

# La actividad notarial frente a la sociedad conyugal disuelta y la separación de hecho de los cónyuges

Rosana F. Gimeno\*

**Sumario:** *I. Introducción. II. Indivisión post comunitaria. Posturas sobre su naturaleza jurídica. Situación jurídica de los bienes gananciales. III. Contenido de la indivisión post comunitaria. Activo y Pasivo. IV. Disposición de bienes durante la indivisión post comunitaria. V. Nulidad. Análisis respecto a su observabilidad. Ratificación. VI. Negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución. VII. Bienes incorporados después de la disolución de la sociedad conyugal. VIII. Bienes adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad pero por causa o título anterior. IX. Separación de hecho. Efectos. Bienes gananciales anómalos. X. Bienes gananciales adquiridos por un cónyuge con fondos propios provenientes de la época en que subsistía la unión conyugal. XI. Divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho. XII. Posturas doctrinarias sobre la aplicación del artículo 1306, párrafo 3, en caso de que el dictado de divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho la sentencia no se haya pronunciado acerca de la culpabilidad. Jurisprudencia. Plenarios. XIII. Adquisición de inmuebles en el lapso comprendido entre la notificación de la demanda de divorcio o la presentación conjunta y la sentencia de divorcio vincular.*

## I. Introducción

No existe regulación legal específica para la etapa que se extiende entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición terminada, ante lo cual merece un especial análisis y toma de posición por el notario como hombre de derecho frente a su labor y su obligación de brindar el debido asesoramiento jurídico.

Toda la actividad normal de los cónyuges o del supérstite continúa desarrollándose durante el período de liquidación, se saldan espontáneamente las deudas, contraen nuevas, y las anteriores al fin del régimen no se tornan exigibles por la vici-

\* Coordinadora del Tema I de la XXXVI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, agosto 2009.

situd sufrida por la sociedad conyugal, si están sujetas a plazo suspensivo no vencido en la fecha de aquella.

La movilidad permanente de los bienes para satisfacer acreedores puede prolongar la liquidación, frente a tal panorama complejo carente de precisión legislativa han surgido varias soluciones en doctrina y algunas contradictorias.

Como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, queda fijada la composición del patrimonio provocando lo que GUAGLIANONE denominó *encogimiento y estiramiento*, del patrimonio de cada cónyuge, el mismo se incrementa en la medida en que existan gananciales de titularidad del otro, y disminuye en tanto haya que compartir los gananciales de su titularidad.

## **II. Indivisión postcomunitaria. Posturas sobre su naturaleza jurídica. Situación jurídica de los bienes gananciales.**

Es necesario para un cabal conocimiento de la cuestión, y por sus importantes efectos prácticos, que empecemos por abordar el tema repasando las principales soluciones doctrinarias sobre la situación jurídica de los bienes gananciales, su administración y disposición y la situación de los acreedores en el período que va desde la disolución de la sociedad conyugal y la partición, teniendo presente la ausencia de disposiciones legales específicas, por lo que la opinión sentada por los principales autores toma una trascendencia particular en el análisis.

### **a) Liquidación postcomunitaria**

Una corriente niega que después de la disolución de la sociedad conyugal se forme una masa indivisa de bienes única. Para su criterio, subsistiría la distinción entre las masas de gananciales del marido y de la mujer, afectadas una y otra a las obligaciones contraídas respectivamente por esposo y esposa, por eso prefieren hablar de liquidación postcomunitaria en vez de indivisión postcomunitaria.

Enfocan así la problemática como una liquidación y, en consecuencia, la disposición de tales bienes continúa tal como

era antes de la disolución, cada una de las dos masas debe soportar su pasivo, y el derecho del cónyuge de compartir la mitad de los gananciales del otro cónyuge se hará efectivo sobre el activo neto, una vez satisfechas las deudas que sobre ellos recaen.

Para ZANNONI no podría darse una solución única para todos los casos, debiendo distinguirse la causa de la disolución de la sociedad conyugal. Disuelta la sociedad conyugal en vida de los esposos, se crearían relaciones de comunidad entre los cónyuges pero que sólo interesan al vínculo interno que se establece a los fines de la liquidación, sin trascender externamente como cotitularidad de cada uno de los derechos que integran la comunidad.

En cambio, cuando la disolución deriva por causa de muerte de uno de los cónyuges entonces habría una verdadera indivisión, el total de los gananciales integra el patrimonio en comunidad sujeto a liquidación y partición, esto es una única masa con los bienes propios del difunto, comunidad que trasciende al exterior<sup>1</sup>.

[...]desde la liquidación de la sociedad conyugal hasta la partición existe un estado de indivisión post comunitaria. Sin embargo cuando efectivamente se formaron dos masas gananciales del marido y de la mujer, y no una sola, parece más acertado sostener que se está ante una liquidación post comunitaria ya que no se confunden los pasivos de una y otra masa en tanto que tal confusión es una nota típica en una indivisión.<sup>2</sup>

## 2) Indivisión post régimen

En una postura distinta, Carlos H. VIDAL TAQUINI<sup>3</sup> utiliza la denominación *indivisión post régimen*, concluye que en el régimen del Código Civil, inalterado por la ley 17.711, al fin de la sociedad conyugal sucede la indivisión postcomunitaria hasta la partición con los cambios sobre la administración y disposición de la masa indivisa que determina la aplicación del artículo 3451 y realización de los actos necesarios para la liquidación.

Si bien durante el régimen se distinguen cuatro masas de bienes, los bienes propios de cada cónyuge serán objeto de devolución, no produciéndose variación alguna en su administración y disposición, salvo lo dispuesto en el artículo 1277,

1. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p 703.

2. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

3. VIDAL TAQUINI, Carlos H. *Régimen de Bienes en el Matrimonio*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 327

último párrafo, por el cónyuge propietario, dejando sus frutos de ser gananciales cuando se los obtenga con posterioridad al momento en que se ha provocado la disolución del régimen con lo cual esos bienes propios, de existir, quedan al margen de la indivisión.

Para esta posición, la indivisión postcomunitaria no existiría como masa indivisa única.

Si la causa de disolución ha sido la muerte, la indivisión depende de la concurrencia de otros herederos y de que la coexistencia de la indivisión post régimen y de la indivisión hereditaria impone diferente tratamiento ante la diversa calidad de los bienes de ambas divisiones y en las relaciones con terceros.

Denomina *indivisión post régimen* explicando que si la comunidad no existe como régimen matrimonial es inadecuada tal denominación.

Finalmente, sostiene:

Si más allá de la disolución se mantiene la división en la responsabilidad, es ya imposible establecer un pasivo que se correlacione con el activo de esa universalidad jurídica, que no es diverso del patrimonio de cada cónyuge.<sup>4</sup>

### 3) Universalidad jurídica

GUAGLIANONE<sup>5</sup> sostiene que la indivisión postsocietaria es una universalidad jurídica que realiza la concreción de la mera expectativa de los cónyuges anterior a la disolución en un derecho actual, sobre la universalidad del patrimonio y sobre cada uno de los bienes singulares que lo integran, y que significa una porción alícuota indeterminada.

Tanto en la universalidad de hecho, como en la de derecho o universalidad jurídica, hay una pluralidad de bienes, que en la segunda tiene los siguientes rasgos:

- a) fungibilidad de los bienes singulares que la integran, que pueden ser sustituidos por otros, operándose la subrogación real;
- b) vinculación del activo con el pasivo, que implica que necesariamente este debe ser deducido de aquel, es decir, que sobre los bienes singulares que la componen existe preferencia para el cobro de las deudas integrantes de la

4. *ibid.*

5. GUAGLIANONE, AQUILES H. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965, pp. 318-319.

universalidad con relación a las deudas extrañas a ella, a diferencia de la universalidad de hecho en que los objetos que la componen mantienen su independencia sin un pasivo ligado a ellos de modo necesario.

Dada esta concepción sobre la indivisión, el acreedor no puede ejecutar la porción indivisa de los gananciales, por ser indeterminada, y debe esperar a la partición pudiendo pedirla o activarla. La indivisión postsocietaria incluye los créditos y deudas de que fuere sujeto cada copartícipe respecto de extraños, cuya protección está dada porque ninguno de los cónyuges o sus derechohabientes podrían tomar su hijuela en tanto no estuvieran canceladas las deudas de la indivisión con terceros, ni a ninguno se podría imponer una imputación por descuento de sus deudas frente a la comunidad, si mediara embargo por acción de otros acreedores sobre su parte alícuota.

La *XVIII Convención Notarial* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la indivisión post comunitaria aceptó por mayoría que la sociedad conyugal disuelta es una universalidad jurídica:

Esta se mantiene como patrimonio de afectación hasta que se cumpla con el proceso de liquidación y adjudicación de los bienes singulares. Mientras el proceso no se cumpla, ese patrimonio se halla en indeterminación jurídica, la cual está referida a la titularidad que como persona le puede corresponder a cada sujeto con relación a cada bien o cosa particular que integra la masa indivisa, [...] desde la disolución ninguno de los cónyuges continua siendo propietario exclusivo de sus gananciales. Durante la indivisión cesa el derecho de disposición para quien antes era propietario exclusivo.<sup>6</sup>

#### **4) Indivisión postcomunitaria**

La indivisión postcomunitaria es la situación en que se halla la masa de bienes gananciales desde la disolución de la sociedad conyugal hasta la partición.

Sobre esa masa los dos cónyuges tienen un derecho de propiedad proindiviso, por partes ideales iguales, si la disolución se ha producido en vida de ambos, sustituidos por los su-

<sup>6</sup> *XVIII Convención Notarial* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992.

cesores universales de uno u otro, si la disolución deriva de la muerte de alguno de ellos.

Existe indivisión cuando dos o más personas tienen derechos en común sobre un bien o un conjunto de bienes sin que exista división material de sus partes. La indivisión postcomunitaria es la que se produce entre los cónyuges, o entre uno de ellos y los sucesores universales *mortis causa* del otro o entre los sucesores universales *mortis causa* de ambos desde la disolución de la sociedad conyugal hasta la partición de los bienes<sup>7</sup>.

La Cámara Nacional Civil, Sala A, en un fallo del 23-9-1979, sostuvo la existencia de la indivisión postcomunitaria.

### 5) Condominio-copropiedad

La opinión de que no existe universalidad jurídica sino condominio sobre las cosas y copropiedad sobre los bienes inmateriales ha sido impuesta por MAZZINGHI. en tal sentido sostiene que a la disolución de la sociedad conyugal se actualiza el derecho en expectativa de cada cónyuge sobre la mitad de los bienes gananciales, hasta entonces de propiedad del otro, bienes que se transforman en objeto de condominio o copropiedad de ambos según su naturaleza.

Al disolverse la sociedad conyugal surge una auténtica comunidad, porque ambos cónyuges adquieren recíprocamente la mitad de los gananciales pertenecientes al otro. Pero MAZZINGHI<sup>8</sup> considera que no constituye una universalidad jurídica:

No hay pasivo propio de la indivisión [...] habrá que determinar si el artículo 5 de la ley 11.357 rige después de disuelta la sociedad conyugal, no existe ningún texto legal que disponga la interrupción y si se mantiene la separación de deudas faltaría [...] un elemento característico de la universalidad jurídica, cual es la correlación entre activo y pasivo.

La subrogación opera en el patrimonio de cada cónyuge parecería que el principio de subrogación real jugara respecto de los bienes sobre los cuales recae la indivisión. Funciona el principio de subrogación real, pero para que ello ocurra no es necesario reconocer a la masa de bienes, incluida la indivisión comunitaria, el carácter de universalidad jurídica bajo la forma de un pa-

7. ED 42- 611.

8. MAZZINGHI, Jorge.  
*Tratado de Derecho de Familia*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 411.

rimonio de afectación. Producida la disolución de la sociedad conyugal, puede ser que los cónyuges inscriban la sentencia respectiva y queden instituidos –también frente a los terceros– como condóminos. En todo caso, las mitades proindivisas del bien estarían incluidas en el patrimonio de cada uno de ellos. Puede también que no realicen tal inscripción, y entonces el bien seguirá figurando en el patrimonio de su titular originario. Pero, como el efecto de la disolución opera automáticamente entre los cónyuges, es evidente que el no titular habrá adquirido, desde que ella ocurrió, un derecho a la mitad proindivisa del bien en cuestión. O sea que este aparecerá en el patrimonio del primero, pero revestirá carácter común. En uno u otro caso, el bien que sustituya al anterior ingresará en el patrimonio que corresponda, con igual carácter al bien sustituido, y ello por efecto del principio de subrogación real.

Para esta postura, en el patrimonio de cada cónyuge el derecho sobre la mitad de la cosa enajenada sería subrogado por la mitad del precio de la venta y, para que este principio funcione no hace falta constituir un tercer patrimonio distinto, rotulado como universalidad jurídica. Basta con que el fenómeno de la subrogación se cumpla en un determinado ámbito patrimonial, y este será el propio de cada uno de los cónyuges y no necesariamente una universalidad jurídica. No existe base suficiente para caracterizar a la indivisión comunitaria como universalidad jurídica y no advierte ventaja en estructurar un sistema complicado, que no aporta ninguna solución efectiva para resolver los problemas que plantea la disolución de la sociedad conyugal. La consecuencia que deriva del artículo 1315 del Código Civil es que, al disolverse aquella, nace un condominio de los cónyuges sobre las cosas gananciales y una copropiedad sobre los créditos y derechos que revistan igual carácter.

No habría preferencia de las deudas comunes respecto de las particulares y con referencia a los bienes registrables, como cualquier otro condominio, el establecido entre los cónyuges divorciados no será oponible a los terceros mientras no tenga la publicidad necesaria (art. 2505 C. C., y art. 2, ley 17.801). Hasta que ello ocurra, los acreedores de los cónyuges podrán ejecutar los bienes inscriptos a nombre del cónyuge titular, prescindiendo

do de que la sociedad conyugal esté disuelta.

Participa en general de esta opinión Elías P. GUASTAVINO<sup>9</sup>, quien, sin embargo, estima que hay sociedad de hecho en caso de que medie  *affectio societatis* así distingue para la sociedad conyugal disuelta y no liquidada dos posibilidades:

- 1) Asimilación a la sociedad de hecho si hay voluntad de prorrogar la situación y  *affectio societatis*.
- 2) Asimilación a una comunidad de hecho, si dicha voluntad y  *affectio* no existen, sujetándose a las reglas del condominio cuando la disolución se ha producido en vida de los esposos y a las de la indivisión hereditaria, cuando es por causa de muerte.

La Cámara Nacional Civil, Sala G, en una sentencia del 18-6-1980, ha sostenido que las cosas gananciales indivisas son cosas en condominio<sup>10</sup>.

Resumiendo las apreciaciones de la doctora MÉNDEZ COSTA<sup>11</sup>:

[...]la afirmación lisa y llana de que los gananciales indivisos son bienes en condominio o copropiedad encara un obstáculo el artículo 2675 del Código Civil, que reduce las fuentes del condominio al contrato, al acto de última voluntad y los casos que la ley designa, ninguno de los cuales juega en un enfoque inicial en la hipótesis de los gananciales indivisos.

Pero, a través de la analogía, se llega a robustecer el argumento desplazando el impedimento del artículo 2675. En tal sentido, el artículo 1313 contempla la disolución de la sociedad conyugal por causa de muerte (art. 1291) para extenderla a la disolución en vida por ambos esposos, dado los elementos de identidad entre ambas hipótesis:

- a) La extinción del régimen patrimonial matrimonial y la actualización del derecho a compartir los gananciales, y
- b) la aplicación de las reglas del condominio a las cosas hereditarias indivisas.<sup>12</sup>

Un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 29-4-1982 ha admitido que las normas relativas a la indivisión hereditaria se aplican a la sociedad conyugal entre su disolución en vida de los cónyuges y la partición concluida de los gananciales,

9. GUASTAVINO, Elías P. "Sociedades conyugales disueltas y no liquidadas", JA 1957- I, secc. Doc. 104.

10. ED 9-282.

11. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D' ANTONIO, Daniel H. *Derecho de Familia*, Tomo II, Ed. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 1982, p. 218.

12. MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "Condominio y cosas gananciales indivisas, un aspecto de la cuestión", LL 1990B-322 comentario al fallo de la CNCiv Sala B del 19-12-1988.

siendo que los bienes hereditarios indivisos son bienes en copropiedad o cosas en condominio sometidas a los preceptos del condominio, por analogía corresponde concluir que los gananciales indivisos se encuentran en la misma situación jurídica.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, en un pronunciamiento del 25/3/1987 sostuvo que “la indivisión post comunitaria sobre algún bien configura un condominio sobre el mismo y por ello le son aplicables las disposiciones de los artículos 2680, 2691, 2699 y 2702 del Código Civil”.

### **III. Contenido de la indivisión post comunitaria**

#### **Activo y Pasivo**

El activo de la indivisión post comunitaria está integrado por los bienes gananciales que existían al momento de la disolución de la sociedad conyugal, los adquiridos después por causa o título anterior a la disolución, los que los sustituyen por subrogación real y los que se suman a ellos por accesión. Los créditos gananciales de los cónyuges aunque sean divisibles, existiendo consenso acerca de que estos créditos no se dividen de pleno derecho como sucede en la indivisión hereditaria (art. 3485, C.C.). Los frutos, rentas y productos de los bienes gananciales no los frutos rentas y productos de los bienes propios ni los frutos civiles del trabajo, industria o profesión de uno de los cónyuges que exclusivamente le pertenecen a él desde la disolución de la sociedad conyugal conforme lo establece el artículo 1301 del Código Civil.

El pasivo está formado por las obligaciones nacidas durante la sociedad conyugal y no extinguidas durante su disolución, que son comunes (art. 1275 inc. 3, C.C.) y las originadas durante la indivisión post comunitaria, con motivo de ellas por la actuación conjunta de los esposos, la administración de los bienes o por responsabilidad extracontractual vinculada a las cosas integrantes de la indivisión.

La situación de las deudas comunes originadas durante la sociedad conyugal ha generado básicamente dos opiniones:

- a) La que considera que los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 son reglas propias del régimen de comunidad, razón por

la cual no rigen después de la disolución de esta. Según esta posición, defendida por GUAGLIANONE, la disolución de la sociedad conyugal produciría un encogimiento y estiramiento de la garantía de los acreedores; encogimiento pues la garantía que estaba dada por el patrimonio íntegro de su deudor quedará reducida a la mitad de dicho patrimonio, y estiramiento pues la garantía se amplía a la mitad del cónyuge de su deudor, la misma estaría dada no ya por el patrimonio del cónyuge deudor sino por la porción que en la indivisión le corresponda.

**b)** Conforme otra opinión se reputan subsistentes las normas de los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 pues no surgiría normativa que limite su aplicación al momento en que se disuelva la sociedad.

Los acreedores de un cónyuge continuarían teniendo por prenda común el patrimonio de su deudor, hasta que la disolución de la sociedad conyugal no se inscriba en los registros no les sería oponible y podrían solicitar la traba de embargo sobre bienes a fin de evitar la reducción de su garantía, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de su deudor para obtener la partición.

En tal postura se enrolan, entre otros, FASSI, BOSSERT y MAZZINGHI.

Este ha sido el criterio que por unanimidad se aprobó en las *VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*<sup>13</sup> respecto de la aplicabilidad de los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 después de la disolución de la sociedad conyugal por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges.

Conforme esta tesis, el acreedor de uno de los esposos no puede cobrar su crédito sobre la mitad de los gananciales del otro cónyuge, sin perjuicio de la posibilidad de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la liquidación de la sociedad conyugal. Por su parte el cónyuge no propietario no puede evitar que los bienes adquiridos por el otro sean ejecutados por los acreedores de este.

Para MÉNDEZ COSTA aun es de aplicación en el caso de muerte, en cambio, para ZANNONI, en este último supuesto, corresponde se apliquen las normas de la indivisión hereditaria.

13. *VII Jornadas de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1979.

#### IV. Disposición de bienes durante la indivisión postconyugal

Durante la vigencia de la sociedad conyugal conforme el artículo 1276 del Código Civil, cada cónyuge tiene la administración y disposición de los bienes que adquirió, independientemente de su calificación, con las limitaciones que surgen de los artículos 134, 135 y 1277 del Código Civil, llegada la disolución de la sociedad conyugal se actualiza el derecho en expectativa del cónyuge sobre la mitad de los gananciales de titularidad del otro.

En este período, para un sector de la doctrina en una posición que comparto, la administración y disposición de los bienes debe realizarse en forma conjunta, siendo de aplicación las normas del condominio con algunas limitaciones. Existe otra postura que defiende la subsistencia de la aplicación de los artículos 1276 y 1277, con el aditamento de la obligación de rendir cuentas.

Considero de importancia hacer un repaso de los conceptos principales en los que se fundan las dos posturas principales:

##### 1) *Condominio. Copropiedad indivisa.*

Según esta posición –que considera la correcta– todo acto de administración y disposición de los bienes necesita el acuerdo y consentimiento de ambos cónyuges.

El cónyuge no titular originario expresa su consentimiento, ya no su asentimiento, en los términos del artículo 1277 del Código Civil, con las respectivas consecuencias: es parte en el negocio, codispone, es preciso que no se halle inhibido de disponer de sus bienes, adquiere el derecho a la mitad de la contraprestación, asume las responsabilidades emergentes del acto, y su disconformidad, en su caso, no puede ser suplida judicialmente, restando sólo que el juez resuelva el conflicto mediante la división del condominio.

Las conclusiones de las *VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, reunidas en Buenos Aires en 1979, expresan:

- 1) La administración de los bienes gananciales debe realizarse de acuerdo entre los cónyuges. En caso de desacuerdo, decidirá

la autoridad judicial.

2) Este criterio no se aplica en principio a la administración de establecimientos industriales comerciales agrícolas o de cualquier otra especie, cuando ella ha sido ejercida exclusivamente por uno de los cónyuges en virtud de su titularidad única y de su mayor idoneidad.

3) En cualquier caso, el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal.

4) Los actos de disposición de bienes gananciales con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges.

En este punto se considere la indivisión post comunitaria como una universalidad jurídica, o se la repunte simplemente un condominio de las cosas y una copropiedad de los bienes inmateriales, existe una copropiedad indivisa de la cual no puede disponer por sí uno sólo de los copropietarios.

La disposición de los bienes comunes debe sujetarse a las reglas del condominio, y en consecuencia:

**a)** el condómino no puede enajenar ni constituir servidumbres o hipotecas en perjuicio de los condóminos (art. 2682, C.C.).

**b)** ni otorgar en términos generales actos jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad del todo de la cosa (art. 1331, C.C.) bajo sanción de nulidad.

La ya citada *XVIII Convención Notarial* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires al respecto sostuvo por mayoría:

Con posterioridad a la sentencia de divorcio los actos dispositivos de bienes gananciales, cuya titularidad corresponde a uno de los cónyuges, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos. Consecuentemente el no titular registral realiza un acto de disposición no siendo por tanto de aplicación el artículo 1277.

La jurisprudencia se inclina mayoritariamente por esa postura.

2) *Subsistencia del régimen de los artículos 1276 y 1277 del Código Civil.*

Como adelantáramos, importantes doctrinarios (FASSI, BOSSERT Y ZANNONI, entre otros) sostienen la subsistencia del régimen de los artículos 1276 y 1277.

Resumiendo los lineamientos de esta posición, según la misma, en este período emerge entre los cónyuges la obligación de rendir cuentas, a diferencia de lo que ocurre en el devenir de la sociedad conyugal en el cual rige el último párrafo del artículo 1276 del Código Civil. En este sentido, durante la sociedad conyugal las masas están destinadas a evolucionar y crecer –aunque también pueden disminuir por los avatares de la vida y los negocios–, pero, desde la disolución, las masas jurídicamente se cristalizan, es decir deben mantenerse en principio tal cual son al momento de la disolución, para partir después del trámite de liquidación los mismos bienes que había en aquel momento. Por ello es que después de la disolución ya no rige la libre administración y disposición del tiempo de la sociedad conyugal, sino que cada cónyuge quedará obligado a rendir cuentas al otro por los actos que realiza. La administración de cada masa ganancial continúa en manos del mismo cónyuge administrador, sea que se apliquen los artículos 1276 y 1277 ó el artículo 1777 del Código Civil al que remiten los artículos 1262 y 102 de la ley 19.550<sup>14</sup>.

Sustentan que es la solución adecuada, a diferencia de los inconvenientes que acarrearía aplicar el artículo 3451 del Código Civil destinado a la administración de la comunidad hereditaria, fundándose en cuestiones de utilidad práctica, por ejemplo que el marido que administra un campo continúe haciéndolo durante el período de la liquidación de la sociedad conyugal y no se necesite para cada acto la conformidad de ambos esposos como resultaría de aplicar el artículo 3451.

ZANNONI distingue la situación con respecto a los terceros y entre los cónyuges, ante la sociedad conyugal disuelta los cónyuges continúan siendo *erga omnes* titulares de los derechos que antes de la disolución, la ley les atribuía respecto de los bienes integrantes de la sociedad conyugal. Pero la disolución con relación a los bienes a liquidar genera relaciones de comunidad entre los esposos, en el vínculo interno que se establece entre

14. BOSSERT- ZANNONI, ob. cit., p. 298.

ellos a los fines de la liquidación, sin trascender externamente como cotitularidad de cada uno de los derechos que integran la comunidad.

La disolución no cambia frente a terceros las atribuciones que en la singularidad de cada uno de los bienes la ley efectúa respecto del titular. Entre los esposos si genera una comunidad de derechos a fines de liquidar y partir los bienes de la comunidad interna para exigirse las restituciones, compensaciones, etc. y la partición por mitades de los bienes (art. 1315, C.C.).

Los doctores FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y RÓVEDA<sup>15</sup> consideran que la aplicación de los artículos 1276 y 1277 se corresponde con la afirmación de que indivisión post comunitaria no altera la pluralidad de masas vigente durante la sociedad conyugal, y resultaría la más adecuada para proteger los intereses de terceros que contratan con los esposos y que no tienen por qué conocer la situación conyugal de los mismos; sobre todo no estando contemplada la inscripción de dicho cambio de estado en los registros patrimoniales correspondientes a los bienes de su titularidad, salvo que se hubieran trabado medidas precautorias, y para respecto de los cónyuges al control existente en los actos de disposición del 1277 del Código Civil se sumaría la obligación de rendir cuentas por parte de quien realiza el acto de administración y/o disposición.

Esta postura pone de resalto que, al existir normas que permiten solicitar la traba de medidas precautorias que se consideren convenientes a fin de garantizar la intangibilidad del patrimonio común hasta el momento de la liquidación (artículos 233 y 1295 del Código Civil), se estaría evidenciando el hecho de que no obstante la disolución e indivisión post comunitaria, cualquiera de los cónyuges puede disponer conforme las normas que autorizan la gestión de bienes gananciales.

¿Qué acaece ante la negativa del cónyuge no titular registral?

La solución, claro está, es distinta según la postura a que se adhiera:

- 1) Si corresponde la disposición por ambos, no es posible pasar por sobre la falta de consentimiento de uno de los copropietarios mediante dicha autorización.
- 2) Si el poder de disposición continúa perteneciendo in-

15. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, RÓVEDA, E. G. *Régimen de Bienes del Matrimonio*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p.165

dividualmente a un cónyuge, la falta de asentimiento del otro puede salvarse por la autorización judicial.

## V. Nulidad. Análisis respecto a su observabilidad. Ratificación.

En ambas posiciones, 1 y 2, la sanción frente a la disposición de bienes gananciales registrables sería la *nulidad por falta de consentimiento* si sostenemos que los actos deben ser otorgados en forma conjunta por aplicación de los artículos 3541 y 2680 del Código Civil, o por la ausencia del asentimiento si es que concluimos que corresponde la subsistencia de la vigencia de los artículos 1276 y 1277.

Aun enrolada en la postura de la necesidad de codisposición, en el supuesto de tener que analizar un documento del cual resulta que estando divorciados el cónyuge titular vende y el otro asiente, no correspondería su observación, interpretando que el asentimiento es una ratificación del acto dispositivo por aplicación del artículo 1330, de manera que en la realidad jurídica y fáctica está disponiendo y queda cubierta la nulidad por no haber existido codisposición expresa.

En la misma línea de pensamiento, Jaime GIRALT FONT<sup>16</sup> sostiene que, al disponer el titular registral con el asentimiento del otro, la expresión de dicho asentimiento implica la ratificación de la venta de cosa ajena (la del no disponente) citando un fallo de la Cámara<sup>17</sup>.

Carlos N. GATTARI<sup>18</sup>, respondiendo al mismo interrogante cual es que, en tal caso, si hay asentimiento conyugal, el título es observable. Afirmar que si bien el asentimiento no es igual a ratificación, ni menos codisposición, si el cónyuge está físicamente en la misma escritura y la firma consiente, consentir él con el acto del cónyuge no es codisponer, pero –afirma acertadamente– indirectamente lo aprueba, primero, porque la ratificación no es necesariamente formal y, segundo, por ser un supuesto de consentimiento tácito. Distinta es la conclusión a la que se debe arribar en el caso de que no esté presente, invocándose el asentimiento por otra escritura o por apoderado.

Es de destacar que en el supuesto de que los cónyuges

16. GIRALT FONT, Jaime, "Actos de disposición de bienes de los cónyuges antes y después de la disolución de la sociedad conyugal", *Seminario Laureano Moreira*, 2009.

17. AGUIRRE, Eduardo Daniel c. Registro de la Propiedad Inmueble, Expte. 111.548/06.

18. GATTARI, Carlos N., *Práctica Notarial*, Tomo 15, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p.325.

acuerden la enajenación del bien con sujeción a las reglas de la gestión de la sociedad conyugal no disuelta, enajenando el titular registral con el asentimiento del cónyuge. No hay en este supuesto renuncia a los gananciales invalidada pues disuelta la sociedad conyugal, no es de aplicación el 1218 y en su caso la validez de la enajenación como tal resultaría de la confirmación tácita que ha prestado por el asentimiento (art. 1063, C.C.).

La validez del negocio celebrado no significa que la contraprestación no deba ser compartida, puesto que no constituye un ganancial incorporado originariamente al patrimonio del cónyuge después de la fecha de retroactividad de la disolución sino que reemplaza a un bien ganancial ya existente a la misma y, si la contraprestación no fue compartida en su momento, la parte del cónyuge omitido deberá ser salvada en la liquidación.

## **VI. Negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución**

Los negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes de la disolución están sujetos al régimen de los gananciales destinados a dividirse entre los esposos.

Producida la disolución de la sociedad conyugal, se sujetan a la gestión de plenos poderes del titular, y es hábil para otorgar negocios incluidos en el artículo 1277 del Código Civil sin el asentimiento del cónyuge o judicial, o sin intervención de los herederos de aquel porque son bienes *personales* suyos ajenos a la indivisión post comunitaria.

La diferencia en el sistema de gestión de estos bienes antes y después de la disolución se basa en que su anormalidad depende de que se dicte sentencia que determina el fin del régimen patrimonial.

Se destaca su cualidad de gananciales dinámicos de naturaleza resoluble, tal como los denomina Alberto D. MOLINARIO<sup>19</sup>.

En tal carácter, al disolverse por la sentencia de separación personal, divorcio, separación de bienes o anulación del vínculo, si bien el régimen de los gananciales de ser respetado hasta la extinción de la sociedad conyugal especialmente en

19. MOLINARIO, Alberto D. "De algunas distinciones de bienes gananciales", LL 135-1311.

protección de terceros, es inútil después de la misma porque el negocio celebrado sin el asentimiento queda convalidado al terminarse la cualidad anómala del ganancial que fue su objeto.

Los gananciales adquiridos por el cónyuge inocente en la separación de hecho, desde su fecha, también son anómalos.

## **VII. Bienes incorporados después de la disolución de la sociedad conyugal.**

Los bienes incorporados a dichos patrimonios después de la disolución son reputados gananciales cuando:

- Han sido adquiridos por título oneroso originado durante la vigencia del régimen (art.1273, C.C.).
- Reemplazan bienes gananciales (subrogación real).
- Son frutos de bienes gananciales (principio de accesoriadad).
- Por transformación o evolución de los gananciales.
- Son productos de bienes gananciales, ya que tienen la condición de los bienes de los cuales se extraen.

Son *personales* los bienes incorporados onerosamente al patrimonio de los esposos después de la disolución.

El artículo 1301 dispone que el cónyuge no tiene parte en lo que gane el otro después de la separación de bienes lo que es obvio después de la anulación del vínculo o del divorcio.

## **VIII. Bienes adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad pero por causa o título anterior**

El artículo 1273 establece con carácter general:

Se reputan adquiridos durante el matrimonio los bienes que durante este debieron adquirirse por uno de los cónyuges y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.

Se trata de adquisiciones con causa o título situado durante la vigencia o subsistencia de la sociedad conyugal pero que por cualquier circunstancia no se adquirieron sino efectivamente después de operada la disolución.

Tales bienes, entiende la norma, son gananciales atendiendo a los fondos empleados y al tiempo en que se produce la causa de la adquisición, prevén todas las hipótesis en que disuelta la sociedad conyugal y extinguidas las condiciones de ganancialidad (1299 y 1301, C.C.) cualquiera de los cónyuges incorpore a su patrimonio un bien que debió adquirirse durante la vigencia de ella.

A pesar del texto expreso de la nota, la jurisprudencia ha entendido su aplicación a situaciones análogas, si se respeta el principio y se trata de bienes que debieron adquirirse durante la vigencia de la sociedad y que, de hecho, no se adquirieron hasta después de disuelta.

Según el origen de los fondos, corresponde distinguir que el bien, aunque debió adquirirse antes de la disolución de la sociedad conyugal, constituya reinversión de bienes o valores propios del cónyuge adquirente (cfr. arts. 1246 y 1266, C.C.), en tal caso, por el principio de subrogación real, el bien será propio y escapará a la previsión del artículo 1273; la norma opera respecto de los cónyuges y puede oponerse en todo tiempo la prueba del carácter de los fondos empleados.

Si un bien se incorpora al patrimonio de un cónyuge con causa de adquisición en un título anterior a la disolución de la sociedad, una obligación de transferir que aun reconoce su origen en ella será sometida a participación, según las normas de liquidación entre los cónyuges o sus herederos.

La aplicación del artículo 1273 obvia todo planteo de compensación, el bien integrará la masa partible y si ya se hubiera liquidado antes de la sociedad conyugal disuelta será objeto de partición (art. 3453, C.C.). Si el bien ha sido enajenado por el cónyuge adquirente, ya disuelta la sociedad conyugal, habiéndolo sustraído de la liquidación, probados los requisitos del artículo 1273 se planteará una cuestión de compensación.

Disuelta esta, la indivisión post comunitaria está sujeta a la gestión conjunta de los esposos respecto de los bienes de que son titulares.

Los que se adquirieran con posterioridad escapan a la división porque en principio exceden el ámbito de las relaciones patrimoniales del matrimonio oponibles a terceros.

### **IX. Separación de hecho. Efectos. Bienes gananciales anómalos**

Entre la celebración del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal acontecida con la notificación de la demanda de divorcio no todos los bienes gananciales adquiridos durante dicho período merecerán la misma categoría o calificación.

Los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho serán bienes gananciales puros o bienes gananciales propiamente dichos, en consecuencia, estarán alcanzados por la regla del artículo 1315 del Código Civil.

En cambio, desde la ruptura fáctica de la unión y hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentaron el patrimonio de cada cónyuge serán gananciales anómalos o no sujetos a división lo que hace que se desplace la aplicación del citado artículo y entre en juego el artículo 1306, párrafo tercero, del mismo cuerpo legal y su interpretación por el plenario de la Cámara Nacional Civil del 29-9-1999. Esta última norma impedirá a cada cónyuge participar de los bienes adquiridos por el otro.

La Cámara Nacional Civil, Sala B, en una sentencia pronunciada el 28-10-2005<sup>20</sup> ha resuelto :

Dictado el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 29-9-99 C.G.T.c.A.J.O s/ Liquidación de sociedad conyugal "ha implicado extender la aplicación del art 1306 párr. 3 del Cód. Civil a los supuestos en que se decreta el divorcio por la causal del art. 214 inc. 2 del mismo cuerpo legal, desde luego cuando no se ha introducido por los cónyuges la cuestión de la inocencia o culpabilidad. Esta situación determina que ninguno de los esposos tendrá derecho a participar de los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron el patrimonio del otro.

20. "H.M.B. c. G.G.S.M.R. s. liquidación de sociedad conyugal", *ED*, 15 de mayo de 2006.

En consecuencia, no obstante no verificarse en puridad con la separación de hecho una disolución de la sociedad conyugal la realidad es que los bienes gananciales adquiridos con posterioridad al hecho fáctico de la ruptura serán en el mejor de los casos *gananciales anómalos* esto es no sujetos a la división entre los esposos conforme a la regla del artículo 1315, serán bienes gananciales que se estimarán como propios o si se quiere bienes gananciales no partibles.

Cuando el artículo 1306, párrafo 3, del Código Civil dice que no se participa en los bienes que después de la separación aumentaron el patrimonio del otro, está presumiendo que tales bienes se adquirieron con fondos que también tuvieron su origen durante la vida separada.

La prueba en contrario es la acreditación de la subrogación real, vale decir, la prueba de que tales bienes fueron adquiridos con fondos o frutos provenientes de bienes gananciales pertenecientes a la época en que se verificaba la convivencia.

Dejados de lado obviamente los casos de separación accidental ya que el 1306 supone la culpabilidad en la separación y refiere implícitamente al momento en el que esta se produce, pueden darse dos casos: uno de los cónyuges hace abandono de la cohabitación o ambos resolvieron de común acuerdo separarse.

En el primero la separación habrá de imputarse al cónyuge que hizo abandono del hogar conyugal y en el segundo la imputación alcanza a los dos al dispensarse de convivir en el mismo domicilio para lo sucesivo en contra del derecho deber de cohabitación (199 y 200 C.C.).

El artículo 1306, párrafo 3, del Código Civil indica que el cónyuge culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable.

Importa una limitación que implica privar al culpable de la separación de los gananciales adquiridos por el otro cónyuge, manteniendo si la calificación de ganancial de dichos bienes, debiéndose interpretar como un cese parcial de algunos efectos respecto de un cónyuge.

La solución del artículo 1306 implica la subsistencia de la sociedad conyugal, no obstante la separación de hecho.

El cónyuge culpable de la separación no tiene derecho

a participar en los bienes gananciales adquiridos con posterioridad por el no culpable, las adquisiciones de los cónyuges continúan sujetas al régimen de ganancialidad, pero el culpable del abandono no participa de las adquisiciones que hubiere de efectuar quien no dio causa a la separación.

La situación se va a resolver al momento de la liquidación, y mientras transcurre la separación de hecho, no tendrá efecto jurídico en la gestión de bienes ni en el ámbito de la responsabilidad frente a los terceros, a pesar de ello y como un elemento probatorio considero de utilidad para el otorgante la consignación en el texto escriturario del hecho de la separación.

Recordamos que el artículo 1294 modificado por ley 23.515 admite que se demande la separación de bienes en caso de abandono de hecho de la convivencia matrimonial, pero si así no ocurriera la separación de hecho por sí no es causa de disolución adquiriendo tal relevancia una vez decretada la separación de bienes respecto de la liquidación de la comunidad en todo lo relativo a la determinación de los bienes, calificación, partición, etc.

Un ejemplo: si un cónyuge hace abandono culpable por varios años, sin haberse accionado judicialmente por separación personal o divorcio, esta situación no pone término a la sociedad conyugal y los bienes que adquieran o acrecienten, tanto el marido culpable como la mujer en los casos del artículo 1272 revestirán el carácter de gananciales.

Por el contrario, si promueve demanda por separación o divorcio, y el cónyuge es declarado culpable por la causal de abandono voluntario y malicioso (art. 202 inc. 5, C.C.), la sociedad conyugal habrá quedado disuelta a partir del momento de la notificación de la demanda, y a los efectos de la liquidación el culpable del abandono no participará de los bienes gananciales adquiridos por el otro con posterioridad a la separación de hecho, en cambio el inocente tendrá derecho a participar de los adquiridos por su cónyuge en el mismo período<sup>21</sup>.

En el caso de que la separación de hecho deba imputarse a la culpa de ambos cónyuges, las condiciones de ganancialidad y el derecho de participar de cada cónyuge en las adquisiciones del otro habría cesado para los dos por ser mutuamente culpables.

21. CNCiv, Sala E, 7/9/87, LL 1989 B-179.

## **X. Bienes gananciales adquiridos por un cónyuge con fondos propios provenientes de la época en que subsistía la unión conyugal**

La norma del artículo 1306 del Código Civil alude a los bienes que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron el patrimonio del no culpable, en el caso probado el empleo de fondos con que se adquirió el bien es un caso de subrogación real que no implica un aumento en el patrimonio sino su sustitución.

En un fallo anterior a la reforma, la Cámara Nacional Civil, Sala F, de fecha 27-7-61<sup>22</sup> concluyó también que se trataba de un caso de subrogación real por lo que, si se trata de bien ganancial que reconoce su origen en el empleo de dinero o fondos gananciales ya existentes cuando se produjo la separación el culpable tiene derecho a participar en la liquidación.

En cuanto a las mejoras, el cónyuge inocente puede realizarlas con posterioridad a la separación y dar así mayor valor al bien común. En tal caso, será el culpable excluido de participar en este aumento en el patrimonio.

## **XI. Divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho**

A partir de la ley 23.515, tanto el divorcio por presentación conjunta (arts. 205, 215 y 236, C.C.) como el que se funda en la interrupción de la convivencia matrimonial sin voluntad de unirse son divorcios por causas objetivas, el divorcio decretado ante la interrupción por los lapsos legales de la convivencia, tal como norman los artículos 204 y 214 inciso 2, implica que la separación de hecho ha preexistido al divorcio, pero, si no se ha introducido en el proceso la cuestión relativa a las causas, el divorcio se decretará sin atribución de culpabilidad y ninguno de los esposos conservara los derechos que la ley reconoce al que no dio causa al divorcio ni soportara las cargas que se imponen al cónyuge culpable.

## **XII. Posturas doctrinarias sobre la aplicación del artículo 1306, párrafo 3, en caso de que, dictado el divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho, la sentencia no se haya pronunciado acerca de la culpabilidad. Jurisprudencia. Plenarios**

Se suscitaron diversas posturas interpretativas ante el tenor del artículo dado por la ley 23.515, que introdujo la causal objetiva de “la interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse” por un término mayor de 2 y 3 años respectivamente para el caso de separación personal y divorcio vincular.

A primera vista, parecería que si el divorcio, o la separación personal, se decreta en razón de la causal objetiva de separación de hecho sin atribución de culpabilidad no opera la norma del artículo 1306 párrafo 3 que presupone la existencia de un debate previo y un pronunciamiento sobre la culpabilidad en la separación.

Llegado a este punto del mencionado artículo *in fine* surgiría un supuesto claro, el de los cónyuges divorciados por alguna de las causas que el Código establece en el artículo 202, habiendo un cónyuge declarado culpable y el otro inocente y también sin dudas se aplicaría cuando uno de los cónyuges ha invocado y probado su inocencia en los tramites del artículo 204 y 214 inciso 2.

Pero el juicio tramitado conforme los artículos mencionados en último término, y salvo que uno de los cónyuges alegue y pruebe no haber dado causa a la interrupción de la convivencia, habrá quedado probado el tiempo por el que los cónyuges vivieron separados de hecho pero será ajeno a toda cuestión sobre la culpabilidad.

Parecería también que, si el divorcio se decreta por la causal objetiva, no podrá hablarse de culpable o no de la separación de hecho y, en consecuencia, el artículo 1306, párrafo 3, no es aplicable. Por los efectos de cosa juzgada, no se admitirá controversia acerca de la atribución de culpas, se aplicaría el primer párrafo de dicho artículo y la sentencia retraerá la disolución de la sociedad conyugal al día de la notificación de la demanda o presentación conjunta de los cónyuges y que la ganancialidad de los bienes adquiridos durante el lapso en que los cónyuges

vivieron separados se mantiene. Esta postura es la sostenida por un fallo de la Cámara Nacional Civil, sala J, del 27-7-1993 en dicha sentencia se resolvió que, como en el juicio, a la luz del artículo 214 inciso 2 del Código Civil, no se había controvertido la cuestión acerca de cuál de los ex cónyuges había dado lugar a la separación, el divorcio se había decretado por la causal objetiva sin atribución de la culpabilidad, considerando inaplicable el párrafo 3 del artículo 1306, si no hubo declaración formal de culpabilidad mal puede sostenerse que esa culpabilidad, mutua o recíproca este presupuesta en la norma legal, máxime cuando según lo establecido en el párrafo 2 del artículo 204 aplicable al supuesto previsto por el artículo 214 inciso 2 los cónyuges tuvieron la posibilidad de alegar y probar no haber dado causa a la separación.

Si bien, al no haberse hecho esa alegación, no se otorga a ninguno de los ex cónyuges los beneficios que la ley acuerda al inocente, ello no implica que razonar a *contrario sensu* sea correcto.

### **1) Ninguno de los cónyuges participa de los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho**

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia sostiene que ninguno de los cónyuges en el caso en análisis participa sobre los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y ROVEDA<sup>23</sup> subrayan que la norma apunta a privar del derecho a los gananciales al culpable, cualquiera haya sido la conducta del otro; existe una similitud con la regla del artículo 3575 que rige la pérdida de la vocación sucesoria por la separación de hecho de los cónyuges. En la interpretación de la norma se debe tener presente el fundamento y sentido por encima de una excesiva literalidad no desviándose de la *ratio legis*, la base de la ganancialidad es la comunidad de vida y esfuerzos y no tiene sentido cuando ambos cónyuges son culpables. Los gananciales son comunes ante la presunción de la colaboración de ambos cónyuges, material y/o espiritual.

ZANNONI sostiene que, conforme el artículo 236 (ley 23.515) el divorcio por causales objetivas no implica atribuir culpa a ninguno de los cónyuges. En un proceso fundado en

23. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS - ROVEDA, ob. cit., p. 213.

esas causales objetivas no existe pronunciamiento relativo a los factores subjetivos de imputación, ni tampoco la ley atribuye efectos con fundamento en tales factores subjetivos.

No existe cosa juzgada que abarque un aspecto que escape a su contenido y alcances. Esta alternativa tiene la ventaja de permitir que los esposos acudan al procedimiento que evita el contradictorio basado en las causales del artículo 202 del Código Civil y no obstante poder más tarde, en ocasión de tramitar la liquidación de la sociedad conyugal, controvertir lo relativo a la subsistencia de las condiciones de ganancialidad en el marco del artículo 1306, párrafo 3 del Código Civil.

El mismo autor considera que prescindir de la aplicabilidad del artículo 1306, párrafo 3, puede conducir a una solución antifuncional, la *ratio legis* es clara: si bien el divorcio pronunciado por las causales objetivas no implica atribuir culpabilidad a ambos cónyuges, ellos quedan no obstante fuera de las previsiones de la ley en punto a los derechos que mantiene en beneficio de quien no dio causa al divorcio.

A esta conclusión llega luego de realizar una interpretación integradora recordando que el artículo 209 en materia de alimentos entre cónyuges ya separados, personalmente o divorciados, confiere un derecho al reclamo restringido a favor del cónyuge que no dio causa al divorcio, el derecho de solicitar que no sea liquidado ni partido el bien donde se radicaba el hogar conyugal solo es acordado al cónyuge que no dio causa al divorcio o a la separación personal, y tratándose de cónyuges separados personalmente ninguno conserva la vocación hereditaria en la sucesión del otro si la separación se dictó en los casos de los artículos 204, párrafo 1, 205, 211, 212 y 3574.

Para el supuesto de divorcio por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse hay un argumento: ninguno de los cónyuges, pudiendo hacerlo, alegó y probó no haber dado causa a la separación de hecho como autoriza la ley precisamente para dejar a salvo en su favor los derechos que la ley acuerda al cónyuge inocente (artículo 204, párrafo 2). Si no lo hicieron, ambos deben aceptar que ninguno gozará de esos derechos, entre los que se encuentran el de participar en los gananciales adquiridos por el otro después de que se interrumpió la convivencia. No es que ambos ex cónyuges puedan ser considerados culpables,

pero tampoco pueden pretender invocar a su favor los beneficios que la ley acuerda al inocente.

El artículo 1306, párrafo 3, constituye una sanción al cónyuge culpable de la separación de hecho, pero como ninguno de los ex cónyuges puede reivindicar no serlo, pues por hipótesis se abstuvo de alegar y probar que no consintió el abandono o que la interrupción de la convivencia no se produjo de común acuerdo, debe aceptar que carece del derecho a invocar el no haber dado causa a la separación de hecho y así pretender partir los gananciales adquiridos por el después de concluida la cohabitación. La razón de la participación en los gananciales en el sistema de comunidad se funda en la vida común y esfuerzos compartidos.

En el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 12 de febrero de 1986 que trató el tema de la incidencia de la separación de hecho en la vocación sucesoria entre cónyuges se sostuvo que la interpretación del art 3575 está íntimamente unida a la del art 1306, siendo la interrupción de la convivencia una decisión o responsabilidad común ambos esposos pierden recíprocamente su vocación sucesoria.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y ROVEDA<sup>24</sup> sostienen que recalcar sobre la objetividad de la causal para negar la aplicación del artículo 1306 no corresponde y efectúan el siguiente razonamiento:

El actual texto del párrafo final del art. 1306 fue introducido en el Código Civil por la ley 17.711 [...], su mención de la culpa se da dentro de un sistema donde no habían sido aceptadas las llamadas 'causales objetivas' (incluso el art. 67 bis de la ley 2393, incorporado por la misma ley 17.711, y que podía considerarse como una forma de 'divorcio remedio' hacía referencia a la culpa de ambos cónyuges). La reforma del régimen del divorcio y separación personal por la ley 23.515 coloca al art. 1306 *in fine* en un estado de inadecuación, que lo obliga a su reinterpretación [...] El camino interpretativo adecuado, entonces es indagar el fundamento y sentido del artículo 1306 *in fine* [...] sin aferrarse a la dialéctica objetividad-subjetividad como eje de análisis [...] b) [...] si analizamos el régimen de los arts. 204 y 205 con referencia a la culpa mencionada en el art. 1306, llegamos a la misma conclusión[...] La eliminación de los 'efectos de la culpa' que conte-

24. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS - ROVEDA, ob. cit., p. 219.

nía el [...] art. 67 bis ha sido más nominal que real. En el régimen de separación o divorcio por presentación conjunta de los arts. 205, 215 y 236, sin mencionarse la palabra *culpa* se le atribuyen en definitiva efectos similares a los de un divorcio o separación culpable: régimen alimentario restringido (art. 209) salvo expreso convenio, pérdida de la vocación hereditaria (art. 3475). O sea en esta cuestión la ley 23.515 cambió la etiqueta del régimen del artículo 67 bis, pero el contenido siguió siendo el mismo. Algo similar ocurre con la separación o divorcio por la causal de los arts. 204 y 214 inc. 2 es una causal objetiva porque no se discute ni se declara la culpa, pero sus efectos son similares a los de la separación o divorcio por culpa de ambos cónyuges salvo que se haya alegado y probado la inocencia de uno de ellos. Las instituciones jurídicas se comprenden y definen por los efectos que la ley les atribuye y no por el rotulo que se les coloca.

La Sala J de la Cámara Nacional Civil en un fallo del 27 -7-1993<sup>25</sup> sostuvo que, cuando la sentencia de divorcio se dicta por la causal objetiva de separación de hecho sin analizar las causas que la determinaron, pues ninguno de los cónyuges invocó no haber dado causa a la misma en los términos del artículo 214 inciso 2 del Código Civil, no se concede a ninguno de los dos esposos los beneficios que se otorgan al inocente.

El plenario de la Cámara Nacional Civil del 29-9-1999, por mayoría, como ya adelantara, se pronunció por la pérdida del derecho a participar en los gananciales adquiridos durante la separación personal para ambos cónyuges:

Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los artículos 204 y 214, inciso 2 del Código Civil, sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el tercer párrafo del artículo 1306 del Código citado, respecto de los bienes adquirido durante la separación de hecho.

## **2) Participación de ambos cónyuges en los bienes gananciales adquiridos durante la separación hasta la disolución de la sociedad conyugal.**

BELLUSCIO y MAZZINGHI consideran que el régimen de ganancialidad continúa y no se aplica el artículo 1306 *in fine* cuando el divorcio o separación personal se decretó por culpa de ambos, fundándose en que la norma se refiere a la no participación del culpable sobre los bienes adquiridos por el que no es culpable, aplicándose sólo al supuesto donde hay un culpable y un inocente, no dos culpables, y que, siendo una excepción al principio de ganancialidad, debe ser interpretada de manera restrictiva.

El artículo 1306 *in fine* considera la culpa (elemento subjetivo) para privar a los cónyuges separados de hecho de la participación de los bienes adquiridos por el otro, siendo que la separación por sí no pone fin a la ganancialidad. El régimen establecido desde la ley 23.515 en los artículos 204 y 214 inciso 2 es de carácter objetivo y prescinde de la culpa, la sentencia no juzga sobre las causas que dieron origen a la interrupción de la convivencia. Las partes, al optar por esta vía de separación personal o divorcio, no podrán pretender en la liquidación la aplicación del último párrafo del artículo 1306 que presupone una declaración sobre la culpa.

## **XIII. Adquisición de inmuebles en el lapso comprendido entre la notificación de la demanda de divorcio o la presentación conjunta y la sentencia de divorcio vincular**

El bien adquirido en el lapso entre la traba de la *litis* hasta que la sentencia quede consentida, teniendo presente el efecto retroactivo del 1306, se puede presumir que reviste el carácter propio o personal del adquirente.

Al ser una presunción resulta conveniente hacer una calificación del supuesto de hecho de que se trata y con el fin de dar una mayor seguridad jurídica a los contratantes y terceros.

El I Congreso de Derecho Notarial<sup>26</sup> de la Universidad de Morón sostuvo:

26. I Congreso de Derecho Notarial, Universidad de Morón, 2002.

[...]en las escrituras de adquisición que otorguen individualmente los cónyuges, en la etapa de interposición de la demanda de divorcio vincular o separación legal notificada al otro por presentación conjunta y la sentencia, se recomienda efectuar las siguientes menciones individuales: iniciación del juicio, juzgado y secretaria y carácter de la demanda mencionando que una vez firme la sentencia se instrumentara por nota marginal o escritura aclaratoria la constancia de la fecha en que se dictó sentencia y su notificación.

Esta última apreciación ha merecido algunas críticas. Cristina N. Armella<sup>27</sup> nos ejemplifica:

Es habitual que una persona con sentencia de separación personal o divorcio vincular firme, la que puede invocar y justificar documentalmente a los efectos de celebrar un negocio jurídico con eficacia real con respecto a un inmueble le presente a un escribano su título de propiedad que al ser calificado se advierta que lo ha adquirido en el período que abarco el efecto retroactivo de la sentencia. Una primera aproximación parece despejar las dudas ante la aplicación de la presunción de que el efecto retroactivo de la sentencia (art. 1306) hace que el inmueble así adquirido no revista el carácter de ganancial sino de propio de libre disponibilidad por parte de su titular dominial.

Pero esta primera aproximación se desvanece si observamos los efectos de la subrogación real de tal modo si para la adquisición del inmueble el comprador ha usado dinero ganancial proveniente del tiempo durante el cual ha mantenido vigente su vínculo matrimonial el bien de reemplazo mantendrá ese carácter e integrara la masa de gananciales partible. Si el dinero usado ha sido propio deberá constar en el texto de la escritura y el bien no integrara la masa partible y será de libre disponibilidad.

En tal sentido, si la adquisición ha sido con dinero *propio*, considero conveniente seguir cumpliendo los requisitos del artículo 1246, hasta el tiempo en que la sentencia recaída en juicio quede firme.

27. ARMELLA, Cristina N., Presentación al *XLIX Seminario Laureano Arturo Moreira*, 2005.

La XXX Jornada Notarial Bonaerense<sup>28</sup> resolvió:

El artículo 1246 con referencia a la posibilidad de determinar la subrogación real del carácter propio del bien que se adquiere:

- 1) Es aplicable a ambos cónyuges y a cualquier clase de bienes registrables.
- 2) La omisión o insuficiente declaración de origen del dinero utilizado en la adquisición puede subsanarse por vía notarial con una escritura complementaria aclaratoria.
- 3) Ese acto debe contener la declaración precisa y circunstanciada por parte del cónyuge que subsana su título de adquisición de cómo el dinero le corresponde.
- 4) La participación del otro cónyuge no titular es conveniente pero no necesaria.

Si el cónyuge en vías de separación personal o divorcio vincular, al abonar el precio de compraventa, no hace mención del origen del dinero, ello puede generar dudas ante una posible subrogación por el empleo de fondos gananciales. Tal como señala Falbo<sup>29</sup>:

Mientras no esté liquidada la sociedad conyugal y adjudicados todos los bienes, puede ocurrir que se enajene un bien ganancial y con el dinero recibido en pago del precio de la venta se adquiriera otro inmueble. En tal supuesto aun cuando este disuelta la sociedad conyugal, el bien que se adquiere con el dinero ganancial sigue revistiendo igual carácter por aplicación del principio de reinversión.

En conclusión, los efectos de la disolución de la sociedad conyugal hacen cesar la ganancialidad, se actualiza la comunidad y quedan los ex cónyuges habilitados para solicitar la liquidación de la masa ganancial. En las adquisiciones posteriores a la disolución, la presunción del artículo 1271 se invierte, se considera que son propios salvo prueba de que son gananciales por inversión de fondos gananciales existente con anterioridad a la disolución por subrogación real o por ser el título de adquisición anterior a dicha disolución.

28. XXX Jornada Notarial Bonaerense, Villa Gesell, 1995.

29. FALBO, Miguel N. Seminario Laureano A. Moreira, 1995.