cónyuge culpable de la separación pierde no sólo el derecho de heredar al otro cónyuge, sino que, también, resulta excluido de participar en los bienes gananciales adquiridos con posterioridad al momento en que dicha separación se configura". C. N. de A. en lo C., Sala "A", "La Ley", T. 107, pág. 681.

"La fecha que debe tomarse en consideración a los efectos de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disolución y liquidación de la sociedad conyugal, es la iniciación de la demanda y no la de separación de los esposos, si entre ambas fechas no existe adquisición de bienes". C. N. de A. en lo C., Sala "C", J. A., Año 1964, T. II, pág. 206. Con referencia a este fallo nos permitimos acotar que el Dr. Chute, camarista cuyo voto estableció la doctrina, expresó que la iniciación de la demanda era la fecha que debía establecerse como la de disolución de la sociedad conyugal, en los casos normales; pero que eso variaba en los casos que presentaban anormalidades, como ser, la adquisición de bienes.

"Ocurrida la separación de hecho entre los esposos, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal debe retrotraerse a la fecha de dicha separación". C. N. de A. en lo C., Sala "C", J. A., Año 1965, T. IV, p. 449.

"Si la separación de hecho se produjo por mutuo consentimiento de los cónyuges, los bienes adquiridos con posterioridad no revisten el carácter de gananciales". C. N. de A. en lo C., Sala "A", J. A., Año 1966, pág. 568.

"Aunque la separación de hecho no disuelva la sociedad conyugal, razones de equidad y de moral autorizan a negarle al cónyuge culpable, los derechos de socio". C. N. de A. en lo C., Sala "F". "El Derecho", T. 18, pág. 47.

"Aunque la separación de hecho carece de todo efecto disolutivo sobre la sociedad conyugal, puede llegarse a la exclusión de los gananciales como una sanción para el cónyuge culpable, pues sería injusto y hasta contrario a la moral y a las buenas costumbres, reconocerle derechos a participar en los bienes adquiridos por el otro cónyuge con posterioridad a la separación". C. N. de A. en lo C., Sala "A". "El Derecho", T. 18, pág. 51.

Surge, evidentemente, del detalle que antecede, una uniformidad de criterio en la doctrina imperante en nuestros Tribunales, que en su elaboración se han basado no sólo en la interpretación de normas legales, sino en la aplicación de principios generales de derecho.

En ese detalle, se observan ciertas características que parecerían, en algunos momentos, fijar normas básicas de la doctrina, pero ello, si bien en parte es cierto, no debemos olvidar que esas sentencias han sido dictadas para resolver situaciones de hecho, ya existentes, y que al resolverlas los juzgadores han debido tener en cuenta las circunstancias particulares, de cada caso, lo que impide generalizarlas.

III. LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA DOCTRINA

La doctrina de nuestros tratadistas es la otra gran fuente de elementos para el estudio de la forma en que fue adquiriendo su actual consideración en el orden jurídico, la separación de hecho.

Tiene esta fuente la ventaja sobre la anterior, de la objetividad que le permite el hecho de no ser el producto de la resolución de un caso particular, sino de un enfoque más amplio.

También en este campo debieron luchar los renovadores. El planteamiento fue el mismo que en la jurisprudencia: resolver el problema en base a la interpretación gramatical de las normas legales o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

apartarse de esa conducta en aras de una solución acorde con los principios de justicia y moral.

Igualmente en este aspecto, se nota la influencia del correr del tiempo en las distintas etapas de la elaboración jurídica. Doctrinas que durante las primeras décadas de este siglo, hubiesen parecido utópicas, son actualmente aceptadas por la casi totalidad de los autores. Por esta razón, nos limitaremos a resumir las expuestas por nuestros tratadistas, en los últimos años.

Comenzamos por estudiar la opinión del Dr. Guillermo A. Borda, que en su Tratado de Derecho Civil (Familia), se ocupa de la separación de hecho como posible causa de disolución de la sociedad conyugal y luego de referirse a los argumentos de que se valen los sostenedores de las dos tendencias, los que le acuerdan efecto disolutivo y los que se lo niegan, e historiar a grandes rasgos los antecedentes jurisprudenciales, llega a la conclusión que la doctrina aceptada actualmente por los Tribunales de esta Capital, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el Superior Tribunal de la Provincia de Santa Fe, que sintetiza en los siguientes términos: "la separación de hecho no disuelve la comunidad, pero razones de moral y equidad autorizan a negarle al cónyuge culpable sus derechos de socio; de igual modo, 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; pero si es uno solo de los esposos el que ha puesto fin a la convivencia y se ha mantenido en ella, es sólo él el que sufre la sanción legal"; brinda una satisfactoria solución.

Entiende que la misma protege el cónyuge inocente, que conserva sus derechos a los bienes gananciales adquiridos por el culpable con posterioridad a la separación, a la vez que impide que éste pueda beneficiarse con el producto del esfuerzo de aquél. Al mismo tiempo, finaliza, resguarda los intereses de los terceros, para los cuales, dice, la separación de hecho no tiene ningún efecto disolutivo.

En un viejo trabajo (J. A., T. 20, pág. 205), el profesor Díaz de Guijarro, conocido especialista en la materia, se muestra partidario de considerar a la separación de hecho como una causal de disolución de la sociedad conyugal, conforme a la orientación jurisprudencial de esos momentos.

Critica, no obstante, que la misma no hiciera distinciones e igualara al cónyuge inocente con el culpable, cuando según piensa, debe existir una diferencia, como lo entendían Machado, Fornieles, Prayones y Rébora.

Cree que la separación de hecho produce la cesación de la sociedad conyugal, por aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 1262 y 1769 del C. Civil al último de los cuales considera fuente del 3575 al que reconoce como fundamento de la doctrina jurisprudencial. Agrega que también puede cimentarse en el art. 1214 en cuanto éste dispone, para ciertas situaciones de duda, que los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en base al tiempo de duración y en proporción a los bienes propios de cada socio, lo que, a su entender, refuerza la tesis

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de que la comunidad sólo subsiste hasta la fecha de la separación.

Por último, estima, que en la práctica, la mujer puede zanjar en gran parte sus dificultades, haciendo uso del derecho que le confiere la Ley 11.357, formando en base al mismo, su propio patrimonio.

Más tarde (J. A., 1958, T. III, pág. 434), vuelve sobre el tema con motivo, expresa, de la euforia despertada por la sanción de la Ley 14.394 y recuerda que en las decisiones jurisprudenciales que han atribuido efectos a la separación de hecho sobre la sociedad conyugal, han partido de situaciones de hecho y no de situaciones de derecho como son las que se producen cuando se plantea el divorcio. Sostiene que por este medio se entabla una acción de estado tendiente a modificar la situación legal de los cónyuges, con las correspondientes repercusiones en el orden personal y patrimonial, en cambio, en la separación de bienes no se controvierte el estado matrimonial sino que se ponen en movimiento derechos emergentes de ese estado. El ejercicio de la acción de divorcio, dice: "produce una situación de derecho que rechaza toda semejanza con la situación de hecho derivada de la falta de convivencia de los cónyuges, cuando no se ha pedido el divorcio".

Una consideración especial merece el trabajo del Dr. Santiago Fassi, por su originalidad en el planteo de la cuestión.

Sostiene este tratadista que si bien es cierto que se ha avanzado bastante en su solución, al llegarse prácticamente a uniformar criterios, tanto en la doctrina como en el aspecto jurisprudencial, se impone un replanteo del problema, ante la falta de sustentación jurídica de la doctrina predominante, consistente en la exclusión del cónyuge culpable. Cree que en nada debe influir esa calificación, ya que el cónyuge, aunque sea culpable, que se presenta a reclamar su participación en los bienes gananciales, lo hace en su condición de componente de la sociedad conyugal, ente que nace en el matrimonio, impuesto por la ley como consecuencia de la celebración de éste al organizar el régimen patrimonial de la familia. Es decir, no reclama derechos que se originen en razón del cumplimiento o incumplimiento de los deberes de los esposos.

Continúa exponiendo, que entre los diversos sistemas de que disponía el legislador para organizar el régimen patrimonial, se decidió por el de la comunidad (art. 1315 del Cód. Civil), o sea la asociación de ambos cónyuges para compartir el común enriquecimiento. Lo hizo siguiendo las normas predominantes en la legislación de nuestra madre patria a partir de la vigencia del Fuero Juzgo, de donde pasaron a la Novísima Recopilación y luego al art. 1348 del Proyecto de García Goyena, fuente directa de la norma citada (art. 1315) del Código.

"De acuerdo (dice) con tales antecedentes, lejos de ser una disposición que pueda utilizarse para privar de beneficios al que no aporta, sirve más bien para acordárselos, desde que los emancipa de la cuantía de dichos aportes"... "Si es contrario a las normas específicas de la sociedad conyugal, su disolución por la mera voluntad de los esposos, es aún más inadmisibles que exista un régimen comunitario sin que los cónyuges

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

participen en las adquisiciones o ganancias".

Asegura luego, que nunca pudo estar en el ánimo de Vélez Sársfield, condenar al cónyuge culpable de la separación, ya que nuestro Código se sancionó poco después del chileno y del uruguayo, cuyos arts. 171 y 182, respectivamente, castigaban a la mujer adúltera con la pérdida del derecho a los bienes gananciales y que, si el codificador no los siguió en la imposición de la penalidad con la que dichos cuerpos legales sancionaba el que se considera como mayor ultraje al honor, menos pudo haber pensado en aplicarla, por el simple abandono o por la separación de hecho.

En base a todo lo expuesto plantea su doctrina en la siguiente forma:

1º) El "abandono de hecho", no la separación de hecho, es una de las causales para articular la separación judicial de bienes;

2º) La sentencia que admite la separación judicial de bienes por "abandono de hecho", de uno o de ambos cónyuges, tiene efecto retroactivo a la fecha en que ocurrió dicha causal;

3º) Los jueces deben apreciar, como cuestión de hecho, si concurre en cada caso, el abandono que justifique la procedencia de la separación judicial de bienes; y

4º) El cónyuge culpable del "abandono de hecho", no puede articular la acción de separación judicial de bienes contra el inocente.

Fundamentándola, sostiene: a) Que el "abandono de hecho" no es una causa autónoma de disolución de la sociedad conyugal, sino una causa que permite llegar a la separación judicial de bienes; b) Que las causas capaces de producir la separación judicial de bienes se encuentran taxativamente enumeradas en el Código, pero no todas en el Título "De la disolución de la sociedad conyugal". Una prueba de ello, explica, lo constituye la norma contenida en el art. 1290 del Código Civil, que establece una causal indudable de separación pese a no estar incluida en dicho Título. Como ocurre en ese caso, también es posible ubicar otras causales dentro de las disposiciones destinadas a reglar la sociedad civil, siempre que estos supuestos se encuentren comprendidos, además, en la norma que establece el art. 1262 del mismo cuerpo; y c) Que la aplicación de esta última disposición, permite incluir entre las causas con relevancia capaz de producir la separación judicial de bienes, la contenida en el art. 1769 que establece que, "la sociedad puede disolverse por la salida de alguno de los socios en virtud de exclusión de la sociedad, renuncia, abandono de hecho o incapacidad sobreviniente"; aclarando que, para que la norma indicada sea aplicable, no debe tratarse de una separación por mutuo consentimiento, sino originada en la voluntad unilateral de una de las partes resistida por la otra. Es decir, acota, renuncia o exclusión, deben ser resistidas por la otra parte, para dar motivo a la resolución judicial de la sociedad conyugal.

En ambos casos, dice, la disolución tendrá, entre las partes, efecto retroactivo a la fecha del abandono de hecho, no así con respecto a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terceros (art. 1242, inc. 59 del Cód. Civil).

Prosigue luego, explicando los motivos por las cuales entiende que no pueden oponerse a la norma del art. 1769 las contenidas en los arts. 1291, 1292, 1293, 1294, 1295, 1299 y 1306, siempre del Código Civil, valiéndose para ello, de los siguientes argumentos:

I) El art. 1291 establece que la separación judicial de bienes es una de las causas que produce la disolución de la sociedad conyugal y precisamente, por invocación de la causal de abandono de hecho se llega a la separación judicial de bienes y consecuentemente, a la disolución de la sociedad.

II) El art. 1292 rige para los casos en que la vida entre marido y mujer se desarrolla normalmente, lo que no ocurre en los supuestos de "abandono de hecho", es decir, en los que se funda la causal.

III) En lo que se refiere al art. 1293, sus disposiciones han perdido vigencia con motivo de la sanción de la Ley 11.359.

IV) El artículo 1294 señala una causa que origina la separación de bienes, pero lejos está de hacerlo en el sentido de que sea la única.

V) Con respecto a la norma del art. 1295 lejos de oponerse, será de posible aplicación, una vez iniciado el juicio en base al "abandono de hecho".

VI) La disposición del art. 1299 señala los efectos de la sentencia que dispone la disolución de la sociedad conyugal con la salvedad, que la omisión que presenta en cuanto a la fecha en que la sociedad deberá considerarse extinguida, en los casos de abandono de hecho, se llena en la forma normada por el artículo 1776.

VII) Referente al art. 1306 aclara que es necesario detenerse en el estudio de su contenido, recordando que se ha argumentado que el cónyuge inocente, que ha sido remiso en obtener el divorcio y la separación de bienes mediante el ejercicio de la acción que la misma norma autoriza, no puede agraviarse por la existencia de una sociedad conyugal que estaba en sus manos extinguir. Se hace eco también, de los argumentos invocados contra esa tesis, entre otros: a) que por ese medio se llegaría a castigar la inercia del cónyuge inocente dejando en cambio, sin sanción al culpable de una situación tan grave que llega a conmover la organización familiar, en sus propios cimientos; b) que no puede obligarse al cónyuge inocente, a pedir un divorcio que, por escrúpulos religiosos o personales, no quiere solicitar.

Expresa su opinión en el sentido que, al cónyuge inocente que tiene derecho a obtener lo más la separación de cuerpo y bienes no puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desconocersele el de pedir lo menos, sobre todo si se tiene en cuenta que, con ello, se le acuerda una mínima protección jurídica, sin desmedro alguno de la subsistencia del vínculo matrimonial.

Recalca, finalizando su trabajo, que el "abandono de hecho", es una situación de hecho, que se integra por una conducta, sometida a la apreciación judicial y que resulta indudable cuando la muerte de un cónyuge la convierte en irrevocable.

La acción que origina no es personalísima y en consecuencia debe ser ejercitada por el cónyuge inocente o por sus herederos interesados, legítimamente en probarla, a los fines de su aplicación retroactiva.

No puede, en cambio ser intentada por el cónyuge culpable, ya que en este caso sería de aplicación la máxima "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" o el pensamiento que expresara el Dr. Lafaille, "nadie puede crearse un título o una acción, mediante el incumplimiento o la violación de sus deberes jurídicos".

Resulta también original, la solución propuesta por el Dr. Aquiles H. Guaglianone, elaborada, como veremos al final, en base a la pérdida del carácter que concede a la ganancialidad de los bienes adquiridos por los cónyuges con posterioridad a la celebración del matrimonio, si se ha producido la separación de hecho.

Comienza por señalar este autor, que el abandono no es una mera abstención, sino una actitud positiva respecto de la convivencia; es decir, debe consistir en la salida definitiva de la vivienda común y cesar en la cohabitación con la resolución deliberada de evitar, para el futuro, la vida con el otro cónyuge.

Considera que la situación anormal que la separación plantea, produce efectos respecto al régimen patrimonial y se pregunta si esos efectos pueden llegar a tener efectos disolutivos del ente societario matrimonial.

Contestando esa inquietud, hace notar que si bien es cierto que el Código se muestra estricto en la enumeración de las causas que pueden provocar la disolución de la sociedad conyugal, no es menos cierto que carece de una norma expresa como lo era la última parte del art. 1957 del proyecto de Acevedo, que establecía: "Toda separación extrajudicial es nula". Además, dice que: "en la regulación jurídica de la familia es manifiesta la influencia que los hechos y las transformaciones sociales tienen en la elaboración de soluciones doctrinarias y jurisprudenciales, sobre todo si las normas contradicen sentimientos de equidad muy generalizados".

Efectúa luego un análisis de las expresiones de los autores y de la jurisprudencia para afirmar, en síntesis, que la doctrina vigente en jurisprudencia actual, tanto de los Tribunales de esta Capital, como la de los del interior de la República, responde a los siguientes lineamientos: "a) la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal, pero quien haya dado lugar a ella, no puede pretender derechos de socio respecto de los bienes adquiridos por el otro cónyuge luego de separados; razones de orden moral y de equidad, o la regla de la torpeza, servirían de argumento contra esa acción; b) el cónyuge no culpable de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

separación, conserva siempre su derecho de socio, aunque su ejercicio, por supuesto, quede supeditado a la aparición de una causa legítima de disolución (por lo común la muerte de uno de los cónyuges); c) en caso de mediar acuerdo en la separación de hecho, los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad a ella, son personales del adquirente o, mejor, no son gananciales".

Expresa más adelante, que la falta de convivencia y colaboración entre los cónyuges no es aceptada por la ley como causa disolutiva de la sociedad conyugal, la que sólo puede concluir por las enumeradas por el Código y que este régimen legal crea dificultades pues puede resultar contrario a la equidad si se pretende incluir entre los bienes gananciales, al disolverse el ente societario por alguno de los motivos comprendidos en la ley, los adquiridos por el cónyuge no culpable de la separación, luego de ocurrida ésta.

En base a lo expuesto, cree que la solución del problema debe alcanzarse, no por ampliación de las causas de disolución establecidas en el art. 1291 del Código Civil, sino interpretando los arts. 1271 y 1272 del mismo cuerpo legal, que determinan que son los bienes gananciales. Finalmente, luego de establecer los motivos por los cuales los bienes son gananciales que a su entender, es porque son adquiridos con el esfuerzo de cónyuges que viven juntos, en unidad de espíritu y de trabajo, colaborando, aunque de distinto modo y con distinto esfuerzo, en la formación del patrimonio conyugal; sostiene que hay dos causas por las cuales los bienes no serían gananciales aun cuando hayan sido adquiridos durante el matrimonio: 1º) por el cambio del régimen matrimonial, por disolución de la sociedad conyugal; y 2º) por la desaparición de las condiciones que tuvo en cuenta el legislador y que dan lugar a la ganancialidad.

De este modo, dice, la ganancialidad depende de dos elementos, uno objetivo: la unión o separación de los cónyuges; y el otro subjetivo: la imputabilidad de la desintegración del hogar.

Pone término al tratamiento del tema, invocando en apoyo de su posición, la tesis sustentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, reconociendo, que están en contra de su opinión, Fassi, Morello, el Código mejicano (art. 196); el Código peruano (art. 204) y el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 (art. 439).

En un interesantísimo trabajo (J. A., Año 1958, T. IV, pág. 366), el Dr. Elías P. Guastavino se declara partidario de la tesis que denomina "amplia", y que, como veremos, considera a la separación de hecho, causal autónoma de la disolución de la sociedad conyugal mediante sentencia judicial.

Luego de un prolijo examen de las razones sociológicas que justifican la existencia del instituto y los requisitos que exige su real conformación, se refiere a las tres tendencias, en las que la apreciación de sus efectos divide a nuestros tratadistas y a la doctrina jurisprudencial: la primera, que niega a la separación de hecho toda relevancia, la que en la actualidad, dice, ha sido completamente abandonada; la segunda, a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que denomina "amplia", que le acuerda el carácter de causal de disolución de la sociedad conyugal, aun cuando, hace notar, es preciso para ello, que se cumplan las siguientes condiciones: 1º) Debe llenar los requisitos establecidos para que sea una verdadera separación; 2º) Debe ser decretada por la autoridad judicial ya que no se produce de pleno derecho. Además no afecta los intereses de los terceros, y, según la mayoría de sus sostenedores, tampoco afecta los derechos del cónyuge inocente respecto a los bienes gananciales adquiridos por el culpable, con posterioridad a la separación. Y la tercera, que designa "restrictiva", que no admite se acuerde a la separación de hecho, la categoría de causal capaz de producir la disolución de la sociedad conyugal, pero en la práctica, llega a idénticos resultados que la "amplia" - exclusión del cónyuge culpable con respecto a sus derechos societarios - por la aplicación del principio de que nadie puede invocar en su favor su propia torpeza; la teoría del enriquecimiento sin causa, la del abuso del derecho; razones de moral y equidad; etc.

Es decir, por ambas tesis, "amplia" y "restrictiva" - continúa -, se desconoce al culpable de la separación, derecho a participar de los bienes adquiridos por el cónyuge inocente, con posterioridad a la misma. Señala que, sin embargo, existen diferencias entre ambas soluciones, estimando que la principal de ellas consiste en que, en la tesis "amplia", el cónyuge inocente pueda plantear la disolución de la sociedad conyugal por la vía de acción, con la separación como causal exclusiva, o por vía de excepción; en cambio, en la "restrictiva", puede alcanzar la exclusión del cónyuge culpable únicamente por la vía de excepción. En cuanto al cónyuge culpable no podría invocar la separación en su favor, ni por vía de acción ni por la de excepción.

En otros términos, en la tesis "amplia" el cónyuge inocente goza de la iniciativa y de todas las ventajas que le son inherentes, mientras que en la "restrictiva" sólo se le reconoce el derecho de defensa que lo faculta para rechazar la pretensión del culpable, pero no a pedir, por sí, la declaración de su derecho propio.

Se manifiesta finalmente, tal como lo hemos anticipado, partidario de la doctrina que sustenta la tesis "amplia", aduciendo que, mediante su aplicación se puede llegar a la separación judicial de bienes, sin necesidad de tener que recurrir previamente al divorcio y evitar de esta forma, la secuela de situaciones enojosas que esa clase de juicios acarrea, agregando que la resolución que se obtuviese en el juicio de disolución de la sociedad conyugal por separación de hecho, tendría la fuerza de cosa juzgada, lo que significaría otorgar estabilidad a la situación patrimonial que originase.

El Dr. Alberto G. Spota, al ocuparse de este tema, sostiene que habiendo establecido nuestra legislación un régimen de coparticipación igualitaria en lo referente a los bienes gananciales, nada más lógico que quien resulte culpable de la separación deje de tener derecho a esa coparticipación.

Si la lealtad, dice, debe ser la norma imperante entre quienes se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

encuentran vinculados patrimonialmente, esa lealtad tiene que alcanzar mucho mayor vigor entre aquellos que, además de ese vínculo se encuentran unidos por el matrimonio.

Considera que la razón expresada ha orientado la doctrina de nuestros Tribunales en el sentido de desconocer al cónyuge culpable de la separación, el derecho de participar de los bienes adquiridos por el inocente con posterioridad al hecho, reconociendo, en cambio, a este, derecho a participar en los obtenidos por aquél, en igual circunstancia.

Dicha doctrina enseña, responde, a las disposiciones contenidas en los arts. 1297, 1735, Incs. 2 y 4; 1736 a 1741, 1769 y concordantes del Código Civil.

Rechaza la opinión de quienes sostienen que no existe en ese cuerpo un texto expreso que autorice la disolución de la sociedad conyugal por la causal de separación de hecho, y sostiene que, aún aceptando esa postura, el cónyuge inocente estaría protegido entre otras, por las siguientes razones: a) por la disposición del art. 1725 del Código Civil; b) porque el culpable no puede invocar en su favor, su propia torpeza; y c) porque el cónyuge inocente no podría verse perjudicado por un enriquecimiento sin causa del culpable. Manifiesta que la tesis triunfante en la doctrina de nuestros Tribunales responde a principios establecidos por el codificador, que niega al separado de hecho sin voluntad de unirse, vocación hereditaria en la sucesión de su cónyuge; establece que el abandono voluntario y malicioso constituye una causal de divorcio y priva del derecho a los alimentos a la mujer que falta al deber de cohabitación.

Finalmente considera que en esta materia debe regir la misma distinción que establecen los arts. 3574 y 3575 del Código Civil.

Omitimos deliberadamente, referirnos en forma singular al trabajo del Dr. Augusto Morello, por cuanto, como lo hemos manifestado, su extensión y la profundidad de sus conceptos, nos obliga a referirnos al mismo y transcribirlo parcialmente, en forma reiterada.

IV. LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS DEL DR. ANTONIO BIBILONI Y EN EL PROYECTO DE LA COMISIÓN DEL AÑO 1936

Es evidente que no podían permanecer impasibles ante la repercusión que había alcanzado el problema, nuestros legisladores y mucho menos, los tratadistas a quienes específicamente, se había encargado proyectar la reforma del Código Civil.

Por considerarlas más trascendentes, nos referiremos a la forma en que trataban la separación, el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de la Comisión de 1936.

El art. 749 del Anteproyecto elaborado por el Dr. Juan Antonio Bibiloni, establece al respecto: "La separación personal de los esposos, resuelta judicialmente, importa separación de bienes".

En la nota a la citada norma, su autor, luego de establecer las características del régimen legal imperante en ese momento, dice que en él, no obstante la cesación de todas las relaciones conyugales, "los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes que habían sido sometidos a una unión completa, y una administración única, correspondiente al estado de los esposos que formaban una familia perfecta, quedan sujetos a la situación formada, no obstante la destrucción total de ella. Y lo que es peor, sustituida por el alejamiento irreductible, los odios, los rencores de la prosecución en juicio con acusaciones infamantes u odiosas. La condición del esposo inocente, que continúa gozando de los bienes, administrándolos, enriqueciéndose con el trabajo, o las rentas del otro, es para decir lo menos, poco digna".

A manera de ejemplo, señala lo poco edificante que puede resultar el supuesto de un marido que, luego de perseguir a su mujer acusándola de adulterio, envilecerla ante sus familiares e hijos, acumulando pruebas hasta obtener una sentencia favorable, "se queda muy satisfecho, percibiendo sus rentas, y pasándolo cómodamente en la casa perteneciente a su mujer, a quien sólo entrega una pensión tan mezquina como puede".

Sostiene que la ley no puede ser tan contradictoria amparando semejante indelicadeza.

Es un mal sistema de separación, termina, el de quedarse con el dinero ajeno, aunque pretenda justificárselo como un castigo por la falta cometida.

A su vez, la Comisión designada para revisar el citado Anteproyecto, que componían los Dres. Repetto, Rivarola, Lafaille, Martínez Paz y Tobal, refiriéndose al tema, expresó en su informe: "Hemos establecido en artículo nuevo, que al procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, cuando los esposos hubieren vivido separados de hecho, el que fuere culpable del abandono no tendrá participación en los gananciales después de producido aquél, los que se dispone, acrecerán a la parte del otro cónyuge".

Es indudable que se refería al art. 439 de su Proyecto, que establece: "Disuelta la sociedad, se procederá a liquidarla, recibiendo los cónyuges sus bienes propios y los gananciales que les correspondan. Estos se dividirán por mitad entre marido y mujer, con prescindencia de los aportes respectivos"... "Cuando los esposos hubieren vivido separados de hecho, el que fuere culpable del abandono, carecerá de participación en los gananciales, después de producido aquél. Ellos acrecerán la parte del otro cónyuge".

V. LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Encaramos, por último, la separación de hecho en la legislación comparada. De ésta nos referiremos preferentemente, a la de los países latinoamericanos, cuyos pueblos tienen una idiosincrasia similar a la nuestra.

No podríamos, sin embargo, eludir el referirnos, aunque lo haremos en forma sumamente sintética, a la legislación de los países europeos, fuente innegable de la de los países de este continente.

Comenzamos, entonces, por señalar, que la separación de hecho es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

admitida como causal de divorcio por las legislaciones de Francia, España e Italia que también rechazan el divorcio por mutuo consentimiento, Es de hacer notar, que en el caso de España, ello se debe a que el actual régimen de gobierno derogó las disposiciones que la aceptaban, emanadas del anterior régimen republicano.

En Alemania, la ley vigente desde 1946, considera causal de divorcio "la perturbación objetiva del matrimonio puesta de manifiesto por la suspensión ininterrumpida, como mínimo durante 3 años, de la comunidad doméstica".

En Bélgica rige aún la disposición del Código de Napoleón que permite el divorcio por mutuo consentimiento.

En Inglaterra, la separación de ambos cónyuges, de común acuerdo, sin proceso judicial, autoriza la suspensión de la vida conyugal.

Estimamos innecesario referirnos a la legislación de las Repúblicas Socialistas.

En lo relacionado a las legislaciones de los países de Latinoamérica, dejamos constancia que las referencias que efectuamos son extraídas de la obra de don Ricardo Gallardo "Divorcio, Separación de Cuerpos y Nulidad del Matrimonio en las Naciones Latinoamericanas", editada en Madrid en el año 1957, por lo que quizá pueda deslizarse el error de haberse sancionado, en alguno de los países que se citan, nuevas normas.

Pasamos a tratar, con esta aclaración, la legislación vigente en los diferentes Estados.

Bolivia: Las causales de divorcio, entre las que se encuentra la separación de hecho libremente consentida, están enumeradas en el art. 29 de la ley del 15 de abril de 1932. La duración debe ser de 5 años, sin que se tenga en cuenta el motivo que la provocó. La acción corresponde a cualquiera de los cónyuges y en el juicio se deben probar: 1º) La duración de 5 años de la separación; 2º) La continuidad.

Brasil: La separación de cuerpos por mutuo consentimiento (amigable) se encuentra legislada en los arts. 315 - III y 318 del Código Civil. Para solicitarla, el matrimonio debe tener por lo menos 2 años de vigencia y existir pruebas de la incompatibilidad de carácter entre los cónyuges. Aun cuando la actuación del Juez es pasiva, la ley exige la homologación del consentimiento de los esposos ante el mismo.

Colombia: Sólo existe la separación de cuerpos, sin disolución del vínculo, que puede ser pedida, únicamente por el cónyuge inocente y por las causales taxativamente determinadas por el art. 154 del Código Civil, entre las que no figura el abandono o la separación de común acuerdo.

Costa Rica: El Código Civil, modificado por la ley 71 del 1º de agosto de 1932, establece como causa de separación - que en este cuerpo legal se determina aparte de las de divorcio - la separación de hecho de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cónyuges en forma continuada durante los 2 primeros años de matrimonio. Es de hacer notar que pasados los 2 primeros años de vigencia de la unión conyugal, la separación de hecho pierde relevancia como causal de separación, siendo sustituida por el consentimiento mutuo de los cónyuges.

Cuba: La legislación de este país, acepta la separación de hecho como causal de divorcio, si ha durado por lo menos 6 meses, y está caracterizado por la ruptura de la vida común de los esposos o por la negativa de uno de ellos a cumplir sus deberes conyugales.

Chile: Refiriéndose a la legislación de este país, dice el autor, que su sistema, es sin duda alguna, uno de los más complejos del mundo. En efecto, la misma dispone dos clases de separaciones: el divorcio o separación perpetua y la separación temporal. Ninguna de las dos, reconocen como causal, a la separación de hecho.

Ecuador: El artículo 132 del Código Civil (Edición 1950), establece las causales de divorcio, entre las cuales se encuentra "la separación de los cónyuges por espacio de 3 años". La acción corresponde al cónyuge inocente.

El Salvador: La legislación de esta Nación, establece como causal de divorcio la separación absoluta de los cónyuges, si ha durado más de un año, separación que la jurisprudencia ha interpretado, debe caracterizarse por la existencia de los siguientes elementos: a) haber mediado separación corporal de los esposos; b) durante la separación debe haber cesado necesariamente toda protección o ayuda entre los cónyuges; y c) se impone la prueba de no haber existido comunicación directa o indirecta entre los esposos.

Guatemala: Los artículos 122 a 136 del Código Civil vigente desde el 30 de junio de 1936, regulan lo relacionado con el Divorcio y la Separación, situaciones ambas admitidas en igualdad de condiciones y a elección de los cónyuges, por la primera de las normas citadas. Son causales admitidas por la ley, para llegar a cualquiera de esas situaciones, entre otras, "la separación de cuerpos judicial o simplemente la separación de hecho", siempre que la separación física haya durado un período no inferior a 3 años.

Haití: El Código de este país no se refiere a la separación de hecho. Establece, sin embargo, el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos, pero bajo las siguientes condiciones: a) el matrimonio debe tener más de 2 años de duración y menos de 25; b) el hombre debe ser mayor de 25 años; y c) la mujer debe ser mayor de 21 años y menor de 45.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Honduras: El artículo 140 del Código Civil establece que el matrimonio se disuelve, entre otras causas, por sentencia definitiva de divorcio el que puede ser, contencioso o por mutuo consentimiento. Este último sólo puede alcanzarse entre cónyuges mayores de edad y luego de transcurridos 2 años desde que se celebró el matrimonio. También legisla el Código sobre la separación, a la que llega, salvo en los casos de mutuo consentimiento, por la acción del cónyuge inocente y por las causales que se fijan en el art. 176 que también exige la mayoría de edad de los cónyuges para optar por esta solución.

Méjico: La Legislación Federal no legisla la separación de cuerpos, pero en cambio, admite como causal de divorcio, el abandono injustificado del domicilio conyugal siempre que su duración sea de 6 meses consecutivos. La jurisprudencia ha establecido que para esta causal, que puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges y se designaba en la Ley de Relaciones Familiares, antecedente inmediato del Código actual, separación de la casa conyugal, surta efectos, tiene que ser absolutamente injustificada. También legisla el Código Federal sobre la cesación del deber de cohabitación (art. 274), mediante la cual el accionante, obtiene del Juez se le conceda ese derecho, sin disolución del vínculo conyugal. Por último merece un comentario especial el sistema adoptado por el Código (art. 272), con respecto al divorcio por mutuo consentimiento, el que puede obtenerse tanto por vía judicial como por la administrativa, siendo el único país en que se legisló sobre esto último, en América Latina. Se obtiene ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de los cónyuges, mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) que los esposos sean mayores de edad; 2º) que no tengan hijos legítimos, y 3º) que si se han casado bajo este régimen, los cónyuges hayan liquidado, de común acuerdo, la sociedad conyugal.

Nicaragua: La legislación vigente en este país contempla la posibilidad de los cónyuges, de obtener la separación de cuerpos y el divorcio, ambos por mutuo consentimiento, únicamente en dos oportunidades, es decir, que cualquiera de los cónyuges que la invoque, no debe haberlo hecho antes en más de dos oportunidades. La separación puede convertirse en divorcio (disolución del vínculo) luego de dos años de vigencia.

Panamá: Desde la reforma del Código Civil, vigente a partir del año 1925, cualquiera de los esposos, culpable o no, sin tener que aportar pruebas supletorias, puede pedir el divorcio por separación de hecho, con tal que ésta haya durado más de 4 años.

Paraguay: La legislación paraguaya es similar a la vigente en la actualidad en nuestro país. No existe el divorcio vincular, sino sólo el mal llamado "divorcio", que en realidad consiste en la separación de cuerpos y bienes, sin disolución de vínculo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Entre las causales de este "divorcio" está el abandono voluntario y malicioso del hogar, siempre que haya durado más de un año. El divorcio por "mutuo consentimiento" no está admitido por la ley.

Perú: Recién a partir del Decreto - Ley 6890 del 8 de octubre de 1930, se estableció en este país, la primacía del matrimonio civil sobre el religioso, permitiéndose, además, el divorcio absoluto. Actualmente, los principios que rigen la materia que nos ocupa, surgen de los términos de la Ley 8559 del 4 de agosto de 1937. Entre otras, son causales, autorizan a iniciar acción de divorcio: a) "el abandono malicioso del hogar" durante un período continuado no inferior a dos años; y b) el consentimiento mutuo, ya que si bien es prohibido en forma directa se llega á él en forma indirecta, mediante el siguiente procedimiento: la separación de cuerpos por mutuo consentimiento susceptible de obtener después de dos años de celebrado el matrimonio (art. 270 del C. C.) y el divorcio absoluto por transformación en el mismo de la separación, luego de transcurrido un año desde la sentencia judicial que la dispuso (art. 276 del C. Civil). Es de hacer notar que además de la separación de cuerpos y bienes a que nos hemos referido, el Código (art. 267), permite la existencia de la separación simple entre los cónyuges, que consiste en la interrupción de la vida conyugal pero dejando subsistente entre los esposos, las demás obligaciones que les impone el matrimonio.

República Dominicana: Existe el divorcio, que reconoce entre otras causales, el mutuo consentimiento, a partir de la sanción de la Ley 1306 bis, del 21 de mayo de 1937. También constituye una causal de divorcio, el abandono voluntario del hogar por cualquiera de los esposos durante dos años contados a partir de la fecha de la notificación judicial cursada al culpable, para que retorne al hogar conyugal...

El divorcio por mutuo consentimiento sólo puede intentarse: a) si han transcurrido más de 2 años desde la celebración del matrimonio; b) cuando la vida conyugal ha durado menos de 30 años; c) si el marido tiene menos de 60 años y la mujer menos de 50.

República Oriental del Uruguay: Entre las causales de divorcio establecidas por la ley, interesan principalmente al problema que estudiamos: a) el abandono voluntario del hogar realizado por uno de los cónyuges, si ha durado más de 3 años, que sólo puede intentarse luego de 2 años de celebrado el matrimonio; b) el consentimiento mutuo de los esposos; c) la voluntad unilateral de la mujer, luego de transcurridos 10 años contados a partir de la celebración del matrimonio, y d) la conversión de la separación de cuerpos, judicialmente decretada, en divorcio, siempre que hayan transcurrido no menos de 3 años a partir de la sentencia de separación.

El divorcio por voluntad unilateral de la mujer, es contemplado, en Latinoamérica, únicamente en este país.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Venezuela: La legislación de esta República (Código Civil vigente desde el 1° de octubre de 1942), reconoce el divorcio absoluto por causal determinada y la separación de cuerpos y de bienes, tanto por causal determinada como por mutuo consentimiento.

Entre las causales de divorcio incluye el abandono voluntario (art. 185, inc. 29), que debe cumplir dos condiciones: a) ser voluntario y b) ser intencional. Puede invocarse por cualquiera de los cónyuges. También se incluye en la enumeración, la transformación en divorcio de la simple separación (art. 185, inc. 7°). Esta causal puede ser invocada por ambos esposos y exige como única condición que hayan transcurrido dos años a partir de la separación. La separación de cuerpos no debe ser confundida con la simple separación de habitación (art. 137, inc. 2°), que sólo produce este efecto restringido.

VI. CONSIDERACIONES FINALES ACERCA DE "LA SEPARACIÓN DE HECHO ENTRE CÓNYUGES" COMO INSTITUTO AUTÓNOMO

Entendemos que las circunstancias precedentemente detalladas, tipifican el instituto conocido bajo la denominación de "La separación de hecho entre cónyuges".

Consideramos también, en ese detalle, los efectos que le asignan la doctrina y la jurisprudencia con relación a la existencia de la sociedad conyugal, como asimismo, su incorporación a la legislación de los países que han actualizado la de la materia correspondiente, y aún cuando ello no ha ocurrido en el nuestro, citamos como ejemplo de su introducción en el ámbito legislativo nacional, la disposición contenida en el artículo 1° de la Ley N° 17.562, de muy reciente sanción, que establece: "No tendrán derecho a pensión: a) El cónyuge que, por su culpa o por culpa de ambos, estuviere divorciado o separado de hecho al momento de la muerte del causante", norma que como lo expresa el mensaje de la ley, no constituye una innovación en la materia, sino que tiende a unificar criterios en la legislación vigente, que en unos casos supeditaba la relevancia de la separación a la condición de que la misma fuese sin voluntad de volver a unirse y en otros, a la inexistencia de culpabilidad por parte del beneficiario.

Hicimos notar, asimismo, la existencia de legislaciones que si bien no determinan a la separación de hecho, como una causal específica de disolución de la sociedad conyugal, normal el divorcio por el mutuo consentimiento de los cónyuges, con lo que el problema se limita a aquellos casos en que, escrúpulos personales - generalmente de carácter religioso - inhiben a ambos esposos o a uno de ellos, disolver el matrimonio, ya que la diferencia entre la disolución de la sociedad conyugal obtenida a través del "divorcio" o de la "separación de hecho", radica únicamente en que la primera exige la previa disolución del vínculo matrimonial, lo que no ocurre con la segunda.

No nos detendremos en otras apreciaciones, puesto que, como dijimos al comenzar esta parte del trabajo, nuestra intención no consiste en efectuar un estudio exhaustivo de la "separación de hecho", sino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinar este instituto a fin de extraer del mismo la mayor cantidad de elementos que nos puedan ser de utilidad, para fundamentar la tesis a la que adherimos, referente a lo que constituye el objeto principal de este trabajo.

TERCERA PARTE

EFFECTOS QUE ASIGNAMOS A LA DECLARACIÓN FORMULADA POR LA MUJER AL ADQUIRIR UN INMUEBLE "QUE SE ENCUENTRA SEPARADA DE HECHO, SIN VOLUNTAD DE UNIRSE A SU CÓNYUGE"

I. DOCTRINA A LA QUE ADHERIMOS

Señalamos con anterioridad, la existencia de dos posiciones, totalmente opuestas, en cuanto a la apreciación de la relevancia que tiene la manifestación formulada por la mujer al adquirir un bien inmueble, en el sentido de que "se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse a su cónyuge".

Según una, tal manifestación es totalmente inoperante al no responder exactamente a los términos de la ley.

La otra le asigna, en cambio, el efecto de crear, en favor de la manifestante la presunción "juris tantum" que establece el art. 30 de la Ley 11.357 (inc. 2, ap. "a") y como consecuencia de ello, el bien adquirido es de su libre administración y disposición.

Creemos haber dejado demostrado al comienzo de este trabajo - y lo hicimos en esa oportunidad por tratarse de una condición de vital importancia para continuar nuestro estudio, cuya prosecución no se justificaba de no arribar a tal conclusión - la insuficiencia del argumento esgrimido por quienes, al amparo de una interpretación exegética de la ley, negaban efectos a una manifestación que, indudablemente, tenía que responder a un objeto, a un fin, a un motivo, a una causa final.

Anticipamos, entonces, nuestra adhesión a la tesis que considera la manifestación que estudiamos, equivalente a la que, en términos quizá más ajustados a los utilizados por el cuerpo legal, pero con idénticos propósitos, puede efectuar la mujer haciendo constar que la operación la concluye sin la cooperación marital sino con dinero producto de su esfuerzo personal.

Trataremos a continuación, en base a los elementos ya expuestos y los que procuraremos agregar, de fundamentar en la forma más sólida posible, la tesis a la que adherimos.

II. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA MANIFESTACIÓN

Enseñaba el inolvidable profesor Dr. Leónidas Anastasi, refiriéndose a la misión creadora de la jurisprudencia, que: "sobre todo la de los países latinos, que no vive tan sofocada por la autoridad del precedente como en los países anglosajones, ha podido adaptarse a las necesidades de la vida social y a las exigencias del tráfico, creando un derecho nuevo que, sin olvido de los principios generales, suple el inevitable retardo del legislador", opinión que comparten entre otros autores, Spota,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Josserand, Puig Brutau, etc.

Tal razón nos incita a buscar en esta inagotable fuente del "derecho vivo", gran parte de los elementos de apoyo que demandamos.

En la averiguación que efectuamos en los órganos periodísticos especializados, sólo hemos encontrado publicado un caso de interpretación de la manifestación que nos ocupa.

Se trata del resuelto por la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de la ciudad de La Plata (J. A. 1959. T. II, pág. 403), que al hacerlo sentó la siguiente doctrina: "Reviste la categoría de bien ganancial de administración reservada de la esposa (art. 30 inc. 2. "A", Ley 11.357) el inmueble comprado por ella durante el matrimonio, si en la escritura hizo constar que se encontraba separada de hecho de su marido, ya que tal derecho excluye la colaboración marital en su adquisición".

Al fundar su voto el Dr. Alfredo C. Rivarola, camarista al que correspondió expedirse en primer término, expuso, entre otros, los siguientes conceptos: "Dentro de la economía del C. Civil y de la Ley 11.357, hay dos categorías de bienes de los cuales la esposa puede disponer sin necesidad de autorización marital, los propios y los que, siendo gananciales, fuesen adquiridos con su trabajo" ... "En el caso, en la escritura de compraventa se ha hecho constar que la adquirente se encontraba separada de su esposo, sin voluntad de unirse. No se especifica si la adquisición se hace con el producto de sus bienes dotales, y también, en términos expresos, si se trata de un bien adquirido con el producto de su trabajo. Como bien dotal no puede ser considerado frente a terceros, puesto que falta la enunciación del origen del dinero, requerida por el art. 1246 del C. Civil: de manera que debe ser colocado como uno de los bienes que ingresan al matrimonio como gananciales"... "Pero si en la escritura se deja asentado que la esposa se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse, en forma implícita, casi podríamos decir, explícita, se deja constancia que el dinero con el cual se adquiere el inmueble, es producto de su labor, puesto que tal declaración excluye la posibilidad de la colaboración marital en obtenerlo y ello es suficiente a los fines del art. 3º, inc. a), Ley 11.357, que no exige términos sacramentales. No debemos olvidar que a los fines de esta disposición, basta la declaración unilateral de la adquirente, en el hecho, de por suyo relevante, de firmarse la escritura de adquisición por la esposa y no por el esposo, que es el administrador legal de la sociedad conyugal". Al adherir posteriormente, a este voto, el otro componente de la Sala, Dr. Eduardo Ruppel, se convirtió en pronunciamiento definitivo.

Hay, sin embargo, otros pronunciamientos judiciales de importancia con relación al tema que estudiamos.

Se trata de dos fallos del entonces Juez de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital, Dr. Rojas, confirmados, uno por la Sala formada por los Dres. Tobal, Grandoli y Mendonça Paz y el otro por la Sala formada por los Dres. Barraquero, Casares y Martilla, ambas de la Cámara Civil Primera de la Capital Federal, en los que el Juez interviniente negó a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

accionantes, las venias que en ambos casos solicitaban para vender sendos inmuebles, adquiridos a sus nombres, sin aclarar en las escrituras respectivas, el origen del dinero utilizado, por entender que dicha omisión había quedado subsanada, en los dos casos, por las aseveraciones posteriores de las interesadas.

Dada la similitud de las situaciones planteadas, extractaremos, a continuación, únicamente el segundo cuya doctrina puede sintetizarse en los siguientes términos: "El hecho de que en la escritura de compra de un inmueble por una mujer casada, se haya omitido mencionar que el precio lo paga con su trabajo, no le impide acreditar esta circunstancia posteriormente".

Se trataba del caso en que una mujer casada, separada de hecho de su marido, solicitaba la venia judicial para vender un inmueble que había adquirido sin dejar constancia en la escritura del origen del dinero, y que luego de aclarar en su presentación, que el mismo era producto de su trabajo personal, aducía recurrir al pedido de la venia judicial, por ignorar el paradero de su cónyuge.

En Primera Instancia, el Juez interviniente, negó la venia solicitada por entender que, al aclarar la solicitante con posterioridad a la compra, el origen del dinero, era innecesaria.

En los considerandos de su fallo, luego de recordar que poco tiempo antes había resuelto que la mujer podía, con posterioridad a la compra, efectuar la manifestación acerca del origen del dinero empleado en la adquisición, pues ninguna disposición legal se opone a ello, criterio que había compartido la Cámara (se refería al otro caso que citamos juntamente con el que originó la sentencia que estamos extractando), dijo: "Y ese razonamiento se basaba, aunque no fue expresado, en que si la mujer al efectuar la compra pudo hacer esa manifestación sin el asentimiento del marido, cuya presencia ni siquiera era necesaria, no se advertía motivo para impedirle formularla con posterioridad. Una solución contraria conduce a esta conclusión: Que la mujer casada sin autorización marital o judicial ha podido comprar, pero no puede vender lo mismo que adquirió. Pero el caso de autos es distinto, pues en la escritura de fs. 3 la peticionante al comprar no dijo de dónde provenía el dinero y ello, según se ha establecido, no le impide expresarlo después. Es que, debe repetirse, la manifestación de ese origen importa sólo una presunción «juris tantum», o sea, que admite prueba en contrario, y si esta prueba no afecta ni compromete los derechos del que compra a la mujer cuando la última hizo la manifestación en su propia escritura de compra, tampoco los compromete cuando habiendo incurrido en la omisión de indicar que el dinero proviene de su trabajo, salvo posteriormente la omisión, como ocurre en el presente caso, pues la condición jurídica del inmueble, en el patrimonio de la sociedad conyugal, no varía. La Ley 11.357 ha creado la presunción de que, a menos de prueba en contrario, es verdad la manifestación que hace la mujer en cuanto a que el dinero con que pagó el precio, proviene de su trabajo, pero ella no dice que, sin prueba, aquella presunción de verdad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se convierte en una presunción de mentira por haberse omitido esa manifestación. En otros términos, no hay ninguna disposición de la ley citada que prescriba que, si se ha omitido en el acto de la compra, mencionar que el dinero ha sido ganado con el trabajo, la presunción que surge como consecuencia es que el dinero no tiene ese origen y si no lo dice la ley, los jueces no pueden crear esa consecuencia porque no hay ningún motivo de orden público que la imponga... Es menester insistir en la consideración expuesta precedentemente, o sea que así como en el acto por el cual adquiere la mujer, la presencia del marido huelga y él no está en condiciones, por tanto, de consentir ni impugnar la verdad de la manifestación de que se trata, hecha por su cónyuge allí, la misma situación se verifica cuando esa manifestación se hace ulteriormente. Si en el primer caso la ley pone al tercero que compra a la mujer casada a cubierto de todo riesgo, en el segundo el efecto es exactamente el mismo. Que una vez salido el dominio del inmueble de manos de la mujer, el marido descubre, por ejemplo, que la esposa lo había comprado con dinero de propiedad de él, exclusivamente, ésta será una cuestión a ventilar entre los cónyuges, totalmente extraña al tercero".

Recuerda luego el juzgador, que la Cámara (G. del Foro, T. 157, pág. 493) había resuelto que la mujer tiene la administración del bien comprado por ella con el producido de su trabajo, aunque no se haya dejado constancia de ese origen y en mérito a las consideraciones transcriptas y demás razones expuestas, rechazó el pedido de venia.

Por sus fundamentos, la Cámara confirmó la sentencia del Inferior (J. A. año 1942. T. IV, pág. 65).

Nos hemos ocupado extensamente del fallo que antecede por entender que el mismo resuelve dos puntos de interés en nuestra investigación:

a) Que la manifestación acerca del origen del dinero, puede ser efectuada con posterioridad al acto de la compra. Esto no hace más que confirmar que lo que la ley establece es una opción en favor de la mujer, a efectos de que, como lo manifestaron los legisladores, la misma no tenga que verse obligada a producir una prueba difícil, como sería la de justificar que el bien se adquirió con el producido de su profesión, comercio o industria. Este fallo, es de los primeros en que se esboza la actual corriente jurisprudencial y doctrinaria, orientada en el sentido de permitir se subsane la omisión de la declaración acerca del origen del dinero empleado en las adquisiciones efectuadas por las mujeres casadas, rompiendo con la normal resistencia a la aplicación inmediata, por parte de los Tribunales, de reformas a principios aplicados durante lapsos anteriores, a veces prolongados.

b) Aclara la situación del tercero adquirente al establecer el juzgador, con toda justeza, que una vez salido el inmueble del dominio de la mujer, aunque el marido descubriese que el dinero utilizado en la adquisición le pertenecía a él en carácter de propio, la cuestión sería completamente extraña al tercero y tendría que ventilarse entre los esposos. También en este sentido el fallo no hace sino confirmar el espíritu del legislador expresado a través de la palabra del Diputado Fonrouge, que refiriéndose

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la disposición contenida en el ap. "a", art. 30, inc. 2º, de la ley, dijo: "La ley establece una presunción «juris tantum», que sólo podría discutirse mientras el bien no hubiese salido del patrimonio de la sociedad conyugal". Es de hacer notar que también la doctrina comparte esta tesis, que como dice Arata, es evidente que tiene fuerza suficiente como para decidirse a aceptarla, ya que "Si se admitiese una tesis que sostenga la posibilidad de demandar la nulidad o la falsedad de la declaración de la mujer, después que el bien objeto de la misma, ha salido del dominio de la sociedad conyugal, se tirarían abajo todo el propósito de la ley, permitir a la mujer, el derecho de administrar y disponer y, lo que es aún más grave, no habría ninguna transferencia segura, de ese origen".

Hay otras manifestaciones jurisprudenciales que igualmente habrá que tener en cuenta cuando exponamos nuestras conclusiones acerca del problema que estudiamos, y son las que establecen, en primer lugar, que el fundamento de la participación de los esposos en los bienes gananciales, no es otro que el derivado de la colaboración mutua en la sociedad conyugal establecida por razón del matrimonio y en segundo término que las disposiciones legales referidas al carácter de los bienes y demás normas atinentes a la sociedad conyugal, rigen cuando ésta se desarrolla en forma corriente y no cuando prácticamente no existe.

III. LA INTERPRETACIÓN EN LA DOCTRINA DE NUESTROS TRATADISTAS

Recurrimos ahora, a la otra gran fuente de elementos para la dilucidación del problema, la doctrina de nuestros tratadistas.

Morello, luego de hacer recalcar la trascendencia jurídica que tiene la separación de hecho, se declara enrolado en la tesis que, como dice: "considera que la separación extrajudicial o privada conyugal debe ser reputada como una causal autónoma de separación judicial de bienes y que los efectos de esa disolución deben retrotraerse en el tiempo, al mismo momento en que aquélla ha quedado configurada, sea por el abandono de hecho o por acuerdo conyugal seguido de la ruptura física de la cohabitación" para continuar más adelante expresando: "la solución que nosotros propiciamos siguiendo a Fassi, permite resolver las vastas y complejas cuestiones del tema de una manera convincente y justa, desde que al retrotraer la separación de bienes al momento en que se produce el abandono o la separación (art. 1776 del Código Civil), ha de concluirse por fuerza que lo que cada cónyuge adquiriera en lo sucesivo necesariamente lo será respecto de ellos a título personal, propio y no social porque ya no existe ninguna sociedad conyugal".

Comenta luego el fallo de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, específicamente referido a los efectos de la manifestación que constituye el objeto de este estudio, que hemos transcrito precedentemente y al respecto dice: "Esta doctrina (la que establece que reviste el carácter de bien ganancial de libre administración de la esposa el adquirido por ella, si en la escritura hizo constar que se encontraba separada de hecho de su marido debe limitarse, en nuestra opinión, a establecer sólo una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presunción - juris tantum - del carácter propio de los fondos con que se financió la compra; el marido podrá demostrar que no estaban separados de hecho, o en su caso, que la culpable era la esposa"; para finalizar expresando: "la declaración notarial en la escritura pública de adquisición de bienes por parte de la mujer, que el precio de la compra tiene como origen fondos propios y que ella se encuentra separada de su marido, sin voluntad de unirse, importa una presunción «juris tantum», que hace invertir la carga de la prueba en favor de la naturaleza propia de esos bienes y neutraliza la presunción genérica de ser gananciales. Sin embargo, no es absoluta y siempre podrá el otro cónyuge probar lo contrario".

Consideramos prudente recordar que esa prueba nunca podrá perjudicar al tercero que compró a la mujer.

Aquiles Yorio, autor de indiscutible versación en la materia y cuya opinión tiene la ventaja de ser expuesta no sólo por un escribano, sino además en un trabajo presentado a una Jornada Notarial, enseña:

"La ley no ha contemplado la situación de la mujer casada que se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse a su esposo; se trata de una situación irregular del matrimonio, que no puede equipararse a la mujer divorciada pero que en la vida real crea una situación de difícil solución, porque la separación de hecho no produce la disolución de la sociedad conyugal, que subsiste en todo sus efectos. Tampoco la separación de hecho es causa legal para que se decrete la separación de bienes de la sociedad conyugal no obstante, la justicia ha admitido por analogía las reglas comunes que rigen los contratos de sociedad, que autoriza la disolución por abandono que hicieren sus componentes (arts. 1262 y 1769 del Código Civil). Este principio se funda en razones de orden moral, en que el cónyuge que no ha prestado colaboración para la formación de los bienes, no tiene derecho a participar de los mismos, ni derecho a suceder en caso de fallecimiento. Se lo sanciona con la pérdida de todos los derechos que pudieran corresponderle en la convivencia conyugal. En esta situación, los bienes que adquiera la mujer separada de hecho debe suponerse que lo son con su esfuerzo y trabajo personal, sobre los cuales su marido no tendrá ningún derecho, por lo que podría disponer libremente sin necesidad de venia marital, ni autorización judicial, pues debe considerarse que le pertenecen en exclusividad. La manifestación de la mujer casada en la escritura de adquisición, por la cual declara que se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse, tiene mucha importancia porque define una situación matrimonial que debe contemplar la ley se podrá sostener que para su disponibilidad será suficiente la manifestación respecto del origen del dinero con que realice la adquisición, igual que la manifestación que debe hacer la mujer casada que se halla unida a su marido, cuya situación es distinta. La manifestación de que se halla separada de hecho de su esposo tiene otra finalidad, porque determina los derechos ulteriores respecto del inmueble adquirido, con relación a su esposo, herederos y acreedores, por lo que debe considerarse de mayor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

significación jurídica que la que se refiere al origen del dinero. La separación de hecho ha sido muy discutida en doctrina, por tratarse de una situación irregular dentro del matrimonio, no obstante que en la vida real constituye un problema social que la ley deberá contemplar más que con un criterio jurídico con un espíritu amplio que signifique una justa solución". De sumo interés resultan las palabras del Dr. Falbo, miembro informante de la Comisión que tuvo a su cargo el estudio del tema en examen, en la VIII Jornada Notarial Argentina, que en definitiva, como ya lo hemos visto, aconsejó recomendar la sanción de las reformas necesarias para que el cónyuge a cuyo nombre se hubiese adquirido el bien ganancial, pudiese administrarlo y disponer de él, en forma exclusiva y libremente.

Dijo en esa oportunidad el Dr. Falbo: "La Comisión ha partido del principio actualmente indiscutido, de la igualdad jurídica de la mujer. Esa igualdad es un hecho social y económico de trascendencia universal, que no puede quedar supeditado al albur de que se inscriba o no una frase en la escritura pública sobre adquisición de un inmueble. Ya hemos pasado la etapa del derecho formulario romano.

"Hoy, gracias al concepto espiritualista, al espíritu progresivo, ese derecho formulario ha desaparecido en otros países, pero entre nosotros, sin que nada lo justifique, persiste hasta la fecha ese formalismo anacrónico. De ahí, que si no se escriben las palabras rituales, o si no se hace correcto uso de la fórmula, la mujer casada perderá el derecho de administrar o de disponer de sus bienes gananciales". . . "Es necesario escribir en la escritura la frase ritual para que después pueda ejercer la facultad de disponer" ... Para terminar más adelante su informe en apoyo de la ponencia: "No es posible seguir así en una época de adelantos deslumbrantes de la técnica y de la ciencia, porque eso significa pretender desconocer la realidad y dar la espalda a la misma".

NUESTRA TESIS - CONSIDERACIONES FINALES EN SU APOYO

Pretendemos haber allegado a este estudio, los elementos necesarios para justificar lo que impropriamente designamos nuestra tesis, ya que en realidad se trata de nuestra adhesión a la tesis sentada por la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de la Ciudad de La Plata (J. A., Año 1959, T. II, pág. 403), al establecer, como hemos visto precedentemente, la siguiente doctrina:

REVISTE: LA CATEGORÍA DE BIEN GANANCIAL DE ADMINISTRACIÓN RESERVADA DE (ART. 3º, INC. 2, "A", LEY 11.357) EL INMUEBLE COMPRADO POR ELLA DURANTE EL MATRIMONIO, SI EN LA ESCRITURA HIZO CONSTAR QUE SE ENCONTRABA SEPARADA DE HECHO DE SU MARIDO, YA QUE TAL HECHO EXCLUYE LA COLABORACIÓN MARITAL EN SU ADQUISICIÓN.

¿Cuáles son las razones que nos mueven a adherir a esta doctrina?

Trataremos en breve síntesis de ordenar nuestras ideas y los elementos expuestos, a fin de poder expresar en forma coordinada las razones de nuestra actitud.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Aclaremos que partimos de la premisa de que la manifestación tuvo por finalidad dejar instrumentada una situación que la manifestante, correctamente o no, interpretó como fuente de algún derecho. Repetimos nuevamente aquí, que en este aspecto entendemos innecesario volver sobre este tema que consideramos haber aclarado perfectamente (Punto II, Primera Parte).

Ahora bien, ¿cuál es el sentido que pudo haberle acordado la mujer a su manifestación en el sentido de que al efectuar la adquisición se encontraba separada de hecho sin voluntad de unirse a su cónyuge?

Para contestarnos esta pregunta comenzaremos por recordar qué es la separación de hecho: "la situación jurídica de los esposos que, en forma voluntaria, sin que exista decisión previa del órgano jurisdiccional, se eximen, por propia autoridad y de manera permanente, de la cohabitación".

Podrá argumentarse que al efectuar la manifestación la mujer llegue a desconocer algún aspecto jurídico del instituto, pero de ninguna manera, que ignoraba lo que quería significar con esa frase cuya fácil apreciación resulta favorecida por su parte final, "sin voluntad de unirse".

En esta situación, sencillo es colegir el sentido acordado a la declaración. Repetimos palabras del Dr. Rivarola en el recordado fallo de la Cámara Primera de La Plata: "Pero si en la escritura se deja asentado que la esposa se encuentra separada de hecho, sin voluntad de unirse, en forma implícita, casi podríamos decir explícita, se deja constancia que el dinero con el cual se adquiere el inmueble, es producto de su labor, puesto que tal declaración excluye la posibilidad de la colaboración marital en obtenerlo y ello es suficiente a los fines del art. 3º, inc. a), Ley 11.357, que no exige términos sacramentales. No debemos olvidar que a los fines de esta disposición basta la declaración unilateral de la adquirente, y el hecho, de por suyo relevante, de firmarse la escritura de adquisición por la esposa y no por el esposo, que es el administrador legal de la sociedad conyugal".

Este considerando del voto del Dr. Rivarola, a nuestro entender condensa elementos fundamentales para la valoración de la manifestación, por lo que lo analizaremos en sus partes principales.

Comienza por hacer referencia a la "separación de hecho sin voluntad de unirse". Hemos estudiado (Parte Segunda), en qué consiste este instituto, su aprehensión por nuestros tratadistas y la jurisprudencia de nuestros Tribunales y en las legislaciones, tanto vernácula como extranjera.

A ese respecto llegamos a las siguientes conclusiones: a) Que la separación de hecho entre cónyuges, constituye una innegable realidad, cuya existencia es hoy aceptada por la casi totalidad de nuestros tratadistas y la doctrina de nuestros Tribunales; b) Que en cuanto a sus efectos, si bien existen diferencias en lo referente a su valoración, ya que mientras para una tendencia, hoy prácticamente abandonada, carece de toda relevancia con relación a la sociedad conyugal; para otra es causal de disolución de la misma y finalmente, una tercera, considera que aun

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando por sí sola no es causa para disolverla llega a ese resultado como consecuencia de las normas destinadas a regir la sociedad común, adaptables a la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto por los arts. 1262, 1735, 1769 y 1776 y concordantes del Código Civil; a la aplicación de principios generales de derecho, de la teoría del enriquecimiento sin causa, etc. Es decir, en la actualidad nadie le niega efectos con respecto a la existencia de la sociedad conyugal; c) Que la separación de hecho ha sido incorporada a la legislación de los países que han actualizado la correspondiente a la materia y si bien en el nuestro, ello no ha ocurrido, se le reconocen aisladamente efectos en cuerpos legales tales como el art. 3575 del Código Civil y sobre todo en la Ley N° 17.562, de reciente sanción.

Continúa el considerando, que la constancia de encontrarse separada de hecho, equivale a la manifestación de que el dinero utilizado en la adquisición, pertenece a la mujer como producto de su labor, pues excluye toda posibilidad de colaboración marital en obtenerlo.

La afirmación del Dr. Rivarola encuentra fundamento en los requisitos que hacen a la esencia misma del instituto.

En efecto, si bien la separación de hecho se caracteriza por responder a situaciones de hecho, no de derecho, lo que hace sumamente difícil establecer normas generales que la configuren, hay ciertas circunstancias cuya ausencia haría imposible su existencia. Anotamos entre ellas: a) Responder a la decisión de separarse definitivamente, sin voluntad de volver a unirse, de ambos cónyuges o por lo menos de uno de ellos, y b) La desintegración del hogar conyugal debe abarcar un lapso lo suficientemente extenso como para que pueda considerarse definitiva.

Es evidente que en estas condiciones, resulta imposible pensar en una cooperación marital para que la mujer haya podido efectuar la adquisición. De haberla, se trataría de casos aislados, que no son los supuestos para los que se establecen normas generales.

Prosigue señalando, que las condiciones a que nos hemos referido en los párrafos que anteceden, son suficientes a los fines del art. 3º, inc. 2, Ap. "a" de la Ley 11.357, que no exige términos sacramentales.

Tuvimos oportunidad de estudiar en forma amplia (Primera Parte), el origen de la norma que posibilita la inclusión de la manifestación a que se refiere el Dr. Rivarola; el proceso de su aprobación por la legislatura y a las modificaciones que sufrió su redacción primogénica.

De todo lo expuesto en esa oportunidad, surge a través de la palabra del propio autor de la moción para que se incluyese, como de la del autor de su redacción definitiva, Diputados Pachano y Fonrouge, respectivamente, el espíritu amplio que se tuvo en cuenta al aprobar esa regla. Reproducimos las palabras con que el primero explicó el objeto de su propuesta: "que se haga plena fe a la aseveración respecto del origen del dinero con que hace la operación, para que no tenga ninguna dificultad la disposición libre de sus bienes", habiendo expresado antes, que de esa forma se evitarían a la mujer, los inconvenientes que le acarrearía el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tener que justificar el origen de los fondos empleados.

Además, por la misma fuente se aclaró que la manifestación sólo podía ser impugnada mientras el dominio del bien estuviese en cabeza de la manifestante.

Tan grande era el deseo de evitar complicaciones futuras a la mujer, en la disposición de sus bienes, que el texto del art. 3º, aprobado, hizo optativa la manifestación que el original hacía obligatoria y autorizó a la mujer a disponer de los bienes producto de su profesión, comercio o industria, aun a título gratuito y no sólo a título oneroso, como rezaba el proyecto. En cuanto a la posible obligatoriedad de asentar en el instrumento manifestaciones redactadas en forma tal que respondan literalmente a los términos de la ley, para que el bien pueda ser considerado de libre disposición y administración de la manifestante, ni figuró en los proyectos, ni figura en la ley.

A este respecto nos permitimos hacer notar dos circunstancias que consideramos altamente significativas, para la correcta solución de este punto: 1º) El abandono por parte de la jurisprudencia vigente en la actualidad, de la rígida interpretación de la disposición del art. 1246 del Código Civil, referida a los bienes propios, norma considerada durante largo lapso, de orden público y, en consecuencia, de cumplimiento forzoso. 2º) El hecho de que nuestros Tribunales consideren actualmente, bienes gananciales de libre administración y disposición de la mujer, las rentas de sus bienes propios. Este último supuesto plantea una situación similar a la que estudiamos, ya que ninguno de los dos casos está incluido en los términos de la disposición legal, lo que haría imposible la calificación como "bienes de administración y disposición reservada" si la misma dependiese de una manifestación ajustada gramaticalmente a las palabras utilizadas en la norma del Código.

Por otra parte nos permitimos recordar el total abandono en que ha caído la escuela de la "exégesis", sostenedora de ese tipo de interpretación de la Ley.

Cabe igualmente, tener en cuenta otro factor importantísimo para sustentar la tesis a que adherimos. Se trata de la capacidad que actualmente se reconoce a la mujer casada.

De aquel estado de incapacidad en que la colocaba nuestro Código, al punto que recién después de la sanción de la Ley 11.357, por Decreto de fecha 11 de julio de 1927, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, concedió la Regencia de un Registro de Contratos Públicos a la colega doña María Eugenia Rosales de Gauna, modificando así, la tesis de la Suprema Corte de este estado provincial, que invariablemente había sostenido la incapacidad de la mujer para desempeñarse como escribana; basada en las disposiciones contenidas, entre otros, en los arts. 990 y 3705 del Código Civil, se la considera ahora equiparada en cuanto a la capacidad, a su marido, en la casi totalidad de las legislaciones, habiendo, como vimos con anterioridad, tratadistas de la talla de Spota, Díaz de Guijarro y Guastavino, que consideran que esa es también su situación en nuestro país.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A este respecto, consideramos ilustrativos los siguientes conceptos del Dr. Díaz de Guijarro: "Quizá un poco perdido en la memoria se encuentra el recuerdo de la sumisión absoluta de la mujer, y en particular, de la mujer casada, en civilizaciones anteriores; y como contraste, esta noble dignificación de la mujer, esta noble posición igualitaria de la mujer, que es propia de nuestro derecho y del derecho contemporáneo"; atribuyendo esta nueva situación al cambio fundamental experimentado por la estructura de la vida doméstica ya que es cada vez más frecuente la actuación de la mujer fuera del hogar ante el imperativo de tener que afrontar con su marido las necesidades del mismo. "Hay un fenómeno económico (dice), que está impulsando esta transformación de derechos. Ese fenómeno se exterioriza actualmente en la equiparación de la mujer con el hombre, tanto en el orden jurídico como en el orden civil. Cada día se acentúa más esa situación, y donde aún no hay equiparación las leyes luchan por aproximar la situación jurídica del uno y de la otra, y cuando las leyes no avanzan con la rapidez debida, son los esfuerzos doctrinarios y los esfuerzos jurisprudenciales los que van realizando la tarea". "El problema es éste: ¿La mujer casada es genéricamente incapaz o genéricamente capaz?"... "Hay una vieja máxima: la regla es la capacidad. Esa máxima debe servirnos para resolver todos los problemas, y ahora la utilizo para afirmar que la mujer es genéricamente capaz y que sólo la afectan algunas incapacidades de derecho. . . Esa regla de que es genéricamente capaz surge esencialmente de la Ley 11.357".

Queremos, para finalizar nuestro trabajo, referirnos a dos puntos finales, el primero, aclarar por qué razón consideramos, pese a acordarle vigencia a la "separación de hecho entre cónyuges" como instituto con efectos propios, los bienes adquiridos por la mujer manifestando encontrarse en esa situación, gananciales y no propios; y en segundo término, cuál es a nuestro entender, la razón por la cual la tesis a que adherimos, no tiene amplia aceptación en el ámbito notarial.

Contestando la primera cuestión diremos que ello se debe a que, si bien acordamos vigencia al instituto "separación de hecho entre cónyuges", lo es al solo efecto de considerarlo una causal de disolución judicial de la sociedad conyugal. Es decir, aceptamos la vigencia del mismo y sus efectos, pero no dándole la trascendencia necesaria para disolver, de pleno derecho, a la sociedad conyugal. Tal es la razón por la que consideramos los bienes que adquiera la mujer, haciendo esa manifestación, gananciales y que la titular de dominio puede administrarlos y disponer de ellos libremente, cosa que no podría hacer, por ejemplo, en caso de fallecimiento de su cónyuge.

Nos reducimos a interpretar, en este trabajo, la declaración de la mujer casada, que al adquirir un inmueble deja constancia de que se encuentra separada de hecho sin voluntad de unirse, acordándole el valor de la manifestación que le autoriza a formular la Ley 11.357. En apoyo de nuestra posición hacemos un estudio de la separación de hecho, pero lejos estamos de pretender en el presente otra cosa, con respecto a ese

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instituto.

Con relación al segundo problema, entendemos que el mismo se reduce a un exceso de celo profesional y de los escribanos que, generalmente, se resisten a cualquier solución que no responda exactamente al contenido literal de las disposiciones legales.

No debemos olvidar que Carnelutti, para quien el escribano es un técnico de derecho, forjador de instrumentos, recuerda que en Alemania se compuso para designarlo la palabra "Rechtswahrer" que tiene una traducción equivalente a "custodio o guardián del derecho".

Estos conceptos han influido, indudablemente, en la mentalidad de los notarios que en un loable afán de obtener la mayor seguridad jurídica en protección de los otorgantes, llegan, como dice Díaz de Guijarro, a anular o parcializar la capacidad concreta que la ley acuerda a la mujer.