

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Divorcio y la Separación de Bienes. Efectos

ELVIRA MARTHA YORIO DE BRUSA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

I. Palabras preliminares. - II. Divorcio. Separación de bienes. - III. Divorcio decretado con anterioridad al 1/7/68 (art. 1306). - IV. Separación de hecho. - V. Separación de hecho. Sentencia de divorcio posterior. - VI. La ley 14394. Divorcio vincular.

I. PALABRAS PRELIMINARES

Ha sido la institución Matrimonio una de las que más tema para la investigación y la polémica ha proporcionado desde antiguo a filósofos, sociólogos, teólogos, antropólogos y juristas. Un mero estudio superficial nos revela cuán variadas son sus proyecciones: aspectos morales, económicos y jurídicos se yuxtaponen estructuralmente, de modo que a veces pareciera imposible encarar su estudio en forma parcializada, tomando unos y prescindiendo de los otros.

Podemos definir al matrimonio como la simple unión de dos seres, como una sociedad legal, como un medio de procreación, como un estadio especial de convivencia mutua regida por una normativa que le es específica, o como dijera Lawrence Durrell "un magnífico animal bicéfalo". Sí, y podríamos agregar más, porque el matrimonio es todo eso y siempre más: está constituido por una amalgama de elementos de los que surge su existencia. Y precisemos algo: desde que surge como vínculo da lugar a una concatenación de hechos, situaciones y actos, más o menos constantes, que no se interrumpe jamás.

Así, el matrimonio en su desenvolvimiento normal, atraviesa contingencias de diversa índole, propias del vivir cotidiano. Sin embargo, la problemática se agudiza y revela en toda su profundidad cuando la institución se resquebraja en sus cimientos, dando lugar a situaciones simplemente fácticas: v. g., separación de hecho o efectivamente jurídicas: divorcio legal. Unas y otras tienen en mayor o menor grado repercusión en el campo del derecho y específicamente incidencia en la instrumentación notarial. Por ello, sin desconocer el apasionante interés que reviste la investigación en todas y cada una de las facetas que puede presentar como institución, estamos aquí como hombres y mujeres de derecho, con la pretensión de elucidar aspectos que afectan al instituto estrictamente desde el punto de vista jurídico.

Pensamos que el bosquejo del tema tendrá que referirse, necesariamente, a las distintas etapas que marcaron en nuestro derecho positivo: el Código Civil de Vélez Sársfield; la ley 2393 de matrimonio civil; la ley 11357 de derechos civiles de la mujer; la ley 14394, que introdujo temporariamente el divorcio vincular; y recientemente la ley 17711 de reformas al Código Civil. A pesar de que las sucesivas reformas han afectado cada vez en mayor medida lo referente a administración y/o disposición de los bienes de la sociedad conyugal o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los cónyuges en particular, la categoría o carácter de los mismos ha permanecido prácticamente invariable.

Sin perjuicio de analizar las distintas situaciones que mediando divorcio decretado judicialmente o simplemente separación de hecho o extrajudicial, como también ha dado en llamárselo, creemos necesario puntualizar con exactitud qué es la sociedad conyugal. No pretendemos, claro está, analizar su naturaleza jurídica, ni otros aspectos cuya atención excedería materialmente el objeto de este debate, pero sí, caracterizarla como una entidad distinta de los cónyuges, "un tercer sujeto de derecho que en el campo de los bienes se agrega a las personas individuales del marido y la esposa", al decir de Llambías, enfoque que consideramos esencial para la comprensión de los distintos supuestos que por divorcio o separación de hecho se pueden presentar.

II. DIVORCIO. SEPARACIÓN DE BIENES

A los efectos de centralizar el estudio, nos parece fundamental el análisis del artículo 1277 in fine, que se refiere al "necesario consentimiento de ambos cónyuges para disponer de un inmueble..." y que "...esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial". Es plausible el propósito del legislador de salvaguardar la integridad de ciertos bienes, al proteger de este modo la institución familiar mediando la existencia de hijos susceptibles de protección. No obstante, como acertadamente lo señala Llambías, sin desconocer la buena intención de la reforma, su aplicación "implica una idea de difícil realización práctica", puesto que es frecuente que el adquirente no conozca o pueda conocer - no mediando trato personal con el enajenante - si el vendedor se encuentra o no en la situación de impedimento que prevé el artículo que comentamos. Efectivamente, son cuestiones "de hecho" cuya existencia debe tratarse de comprobar fehacientemente. Nuestro deber como notarios en casos como el que nos ocupa, es hacer constar en la escritura traslativa de dominio, la manifestación del vendedor - bajo su exclusiva responsabilidad - no sólo de la calidad de los bienes a enajenar, que surgirá necesariamente de la adquisición de su dominio, sino también de la circunstancia de que los mismos no constituyen el asiento del hogar conyugal, o de haberlo sido, que el matrimonio no tiene hijos menores incapaces, o bien carece de decencia. Llambías prevé aun el caso de connivencia dolosa de ambos cónyuges, en desmedro de los derechos del eventual adquirente, el cual quedaría desprotegido al decretarse la nulidad del acto, y propone como solución que se haga comparecer a ambos cónyuges a la firma de la escritura. Aunque el Código no lo exige, convengamos en que lo que abunda no daña, y en el caso de un matrimonio avenido, no habría problema alguno en la prestación de lo que el Código reformado ha dado en llamar impropia "consentimiento".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero, nos preguntamos: ¿Y en los casos en que el divorcio se halle decretado y disuelta por ende la sociedad conyugal, y las relaciones de los cónyuges no son amigables, a qué recurso podrá apelarse para salvaguardar la seguridad de las transacciones y el interés del adquirente?...

¿Tal vez el levantamiento de un acta notarial si se tratara de un inmueble baldío? En este caso bastaría la mera atestación del propio comprador en ese sentido. ¿Quizás un certificado de domicilio expedido por autoridad policial, avalado por dos vecinos? Su eficacia sería relativa. Una vez más se impone el deber de asesoramiento previo que el notario debe prestar a las partes intervinientes, advirtiéndoles las consecuencias que puede tener un acto de esa naturaleza sin haberse cumplimentado las exigencias legales. Estará entonces de parte del adquirente tomar los recaudos necesarios para no verse burlado en sus derechos. Siendo conveniente, por tanto, que, al propio tiempo que el que dispone del bien declare la procedencia de tal disposición en virtud de no estar encuadrado el acto en previsto por el art. 1277 segunda parte, el adquirente corrobore su afirmación manifestando conocer dicha circunstancia.

III. DIVORCIO. DECRETADO CON ANTERIORIDAD AL 1/7/68(ART. 1306)

Bajo el régimen anterior a la reforma, el artículo 1291 del Código Civil establecía que la disolución de la sociedad conyugal procedía por declararse nulo el matrimonio, por la separación judicial de bienes y por la muerte de alguno de los cónyuges; la ley 17711 introduce una nueva causal, cual es la sentencia de divorcio.

Antes de la innovación apuntada, la disolución de la sociedad conyugal sólo precedía a pedido del cónyuge declarado inocente, produciéndose entonces - invariablemente - después de la sentencia firme de divorcio, aun cuando ambas acciones se interpusieran conjuntamente. La reforma no fue sino el corolario de las duras críticas que los civilistas formularon en esta materia, los que por abrumadora mayoría sostuvieron el criterio de que operado el divorcio no tenía objeto mantener la comunidad de bienes. Igual temperamento adoptó la jurisprudencia que, ya en el año 1936, sostuvo que no debía el principio del art. 1306 del Código Civil ser interpretado inflexiblemente, ateniéndose literalmente a su texto.

Por imperio de la norma reformada y al producirse la disolución de la sociedad conyugal, en virtud de la sentencia de divorcio, o mejor dicho, como consecuencia de ésta, la separación de los bienes y/o liquidación o partición de los mismos pueden peticionarla cualesquiera de ambos, cónyuges, con prescindencia de la culpabilidad o no que se les impute, circunstancia que incidirá, naturalmente, en otros aspectos de la situación jurídica planteada por el divorcio.

Hasta aquí no surge problema alguno para el intérprete. Sin embargo, sí lo hay cuando se trata de fijar el alcance de la norma en estudio a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situaciones jurídicas preexistentes. Es decir: divorcios decretados con anterioridad a la vigencia de la ley 17711. En efecto, el nuevo artículo 1306, en su primera parte dispone que "la sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda...". Creemos que hay fundamentos suficientes tanto para sustentar que el art. 1306 reformado rige situaciones nuevas, es decir, sentencias decretadas con posterioridad a su vigencia, como para argumentar que interpretando el precepto en concordancia con lo prescripto por el artículo 3° in fine reformado del Código Civil, la sentencia de divorcio, aun cuando fuere anterior a la fecha de la sanción de la reforma, produce, por imperio de la nueva norma e ipso jure, la disolución de la sociedad conyugal. En esta tendencia se enrola Zannoni, que expresa: "Todas las sociedades conyugales subsistentes a pesar del divorcio de los cónyuges - no habiéndose articulado acción de separación por el no culpable - han quedado ministerio legis, disueltas a partir del 1° de julio de 1968".

IV. SEPARACIÓN DE HECHO

Con toda exactitud Morello señala - en un meduloso estudio sobre el tema - que, fuera de las situaciones que legal y jurídicamente se plantean en esta materia: matrimonio, divorcio, separación de bienes, existen otras que denomina "anormales, de hecho, que la vida real presenta con su franca complejidad. Son ellas: el concubinato o situación extralegal del matrimonio y la separación de hecho o situación extralegal del divorcio". ¿Cómo se configura esta última situación? Siguiendo al autor citado, creemos indispensable diferenciar a la "separación de hecho", como tal, de otras situaciones prima facie similares pero sustancialmente distintas, como por ejemplo: una suspensión temporaria de la cohabitación de los cónyuges independiente o ajena a la intención de los mismos.

Dentro de ese orden de ideas, encontramos que la separación de hecho puede presentar dos variantes: 1) la que se produce por acuerdo de ambas partes; 2) la que se configura por el abandono de uno de los cónyuges.

Aunque creemos que la acotación está fuera del tema en debate, opinamos que a partir de la reforma del Código Civil, con la introducción del divorcio por mutuo consentimiento, las separaciones de hecho serán mucho menos frecuentes que en la actualidad. Es indudable que muchos matrimonios no llegaban al juicio de divorcio, por cuanto las causales que se podían esgrimir para llegar a él ponían de manifiesto situaciones sórdidas, a veces reales, a veces urdidas por las mismas partes, pero que de cualquier manera comprometían seriamente aspectos morales y de orden social. Quedarán pues en pie aquellas separaciones de hecho que alguno o ambos cónyuges mantienen con miras a un eventual encendido posterior, posiblemente "más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

probable si no se ejerce la acción de divorcio", o bien aquellas separaciones que no pasan de ser extrajudiciales por la repercusión económica que implica el juicio respectivo.

Precisando el concepto, encontramos entonces como indispensables la existencia de dos elementos: a) una desunión conyugal prolongada en el tiempo, de manera tal, que induzca a inferir que la misma no es un mero alejamiento circunstancial; b) la voluntad de ambos o alguno de los cónyuges en configurar tal situación. Este elemento de orden puramente subjetivo puede exteriorizarse en actos realizados por los cónyuges o bien presumirse cuando la separación de hecho no proviene de un hecho de fuerza mayor. (Por ejemplo: exilio político del marido en otro país).

En la etapa anterior a la reforma del Código Civil existían respecto de la separación de hecho dos corrientes predominantes, que recogió la jurisprudencia, sustentando una y otra tesis. Según un criterio, que Guastavino calificó de "amplio", la jurisprudencia se inclinó en ciertos casos, por aceptar a la separación de hecho como una verdadera causal de divorcio, negando al cónyuge culpable toda participación en los derechos societarios a partir de la separación de hecho. El otro criterio, "restringido", arribó sin embargo a conclusiones similares, aunque fundado no en la separación de hecho, sino en principios de equidad, teoría del enriquecimiento sin causa, abuso de los derechos, etc.

Inferimos entonces que, no obstante constituir la separación de hecho una cuestión de mera circunstancia, producía efectos jurídicos, que reconoció oportunamente la jurisprudencia. En efecto, tanto ésta como la doctrina han sostenido reiteradamente que la separación de hecho de los esposos "sin voluntad de unirse" no opera la disolución de la sociedad conyugal, sino que la misma debe ser declarada judicialmente, está claro que aunque provenga de convenciones entre los cónyuges sobre separación de bienes, las mismas no tienen valor alguno, por cuanto, como enseña Borda, "la comunidad de bienes es un régimen forzoso, indisoluble" por la mera voluntad de los cónyuges.

¿Qué efectos tiene entonces la atestación del cónyuge que ha adquirido un bien, manifestando ser "separada de hecho sin voluntad de unirse". Creemos que el caso debe examinarse según el título adquisitivo, haya sido anterior a la reforma introducida por la ley 17711 o posterior a la enmienda legislativa.

En el primer caso, era infrecuente que tal manifestación emanara del esposo, pues siendo él administrador de la sociedad conyugal y persistiendo la comunidad de bienes podía disponer libremente de ellos, aun mediando separación de hecho. Si la adquirente era la esposa, y a esa atestación se agregaba que la adquisición provenía del ejercicio de su profesión, oficio, empleo... (art. 3º, ley 11357) tenía la libre disposición de ellos; más aún, existía a su favor la presunción de que al hallarse separada de hecho, el dinero con que efectuaba la adquisición provenía de su esfuerzo personal.

Al reformarse el Código Civil los efectos de tal situación variaron fundamentalmente. Adherimos a la opinión de Pelosi, cuando afirma que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aun cuando se haya hecho constar en la escritura adquisitiva de un inmueble el origen del dinero invertido en la compra, "la cónyuge separada de hecho, no podrá disponer del bien, sin el consentimiento del marido o la autorización judicial subsidiaria", y acota: "podrá parecer injusto, pero lamentablemente así ha planteado las cosas el nuevo régimen legal".

Sin duda alguna, para los separados de hecho rigen también las disposiciones de los artículos 1276 y 1277.

Es indispensable, sin embargo, analizar los diferentes casos que en los cónyuges separados de hecho pueden plantearse en concordancia con lo expresado precedentemente.

1º) Que el cónyuge del enajenante tome conocimiento del acto a realizarse y preste su conformidad, en cuyo caso no habría problema alguno.

2º) Que el cónyuge se niegue a la pretensión del otro a enajenar un bien que considera de la sociedad conyugal, en cuyo caso, es de aplicación la norma del art. 1277: "...negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes".

3º) Que la separación de hecho date de mucho tiempo atrás, no existiendo la posibilidad de que el que pretende disponer, por ignorar el paradero y/o incluso noticia alguna sobre la existencia del otro cónyuge, pueda recabar el asentimiento o negativa del acto de que se trate. Se plantea entonces este interrogante: ¿Es en este caso de aplicación la norma del apartado anterior? En principio, se opondrían a ello: a) imposibilidad de pronunciamiento de parte del cónyuge ausente o cuyo paradero se desconoce: la norma habla de "negativa"; b) imposibilidad también de celebrar la "audiencia de las partes" que la mencionada disposición establece como recaudo "previo". ¿Tal vez pudiera suplirse este requisito con la publicación de edictos conminando al cónyuge ausente a presentarse? ¿Procedería quizás el nombramiento de oficio de un defensor? o, en pos de la seguridad de las transacciones, ¿procedería substanciar juicio de ausencia con presunción de fallecimiento? Podrá parecer tal vez demasiado rígido este criterio, porque ello iría contra la economía del proceso, pero no advertimos otra solución. La jurisprudencia tendrá la palabra en cuanto a determinar el procedimiento a seguir.

Muy otra sería la solución en el caso que, a pesar del tiempo transcurrido, se tuviera noticia probada acerca del fallecimiento del cónyuge ausente. Sin ninguna duda, y máxime existiendo herederos forzosos, aparte de poder subsistir la vocación hereditaria del cónyuge supérstite (artículo 3575 nuevo) deberá abrirse la sucesión.

V. SEPARACIÓN DE HECHO. SENTENCIA DE DIVORCIO POSTERIOR

Situación de los bienes adquiridos en el lapso que media entre ambas.
En la sociedad conyugal, el fundamento de la caracterización de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes en "gananciales" está dado por el aporte, tanto material como espiritual, que mutuamente se brindan los cónyuges. Faltando este elemento, la parte que no prestó su colaboración a la formación de ese acervo patrimonial no puede tener derecho a participar del mismo. Este criterio, que consagra en forma clara y terminante el artículo 1306 del Código reformado, vino a llenar una sentida necesidad, pues no siempre la interpretación de nuestros tribunales fue feliz en la materia al aplicar en estos casos en ausencia de una disposición específica, las normas relativas a la sociedad civil. En ocasiones se llegó a soluciones más equitativas al determinarse que "aunque la separación de hecho carece de todo efecto disolutivo de la sociedad conyugal, puede llegarse a la exclusión del derecho a los gananciales, como resultado de una sanción para el cónyuge culpable". El caso que motivó este pronunciamiento, sustentado por el Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe, Sala Segunda, en el año 1958, fue el improcedente reclamo de la esposa - de notoria inconducta - que después de una separación de 20 años solicitó prorratio de los gananciales habidos por su esposo con posterioridad a la separación. Otros fallos en el mismo sentido declararon que los efectos de la disolución de la comunidad patrimonial de la sociedad conyugal debían retrotraerse al comienzo de la separación de hecho. Es importante precisar estos conceptos, puesto que pudiera darse el caso de que en nuestro ejercicio profesional se presentara una cónyuge con un título en el que constara haber adquirido "siendo separada de hecho sin voluntad de unirse", expresando el origen del dinero, y acompañando testimonio de la sentencia de disolución con expresa referencia a la época a la que se remitía la misma, el acto de disposición, claro está, sería perfectamente válido.

La disposición de la norma en estudio tuvo antecedente en el proyecto de 1936 y en un anteproyecto posterior, del año 1954, que mantenía la tónica de aquél.

Aunque el proyecto es bien claro, nos parece acertada la observación de Llambías, quien expresa: "Las valorizaciones experimentadas por los bienes que la sociedad tenía - antes de la separación de hecho - aprovechan a ambos esposos, aun al culpable de la separación", y distingue entre el derecho de participar en las ganancias del otro por un lado, y privar al culpable de "gozar de la valorización de los bienes que potencialmente son también suyos". Por supuesto que el autor citado se refiere a acrecentamientos que no provengan del esfuerzo del otro cónyuge, sino de hechos fortuitos.

VI. LEY 14394. DIVORCIO VINCULAR

Esta ley rigió desde el año 1954 a los primeros meses del año 1956, en que fue "suspendida" su vigencia por un decreto - ley 4070. Podemos afirmar que no hay tal suspensión, sino que se trata de una verdadera derogación de la misma. Es interesante su análisis, por cuanto mientras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rigió; hubo muchos matrimonios disueltos, importando por cierto la situación jurídica de los ex cónyuges, puesto que uno de los efectos directos de la sentencia de divorcio era precisamente la separación de bienes.

Con estas breves consideraciones no creemos en modo alguno haber agotado el estudio de las múltiples situaciones jurídico - patrimoniales que en materia tan vasta se pueden presentar. La situación, por ejemplo, de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal o viceversa cuando la disolución de la misma no ha sido aún decretada y después de haberse operado, como otras facetas de relevancia científica a la vez que práctica. Pero la naturaleza de este debate no nos permite seguir explayándonos sobre temas de tan palpitante interés, habiéndonos limitado sólo a los que consideramos de más frecuente aplicación en nuestra vida profesional.

OBRAS CONSULTADAS

Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho civil (Familia), I, 3ª ed. Ed. Perrot, Bs. As., 1962.

Colombo, Leonardo A.: "Efectos jurídicos de la separación conyugal de hecho", en La Ley, t. 39, pág. 969.

Díaz de Guijarro, Enrique: En Revista del Colegio de Abogados, La Plata, 1968, N° 21, pág. 379.

Fassi, Santiago: "La administración de la sociedad conyugal en el Código Civil, la ley 11357 y en la reforma". El Derecho, t. 24, pág. 946, 1968.

Fassi, Santiago: "Estudios del derecho de familia". (Separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal). La Plata, 1962, pág. 358.

Guastavino, Elías P.: "Separación de hecho y disolución de la sociedad conyugal". D.J.A., N° 7302, 25/11/68.

Lagomarsino, Carlos A. P.: "El matrimonio en la reciente reforma al Código Civil". La Ley, año 1968, t. 131, pág. 1215.

Llambías, Jorge Joaquín: Estudio de la reforma al Código Civil. Ley a Ed. "Revista de Jurisprudencia Argentina", S. A. Bs. As., 1969, pág. 381.

Morello, Augusto Mario: "Contribución al estudio de la separación de hecho entre cónyuges", Revista Notarial, N° 724, 1959, pág. 613.

Pelosi, Carlos A.: "Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento". Revista del Notariado, N° 700, pág. 750.

Smith, Juan Carlos: "Consideraciones sobre la reforma del Código Civil". La Ley, t. 130, año 1968.

Yorio, Aquiles: Capacidad jurídica de la mujer. Ed. "El Ateneo", Buenos Aires, 1943.

Zannoni, Eduardo A.: "La sentencia de divorcio y la disolución de pleno derecho". La Ley, t. 134.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal