

La extinción de la comunidad de ganancias y el cese de la separación de bienes

El régimen proyectado en el Código Civil y Comercial de la Nación

NORA LLOVERAS⁽¹⁾



1. Extinción de la comunidad y cese de la separación de bienes

En el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012 se modifican los principios y ejes que lucen en el derecho vigente, en referencia también al régimen patrimonial matrimonial. Así, la igualdad de los cónyuges preside de un modo especial la regulación del régimen patrimonial, entendiéndose que están en consonancia y paridad para ejercer la autonomía personal, en un sistema acorde al matrimonio que celebran o transcurren.

De la mano de la igualdad, aparece la solidaridad familiar, que impide que esa igualdad rompa o traspase límites que conciernen a derechos fundamentales de las personas: la protección al más débil será una herramienta de solución de conflictos en el derecho reglamentario patrimonial matrimonial.

(1) Profesora titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Ex vocal de la Cámara 5^{ta} de Apelaciones Civ. y Com. de Córdoba.

El Título II del Libro Segundo del proyecto —“Régimen Patrimonial del matrimonio”, arts. 446 a 508— despliega las normas del régimen patrimonial del matrimonio, habiendo mejorado la redacción de textos, suprimido normas ya históricas —o términos en desuso—, y recogiendo soluciones de la doctrina y la jurisprudencia que atienden a las posibilidades de abordar con el máximo criterio de equidad los conflictos económicos de los cónyuges.

El Capítulo I, que se destina a las disposiciones generales, está integrado por los arts. 446 a 462 (convenciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio, disposiciones comunes a todos los regímenes).

El Capítulo II comprende los arts. 463 a 504, y contempla el ordenamiento íntegro del régimen de comunidad, con un claro objetivo superador de los déficits del sistema vigente.

El Capítulo III abarca los arts. 505 a 508 e innova rotundamente en cuanto al régimen ordinario, implantando el régimen de separación de bienes como elección que depende de la iniciativa de los contrayentes o cónyuges.

Perfilándose dos regímenes ordinarios, el de comunidad de ganancias y el de la separación de bienes, cabe aclarar que la **disolución** del régimen en el Proyecto se destina a la extinción de la comunidad (art. 475); y que, en cambio, se reserva para el régimen de separación de bienes la expresión **cese del régimen** (art. 507). Ambas resultan voces esclarecedoras de las notas distintivas entre dos conjuntos normativos que son sustancialmente diferentes—más allá de un régimen común que los abarca en la órbita de la protección de los derechos básicos—, la comunidad de ganancias y la separación de bienes.

1.1. Extinción de la comunidad: causas

La extinción del régimen de comunidad opera por las causas que la ley dispone, que son taxativas (Proyecto CCyC, art. 475).

La comunidad se extingue por:

- a. la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- b. la anulación del matrimonio putativo;
- c. el divorcio;
- d. la separación judicial de bienes;
- e. la modificación del régimen matrimonial convenido.

En relación al derecho vigente, la norma mejora la redacción y la organización de las causas de extinción, insertándolas en un solo dispositivo que organiza cualitativamente el régimen, superando al anterior.

A las causas de disolución de la comunidad ya reguladas —la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, la anulación del matrimonio putativo, el divorcio o la separación judicial de bienes—, agrega la modificación del régimen matrimonial convenido.

Es que lo novedoso en el sistema que exponemos es la opción por un régimen diferente al de comunidad, o la mutación posible del régimen de comunidad por el de separación de bienes —o el cambio del de separación de bienes por el de comunidad de ganancias—.

La opción queda reservada a las personas mayores de edad (art. 450).

Esta elección y posible mutación de un régimen patrimonial obliga a incluir entre las causas de disolución del régimen de comunidad la mutación de régimen: se extinguirá el régimen de comunidad si vigente él, se modifica y sustituye por el régimen de separación de bienes.

Por otra parte, dentro de la causal de separación judicial de bienes, se incorpora una novedad relevante, que es la solicitud de tal separación si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse (art. 477, inc. c).

No se encuentra entre las causas de disolución del régimen patrimonial la sentencia de separación personal —art. 201 y cc. CC—, que ha sido excluida del Proyecto.

1.2. Causas de extinción de la comunidad: clasificación

Las causas o hipótesis previstas de manera taxativa para disolver el régimen de comunidad de ganancias en el art. 475 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 pueden sistematizarse según que operen en sede judicial o en el ámbito extrajudicial.

Desde otro ángulo, estas causas pueden ordenarse según que la extinción del régimen de comunidad opere de pleno derecho o a petición de parte. Las reseñamos.

I. Causas judiciales y extrajudiciales de extinción de la comunidad.

Las causas judiciales son la anulación del matrimonio, el divorcio, la separación judicial de bienes y la muerte presunta.

Las causas extrajudiciales son la muerte y la modificación del régimen de comunidad vigente entre los cónyuges.

II. Causas de extinción de la comunidad que operan de pleno derecho o a petición de parte.

Las causas que operan de pleno derecho son la muerte declarada o presunta, el divorcio y la nulidad del matrimonio.

Las causas que operan a petición o requerimiento de parte son las que pueden fundar la separación de bienes —cambio de régimen, mala administración, concurso, quiebra, la separación sin voluntad de unirse y la administración de bienes por un tercero—.

La contribución más relevante del sistema proyectado, en el área de la extinción de la comunidad, es la incorporación de dos nuevos motivos: la modificación del régimen matrimonial convenido por los cónyuges (art. 475, inc. e) y la separación judicial de bienes peticionada por el cese de la cohabitación (art. 477, inc. c).

1.2.1. La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges

En caso de muerte (art. 93) o de muerte con presunción de fallecimiento (arts. 85 y ss.), se prevé expresamente cuál es la fecha de extinción de la comunidad de ganancias.

Debe entenderse que en ningún supuesto de los legislados en el art. 476 —muerte y muerte presunta—, puede convenirse la continuidad de la comunidad de ganancias, lo que logra superar viejas discusiones y criterios encontrados.

El art. 476 Proyecto CCyC, explicita que en caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento.

En la hipótesis de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción de la comunidad se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento.

Se clarifica la causal de muerte presunta, en tanto se establece que el día presuntivo del fallecimiento fijado en la sentencia opera la disolución de la comunidad de pleno derecho, y con ello, se dejan sin efecto los arts. 1307 a 1311, CC, y la última parte del art. 30, ley 14.394, que tantas controversias generaron en el derecho anterior.

También se supera el debate sobre el efecto del nuevo matrimonio que contrajera el cónyuge presente, y sobresale que se deja sin efecto el

llamado derecho de opción de los cónyuges a continuar la comunidad después de la disolución (art. 476).

1.2.2. *La anulación del matrimonio putativo*

Se establece en general, en este punto, que la nulidad del matrimonio putativo produce la extinción del régimen matrimonial, sea convencional o legal supletorio (arts. 428 y 429). La sentencia de nulidad de un matrimonio celebrado por los dos contrayentes de buena fe, y de un matrimonio celebrado solo por uno de los contrayentes de buena fe, disuelve el régimen patrimonial matrimonial al que hubieren estado sometidos.⁽²⁾

El matrimonio putativo, atrapado en el art. 427 Proyecto CCyC que conceptualiza la buena fe —innovando sobre el art. 224 del CC que define la mala fe—, es el que se ha contraído desconociendo, uno o ambos cónyuges, que mediaba un impedimento que podía acarrear la nulidad: la sentencia de nulidad de ese matrimonio declarará a uno o a ambos cónyuges de buena fe.

La innovación principal en el matrimonio putativo en cuanto al régimen patrimonial es que si los contrayentes hubieren efectuado la opción de un régimen patrimonial —posible en el Proyecto, art. 446, inc. d—, impactará frente a la nulidad de las nupcias, ya que si se eligió un régimen de separación de bienes cada uno retirará sus bienes, y si han estado sujetos a la comunidad de ganancias, la salida es la división por mitades que ya prevé el art. 221 CC según las reglas del sistema.

No todos los supuestos de nulidad matrimonial, tienen subsistente un régimen patrimonial, exigiéndose que se trate de un matrimonio putativo —ambos o un cónyuge de buena fe— para impactar en el sistema de división de bienes.

Obsérvese que el matrimonio anulado por mala fe de ambos cónyuges no produce efecto alguno, art. 430 Proyecto CCyC.

(2) En la nulidad del matrimonio se suprime todo derecho alimentario, pero se admite solicitar las prestaciones compensatorias de los arts. 441 y 442 Proyecto CCyC (art. 428, 3er. párr.). Se exige que la situación en la que queda uno de los cónyuges del matrimonio anulado con referencia al otro debe ser desequilibrada económicamente, esto es, que uno permanezca en condiciones adversas. En ningún caso se conserva derecho alimentario.

Por otra parte, se clarifica la causal de extinción de la comunidad por la nulidad del matrimonio:⁽³⁾ el matrimonio putativo es causal de disolución de la comunidad de ganancias que subsistió —más allá de los debates sobre la configuración o no de un matrimonio—.

En la hipótesis de haber estado regidos por el régimen de comunidad, los efectos de la disolución de la comunidad operan hacia el futuro, debiendo procederse a la liquidación y partición de la masa de bienes que existen a la fecha de la nulidad, como también respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a ella, ya que con la extinción de la comunidad cesan las condiciones de ganancialidad de los bienes que ingresen posteriormente, salvo las adquisiciones que se hiciesen en el marco de lo previsto por el art. 465 Proyecto CCyC.

Consignamos las hipótesis previstas en los arts. 428, 429 y 430 del Proyecto.

1.2.2.1. Ambos cónyuges de buena fe (art. 428)

Si ambos cónyuges son de buena fe, los efectos del matrimonio son válidos hasta el día en que se declara la nulidad, y la sentencia firme de nulidad disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio (428), con los efectos retroactivos previstos en el art. 480, es decir, a la fecha de notificación de la demanda.

La comunidad se extingue en el matrimonio putativo en que existe buena fe de ambos cónyuges, —siguiendo al art. 221 CC—, dividiéndose los bienes por mitades según las pautas que rigen el sistema de comunidad.

Cabe aclarar que se ha previsto como efecto de la nulidad matrimonial las compensaciones económicas, con el objeto de equilibrar el desajuste económico que pueda sufrir alguno de los cónyuges a consecuencia de la crisis conyugal.

1.2.2.2. Uno de los cónyuges de buena fe (art. 429)

Si uno de los cónyuges es de buena fe, los efectos del matrimonio son válidos solo respecto al cónyuge de buena fe, y hasta el día de la sentencia

(3) El Proyecto elimina, en la regulación de los actos jurídicos, la clasificación de actos nulos y anulables que realiza el CC en los arts. 1045 y 1046. Así, bajo el Capítulo 9, denominado "Ineficacia de los actos jurídicos", estipula, en el art. 382, que: "Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su oponibilidad respecto de determinadas personas". La ley refiere solo los matrimonios afectados de nulidad absoluta (art. 215 CC) y de nulidad relativa (art. 220 CC). Esta es la clasificación mantenida por el Proyecto CCyC (arts. 424 y 425).

que declare la nulidad, y la sentencia firme de nulidad disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio (art. 429, Proyecto CCyC).

El cónyuge de buena fe titulariza tres opciones en cuanto a la extinción del régimen de comunidad:

- I considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes;
- II liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad
- III exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente.

En síntesis, respecto a la división de bienes, si el matrimonio putativo se hubiera celebrado según el régimen de comunidad de ganancias, los efectos de la buena fe operan solo respecto al cónyuge que la ostenta —como en el sistema y opciones del actual art. 222 CC—.

El cónyuge de buena fe puede direccionar su voluntad frente a la nulidad del matrimonio por alguno de los siguientes caminos jurídicamente admitidos: a) utilizar las normas del régimen de separación de bienes; b) dividir por mitades, como en el régimen de comunidad; c) requerir que se acrediten los aportes efectuados por cada uno de los cónyuges del matrimonio anulado, para repartir o prorratar en proporción tales aportes, adjudicándose a la situación el tratamiento de una sociedad no constituida regularmente.

De modo independiente a la extinción de la comunidad, también el cónyuge de buena fe ostenta en el Proyecto la facultad de petionar: a) compensaciones económicas —arts. 441 y 442—, computándose el plazo de seis (6) meses previsto —art. 442, *in fine*— a partir de la sentencia que declara la nulidad; b) revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe; c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.

1.2.2.3. Los dos cónyuges de mala fe (art. 430)

El art. 430 Proyecto CCyC reitera, en lo principal, la solución que se otorga en el art. 223 CC a idéntica situación, en punto a que si ambos cónyuges son de mala fe, esta unión no puede provocar efecto alguno, y la solución para la distribución y atribución de los bienes también coincide con el sistema derogado: si existieron aportes deben probarse.

Expresamente, se prevé que las convenciones matrimoniales quedan sin efecto sin perjuicio de los derechos de terceros.

Por una parte, en el texto del art. 430 proyectado desaparece la mención que equilibraba la falta de efectos del matrimonio celebrado de mala fe por ambos cónyuges al concubinato.

Desde hace tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia intentan excluir las expresiones peyorativas que descalifican uniones o parejas estables, que sancionan las que no sean conforme al modelo original de familia presente en el Código civil originario, y sus transformaciones.

Y, de modo preponderante, la supresión descalificadora de **concubinato** explica justamente que se legislan en el Libro Segundo las uniones convivenciales como nuevas formas familiares.

En relación a los bienes adquiridos hasta la sentencia de nulidad, la solución acuerda con la norma derogada, aunque cualitativamente la redacción es superadora: se deben probar los aportes efectuados.

Si se acreditan aportes por ambos, los bienes adquiridos durante la unión, respecto a la que recae la sentencia de nulidad, se dividirán como si se tratase de una sociedad irregularmente constituida. Si solo se acreditan aportes por uno de ellos, obviamente la solución será más simple.

1.2.3. *El divorcio*

En el sistema proyectado se instaura un nuevo abordaje de la crisis matrimonial.⁽⁴⁾

Intentando superar los obstáculos que se registran en los diversos procesos sobre el tema, se proyecta una sola vía para acceder al divorcio: una judicial.⁽⁵⁾

(4) LLOVERAS, NORA, "El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil", en Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, número especial, Bs. As, Abeledo-Perrot, 2012-II, 20/06/2012, p. 16 y ss.

(5) También podría haberse posibilitado el divorcio en sede administrativa en determinadas condiciones, idea que aseguraba los derechos fundamentales de los cónyuges al exigirse el patrocinio letrado, pero no obtuvo consenso general en la etapa de trabajo. La posibilidad de solicitar el divorcio ante la misma autoridad administrativa de celebración del matrimonio o el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas del último domicilio conyugal, a elección de los peticionantes, no fue admitida en el anteproyecto. Sobre el tema se estudiaron las regulaciones de algunos países que ya llevan muchos años con este sistema tal como el Código Civil del Distrito Federal de México (art. 272), Cuba,

Los grandes ejes en el sistema de divorcio esbozado evidencian una nueva mirada y particularmente una visión pacificadora de la familia post-divorcial.

Consignamos que la crisis matrimonial en el Proyecto:

- a. Se aborda exclusivamente por el camino del divorcio —no ya de la separación personal, la que no aparece en los textos proyectados—.
- b. El divorcio es judicial —**únicamente**— .
- c. El divorcio es incausado —se consagra el divorcio remedio, por lo cual no se declara responsabilidad o culpa de uno o ambos cónyuges—.
- d. El divorcio opera por decisión de uno o ambos cónyuges —previéndose el convenio regulador de los efectos—.
- e. El divorcio se tramita sin plazos de espera.

Desde esta nueva regulación, el divorcio perfilado genera la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Queda claro que la petición del divorcio puede ser unilateral o bilateral, indistintamente, en cuya virtud la referencia a presentación conjunta alude a que ambos cónyuges interpongan juntos la demanda de divorcio (art. 437 Proyecto CCyC) —no se reitera la actual presentación conjunta de los cónyuges en el divorcio causado, quedando clara la expresión utilizada en la norma—.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación (art. 480, 2º párr., Proyecto CCyC).

Se ha generado una facultad relevante para el juez del divorcio, en punto a que pueda modificar ese efecto retroactivo: se consigna en la norma la retroactividad de efectos a la fecha de notificación de la demanda o de presentación conjunta por los dos cónyuges de la petición de divorcio, o a la fecha de la separación de hecho que precedió al divorcio, o, se suma, según la mirada del juez, la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

y otros más recientes como Japón, Portugal, Colombia, Brasil. En algunos de estos países se perfecciona ante Escribano Público. Empero, se coincide con aquellas regulaciones que optan por el Registro Civil, pues resulta un medio más expeditivo y accesible.

1.2.4. La separación judicial de bienes

La separación judicial de bienes es una acción autónoma que persigue la cesación del régimen de comunidad de ganancias sin disolver el vínculo matrimonial.

Estaba ya inserta en el Código Civil del S. XIX, legitimándose a requerirla solo al cónyuge inocente, sumándose las hipótesis en que la mujer podía requerirla cuando el marido era declarado insano y el curador resultaba un tercero; y ante la mala administración o concurso del marido que la pusiera en situación eventual de perder los bienes propios dentro del marco del sistema instituido originariamente de administración marital (arts. 1294 y cc., CC).

Desde el año 1968, por imperio de la ley de reformas al Código Civil —17.711—, el art. 1306 prevé en su primer párrafo que la sentencia de divorcio provoca la disolución de la sociedad conyugal. Hasta esa época no se había introducido el divorcio vincular de modo sistemático.

También mediante esa reforma se incorpora en los arts. 1276 y 1277 del cuerpo legal un nuevo sistema de gestión de los bienes en la sociedad conyugal: la administración separada de las masas de bienes por ambos cónyuges, reiterándose la responsabilidad separada de los esposos que se rige por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357.⁽⁶⁾ Esta reforma originó serios debates a propósito de la subsistencia o no de la causal de separación de bienes mencionada en el entonces 1294 CC.

Esta situación se precisa en parte por la ley 23.515 de reformas al Código Civil, del año 1987, que ya introduce el divorcio vincular en forma ordinaria y general como posibilidad, manteniendo la separación personal no disolutoria del vínculo, en el marco de un divorcio dual: el divorcio sanción y el divorcio remedio, con causas establecidas al efecto de naturaleza subjetiva y de naturaleza objetiva.

Esta ley reiteró en parte, y reformuló, el art. 1294 referido, lo que también generó arduos debates en el campo autoral y jurisprudencial: mientras algunos sostienen que carece de utilidad frente a un régimen de administración

(6) LLOVERAS, NORA, "Comentario a la ley 11.357. Ampliación de la capacidad civil de la mujer", en Bueres (dir) y Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2011, t. 7, Normas Complementarias, p. 359 y ss.

separada, otros entienden que el art. 1294 podía proteger situaciones de difícil resolución. Desde otra óptica, se estima también que la causal en examen preventiva del interés familiar, entre otros.

En el art. 477 del Proyecto —por referencia al art. 475— se renueva la causal de separación judicial de bienes, y se unifica en una sola norma las posibilidades de solicitarla —arts. 1289, 1290 y 1294 CC—.

Conforme al ordenamiento esbozado, puede extinguirse la comunidad por separación judicial de bienes por decisión y petición de uno de los cónyuges en el ámbito de la autonomía personal patrimonial del matrimonio: el cónyuge del mal administrador, el cónyuge del concursado, el cónyuge del fallido, el cónyuge separado de hecho o el cónyuge que no es el curador del otro, o se excusa o cuestiona la designación de un tercero curador.

La separación de bienes produce, entonces, la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480, Proyecto CCyC).

El juez queda facultado para modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

Referimos las causas que pueden fundar la demanda de separación judicial de bienes, requerida por un cónyuge, en expresa mención del enunciado del art. 477, Proyecto CCyC.

Ellas son: la mala administración del otro⁽⁷⁾ que acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;⁽⁸⁾ el concurso

(7) *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 1989. Comisión N° 5: Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono. I. Respecto a la causa de mala administración. Punto 2. Fundamento.

(8) *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 1989. Comisión N° 5: Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono. I. Respecto a la causa de mala administración. Punto 3. Aspectos procesales. b) Prueba: "La mala administración puede probarse por todos los medios, incluso la confesión. Es suficiente el allanamiento, siempre que el juez advierta que la acción no es un mero instrumento para alterar el régimen de sociedad conyugal, que en nuestro Derecho tiene carácter forzoso".

preventivo⁽⁹⁾ o la quiebra del otro cónyuge;⁽¹⁰⁾ cónyuges⁽¹¹⁾ separados⁽¹²⁾ de hecho⁽¹³⁾ sin voluntad de unirse;⁽¹⁴⁾ designación de curador del otro cónyuge en un tercero por la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges.

1.2.5. La modificación del régimen matrimonial convenido

Esta previsión es una nueva causal de extinción de la comunidad, que responde al régimen proyectado: los cónyuges o contrayentes pueden optar por el régimen de separación de bienes, y se prevé el régimen supletorio de comunidad de ganancias para la hipótesis de falta de opción.

La elección expresa o tácita del régimen patrimonial, no es inmutable. Por eso puede disolverse el régimen de comunidad por los cónyuges, al optar por transitar hacia el régimen de separación de bienes.

(9) El art. 717, 2º párr., Proyecto CCyC, prevé expresamente que si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, es competente el juez del proceso colectivo.

(10) Puede verse el voto de Kemelmajer de Carlucci, sobre el tema. "De La Roza de Gaviola en Gaviola, Alberto suc.", SCMendoza, Sala I, 10/11/92. Véase también KEMELMAJER DE CARLUCCI, ALDA, "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", Academia Nacional del Derecho, 2001, p. 385. En la misma línea: ARIANNA, CARLOS, "Disolución de la sociedad conyugal", en Lagomarsino y Salerno (dirs.), *Enciclopedia de derecho de familia*; Bs. As., Universidad, 1992, t. I, p. 905.

(11) CNCiv, en pleno, Fallo Plenario "C., G. T. c/ A., J. O. s/ Liquidación de sociedad conyugal", 29/09/99, en LL, 199-F-3; JA 2000-I-557; ED 185-374 y RDF 2000, n° 16, p. 187. Se sostuvo, en lo pertinente, que "sería incongruente que en el sistema de nuestra ley la vida separada acaree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal (...) c) Debe repararse en que si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso matrimonial (...) d) en suma, si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamentos en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ello tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho".

(12) CCiv. y Com., arts. 432, 433, 466, 467, 480, 489, 641.

(13) ARIANNA, CARLOS, "Separación de hecho y sociedad conyugal", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 46, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, p. 2 y ss. Explica que las causas del mantenimiento prolongado de esta situación fáctica pueden obedecer a distintos factores, entre ellos la falta de medios económicos para afrontar los costos del divorcio o de coincidencia temporal en la decisión de poner fin al matrimonio.

(14) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed. actualiz. y amp., Bs. As., Astrea; 2006, t. 1, p. 702 y ss.

Esta posibilidad de los cónyuges no está permitida en el derecho vigente, en que el régimen de comunidad de ganancias es único, legal, imperativo y de orden público.

En el nuevo sistema proyectado, los cónyuges pueden convenir la disolución de la comunidad de ganancias a fin de sujetarse a otro régimen patrimonial, como es la separación de bienes.

Recuérdese que, por convención matrimonial, los contrayentes pueden por escritura pública —o por instrumento privado homologado por el juez, art. 448 Proyecto CCyC— elegir alguno de los regímenes matrimoniales previstos en dicho Proyecto (arts. 446 inc. d). Se agrega que, a falta de opción, los cónyuges quedan sujetos al régimen de comunidad (art. 463).

Una vez celebrado el matrimonio conforme al art. 449, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges, después de un (1) año de aplicación del régimen patrimonial convencional o legal, por escritura pública.

Tanto en la opción originaria de los contrayentes por un régimen patrimonial (art. 448 proyectado), o cuando se modifica el régimen patrimonial ya elegido durante el matrimonio (art. 449 proyectado), para que produzca efectos respecto a terceros debe anotarse marginalmente en ambos casos en el acta de matrimonio.

En todo supuesto, los acreedores anteriores a la fecha de cambio del régimen que invoquen un perjuicio por tal mutación, pueden requerir que ese cambio de régimen sea inoponible a ellos en el término de un año desde que conocieron la transformación (art. 449 *in fine*, Proyecto CCyC).

La hipótesis de extinción de la comunidad de ganancias por cambio de régimen patrimonial comprende los siguientes pasos:

- a. Los cónyuges están sujetos al régimen de comunidad de ganancias.
- b. Ambos deciden finalizar ese régimen de comunidad y trasladarse al régimen de separación de bienes.
- c. Los requisitos exigidos para la mutación de régimen son: i) que haya transcurrido un (1) año desde la aplicación del régimen patrimonial de comunidad; ii) que el cambio de régimen se efectúa a través de una escritura pública —para algunos debe agregarse instrumento privado homologado por el juez—; iii) para ser oponible a terceros, debe anotarse marginalmente el cambio de régimen en el acta de matrimonio; iv) que sean personas mayores de edad.

Puede afirmarse, entonces, que no existe disolución de la comunidad fundada en el convenio o acuerdo de los cónyuges, salvo la hipótesis de modificación de régimen matrimonial.

El art. 449, Proyecto CCyC permite que los cónyuges elijan el régimen patrimonial al que se sujetarán, y la circunstancia de que los cónyuges puedan elegir —el régimen de comunidad o el de separación de bienes—, es una opción mutable, por diversos motivos, por lo cual se introduce entre las causas de extinción de la comunidad “la modificación del régimen convenido” (475. inc. e): los cónyuges transitan desde la comunidad de ganancias como régimen patrimonial, al de separación de bienes.

El momento en que comenzarán a regir los efectos se ha previsto claramente: desde la fecha de la inscripción de la modificación del régimen en el acta de matrimonio.

No existe una previsión clara en la norma que regule o fije la fecha desde la cual tiene efectos entre los cónyuges el cambio de régimen, como sí acontece en otros sistemas.⁽¹⁵⁾

El momento en que comenzarán a regir los efectos entre las partes o los cónyuges, entendemos que es la fecha del acto por el que se muta el régimen, que dependerá por qué vía se haya operado: la escritura pública o desde la fecha de la sentencia que homologa judicialmente el instrumento privado que muda el régimen.

El cambio de régimen se efectúa, entonces, a través de una escritura pública —para un sector debió preverse **por instrumento privado homologado por el juez**—; y para ser oponible a terceros debe anotarse marginalmente el cambio de régimen en el acta de matrimonio.

La fecha desde la que debe reputarse disuelta la comunidad de ganancias, cuando se muta al régimen de separación de bienes respecto a terceros, es la de su inscripción en el Registro Civil —anotación marginal en la partida— (art. 449, Proyecto CCyC).

Entre los cónyuges, el cambio de régimen puede operar efectos desde la escritura pública o desde la fecha de la sentencia que homologa judicialmente

(15) El art. 433 del Código de Quebec establece en su segundo y tercer párrafo que “La modificación del régimen efectuada durante el matrimonio produce efectos desde el día del acto en que se hace constar. No se puede estipular que el régimen matrimonial o su modificación tengan efectos en otra fecha”.

el instrumento privado que muta el régimen, que expresa la remisión a la fecha del acto que concreta el cambio de régimen patrimonial.

1.3. Fecha desde la que debe reputarse disuelta la comunidad de ganancias

El momento de extinción de la comunidad de ganancias, depende de la causa en que se funde (arts. 475, 476 y 480).

Analizamos cada causa de extinción de la comunidad en los supuestos previstos en el art. 475.⁽¹⁶⁾

1.3.1. Muerte

En caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento (art. 476).

1.3.2. Muerte presunta

En la hipótesis de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción de la comunidad se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento (art. 476).

1.3.3. Anulación, divorcio y separación de bienes

La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480).

1.3.4. Nulidad del matrimonio

Para que impacte en el régimen de bienes debe tratarse de un matrimonio putativo —ambos o un cónyuge de buena fe—.

Si ambos cónyuges son de buena fe, o uno de ellos es de buena fe, los efectos del matrimonio son válidos hasta el día en que se declara la nulidad. La sentencia firme de nulidad disuelve el régimen de comunidad (arts. 428, 429), con efectos retroactivos previstos en el art. 480, es decir a la fecha de notificación de la demanda.

Si ambos cónyuges son de mala fe, la unión no puede provocar efecto alguno, y la solución para la distribución y atribución de los bienes remite a la acreditación de aportes en el marco de una sociedad no constituida regularmente.

(16) Véase SOLARI, NÉSTOR E., "El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil," en Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, número especial, Bs. As, Abeledo-Perrot, 2012-II, 20/06/2012 p. 10 y ss.

1.3.5. *Divorcio*

El divorcio genera la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 437).

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

Se ha generado una facultad relevante para el juez del divorcio, en punto a que pueda modificar ese efecto retroactivo: se consigna en la norma la retroactividad de efectos a la fecha de notificación de la demanda o de presentación conjunta por los dos cónyuges de la petición de divorcio, o a la fecha de la separación de hecho que precedió al divorcio, o se suma, según la mirada y valoración del juez, la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

1.3.6. *Separación de bienes*

La separación judicial de bienes produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480).

El juez queda facultado para modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

1.3.7. *Separación de hecho anterior a la anulación o al divorcio*

Destacamos la hipótesis de la separación de hecho anterior a la anulación o al divorcio, por separado dentro del art. 480 citado, ya que es una previsión relevante.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación (480, 2° párr.).

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho (480, 3° párr.).

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito (480, 4° párr.).

1.3.8. Separación judicial de bienes

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los arts. 505, 506, 507 y 508, que es el sistema previsto para ese régimen (480, 5º párr.).

1.4. La modificación del régimen patrimonial matrimonial

La fecha desde la que debe reputarse disuelta la comunidad de ganancias, cuando se muta al régimen de separación de bienes respecto a terceros, es la de su anotación marginal en el acta de matrimonio en el Registro Civil (art. 449).

Entre los cónyuges el cambio de régimen puede operar efectos desde la escritura pública por la que se modifica el régimen, o desde la fecha de la sentencia que homologa judicialmente el instrumento privado que muta el régimen de comunidad a separación de bienes —que no está previsto expresamente—.

1.5. Cese de la separación de bienes

1.5.1. Consideraciones generales

El régimen de separación —como se consigna en los Fundamentos— está presidido por el principio de libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge, con las limitaciones previstas en el Título referido a los actos que requieren asentimiento y al deber de contribución. Se dispone el principio de libertad probatoria para demostrar la propiedad exclusiva de un bien. La idea comunitaria ingresa al régimen de separación al establecerse que si no se puede acreditar la propiedad exclusiva, se presume que el bien pertenece a ambos cónyuges por mitades.⁽¹⁷⁾

El principio de la autonomía de la voluntad se admite dentro del régimen patrimonial del matrimonio, y los cónyuges ejercen cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio: pueden optar

(17) KRASNOW, ADRIANA N., "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Proyecto", DFyP 2012 (julio), LL, 104. Destaca las notas típicas del régimen esbozado (arts. 505 y ss.): 1. Cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes personales. 2. Cada cónyuge responde por sus deudas contraídas, con excepción de lo dispuesto en el art. 461. 3. Cesa el régimen por: a) disolución del matrimonio; b) modificación del régimen convenido por los cónyuges. En el caso de disolución del matrimonio, ante la falta de acuerdo entre los cónyuges o sus herederos, se aplican para la partición de los bienes indivisos las normas que rigen la partición de las herencias.

entre el régimen de comunidad de bienes y ganancias y el régimen de separación de bienes.

Se supera totalmente el régimen patrimonial matrimonial legal único y forzoso, y se autoriza a quienes van a contraer matrimonio a que opten entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes,⁽¹⁸⁾ como así también se prevé la posibilidad de cambiar el régimen después de que las nupcias fueran celebradas.⁽¹⁹⁾

A diferencia del proyecto de 1993 que incluía el régimen de participación en las ganancias como régimen económico convencional, y reiterando el Proyecto del 98, sólo se admite optar entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes.

Este régimen es el que menos impacto produce sobre la propiedad de los bienes de los cónyuges. Cada uno de ellos sigue administrando y disponiendo libremente sus bienes con las limitaciones que le imponen las normas que regulan las disposiciones comunes para todos los regímenes previstas en la sección tercera.⁽²⁰⁾

Esta es una de las reformas relevantes en la propuesta⁽²¹⁾ para el régimen patrimonial del matrimonio: la introducción de la opción por el régimen de separación de bienes, en el cual cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes personales; cada uno es responsable por las deudas que contrae —salvo el art. 461—, refiriéndose los bienes solo como “personales”, no siendo posible utilizar las voces de bienes propios y gananciales en este régimen de separación de bienes.

1.5.2. Las causas del cese de la separación de bienes

En paralelo con la extinción de la comunidad de ganancias por las causas que ya hemos consignado (art. 475 Proyecto CCyC), en el régimen de separación de bienes opera el cese del mismo estipulándose también las causas.

(18) Véase el análisis del régimen de separación de bienes en GUAGLIANONE, AQUILES HORACIO, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Bs. As., Ediar, 1968, t. I, n° 9, p. 32.

(19) MEDINA, GRACIELA, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *DFyP* 2012 (noviembre), LL, 01/11/2012, p. 3.

(20) CAMPOS, ROBERTO D., “La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado”, *DFyP* 2012 (noviembre), LL, 01/11/2012, p. 43.

(21) MIZRAHI, MAURICIO LUIS, “Interés familiar”, en: Lagomarsino y Salerno (dirs.), *Enciclopedia de Derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1992, t. II, p. 556.

Se prevén, en forma general, dos causales de cese del régimen de separación de bienes (art. 507): 1) la disolución del matrimonio; y 2) la modificación del régimen de separación de bienes convenido.⁽²²⁾

Las causas de cese del régimen de separación de bienes son entonces, conjugando ambas normas (arts. 435 y 507, Proyecto CCyC):

- I la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- II el divorcio;
- III la modificación del régimen de separación de bienes cuando los cónyuges habían optado por el régimen de comunidad.

Es que, conforme al art. 435 Proyecto CCyC, el matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y c) divorcio declarado judicialmente.

Se infiere que la cesación del régimen de separación de bienes opera por decisión judicial (la sentencia de divorcio), por el acuerdo de partes (el cambio de régimen patrimonial matrimonial), o por la muerte real o presunta.

2. Algunas conclusiones

A manera de síntesis proponemos algunas conclusiones.

La opción de régimen patrimonial

El Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012 innova rotundamente en cuanto al régimen ordinario, implantando el régimen de separación de bienes, como elección que depende de la iniciativa de los contrayentes o cónyuges.

Disolución del régimen de comunidad de ganancias y cese del régimen de separación de bienes

Perfilándose dos regímenes ordinarios, el de comunidad de ganancias y la separación de bienes, cabe aclarar que la **disolución** del régimen en el Proyecto se destina a la extinción de la comunidad (art. 475).

(22) AAVV, "Fundamentos", en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 486 y ss.

En cambio, se reserva para el régimen de separación de bienes la expresión **cese del régimen** (art. 507), voces esclarecedoras de las notas distintivas entre dos conjuntos normativos que son sustancialmente diferentes, la comunidad de ganancias y la separación de bienes —más allá de un régimen común que los abarca en la órbita de la protección de los derechos básicos—.

La taxatividad de las causas de extinción de la comunidad

La extinción del régimen de comunidad opera por las causas que la ley dispone, que son taxativas (art. 475 proyectado).

La comunidad y las razones de extinción

La comunidad se extingue por: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio; d) la separación judicial de bienes; e) la modificación del régimen matrimonial convenido.

Las causas del cese de la separación de bienes

En paralelo con la extinción de la comunidad de ganancias por las causas ya consignadas (art. 475), en el régimen de separación de bienes opera el cese del mismo estipulándose también las causas.

Las razones del cese del régimen de la separación de bienes

Las causas de cese del régimen de separación de bienes son —conjugando los arts. 435 y 507, Proyecto CCyC—: i) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; ii) el divorcio; iii) la modificación del régimen de separación de bienes cuando los cónyuges habían optado por el régimen de comunidad.

