

La extinción de la comunidad de ganancias

Análisis del sistema vigente y del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

ANA MARÍA CHECHILE⁽¹⁾



1. Sistema vigente. Introducción

La disolución de la sociedad conyugal trae como consecuencia la extinción del régimen de comunidad de ganancias, lo que significa que todos los bienes que los esposos adquirieran en el futuro serán propios de cada uno de ellos.⁽²⁾ Expresa el art. 1301 CC que “Después de la separación de bienes, los cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante gane el otro cónyuge” (TO ley 26.618).

Una de las características del régimen patrimonial del matrimonio en el sistema actual es que se asienta sobre normas imperativas. Esta particularidad la conserva también a la disolución, vale decir, que la sociedad conyugal se disuelve únicamente por las causales reguladas en la ley y éstas no pueden ser modificadas por los cónyuges.⁽³⁾

(1) Profesora regular, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de La Plata.

(2) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho civil. Derecho de familia*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2006, t. 1, p. 695.

(3) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de derecho de familia*, 7ª ed., Bs. As., Astrea, 2002, t. 2, p. 153.

Estas causales se encuentran, principalmente enumeradas en el art. 1291 CC, que establece que “La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges”. Esta norma se complementa con el art. 1306 que, en su primer párrafo, dispone: “La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe”. Finalmente, el elenco de posibilidades culmina con lo dispuesto en la ley 14.394 en relación al fallecimiento presunto.

Las analizaremos separadamente.

2. La separación judicial de bienes

La separación de bienes tiene lugar por medio de una acción autónoma en supuestos en que el vínculo matrimonial subsiste,⁽⁴⁾ y tiene por objeto disolver la sociedad conyugal y sustituirla por el régimen patrimonial extraordinario de separación de bienes que regirá las relaciones económicas de los esposos hasta que se produzca alguna de las causales que extinga todo régimen patrimonial.⁽⁵⁾

Nuestro derecho solo admite la separación judicial de bienes en supuestos determinados, excluyendo la posibilidad de que los esposos puedan elegir acogerse a un régimen de separación de bienes como lo permiten otras legislaciones.⁽⁶⁾

Las causales que habilitan a solicitar la separación judicial de bienes son: 1) la interdicción de uno de los cónyuges y administración de los bienes del interdicto por un tercero (art. 1290 CC); 2) la mala administración de uno de los esposos; 3) el concurso; y 4) el abandono de hecho (art. 1294 CC).

2.1. La interdicción de uno de los cónyuges y la administración de los bienes del incapaz por un tercero

Esta causal, prevista en el art. 1290 CC, si bien alude solo a la mujer, en la actualidad no se duda que es aplicable a ambos cónyuges⁽⁷⁾ independiente-

(4) ZANNONI, *op. cit.*, p. 695.

(5) BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 159.

(6) *Ibid*, p. 159.

(7) *Ibid*, p. 161.

mente de su orientación sexual (art. 42 ley 26.618), y ocurre cuando uno de ellos es declarado interdicto y el otro no desea asumir el cargo de curador y, en consecuencia, se designa a un tercero.

En los orígenes de la aplicación de la causal, el fundamento residía en la unidad de administración de los bienes que tenía el marido. Si éste era declarado interdicto y su mujer aceptaba desempeñar el cargo de curadora, a ella pasaba la administración de todos los bienes, mas si ella se negaba a esta administración en forma unitaria, se le transfería al tercero a quien se le asignaba la función de curador. De ahí que si la esposa no deseaba que sus bienes fuesen administrados por el tercero, podía solicitar la separación judicial de bienes. Luego de la sanción de la ley 17.711, la gestión de los bienes pasó a ser separada y por ello la interdicción de uno de los consortes no altera la administración de los bienes del sano. En todo caso, si es designado curador, tendrá además la administración de los bienes del consorte afectado en su salud mental —pero no se formará una unidad de gestión—, y se le aplicará a éste las normas de la curatela.⁽⁸⁾

En líneas generales, y aunque la aplicación de la causal tiene un ámbito reducido, la mayoría de la doctrina la considera vigente.⁽⁹⁾ Empero, hay un sector de juristas que entienden que ha perdido virtualidad dado que la designación de curador a un tercero no le genera al otro esposo ninguna restricción en la administración de sus bienes propios y gananciales.⁽¹⁰⁾

2.2. Mala administración

El art. 1294 originario establecía: “El derecho para pedir la separación de los bienes, sólo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores”.

(8) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 696/697; 602/604.

(9) AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 201; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 161; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 696/697; SAMBRIZZI, EDUARDO A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2007, t. II, p. 67.

(10) MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2006, t. 2, p. 402. En similar sentido, Róveda, que considera que esta causal “se encuentra derogada tácitamente por los cambios producidos en el régimen de gestión de los bienes gananciales a partir de la reforma de 1968”, en “El concurso o la quiebra como causal de separación judicial de bienes (art. 1294, CCiv.)”, *RDF* 2008-I-73.

Esta norma preveía como garantizar los bienes propios de la mujer que eran administrados por el marido.⁽¹¹⁾ Con la sanción de las leyes 11.357 y 17.711 se cuestionó la vigencia de este artículo dando origen a diferentes posturas debido a la separación de responsabilidades instaurada por los arts. 5 y 6 de la primera ley, y la reforma del art. 1276 por la segunda de ellas, que estableció la libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge con las excepciones del art. 1277.⁽¹²⁾ Estas distintas hipótesis fueron superadas con la reforma al art. 1294 por la ley 23.515. Esta ley modificó el precepto en estudio que quedó redactado de la siguiente manera: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”.

Coincidimos con la postura que observa que la norma tiene una finalidad preventiva ante la administración inepta de uno de los consortes, que puede perjudicar el derecho en expectativa que tiene el otro de participar sobre esos bienes a la disolución de la sociedad conyugal.⁽¹³⁾

2.2.1. *Concepto de mala administración*

Este tema fue debatido en las *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, que tuvieron lugar hace algo más de veinte años (1989). Como resultado de aquella discusión, por unanimidad se recomendó:

“interpretar que la mala administración a que se refiere el art. 1294 implica un elemento objetivo —gestión inepta, trátase de bienes propios o gananciales— evidenciada por gastos excesivos, disipación, insolvencia, etc., y un elemento subjetivo —falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes— (...) la mala administración exige valorar la administración en su conjunto, no en base a un acto aislado, salvo que éste, por su magnitud o entidad apareje el peligro que la ley tiende a evitar”.⁽¹⁴⁾

(11) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 698/699.

(12) Véase un exhaustivo desarrollo en BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, RDF 4-1990-67.

(13) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 698/699; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 390.

(14) ZANNONI, *ibid.*

En esta línea argumental, se ha afirmado que:

“la mala administración que autoriza a pedir la separación de bienes no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios, sino que esa causal requiere una conducta de contornos definidos, que se exteriorice en una serie de actos y que en el contexto de una administración, evidencien un obrar desaprensivo, temerario o de franca ineptitud”.⁽¹⁵⁾

2.2.2. Medios de prueba

Cuando se invoca la causal de mala administración, la prueba debe estar dirigida a acreditar la negligencia en la gestión. Entre las pautas que deben tenerse en cuenta, se han mencionado los resultados negativos que arrojan los negocios, el pasivo superior al activo.⁽¹⁶⁾

Pueden arbitrarse todos los medios de prueba, incluso la confesión, siempre y cuando —junto con la restante prueba producida— el juez se convenza de que la misma no esconde un acuerdo entre los cónyuges para pasar a quedar regulados por un régimen patrimonial de separación de bienes que nuestro derecho prohíbe en forma convencional (art. 1218 CC).⁽¹⁷⁾

Con las mismas consideraciones se admite el allanamiento.⁽¹⁸⁾

Aunque no necesariamente la mala administración implica que sea fraudulenta, si se diera este supuesto podrá acumularse a la de separación de bienes, la acción prevista en el art. 1298 CC.⁽¹⁹⁾ En este sentido se ha argumentado que “entre la mala administración y fraude puede sostenerse

(15) CNCiv., Sala B, 13/8/87, “C. De V., R. E. c/ V., J.”, LL 1988-D-493.

(16) AZPIRI, *op. cit.*, p. 202; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391.

(17) En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se llegó por unanimidad a la siguiente conclusión: “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 la sociedad conyugal, que en nuestro derecho tiene carácter forzoso”, véase ZANNONI, *op. cit.*, p. 700; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391. En contra, BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 163. Aclara este autor que “parecería que el allanamiento y la confesión no pudiesen ser admitidos sin prueba corroborante, pues lo contrario podría constituir un medio para disolver de común acuerdo la sociedad conyugal, alteración convencional del régimen matrimonial que no admite la ley vigente”.

(18) MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391.

(19) SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 92.

que hay una relación de género y especie, pues todo acto fraudulento implica mala administración, pero no necesariamente la mala administración es fraudulenta, ya que también puede derivar meramente de la gestión culposa, negligente, o de la falta de aptitud en el manejo de los bienes".⁽²⁰⁾

2.2.3. Para que se configure la mala administración, ¿debe esta recaer sobre bienes gananciales?

En general, la doctrina es conteste en que si bien la norma alude a perder el eventual derecho sobre los bienes gananciales, no es necesario que la administración negligente lo sea sobre estos bienes pues aun una mala gestión sobre los propios puede repercutir en la contracción de deudas que pongan en peligro a los bienes gananciales.⁽²¹⁾

2.3. El concurso como causa que habilita a solicitar la separación judicial de bienes⁽²²⁾

2.3.1. Antecedentes

El antiguo art. 1294 guardaba coherencia con el sistema de administración y responsabilidad por deudas del Código de Vélez, pues, según el hoy derogado art. 1276, el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, tanto de los dotales como de los adquiridos después de formada la sociedad. Por su parte, el pasivo "se regía por el art. 1275 CC, determinando con qué bienes se respondía frente a los acreedores".⁽²³⁾

Consecuencia de lo anterior, si el marido caía en concurso, todos los bienes gananciales que administraba eran absorbidos por los acreedores concursales. En cambio, le eran restituidos a la mujer sus bienes propios por aplicación de los arts. 1317 y 1322 de nuestro ordenamiento legal; razón por la cual el ejercicio de la acción de separación de bienes beneficiaba a la mujer

(20) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La separación de bienes sin separación de cuerpos", RDF 4-1990-67.

(21) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La separación...", *op. cit.*, p. 79, y *Manual...*, *op. cit.*, p. 162; SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 86.

(22) Este punto fue realizado sobre la base del artículo publicado junto con la Dra. Analía Rodríguez, "El concurso de uno de los cónyuges como causal para solicitar la separación judicial de bienes", en JA 1998-III-893, que ha sido ampliado y actualizado.

(23) ARIANNA, CARLOS A., "Disolución de la sociedad conyugal", en Lagomarsino; Salerno y Uriarte (coords.), *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Bs. As., Universidad, 1992, t. I, p. 903.

no sólo porque “eliminaba la ganancialidad para el futuro (art. 1301)” sino porque además “recuperaba sus bienes propios (art. 1299)”.⁽²⁴⁾

Cuando el régimen de deudas y administración fue modificado por las leyes 11.357 y 17.711, el art. 1294 perdió sentido, pues por el art. 1276 reformado cada esposo tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título (con las restricciones previstas en el art. 1277); y por el art. 5 de la ley 11.357 ninguno de los esposos responde por las deudas del otro salvo las excepciones del art. 6 de la citada ley.

2.3.2. Concurso preventivo y quiebra

Una de las cuestiones que suscita la redacción del precepto es si, cuando se alude a concurso, se refiere sólo a la quiebra o comprende también al concurso preventivo.

En general, la doctrina incluye indistintamente ambos supuestos,⁽²⁵⁾ pues la letra de la ley no autoriza a excluir el concurso preventivo.

En esta orientación se ha sostenido que “el planteo de separación de bienes por parte de la cónyuge *in bonis*, deducido y resuelto en la etapa concursal preventiva, aparece en el tiempo dentro de la facultad otorgada por la citada norma”,⁽²⁶⁾ aunque hay juristas que consideran dudoso si el precepto abarca este último supuesto.⁽²⁷⁾

En cuanto a la acreditación de los presupuestos de que se ha configurado el concurso preventivo o la quiebra, al existir una declaración judicial no se requiere ningún otro tipo de prueba.⁽²⁸⁾

(24) *Ibid.*; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., “La mala administración y el concurso o quiebra de un cónyuge como causales de disolución de la sociedad conyugal”, en *Revista del Notariado*, n° 744, nov.-dic. 1975, p. 1911.

(25) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 701/702; AZPIRI, *op. cit.*, p. 201; SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 68; ROVEDA, EDUARDO G., “El concurso o la quiebra como causal de separación judicial de bienes (art. 1294, CCiv.)”, RDF 2008-I-73; CACIV. Y COM., Azul, Sala 2, 5/7/07 “A., M.E. v. B., O.R.”, en RDF 2008-I-63.

(26) CNCOM., Sala E, 16/3/93, ED 153-468. Del dictamen del fiscal de Cámara en autos “Coelho, Elbio Eduardo s/ quiebra”.

(27) BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 163.

(28) SAMBRIZZI, *op. cit.*, t. 2, p. 69. En similar sentido Dutto, Ricardo J., “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”, en JA 1991-IV-48.

2.3.3. Significado de la frase "peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales"

Si se compara el texto del Código de Vélez con el vigente, se observa la gran diferencia existente entre ambos. En el originario se hablaba del peligro para la mujer de perder los bienes propios que administraba el marido, en el actual se alude al "peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales".⁽²⁹⁾ Ahora bien, no se sabe a ciencia cierta qué quiso decir con esta frase el legislador de la ley 23.515. Así, se ha dicho que:

"el peligro de pérdida del eventual derecho sobre los bienes gananciales se establece como requisito común al concurso y a la mala administración, lo que ha ocasionado el desconcierto o la perplejidad de la doctrina. En efecto, si normalmente en el concurso de un cónyuge sus gananciales son absorbidos por sus acreedores, el eventual derecho del no concursado ya está perdido. Lo lógico, pues, de mantenerse la causal, habría sido la redacción que siguiese el ordenamiento de la originaria: mala administración del otro cónyuge que acarree al demandante el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, o concurso de aquél".⁽³⁰⁾

Mientras alguna doctrina entiende que dicha expresión se refiere sólo al supuesto de mala administración,⁽³¹⁾ Kemelmajer señala que:

"la mala administración que permite la disolución exige estar acompañada de una circunstancia calificante, cual es el peligro de perder el eventual derecho sobre los gananciales. El concurso, en cambio, presume esa pérdida eventual. En consecuencia, (...) pese al modo como la ley está redactada, el cónyuge *in bonis* que solicita la disolución sólo debe probar la apertura del concurso o la declaración de la quiebra".⁽³²⁾

(29) MAZZINGHI, JORGE A., "El concurso como causa de la separación de bienes", en *ED* 131-237.

(30) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La separación de bienes sin separación de cuerpos. Segunda parte. Separación judicial de bienes por concurso", en *RDF* 19-2001-9.

(31) GUASTAVINO, ELÍAS P., "Los gananciales del fallido y el enigma del art. 1294 del Código Civil", *ED* 160-71; ARIANNA, CARLOS A., "Bienes gananciales en el proceso concursal de uno de los cónyuges", en *Revista de Derecho y Comunitario*, 2008-1-245.

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio*, Academia Nacional de Derecho, 2001, p. 385.

Al respecto, la jurisprudencia ha afirmado que resulta

“poco comprensible la mención del art. cit. al peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales (a conjurar el cual propendería la separación de bienes permitida allí), si el cónyuge *in bonis* sólo podrá dividir el saldo resultante después de atendidas las deudas del quebrado. En todo caso, ello es un reproche para el legislador. Porque la protección fue muy tímida, o porque habiéndola querido más intensa olvidó reglar las consecuencias concretas de la separación de bienes postfalencial”.⁽³³⁾

2.3.4. Críticas

En el régimen actual de administración separada e irresponsabilidad de uno de los esposos por las deudas del otro, el concurso no pone en peligro los bienes que administra el consorte no concursado,⁽³⁴⁾ razón por la cual se ha dicho que “la previsión legal carece de sustento lógico”.⁽³⁵⁾

La doctrina ha criticado a la norma en estudio, pues se considera que ejercer la acción de separación judicial de bienes en estos casos podría resultar perjudicial para el esposo no concursado, pues en principio nada recibiría del concurso mientras que “los gananciales inscriptos a su nombre serían partidos, y la mitad de ellos, pasaría a engrosar la masa del concurso, interés que es comprensible desde el punto de vista de los acreedores, pero nunca del cónyuge propietario”.⁽³⁶⁾

2.3.5. El tema en la jurisprudencia

En líneas generales, en los casos publicados, el fallido es el único titular de bienes. Estas demandas se caracterizan por la intención del actor en sustraer del concurso el 50% de los bienes que en una liquidación regularmente

(33) CCiv. y Com. ROSARIO, Sala 1ª, 5/3/93 (JA 1997-II, síntesis), ED 153-463.

(34) ZANNONI, *op. cit.*, p. 701. En similar sentido, MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 392; FANZOLATO, EDUARDO I. y ROITMAN, HORACIO, “Quiebra del cónyuge”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 12, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 127.

(35) ZANNONI, *op. cit.*, p. 701; en similar sentido, BOSSERT, GUSTAVO A., ZANNONI Y EDUARDO A., *Manual de Derecho de Familia*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 1998, p. 289.

(36) MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 392; BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación...”, 2º, *op. cit.*, p. 12; CAPPARELLI, JULIO C., “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 CC”, LL 1988-B-914; ARIANNA, “Bienes gananciales...”, *op. cit.*, p. 257.

hecha le hubieran correspondido. En todas estas situaciones⁽³⁷⁾ se deniega el retiro del 50% de los mismos explicando que sólo se puede tomar la mitad del remanente que resulte una vez pagados los acreedores del concurso.

Al respecto, se ha dicho:

“Conforme al régimen de deudas separadas en el plano de la relación externa conyugal (arts. 5 y 6 ley 11.357), el esposo debe responder con su patrimonio, de bienes propios y gananciales de su titularidad, frente a sus acreedores. Como —en la especie— el demandado está en concurso, la participación de la ganancialidad estará supeditada a que primero sean desinteresados todos los acreedores (quirografarios, y en su caso privilegiados) del cónyuge concursado, y sólo de mediar remanente, se procederá a repartir el mismo con su esposa”.⁽³⁸⁾

La CCiv. y Com. de Rosario, por su parte, declaró:

“Conforme al art. 5 ley 11.357, el bien ganancial adquirido por el fallido responde íntegramente frente a los acreedores de éste. De donde el desapoderamiento falencial —art. 111 LC y ss.— implica afectar a la liquidación, a partir de la fecha de la sentencia de quiebra, el 100% de dicho bien ganancial (o cualquier otro en igual situación). El activo liquidable en la quiebra es, así, una masa de bienes afectada a la satisfacción de la masa de deudas del fallido y a los acreedores del concurso; recién después de cumplido ese destino específico, sobre el saldo (si lo hubiere) podría efectivizarse el derecho del cónyuge no fallido a la mitad ganancial (...) De la formulación positiva del art. 1294 CC, a partir de la ley 23.515, no puede extraerse que el cónyuge no fallido que obtiene separación de bienes por quiebra del otro, pueda lograr la mitad de los gananciales (o del valor “bruto” de ellos) antes de que se desinterese a los acreedores del fallido y del concurso de éste”.⁽³⁹⁾

(37) Si bien se concede la separación judicial de bienes no se la confiere con el alcance solicitado en el fallo de la CCiv. Com. y Lab. Venado Tuerto, 06/11/1990, JA 1991-IV-44; y en el de la CCiv. y Com. Rosario, cit.

(38) CCIV. COM. Y LAB. VENADO TUERTO, cit.

(39) CNACIV. Y COM. ROSARIO, Sala 1ª, 5/3/93 “Vicentini de Balcala, Elsa Catalina c/ Balcala, Gabriel D. s/ concurso preventivo - hoy quiebra s/ separación de bienes”, ED 153-463.

Coincidentemente con los fallos *ut supra* citados, la CNCom., Sala E, se expidió en un caso similar argumentando que:

“El carácter ganancial de los bienes sólo tiene virtualidad en las relaciones entre los cónyuges, pero resulta irrelevante para los terceros acreedores, cuya prenda común se halla conformada por el patrimonio del deudor, sin distinción entre bienes propios y gananciales (...) Aquella calificación solamente da lugar a la aplicación de recompensas entre los cónyuges en oportunidad de la liquidación de la sociedad conyugal. Como corolario, en el supuesto que se analiza —en que se solicitó la separación de bienes por aplicación del art. 1294 CCiv. durante el trámite de concurso preventivo— la respectiva liquidación no podría tener lugar hasta tanto no queden satisfechos los acreedores, por cuanto el proceso concursal preserva la intangibilidad del patrimonio que constituye su prenda común (arts. 16, 17 y 18 LC). Sobrevenida la quiebra (...) la cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiere remanente (...), pues no puede pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor”.⁽⁴⁰⁾

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, también se ha pronunciado sobre el tema en un fallo algo más contemporáneo que los anteriores. En el sentido en que venimos analizando, ha afirmado que:

“Existe consenso en que el art. 1294 CCiv. no altera el régimen general de deudas separadas en el ámbito de la relación conyugal externa (art. 5 y 6 ley 11.357) y que el esposo responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y los gananciales de su titularidad, por lo que la participación de la ganancialidad está supeditada a que primero sean desinteresados los acreedores del fallido, y de mediar remanente se reparte el mismo con la esposa (...) La utilización de la norma del adjetivo ‘eventual’ revela que el derecho del cónyuge *in bonis* ‘a’ los bienes gananciales y no ‘sobre’ ellos, requiere de la previa liquidación y pago del pasivo, por lo que (...) sólo podrá separar su parte de los gananciales si hubiere remanente y luego de satisfacer los créditos de los acreedores —privilegiados y quirografarios— del fallido

(40) CNCom., Sala E, 16/3/93, “Coelho, Elbio Eduardo s/ quiebra”, ED 153-468.

(...) La Sra. A no adquiere ningún derecho automático e inmediato sobre los bienes gananciales (...) que desplace, modifique o altere el régimen patrimonial del matrimonio o le confiera un derecho de cobro preferente respecto de los acreedores del cónyuge fallido".⁽⁴¹⁾

2.3.6. *Alguna legislación comparada*

Pese a las críticas que hemos observado, alguna legislación comparada ha incluido esta posibilidad entre las que se enumeran para acceder a la disolución de la sociedad conyugal.

Dice el art. 72 del Código de Familia de El Salvador: "La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: cuando el otro cónyuge fuese declarado... en quiebra o concurso de acreedores..." (inc. 1). Por su parte, el art. 1393 del CCiv. español expresa: "También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: haber sido el cónyuge... declarado en quiebra o concurso de acreedores..." (inc. 1); mientras que el Código Civil italiano establece en su art. 191 que la sociedad conyugal se disuelve por la quiebra de uno de los esposos.

El art. 181 del Código de la Familia de la República de Panamá remite, en cuanto a la disolución de la sociedad de ganancias, a lo dispuesto en los arts. 107, 108 y 109 que regulan la conclusión del régimen de participación en las ganancias que es el legal supletorio (art. 82).⁽⁴²⁾ Este último culmina, entre otros motivos, por decisión judicial y a pedido de uno de los cónyuges "cuando al otro cónyuge se le incapacite judicialmente, por ser declarado ausente o en quiebre o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial" (art. 108, inc. 1).

Es dable destacar que los mencionados ordenamientos legales prevén la causal como medio para que, unilateralmente, uno de los consortes ponga fin a la comunidad de ganancias. Esto es sumamente significativo

(41) CCiv. y Com. AZUL, Sala 2, 05/07/2007, "A., M. E. v. B., O. R.", RDF 2008-I-63.

(42) El citado precepto dice: "A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen económico será el de participación en las ganancias".

si se tiene en cuenta que en estas legislaciones los esposos tienen la posibilidad de elegir uno entre varios regímenes matrimoniales y, además, de cambiarlo después de contraídas las nupcias cumpliendo determinados requisitos. Aun así, como toda opción o cambio debe ser realizado de común acuerdo entre los cónyuges, se permite que uno solo de ellos pueda solicitar la separación judicial de bienes en el supuesto en análisis.

2.3.7. *Objetivo de la causal*

Se ha señalado que el esposo habilitado para solicitar la separación judicial de bienes se beneficiará con ello en el aspecto de que no encontrará, en el futuro, ningún tipo de restricción a la disposición de sus bienes otra gananciales que le sean adjudicados en la partición, ni, obviamente, los bienes que obtenga en adelante, pues éstos, como ya dijimos, no serán reputados gananciales. La única limitación que subsistirá será la que estipula con respecto al hogar conyugal el art. 1277 CC.⁽⁴³⁾

La sociedad conyugal tarde o temprano tendrá que disolverse. Es cierto que mientras ello no ocurra, como dice Mazzinghi,⁽⁴⁴⁾ el art. 5, ley 11.357, pone a buen recaudo los gananciales que administre el cónyuge no concursado. Sin embargo, sería previsora el esposo legitimado que solicite la separación de bienes y se asegure de que si bien tiene que compartir el 50% de sus gananciales actuales, no compartirá, en adelante, ninguna adquisición más. Caso contrario, es posible que su patrimonio siga aumentando con su exclusivo esfuerzo, ya que de todos modos en algún momento, y necesariamente, sobrevendrá una causal de disolución y la

(43) MÉNDEZ COSTA, MARÍA J. y D'ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 207. Con similares argumentos, GUASTAVINO, *op. cit.*

(44) Zannoni argumentaba en la 1ª ed. de *Régimen de matrimonio civil y divorcio. Ley 23.515*, Bs. As., Astrea, 1987, p. 124, que "la previsión de la reforma, protege a los cónyuges frente a la mala administración, o al concurso del otro, que puede importar no sólo la pérdida de los gananciales de la masa del esposo mal administrador o concursado, sino, además, obligar eventualmente a dividir con él los gananciales adquiridos con el esfuerzo del otro exclusivamente". Este razonamiento —que no aparece en las sucesivas ediciones de la obra— fue criticado por Mazzinghi en los siguientes términos: "No se ve en función de qué el cónyuge concursado podría obligar al otro a dividir sus gananciales. Ello podría ocurrir si sobreviniera alguna otra causal de disolución de la sociedad conyugal, pero mientras ello no sobrevenga el art. 5 de la ley 11.357 pone a buen recaudo los gananciales que administre el cónyuge no concursado". Si bien este autor reconoce que "así el concursado reclamara luego la separación de bienes —por divorcio, separación personal, etc.—, el otro cónyuge debería desprenderse de la mitad de sus gananciales y no podría, en cambio, obtener la mitad de los del otro, absorbidos por el concurso"; véase MAZZINGHI, "El concurso como causa...", *op. cit.*

pérdida será entonces mayor, pues nada asegura que el consorte fallido, aún rehabilitado, sea capaz de ejercer una administración apta para obtener bienes que puedan reputarse gananciales. De todas formas, es sólo una opción que el cónyuge no concursado deberá evaluar en su caso y ver qué es lo más conveniente.

También sería ventajosa la solicitud por parte del esposo no concursado que no poseyera bienes y que tuviese expectativas de adquirirlos en el futuro.⁽⁴⁵⁾

Si bien la causal podría quedar encuadrada en la de mala administración, no siempre el concurso preventivo implica mala administración como advirtieron Zannoni⁽⁴⁶⁾ y Gowland.⁽⁴⁷⁾ Si se redujera la causal a este único supuesto, no podría solicitarse la separación judicial de bienes ante el concurso preventivo en donde el concursado probara que no hubo mala administración.

En un sistema como el actual donde va ganando terreno, si bien muy lentamente, la autonomía de la voluntad, es bueno generar opciones que en definitiva no son nada más que eso: alternativas puestas a disposición de los cónyuges quienes pueden tomarlas o no, y nadie mejor que ellos para saber las ventajas y desventajas que esta elección lleva implícita.

2.4. El abandono de hecho

En nuestro sistema legal la separación de hecho no es causa de disolución de la sociedad conyugal.⁽⁴⁸⁾

(45) BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 163; CAPPARELLI, op. cit.; ARIANNA, "Bienes gananciales...", op. cit.

(46) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 701.

(47) GOWLAND, ALBERTO J., "El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)", ED 153-463.

(48) CNCIV., Sala D, 18/09/1973, ED 52-129; CCIV., Com. y de Minas San Luis, 1º, 06/12/1973, ED, 57-581; CCC MORÓN, 2º, 23/05/1978, ED 80-709; CNCIV., Sala F, 26/12/1979, LL 1980-D-234; ED 88-460; CNCIV., Sala B, 27/05/1980, ED 89-207; CNCIV., Sala E, 08/04/1981, LL 1981-C-481; CNCIV., Sala D, 27/9/84; JA 1985-III-593; CNCIV., Sala F, 07/09/1987, LL 1989-B-178; CCIV. Y COM. AZUL, Sala I, 20/10/1993, LL 1994-D-227; CNCIV., en pleno, 29/9/1999, JA 2000-I-557; ED 185-374; RDF 16-2000- 187. MAZZINGHI, op. cit., p. 396; ZANNONI, EDUARDO A., *Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1976, p. 78, y op. cit, p. 702; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., "Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal, separación de hecho y divorcio por presentación conjunta", LL 1980-D-234; BISCARO, BEATRIZ R., "La liquidación de la sociedad

La ley 23.515, al modificar el art. 1294 CC, introduce esta nueva causal —abandono de hecho— que permite al consorte abandonado peticionar la separación de bienes. Para que se configure la misma es necesario la concurrencia de dos elementos de carácter subjetivo, a saber, culpabilidad en el abandono, por un lado, y la inocencia en el consorte que se presenta a solicitar la separación judicial de bienes, por otro.⁽⁴⁹⁾

El fundamento de esta causal radica en que la violación al deber de cohabitación por uno de los cónyuges quita toda base ética y económica a la subsistencia de la sociedad conyugal, pues es de suponer que los esposos ya no se prestan la colaboración mutua que implica la convivencia.⁽⁵⁰⁾

2.4.1. Concepto de abandono de hecho y legitimación activa

El abandono de hecho se configura por la interrupción injustificada de la convivencia por parte de uno de los esposos;⁽⁵¹⁾ es decir que se le otorga el mismo significado que al abandono voluntario y malicioso que tipifica el inc. 5° del art. 202 como causal subjetiva de separación personal y divorcio vincular (art. 214 inc. 1).

Se ha venido argumentando que sólo puede demandar la separación judicial de bienes el cónyuge abandonado. Queda incluido en este supuesto el consorte que tuvo que retirarse del hogar conyugal por conductas imputables al que se mantuvo habitando en la vivienda matrimonial.⁽⁵²⁾ La normativa no ofrece solución a la separación de hecho de común acuerdo.

conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho de los cónyuges (A propósito del plenario)", JA 2000-I-563; AZPIRI, *op. cit.*, p. 266; SCHERMAN, IBA A., "La separación de hecho y la liquidación de la sociedad conyugal", RDF 16-2000-198.

(49) LOYARTE, DOLORES y ROTONDA, ADRIANA E., "La separación de hecho y la necesidad del asentimiento conyugal", LL 1994-D-227.

(50) CAPPARELLI, JULIO C., "La acción de separación de bienes del matrimonio en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", *Revista del Notariado*, n° 817, Bs. As., abril/mayo/junio, 1989, p. 327.

(51) ZANNONI, *op. cit.*, p. 702 y las conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) por él citadas.

(52) Al respecto, en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil mencionadas, se sostuvo que "debe interpretarse que el cónyuge que dejó el hogar común debido a conductas culpables atribuibles al otro, está legitimado para promover la demanda de separación de bienes", véase ZANNONI, *op. cit.*, pp. 702/703.

Decía Dutto, a poco de sancionarse la ley 23.515, que:

“¿El legislador de 1987 tuvo mayor preocupación en conservar las relaciones patrimoniales del matrimonio que las personales, al permitir separarse o divorciarse con la invocación unilateral de un plazo determinado —2 o 3 años respectivamente— de separado de hecho, mientras que para separar los bienes exige probar el abandono de hecho de uno de los cónyuges? La contradicción que lleva a responder afirmativamente, proviene de que al tomarse por la Cámara revisora un artículo de un anteproyecto en forma aislada, anteproyecto que no contemplaba la separación de hecho como causal de separación personal o divorcio vincular, e introducirse como nuevo sin reverse el resto, lleva válidamente a sostener por elemental argumento, que si la separación de hecho es aceptada para disolver el vínculo, con mucha mayor razón tiene que admitirse para lo que no pasa de una ruptura de orden patrimonial”.⁽⁵³⁾

Este tema también fue objeto de debate en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ya mencionadas en las cuales se llegó, por mayoría, a la conclusión de que ninguno de los esposos podía solicitarla.⁽⁵⁴⁾ No obstante, se propuso de *lege ferenda* que: “debiera sustituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial por la de separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo”.⁽⁵⁵⁾

Esta opción fue también propiciada en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en septiembre de 1996.⁽⁵⁶⁾

(53) DUTTO, RICARDO J., “La separación judicial de bienes por abandono de hecho”, JA 1991-IV-194.

(54) La minoría, en cambio, consideró que si mediaba abandono de hecho recíproco cualquiera de los cónyuges estaba legitimado para incoar la acción, (ZANNONI, *op. cit.*, p. 703). El tema también fue debatido en las Segundas Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Bs. As., 10-12/09/1992) en el cual la minoría adujo, de *lege lata*, que: “Cuando el art. 1294 del Código Civil establece que ‘uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes (...) cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge’ debe interpretarse que está legitimado para solicitar dicha separación, no sólo el que hubiere sido abandonado, sino cualquiera de los esposos cuando el abandono de la convivencia se hubiera producido de común acuerdo” (minoría, propuesta de Goñi Moreno; Hupkiewicz, Nápoli, y Fleitas Ortiz de Rozas; la mayoría opinó de manera idéntica pero de *lege ferenda*).

(55) ZANNONI, *op. cit.*, p. 706.

(56) Se propuso, de *lege ferenda*: “Modificar el art. 1294 del CCiv. reemplazando el abandono de hecho de la convivencia por la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal”.

Es la alternativa otorgada por algunas de las legislaciones que aceptan la posibilidad de elegir uno entre dos o más regímenes matrimoniales. El Código Civil español, cuando regula el régimen de comunidad de ganancias, que es el legal supletorio —es decir: aquél por el cual se rigen los cónyuges si no hacen uso de su derecho a elegir—, establece que una de las causas por las cuales se puede solicitar la separación judicial de bienes es, justamente, por la separación de hecho (art. 1393).⁽⁵⁷⁾

El Código de Familia de la República de El Salvador también escoge esta solución, en su art. 72, que establece: “La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: (...) Si el otro cónyuge lo hubiera abandonado, o estuvieran separados durante seis meses consecutivos por lo menos” (inc. 3).

2.5. Momento en que se disuelve la sociedad conyugal en los supuestos de separación judicial de bienes

Las normas que regulan la separación judicial de bienes nada dicen al respecto. La mayoría de la doctrina aplica analógicamente el art. 1306 CC y, en consecuencia, la sociedad conyugal se disuelve con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda “quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe”.⁽⁵⁸⁾

Empero, algunos juristas distinguen según la causal de que se trate. Capparelli entiende que si la causal es de abandono “el efecto se produce con carácter retroactivo a la fecha en que cesó la cohabitación”.⁽⁵⁹⁾

En el supuesto de concurso, Dutto considera “razonable la fecha de declaración del concurso como día en que se produce la disolución de la sociedad conyugal, porque es el dato objetivo concreto y con fecha cierta que marca la pauta para establecer esta causal” en relación a los esposos.

(57) Establece el art. 1393 del CC español que: “También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: ... llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de hogar” (inc. 3).

(58) ZANNONI, *op. cit.*, p. 705; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 9º ed., Bs. As., Perrot, 1993, t. I, p. 365; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 147.

(59) CAPPARELLI, JULIO C., “La mutación...”, *op. cit.*, p. 916; ARIANNA, CARLOS A. y ARECHAGA, PATRICIA V., “El abandono como causal de separación de bienes” (Una propuesta de “lege ferenda”), LL 1990-A-887. En similar sentido, DUTTO, *op. cit.*

Empero, con relación a terceros tal separación les sería oponible desde que se encuentre firme la respectiva sentencia.⁽⁶⁰⁾

3. Nulidad de matrimonio

La otra causal de disolución de la sociedad conyugal prevista en el art. 1291 CC es la de nulidad del matrimonio. A su vez, el art. 1312 dispone: "Si el matrimonio se anulase, se observará en cuanto a la disolución de la sociedad, lo que está dispuesto en los arts. 221, 222 y 223". Empero, el fin de la comunidad sólo podrá tener lugar en los supuestos en que ambos esposos sean de buena fe (art. 221 inc. 2) o bien cuando uno solo lo sea y haya optado por "liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del art. 1315" (art. 222, inc. 3). No procederá, en cambio, cuando ambos consortes hayan sido de mala fe pues en este supuesto nunca hay sociedad conyugal.⁽⁶¹⁾

La sentencia que declara la nulidad en los dos supuestos que mencionamos disuelve el régimen patrimonial del matrimonio con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda (arts. 221 y 1306 CC).

4. Muerte de alguno de los cónyuges

Finalmente, dentro de las causales que enumera el art. 1291, se encuentra la de muerte de alguno de los esposos. Este supuesto no ofrece mayores dificultades de interpretación: la muerte disuelve el vínculo matrimonial y, en consecuencia, todo régimen patrimonial que de él dependa.

Se aplica aquí el art. 1313 CC que establece: "Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y división de los bienes como se dispone en el Libro 4 de este Código, para la división de las herencias".

Si, por hipótesis, se encontrase pendiente un juicio por separación personal o divorcio vincular, de todas maneras la disolución opera el día del fallecimiento, aunque de haberse podido proseguir con aquellos trámites los efectos se hubiesen remontado al día de la notificación de la demanda,

(60) DUTTO, *op. cit.*

(61) BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 158.

sin perjuicio de la aplicación que podría corresponder del tercer párrafo del art. 1306 si hubiese mediado una separación de hecho⁽⁶²⁾.

5. Muerte presunta

Si bien no está enumerada en el art. 1291 CC, otra de las causales de disolución de la sociedad conyugal es la muerte presunta. Este supuesto ha dado lugar a varias posturas doctrinarias debido a la compatibilización que se intenta hacer de los arts. 1307 a 1311 CC y la posterior ley 14.394, que no modificó ni derogó los preceptos mencionados.

5.1. Los artículos implicados

Los arts. 26 y 27 de la ley 14.394 establecen el procedimiento para fijar el día presuntivo de fallecimiento. A su vez, el art. 28 dispone que:

“Dictada la declaratoria, el juez mandará a abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido. Los herederos al día presuntivo de fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario. El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial”.

A su vez, el art. 29 establece que:

“Si hecha la entrega de los bienes se presentase el ausente o se tuviese noticia cierta de su existencia, aquélla quedará sin efecto. Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1307 y ss. del CCiv., en los casos precedentes se aplicará a los frutos percibidos lo dispuesto respecto a los poseedores de buena o mala fe”.

Finalmente, el art. 30 dice que: “Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la

(62) ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 707.

persona, quedará sin efecto la prenotación prescrita pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal”.

Con la sanción de esta ley se empieza a cuestionar si subsisten los arts. 1307 a 1311 CC que, en síntesis, conceden a la mujer un derecho de opción entre continuar o disolver la sociedad conyugal. Regula, la primera de las normas citadas, que: “Si en conformidad a lo dispuesto en los arts. 116 y 117, el juez hubiere fijado el día presuntivo de fallecimiento del marido ausente, la mujer tiene opción, o para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, o para exigir la división judicial de los bienes”. A continuación se establece que: “Este derecho puede ejercerlo, aunque ella misma hubiese pedido la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento de su marido, y aunque ya hubiese optado por la continuación de la sociedad conyugal; pero si hubiese optado por la disolución de la sociedad, no podrá retractar su opción después de aceptada por las partes interesadas” (art. 1308). A su vez, el art. 1309 expresa que: “Si la mujer optare por la continuación de la sociedad, administrará todos los bienes del matrimonio; pero no podrá optar por la continuación de la sociedad, si hubiese luego, por el tiempo transcurrido, de decretarse la sucesión definitiva del marido”.

Como dijimos, se han perfilado distintas posturas acerca de la subsistencia o no del derecho de opción que otorgan los artículos del Código Civil transcritos.⁽⁶³⁾

1. Una postura entiende que continúan vigentes y la mujer puede seguir ejerciendo la elección que los artículos le confieren.⁽⁶⁴⁾
2. Otra alternativa no solo considera aplicables los preceptos en cuestión, sino que lo extienden al hombre cuando la presunta fallecida es la mujer.⁽⁶⁵⁾ Para quienes se enrolan en esta hipótesis si el supérstite decide, ante la declaración de muerte presunta del otro, mantener vigente el régimen de comunidad, esta continuará hasta que opte por disolverla, contraiga nuevo matrimonio, o se cumplan los cinco años desde el día presuntivo de fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento del causante, conforme lo prescribe el art. 30, ley 14.394.⁽⁶⁶⁾

(63) BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 378.

(64) Véanse los autores citados por BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 378.

(65) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y ROVEDA, op. cit., p. 148; AZPIRI, op. cit., p. 207; FASSI, SANTIAGO C. Y BOSSERT, GUSTAVO A., *Sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1978, t. II, p. 394.

(66) AZPIRI, op. cit., p. 207.

3. Borda entiende que no subsiste el derecho de opción que confiere el art. 1307 del CC debido a que según la ley 14.394 “la declaración de muerte presunta convierte a los herederos en propietarios (...) y no se explicaría que los dueños pudieran ser privados del derecho a administrar sus propios bienes por un acto de voluntad unilateral del cónyuge supérstite (...) Dictada la sentencia de fallecimiento presunto, cualquiera de los herederos y desde luego el propio cónyuge, puede pedir la liquidación de la sociedad”.⁽⁶⁷⁾
4. Finalmente, un sector de juristas considera que la sociedad conyugal se disuelve el día del fallecimiento presunto.⁽⁶⁸⁾

Coincidimos con quienes argumentan que si bien es cierto que del art. 30 de la ley 14.394 pareciera inferirse que la sociedad conyugal no se disuelve hasta los términos en él establecidos, esto no es así. Como se ha afirmado, “de reputarse subsistente la opción del art. 1307 CC, la voluntad del cónyuge del ausente podría determinar que la sociedad conyugal subsistiese hasta la finalización de dicho período”. La norma en análisis confunde disolución de la sociedad conyugal con liquidación. “Lo que en realidad debió decir es que la sociedad podrá ser liquidada si no lo hubiera sido antes: el cónyuge del ausente no podrá, a partir del vencimiento del período de prenotación, oponerse a tal liquidación. Pero la comunidad, como tal, quedó disuelta con la declaración de fallecimiento presunto”.⁽⁶⁹⁾

5.2. Posibilidad de que la sociedad conyugal disuelta por muerte presunta se reconstituya

En este tema la doctrina tampoco es conteste. Belluscio considera que no obsta el hecho de que se haya disuelto la sociedad conyugal para que esta se reconstituya si reaparece el ausente y siempre que el presente no hubiera contraído nuevas nupcias, pues éstas habrán disuelto el primer matrimonio.⁽⁷⁰⁾

En similar línea argumental, Fassi y Bossert exponen que “si el matrimonio no se ha disuelto y se restablece la unión, el reaparecido asume

(67) BORDA, *op. cit.*, p. 351.

(68) MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 377; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 606/607; SAMBRIZZI, *op. cit.*

(69) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 606/607. En similar sentido MAZZINGHI, *op. cit.*, pp. 378/379.

(70) BELLUSCIO, *Manual...*, p. 158.

nuevamente la administración de su masa de gananciales, quedando sin efecto la partición que del haber ganancial se hubiera practicado".⁽⁷¹⁾

Sambrizzi, en cambio, considera que

"al disolverse la sociedad conyugal por la declaración de fallecimiento presunto, la reaparición del esposo declarado presuntamente fallecido no la hace renacer, aunque si el vínculo matrimonial continuara vigente por no haber el otro esposo contraído nuevas nupcias, desde la reaparición del ausente comenzará una nueva sociedad conyugal con los nuevos bienes gananciales que los esposos adquieran a partir de allí".⁽⁷²⁾

6. Divorcio vincular y separación personal

Originariamente, el art. 1306 CC preveía la separación judicial de bienes que sólo podía ejercer el esposo inocente del divorcio no dirimente, único previsto para esa época. Es decir, quedaba a su exclusivo arbitrio el provocar o no la disolución de la sociedad conyugal.

Con las modificaciones introducidas por la ley 17.711, la sentencia de divorcio produce la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

El actual art. 1306 resuelve la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal tanto si lo peticionado fue la separación personal como el divorcio vincular. El precepto que nos ocupa en su primer párrafo dispone: "La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe".

De todas maneras, las causales no operan igual, pues mientras el divorcio extingue todo régimen patrimonial matrimonial, la separación personal disuelve la sociedad conyugal pasando a regir entre los cónyuges el régimen de separación de bienes y la posibilidad de reconstituir la sociedad conyugal si los consortes se reconcilian.

(71) FASSI y BOSSERT, *op. cit.*, p. 396.

(72) SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 122.

7. Los ejes del Proyecto en materia de régimen patrimonial del matrimonio⁽⁷³⁾

El cambio que se propone se basa, fundamentalmente, en abandonar el régimen forzoso de comunidad de ganancias permitiendo elegir el de separación de bienes. Se regulan, entonces, dos alternativas. Si bien se mantienen algunas normas imperativas inderogables por las partes, aplicables a ambos regímenes, se incorpora al sistema la autonomía de la voluntad.

El proyecto centra la posibilidad de opción entre el régimen de comunidad de ganancias —que es además el legal— y el régimen de separación de bienes: las convenciones deben ser materializadas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio (art. 448), y se admite la mutación de un régimen por otro una vez reunidos los requisitos que se detallan en el art. 449.⁽⁷⁴⁾

También regula una serie de normas de orden público, que se fundan en la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, independientemente del sistema patrimonial que se escoja. No se debe perder de vista que la alternativa no tiene como objetivo exacerbar el individualismo sino respetar el modelo matrimonial convenido por personas capaces, que por distintos motivos pueden desear un sistema más flexible sin que ello deba traducirse en indiferencia. La sociedad actual muestra la pluralidad de formas que puede adquirir una familia, todas respetables y, en la medida de lo lícito, la convivencia propia de estas familias se puede acompañar con una economía que también respete las individualidades.

La sección tercera del capítulo primero del Título segundo, se denomina “Disposiciones comunes a todos los regímenes”, bajo el cual luego de sentar que las normas reguladas bajo este ítem son inderogables por

(73) Aquí se reproduce —en líneas generales— lo que ya se ha expuesto en “La posibilidad de elegir el régimen patrimonial matrimonial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en *JA* 2012-III, fascículo 9, 29/8/2012, p. 3.

(74) Dicho artículo dispone: “Modificación de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un (1) año a contar desde que lo conocieron”.

convención entre los cónyuges (art. 454), pasa a establecer cuáles son esos preceptos que hacen a una esencia que marca a todo el derecho matrimonial: aquello que no se puede dejar de hacer, lo que no se puede desatender, lo mínimo para que una familia pueda funcionar como tal y la necesidad que el derecho lo asegure cuando la solidaridad —que en general es natural al grupo humano— se encuentra bloqueada. La ley recuerda, entonces, ese mínimo exigible y protegido.

¿Quién duda de que en toda familia bien constituida los adultos deben contribuir a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos tanto comunes como menores de edad o con capacidad restringida que convivan con el grupo familiar? El proyecto lo establece expresamente, agregando que se debe en proporción a los recursos de cada uno (art. 455), pudiendo ser demandado su cumplimiento judicialmente.

La Comisión que elaboró el Proyecto también repectó la necesidad de protección del hogar, no solo cuando se regula el régimen patrimonial matrimonial sino también en otras instituciones tales como el derecho a proteger la vivienda (arts. 244 y ss.), el derecho real de habitación del conviviente supérstite (art. 527).

Expresa el art. 456, con relación a los actos que requieren consentimiento que:

“Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis (6) meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Los dos artículos siguientes establecen los requisitos que debe reunir el asentimiento y la autorización judicial supletoria.

Dentro del denominado régimen primario, otro de los grandes cambios que se prevé se encuentra en el art. 461, que dispone la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las deudas contraídas por uno de ellos “para

solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes”.

En este tema se avanza sobre lo regulado por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357, receptando la solución que la doctrina venía propiciando.⁽⁷⁵⁾

8. Los cambios proyectados en la extinción de la comunidad de ganancias

Centrándonos en el tema específico de este trabajo, se observa en cuanto a la extinción de la comunidad de ganancias que se mejora la redacción con relación a los supuestos existentes y se incorpora la posibilidad de finalización del régimen de ganancialidad por la voluntad de los esposos, y de mutar por el de separación de bienes.

Se mantiene el principio de que la comunidad de ganancias se disuelve únicamente por las causales reguladas en la ley y estas no pueden ser modificadas por los cónyuges,⁽⁷⁶⁾ enumerándose las siguientes (art. 475 del Proyecto CCyC):

- “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”.

8.1. La muerte

La primer causal que enumera el art. 475 es la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.

(75) ZANNONI, *op. cit.*, p. 585, quien, a su vez cita lo recomendado en las *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987*, a saber: “Cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio que se adopte, ambos cónyuges deben responder con todos sus bienes por las obligaciones contraídas por uno u otro, para atender las necesidades del hogar o la educación de los hijos”. El tema también fue debatido en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998. La mayoría, en el tema “Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad”, formuló la siguiente recomendación: “Cualquiera sea el régimen de bienes, ambos cónyuges están obligados solidariamente por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos”, *X Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de familia y los nuevos paradigmas”*, Mendoza, 20-24/09/1998, JA 1999-I-1031.

(76) BELLUSCIO, *Manual...*, p. 153.

La redacción dada al precepto no ofrece mayores dificultades de interpretación: la muerte disuelve el vínculo matrimonial y, en consecuencia, todo régimen patrimonial que de él dependa.

El artículo soluciona expresamente toda la problemática que genera la muerte presunta que —como se ha desarrollado— no se encuentra enumerada en el actual art. 1291 del CC.

La muerte presunta no solo ha sido incluida en el inc. 1 del art. 475, sino expresamente y al efecto de despejar toda duda en el art. 476, que dispone: "Muerte real y presunta. En caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento, sin que se pueda convenir la continuación de la comunidad. En el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento".

8.2. La anulación del matrimonio putativo

La segunda causal de extinción de la comunidad prevista en el art. 475 del Proyecto CCyC es la anulación del matrimonio putativo.

Este inciso mejora la redacción del art. 1291 que enuncia como supuesto de disolución de la sociedad conyugal la nulidad del matrimonio sin más aditamento.

La sentencia que declara la nulidad del matrimonio putativo disuelve la comunidad con efecto retroactivo al día de notificación de la demanda (art. 480, Proyecto CCyC). Sin embargo, si a la anulación de las nupcias le ha precedido una separación de hecho, "la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso de derecho" (art. 480, cit.).

8.3. El divorcio

El tercer supuesto enumerado en el art. 475 es el divorcio, que pone fin al vínculo matrimonial y, en consecuencia a todo régimen que de él derive.

La extinción de la comunidad se produce "con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges" (art. 480, Proyecto CCyC). Al igual que en el supuesto de anulación si con anterioridad al divorcio medió entre los consortes una separación

de hecho, los efectos de la sentencia se retrotraen al día de esa separación. “El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho” (art. 480, cit.)

8.4. La separación judicial de bienes

En cuanto a la separación de bienes el precepto proyectado incluye dos alternativas:

1. La vía convenida.
2. La vía judicial

La vía convenida no ofrece mayores dificultades, si hay acuerdo y se cumplen con los requisitos exigidos (art. 449).

La judicial, al igual que en el sistema vigente, tendrá lugar ejerciendo la pertinente acción, en casos específicamente regulados y seguramente, cuando no pueda llegarse a ella por medio de convención (arts. 505 a 508, según remisión que realiza el último párrafo del art. 480). Es una acción que solo puede ser promovida por los cónyuges, no pueden ejercerla los acreedores del afectado por la vía de la subrogación (art. 478, Proyecto CCyC).

Las causales que habilitan a solicitar la separación judicial de bienes son:

- a. La mala administración de uno de los cónyuges que acarree al peticionante el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.
- b. El concurso preventivo y la quiebra.
- c. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse.
- d. La designación de curador de uno de los cónyuges a un tercero por incapacidad o excusa del otro.

8.4.1. La mala administración de uno de los cónyuges que acarree al peticionante el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales

En el primero de los incisos del artículo en análisis se mantiene la alternativa de solicitar la separación judicial de bienes por la mala administración efectuada por uno de los cónyuges. Se agrega —solo para esta causal— la frase de que dicha gestión debe acarrear al solicitante “el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”.

En cuanto a los medios de prueba, quedaría incluida la confesión, pues se encontraría superada la limitación de que debían acompañarse otras pruebas que convencieran al juez de que no había entre los esposos

colusión para abandonar el régimen imperativo.⁽⁷⁷⁾ Esta precisión se tornaría infundada pues, de desearlo los esposos, podrían mutar su régimen de comunidad por el de separación de bienes.

La finalidad de esta regulación es que pueda ejercitar la acción el consorte afectado por la gestión inepta del otro, que puede perjudicar el derecho en expectativa que tiene de participar sobre los bienes gananciales a la disolución de la sociedad conyugal.⁽⁷⁸⁾

8.4.2. Concurso preventivo y quiebra

El supuesto es mantenido por el Proyecto de CCyC al igual que lo hacían los proyectos que le sirvieron de base (Proyecto de reformas al Código Civil realizado por la Comisión designada por decreto 468/92, en su art. 532,⁽⁷⁹⁾ y el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, en su art. 471 inc. b).⁽⁸⁰⁾

Se ha mejorado la redacción dada a la causal enunciada en el inc. b del art. 477, encuadrando expresamente tanto al concurso preventivo como a la quiebra. Se modifica la ubicación confusa de la frase "peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales", quedando claro que dicho requisito solo se exige en la mala administración, dando fin, de esta manera, a todos los debates que la redacción actual origina, precisando el alcance del precepto.

A pesar de las críticas se observa que la legislación proyectada conserva esta alternativa pues es una opción que tiene el esposo no afectado de solicitar la separación o no hacerlo, evaluando su situación patrimonial y la de su cónyuge.

Como ya se ha esbozado, la finalidad que da esta posibilidad de acceder a la separación de bienes radica en la protección para el futuro que se otor-

(77) ZANNONI, *op. cit.*, p. 700; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391.

(78) ZANNONI, *ibid.*, pp. 698/699; MAZZINGHI, *ibid.*, p. 390.

(79) *Reformas al Código Civil*. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92, integrada por Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Escalada y Zannoni, Bs. As., Astrea, 1993, p. 65.

(80) *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, redactado por la comisión designada por decreto 685/95 y firmada por Alegria, Héctor; Alterini, Atilio A.; Alterini, Jorge H.; Méndez Costa, María J.; Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio; Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 245.

ga al esposo no concursado quien tiene en su poder la decisión de utilizar esta herramienta o no hacerlo.

8.4.3. Separación de hecho

Como puede observarse el proyecto recepta las críticas realizadas a la causal denominada “abandono de hecho” que deja sin resolver —o al menos la solución ya no se adecua a la realidad actual— la separación de hecho convenida o incluso la no acordada pero sin imputación de culpas.

Es, por otro lado, la solución formulada por los Proyectos de Reformas que se tuvieron en cuenta para la elaboración del actual (Proyecto de Reformas al Código Civil, art. 532, inc. 3;⁽⁸¹⁾ reproducida en el art. 471, inc. c, del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio).⁽⁸²⁾

8.4.4. La designación de curador de uno de los cónyuges a un tercero por incapacidad o excusa del otro

Como se ha dicho, aun luego de la sanción de la ley 17.711, la mayoría de la doctrina considera a esta causal vigente.⁽⁸³⁾ Siguiendo, entonces, a este grupo de juristas el Proyecto mantiene la causal, disponiendo en el art. 477 que “la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero” (inc. d).

8.4.5. Momento en que se disuelve la sociedad conyugal en los supuestos de separación judicial de bienes

La normativa actual nada dice con relación al momento en la cual se considera disuelta la sociedad conyugal cuando se produce como consecuencia de una sentencia de separación judicial de bienes, dando lugar a las distintas interpretaciones que ya se han esbozado.

(81) *Reformas al Código Civil*. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92, e integrada por: Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Videla Escalada y Zannoni, Bs. As., Astrea, 1993, p. 65.

(82) *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, redactado por la comisión designada por decreto 685/95 y firmada por Alegría, Héctor; Alterini, Atilio A.; Alterini, Jorge H.; Méndez Costa, María J.; Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio; Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 245.

(83) AZPIRI, *op. cit.*, p. 201; BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 161; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 696/697; SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 67.

La normativa proyectada resuelve esta temática expresamente, al disponer en el art. 480 que en los supuestos de separación de bienes la comunidad se extingue con efecto retroactivo al día de notificación de la demanda. En esta causal al igual que en el supuesto de muerte y muerte presunta no se realiza la distinción de retroactividad de la sentencia al día de la separación de hecho si ésta le hubiera precedido.

9. Conclusión

En síntesis, el proyecto en análisis resuelve las problemáticas que genera la legislación vigente y que se traducen en las distintas posturas expuestas para dar solución a los casos que se plantean.

Las alternativas propuestas han seguido, además, las soluciones esgrimidas por la doctrina mayoritaria, como se ha citado en cada uno de los supuestos analizados, exteriorizadas tanto en publicaciones como en conclusiones de Congresos y Jornadas sobre la materia.

El camino se ha transitado más de una vez, la sociedad ha cambiado al igual que la familia y sus necesidades, y es preciso que toda esa transformación se vea plasmada en la legislación dando soluciones concretas a muchas de las cuestiones que acosan al derecho de familia.

