

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*Sociedad Conyugal. Facultades de Disposición en los Cónyuges Divorciados  
Mediante Sentencia Anterior a la Ley 17711 sin Separación de Bienes*

NORBERTO E. CACCIARI, AGUSTÍN O. BRASCHI, JORGE F. TAQUINI y  
FEDERICO R. ESPAÑA(\*) (1065)

**SUMARIO**

I. Antecedentes del artículo 1306 del Código Civil en su redacción original. Análisis de sus fundamentos. Críticas. Anteproyecto de Bibiloni

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

y Proyecto de reformas. - II. Efectos temporales de la separación de bienes Análisis de la doctrina y jurisprudencia. - III. Hipótesis del divorcio vincular. - IV. El conflicto de leyes en la aplicación intertemporal del artículo 1306. - V. Interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

**I. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 1306 DEL CÓDIGO CIVIL EN SU REDACCIÓN ORIGINAL. ANÁLISIS DE SUS FUNDAMENTOS. CRÍTICAS. ANTEPROYECTO DE BIBILONI Y PROYECTO DE REFORMAS**

Los artículos 1261 y 1291 del Código Civil que tuvieron como fuentes el 1354 de Goyena y el 1380 de Freitas, respectivamente, contemplan el comienzo de la sociedad conyugal y las causas disolutivas de la misma. Estas causas han sido diferenciadas en las que importan la conclusión del régimen matrimonial (muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, nulidad y divorcio absoluto) y las que sustituyen el régimen de comunidad por la separación de bienes que sólo podía obtenerse por vía judicial, entre las cuales cabe incluir el divorcio(1)(1066).

En tal sentido el doctor Hugo E. Gatti clasifica las causales de disolución, dividiéndolas en dos grandes grupos: 1º) Por vía de consecuencia: Dentro de éste se encuentran aquellas que producen la disolución de la sociedad conyugal en virtud de haberse disuelto el matrimonio mismo, "no existe más comunidad pues no existe más el lazo conyugal". 2º) Por vía principal: "Se produce cuando sólo afecta a la comunidad una causa que le es propia, no obstante subsistir el matrimonio". Agrega este autor que cualquiera sea la causa que opere la disolución de la sociedad conyugal, está en principio sometida a las mismas reglas y produce los mismos efectos, no obstante alcanza a establecer dos grandes diferencias: a) Cuando se disuelve conjuntamente con el matrimonio se suprime todo el régimen matrimonial sin sustitución por ningún otro; en cambio, cuando la disolución es por vía principal por subsistir el lazo matrimonial, el régimen de sociedad conyugal se sustituye por un sistema de absoluta separación de bienes. "La disolución de la comunidad equivale aquí a una modificación del estatuto matrimonial de los cónyuges" b) En los casos en que la disolución de la sociedad es por vía de consecuencia, sus efectos son definitivos. En algunos supuestos de disolución por vía principal, sus efectos son provisorios, pues el régimen disuelto puede revivir ante la reconciliación de los cónyuges(2)(1067).

Centrando nuestro análisis en el divorcio, Diego L. Barroetaveña nos dice: "La ley nos habla de separación judicial. Pero, ¿cuál es la causa que permite esa separación?: el divorcio. Ello, de acuerdo con el artículo 74 de la Ley de Matrimonio: "Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el título de la sociedad conyugal", y esta norma empalma a su vez con el artículo 1306 del Código Civil, que prescribe: "En caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

judicial de bienes..."(3)(1068).

La aplicación de este último artículo concitará la atención de este trabajo, permitiéndonos destacar la evolución doctrinaria y jurisprudencial en cuanto a los límites impuestos en el ejercicio de la acción de separación de bienes y sus efectos respecto a la fecha desde la cual se debe considerar operada la disolución de la sociedad conyugal, fuente inspiradora de la reforma introducida por la ley 17711.

El antiguo texto del artículo 1306 disponía: "En el caso de divorcio. el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes y en cuanto a éstos los efectos del divorcio respecto a los cónyuges y a terceros serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores y por las del cap. X, tít. Del Matrimonio".

El codificador, basado en el Esboço de Freitas, se inclinó por un sistema que tendía, según su criterio, a la consolidación de los vínculos patrimoniales que surgían del matrimonio, sancionando al cónyuge culpable mediante la participación del inocente en las ganancias que aquel pudiere obtener aun con posterioridad a la separación de cuerpos (sentencia de divorcio).

En efecto, la facultad de solicitar la separación judicial de bienes para Vélez era un privilegio del cónyuge inocente, término éste que introdujo modificando la redacción de su fuente que prescribía en el artículo 1401: "Juzgado el divorcio, el cónyuge vencedor tendrá siempre derecho para pedir separación judicial de bienes...". Guastavino Justifica el temperamento adoptado por el codificador, explicando "que era excesivo acordar al cónyuge culpable el derecho de pedir su porción de ganancias intempestivamente o cuando las circunstancias económicas no aconsejaban la partición inmediata. La prolongación de la sociedad conyugal era una recompensa a la inocencia, una sanción impuesta al culpable"(4)(1069).

En el mismo sentido, Borda manifiesta "que tal disposición tenía un respetable propósito moralizador y a veces evitaba irritantes consecuencias del divorcio"(5)(1070).

Por tanto, la sentencia de divorcio no producía ipso jure el fin de la comunidad patrimonial, sino que era necesaria la requisitoria y ésta se encontraba consagrada en cabeza únicamente del cónyuge inocente según la expresa disposición legal, derivándose de la abstención de ejercer ese derecho la continuación de la sociedad conyugal en su aspecto patrimonial, con persistencia del carácter ganancial en los bienes adquiridos con posterioridad a la sentencia de divorcio. Sin embargo, la mayoría de la doctrina opuso serios reparos a la opinión sustentaba por Vélez. El mismo Borda continuaba diciendo: "Concluida la unión de las personas cesa el fundamento de la comunidad de bienes; en cuanto al marido engañado no es muy digno que continúe usufructuando los bienes de su mujer después de comprobado el adulterio, pues no otra cosa significa negarse a entregarle la parte que le corresponde en los gananciales". Y en su Comentario del Código Civil argentino, Machado glosaba: "El cónyuge inocente es el único que puede

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

pedir la separación de bienes, de modo que si ambos fueran culpables, ninguno la podría demandar y ésta continuaría, lo que sería absurdo. La razón que da Goyena al art. 1358, de "que no es justo ni decoroso que continúe el marido culpable en la administración de los bienes de la mujer, agraviada y separada", no puede aplicarse al caso en que ambos sean culpables. Freitas, art. 1401, dice: "el cónyuge vencedor siempre tendrá derecho para pedir la separación, etc."; sin embargo que la ley no autoriza la separación de bienes cuando no hay cónyuge inocente, me inclino a creer que debe ser autorizada; porque si hay razón para someter a la mujer culpable divorciada a soportar la administración del marido inocente, no la hay cuando los dos han cometido actos que autorizan el divorcio. Sería someterlos a una especie de cadena perpetua, y no hay conveniencia en prolongar una sociedad que por la voluntad de ambos ha quedado rota, con tanto más fundamento cuanto que el marido probablemente rechazará una carga semejante; trabajar para la mujer que él ha abandonado por una causa grave, es no medir las consecuencias deplorables a que pueden llegar. Valdría más dar por concluidas las relaciones y dejarlos en libertad, ya que no es posible disolver el vínculo. Téngase presente que la separación de bienes puede tener lugar por mala administración, y con independencia del divorcio; así es que como causa concurrente puede traerse al juicio de divorcio la mala administración para obtener la completa separación. Freitas, l. c., Nº 3, sólo autoriza al cónyuge inocente para revocar las donaciones y ventajas acordadas en el contrato de matrimonio, disposición consignada en el art. 75, ley Matr. Civ. "Los efectos del divorcio respecto de los bienes no se producen sino desde la solicitud de separación, sin efecto retroactivo. Para demandar la separación de bienes, bastará acompañar testimonio de la sentencia firme ante cualquier juez en lo civil"(6)(1071). También Bibiloni al referirse al tema había manifestado su posición contraria a la consagrada en la redacción original del art. 1306, pues entendía que la separación personal de los esposos resuelta judicialmente debía por fuerza traer aparejada la separación de bienes, expresando en tal sentido: "Sin embargo la unión personal ha concluido. Ha sido reemplazada por la cesación de todas las relaciones conyugales. No hay vida común. Los bienes que habían sido sometidos a una unión completa y una administración única, correspondientes al estado de los esposos que formaban una familia perfecta, quedan sujetos a la situación formada, no obstante la destrucción total de ellas. Y lo que es peor, substituida por el alejamiento irreductible, los odios, los rencores de la prosecución en juicio con acusaciones infamantes u odiosas. La condición del esposo inocente, que continúa gozando de los bienes, administrándolos, enriqueciéndose con el trabajo o las rentas del otro, es, para decir lo menos, poco digna. Después de perseguir el marido a la mujer con acusaciones de adulterio, de envilecerla ante los hijos y la familia, trayendo prueba sobre prueba, con encono, hasta llegar a la sentencia, ese marido que no ha parado hasta expulsar a su esposa del hogar, se queda muy satisfecho, percibiendo sus rentas y pasándolo

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

cómodamente en la casa perteneciente a su mujer, a quien sólo entrega una pensión tan mezquina como puede. Es, creemos, insostenible que la ley sea tan contradictoria. Si el esposo reclamó la separación de la persona, no se quede con sus bienes. La ley no puede amparar semejante indelicadeza, no hay unión. Que cada uno administre libremente lo suyo. El dinero de la culpable no debe manchar las manos del inocente e interesado marido, y recíprocamente. No hubo clemencia, sino persecución, y cada día la cuestión de los bienes ahonda el abismo. Tal vez sin ella, el tiempo calmaría los resentimientos, y quizás traería la unión. Es mal sistema de separación el de quedarse con el dinero ajeno, aunque se pretenda que es en castigo de la falta cometida"(7)(1072).

Consecuente con su doctrina, propiciaba en su anteproyecto la disolución de pleno derecho al estatuir: "Se modifica el artículo 1306 así: La separación personal de los esposos resuelta judicialmente, importa separación de bienes". Y en el proyecto de reformas al Código Civil del año 1936 se dispone que la disolución puede ser solicitada tanto por el cónyuge inocente como por el culpable.

En concordancia con las reformas sugeridas al artículo 1306, también se propugnaba modificar el texto del artículo 1291 en Bibiloni, con la siguiente redacción: "La sociedad conyugal termina con la disolución del matrimonio, por la declaración de su nulidad y por la separación judicial de los bienes. No se disuelve por mutuo consentimiento". Y en el proyecto de reforma, disponiendo: "La sociedad conyugal termina: 1°) Por disolución del matrimonio. 2°) Por declaración de su nulidad. 3°) Por separación judicial de bienes, la que procederá sólo en los casos siguientes: a) Cuando por sentencia se declare la separación personal de los esposos...". Bibiloni agregaba después del artículo 1303 una nueva norma: "Los efectos de la separación judicial de bienes se producen entre los esposos desde el día de la demanda. En relación de terceros, sólo se producen desde el día de la inscripción de la sentencia o desde el de la prenotación".

**II. EFECTOS TEMPORALES DE LA SEPARACIÓN DE BIENES. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**

El artículo en estudio, en su redacción de origen, no establecía el momento en que se operaba la disolución de la sociedad conyugal. Ello dio lugar a diversas interpretaciones por parte de nuestros autores y magistrados, reflejadas en distintos fallos, sus comentarios y los tratados de la materia. Sintéticamente y a fin de fijar un panorama de la evolución doctrinaria y jurisprudencial que ha permitido arribar a la solución que brinda el nuevo artículo 1306, citaremos las corrientes interpretativas que pueden resumirse en las siguientes:

a) Desde el día de la sentencia definitiva. En sustento de tal criterio, se esgrimían como argumentos los artículos 1291, 1299 y 1301 del Código

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Civil, sosteniéndose que la sentencia que declara la separación de bienes, al extinguir la sociedad conyugal, fijaba el momento del que debía partir la liquidación. Era la solución consagrada en viejos fallos de la (Cámara Civil Primera (J. A., t. 21, pág. 758, 18/8/26) y la Cámara Civil Segunda (J. A., t. 11, pág. 1096, 21/11/23) que cobró vida a posteriori en fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires de fecha 27/7/54 (La Ley, t. 75, pág. 755). Entre los autores que se inclinaban por esta doctrina podemos citar a Llerena, Cornejo y Rébora, y en el derecho uruguayo a Hugo E. Gatti, que la fundamenta en el carácter constitutivo de la sentencia (citando a Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*; Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*) manifiesta: "La sentencia de divorcio es una sentencia constitutiva. Es tal la que tiene la virtud de crear o constituir un estado jurídico nuevo, ya sea haciendo cesar el existente, ya sea modificándolo, ya sea sustituyéndolo por otro. La sentencia de divorcio no declara un estado anterior ni condena al demandado a una prestación principal, sino que hace nacer un estado jurídico nuevo, el estado de divorciado, por un acto de autoridad. Esta sentencia, por regla general, no tiene efecto retroactivo; si su contenido esencial es el de crear un estado jurídico nuevo que nace en función de la sentencia, el efecto que produce se proyecta necesariamente hacia el porvenir y no retrocede hacia el pasado"(8)(1073).

Fassi, citado por Belluscio, sostenía que la disolución se producía cuando tenía lugar la causa de separación de bienes, que es el divorcio; por consiguiente, si se demandaban conjuntamente el divorcio y la separación de bienes, la sentencia no tenía efecto retroactivo, pues al mismo tiempo que ésta, se decretaba aquél, mientras que si el pedido de separación de bienes era posterior, tenía efecto retroactivo al día en que había pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia por la cual se había decretado el divorcio(9)(1074).

b) Desde el día de la traba de la litis. El doctor Héctor Lafaille en su Curso de derecho de familia, capítulo VI, subtítulo III "Fin de la sociedad conyugal", comentando los fallos que trataban esta materia en su evolución, manifestaba: "Nos parece más jurídica la primera, que hoy adoptan: cuando se promueve una demanda de esta índole, se funda en hechos ya existentes y a ellos se refieren las disposiciones legales correlativas (arts. 1290, 1294, 1306, etc.). Pensamos, pues, que reconocida la exactitud de los extremos aducidos, debe considerarse por lo menos la retroactividad, hasta la traba de la litis, si no se quiere aplicar el art. 1776 que en materia de sociedades se refiere al día en que tuvo lugar la causa de la disolución"(10)(1075).

c) Desde el día de la notificación de la demanda en el juicio de separación de bienes. Es la que sostuvo principalmente en sus últimos fallos la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil J. A., 1959, t. I, pág. 307; La Ley, t. 107, pág. 125; J. A., 1962, t. V, pág. 347). A

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

raíz del dictado con fecha 16 de agosto de 1960, publicado en La Ley, t. 101, pág. 469, en apoyo de esta tesis Borda decía: "Si se aceptara el momento de la traba de la litis y no el de la demanda, podría en ese tiempo el cónyuge administrador realizar actos de disposición contrarios a los intereses del demandante. Pero nos parece justo tomar en consideración, no el día en que la demanda fue iniciada, sino el de la notificación, pues hasta ese momento no hay por qué hacer pesar sobre el demandado las consecuencias de sus actos normales de administración y disposición de los gananciales. Recién cuando está notificado, queda advertido de que - si la demanda prospera - deberá partir todos los gananciales existentes en ese momento y que si dispone de alguno, deberá responder por la parte que le correspondiere al otro cónyuge"(11)(1076).

En reciente publicación realizada por el Dr. Borda en El Derecho (revista del 10 de agosto de 1970), con referencia al momento en que se considera disuelta la sociedad con respecto a terceros, éste hace constar que ha cambiado su opinión sobre el tema, expresando: "...Pero una mayor reflexión del punto nos induce ahora a sostener la opinión que desarrollamos en el texto. En efecto, respecto de los terceros, la fecha de la sentencia es irrelevante. Si ellos no han tenido conocimiento de tal sentencia (lo que se supone, porque de lo contrario no serían de buena fe), si el cónyuge administrador ha seguido en posesión de los bienes, los derechos de los terceros no tienen por qué verse afectados por la existencia de tal fallo".

Entre nuestros autores, también Guaglianone se ha mostrado partidario de esta tesitura, arguyendo: "manifestamos nuestro acuerdo con la tesis que hace surgir los efectos desde el día de la notificación de la demanda, como la que se ajusta con mejor lógica a los principios del derecho procesal, al mismo tiempo que respeta los que rigen el régimen comunitario". El mismo autor, concluyendo ese capítulo, hace notar: "Todo lo expuesto es sin perjuicio de que, para los terceros, no puede invocarse la disolución sino desde que haya sido reconocida por sentencia, y que ésta no se les puede oponer retroactivamente sin daño de sus intereses, aunque haya mediado separación de hecho (la cual, si bien cambia la naturaleza de las adquisiciones posteriores a ella, lo hace también sólo entre los cónyuges y no respecto de los terceros)"(12)(1077). Esta última corriente doctrinaria fue recogida por la Comisión Reformadora del Código Civil y ha dado origen al nuevo texto del artículo 1306.

d) Desde el día de interposición de la demanda en el juicio de separación de bienes. Los enrolados en esta corriente interpretativa se basaban, por un lado, en el artículo 1262 del Código Civil que dice: "La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en ese título"; de allí pasaban entonces al artículo 1776, que prevé los efectos de la sentencia de disolución de las sociedades comunes y dice "la sentencia que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

declare disuelta la sociedad tendrá efecto retroactivo al día en que tuvo lugar la causa de la disolución", y consideraban que la causa de la disolución era la demanda promovida. Para reforzar las argumentaciones, se recurría finalmente al artículo 1291 del expresado cuerpo legal, que enumera las causales de disolución de la sociedad conyugal, y en su primera parte establece: "La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes ...". Pero esta interpretación no era la única para llegar a sostener tal hipótesis, puesto que también se arribaba por distinta vía a idéntica conclusión. En efecto, dejando de lado el artículo 1776 y aplicando el principio de derecho procesal según el cual la sentencia tiene carácter declarativo, ello operaba retroactivamente al día de la interposición de la demanda. Se entendía más lógico tomar en cuenta ese día y no aquel en que tuvo lugar "la causa de la disolución". Díaz de Guijarro, refiriéndose a aquella interpretación que echaba mano del artículo 1776, entendía que la misma podía conducir a graves problemas, ya que la expresión "causa de la disolución" origina controversias en cuanto a si la causa era la demanda de separación de bienes o el hecho originario de la situación producida entre los cónyuges. Por su parte apoyaba la interpretación que acogía el principio procesalista, con el cual se eliminaban los problemas apuntados, señalando que en tal circunstancia radicaba su eficacia y gravitación, pero haciendo la salvedad que dicha retroactividad a la fecha de la demanda sólo debía entenderse, en lo que a las relaciones de los esposos se refiere, sin afectar a los terceros para quienes la sociedad conyugal debía considerarse disuelta desde la fecha de la sentencia que así lo declaraba(13)(1078).

Adoptan este mismo criterio Machado(14)(1079), Salas(15)(1080) y Acuña Anzorena y los fallos de la Cámara Nacional de Primera Instancia en lo Civil, Sala D, de fecha 22/8/57 (La Ley, 89 - 234), Sala A, del 28/10/57 (La Ley, 90 - 619 y J. A., 958 - II - 421), Sala E, del 13/5/60 (La Ley, 101 - 989), Sala B, del 9/5/61 (La Ley, 103 - 770) y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 1/2/41 (La Ley, 21 - 563).

e) Desde la fecha de separación de hecho. Esta teoría, si bien partía, al igual que la anterior, del artículo 1262 Cód. Civil - que como vimos establece que son de aplicación en forma subsidiaria las normas que gobiernan la sociedad común -, se apartaba luego al tomar entre ellas lo dispuesto por los artículos 1735 y 1769 y, fundándose en las causas de exclusión que el primero consagra y de disolución que establece el segundo, concluía sosteniendo que la disolución de la sociedad conyugal debía retrotraerse a la fecha del hecho concreto que la originó, o sea, la causa misma del divorcio. Calatayud, en el tratamiento del caso de referencia, se muestra partidario de igual solución y plantea el siguiente interrogante: "Supongamos el caso de un cónyuge que sin motivo jurídico justificado, abandona el hogar y deja de cumplir con las obligaciones que el matrimonio impone. Si el otro cónyuge por motivos sociales, éticos o religiosos se abstiene de iniciar el juicio de divorcio,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

¿tendrá derecho el culpable a los bienes adquiridos por el inocente con su esfuerzo exclusivo?" El autor que nos ocupa fundamenta su respuesta, categóricamente negativa, en el artículo 953 y cita asimismo un fallo dictado sobre la base del voto de la Dra. Margarita Argúas (Gaceta del Foro, t. 245, pág. 30), quien decía: "Sería contrario a la moral y la equidad, que constituyen los fundamentos éticos de la legislación del país, que ese señor, por una aplicación textual de disposiciones de ley, pudiera beneficiarse con un patrimonio que no contribuyó a formar mediante sus aportes de trabajo o de otra naturaleza pecuniaria. La sociedad conyugal, que tiene su comienzo con la celebración del matrimonio, es la consecuencia de la convivencia de los cónyuges, en cuanto ella importe comunidad de afectos y de aportes de trabajo, en la esfera de las respectivas actividades de aquéllos. Cuando ha habido abandono del hogar, separación de hecho debidamente acreditada, sin voluntad de unirse, y estas situaciones se han prolongado por largos años, el fundamento jurídico y económico del derecho a los gananciales desaparece o debe desaparecer a partir de la fecha de esos hechos - abandono o separación de hecho -, pues de lo contrario se sancionaría al esposo inocente y se otorgaría prebendas o beneficios al otro que no realizó ningún esfuerzo en la formación del acervo común"(16)(1081).

Diversos fallos receptaron estos fundamentos, retrotrayendo al momento de la separación el efecto disolutivo de la comunidad de bienes (Cámara Civil 2ª Cap., 20/9/44, La Ley, t. 36, pág. 617; Sup. Corte Bs. As., 21/6/46, rep. La Ley, t. 8, sociedad conyugal, sum. 29; Cámara 1ª Apel. La Plata, 26/9/50, La Ley, t. 61, pág. 142).

### III. HIPÓTESIS DEL DIVORCIO VINCULAR

El problema suscitado por la vigencia del artículo 31 de la ley 14394, en consideración a si el divorcio vincular determinaba la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, permitió a los autores esbozar distintas soluciones con el siguiente contenido: Díaz de Guijarro expresa:

"El planteamiento es éste: producida la declaración de divorcio vincular, subsiste la sociedad conyugal si el cónyuge declarado inocente no ejerció el derecho de pedir la disolución, que es lo mismo que preguntarse si el cónyuge culpable puede requerir la disolución de la sociedad conyugal y la consiguiente separación de bienes", y al surgir la pregunta que muchos se formulaban, "¿cómo puede seguir la sociedad conyugal cuando ya no hay cónyuges, porque hay disolución vincular?", agrega: "pero veamos: el estado de divorciado, que se adquirió por la sentencia de divorcio de la ley de matrimonio civil..., acuerda al cónyuge inocente la facultad de pedir la disolución de la sociedad conyugal. Ningún artículo, ningún precepto de la ley 14394 toca ninguno de esos aspectos. ¿Podemos deducir, por simple deducción lógica, que ha habido una derogación? ¿Podemos decir que el artículo final de la ley 14394, que deroga por oposición cualquier norma que en esa situación

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

se encuentra, comprende estas situaciones? Es imposible esta conclusión de toda imposibilidad, porque no puede modificarse el régimen de alimentos ni puede transformarse el sistema hereditario, ni puede cambiarse el régimen comunitario conyugal, sin que haya una norma que lo diga, que diga qué se cambia y cómo se cambia"(17)(1082). De manera tal que las conclusiones a que arriba este autor son que la disolución del vínculo matrimonial produce como único efecto el permitir el nuevo matrimonio; por consiguiente, la situación continuaría siendo la misma que en caso de divorcio limitado, es decir sólo el cónyuge inocente - o cualquiera de ellos si los dos son culpables - podría pedir la separación de bienes, de modo que el divorcio absoluto por sí solo ningún efecto tendría respecto de la sociedad conyugal. Lezana sostiene que, "decretado el divorcio vincular, cualquiera de las partes tendrá derecho a exigir la disolución de la sociedad conyugal, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1306, argumentando que decretado el divorcio vincular, debe cesar la sociedad conyugal porque ella no puede existir donde no hay cónyuges y sólo se concibe integrada por ellos; cuando dejan de serlo se cumple la condición a la cual fue subordinada la duración de la sociedad (por aplicación del artículo 1764 por conducto del 1262 del Código Civil)(18)(1083).

Belluscio, coincidente en su juicio con el de Barroetaveña, Cornejo y Guaglianone, expresó: "El divorcio vincular importa necesariamente la disolución de la sociedad conyugal, pues resulta inconcebible que haya sociedad conyugal sin matrimonio y más contrario a la razón aún que el divorciado que contrae segundo matrimonio, por el hecho de que el inocente no haya pedido la disolución de la sociedad conyugal, continúe ligado a dos sociedades conyugales a la vez. Por otra parte, no cabe hablar en el caso de separación de bienes, ya que - concluido el matrimonio - el régimen de comunidad no es sustituido por el régimen extraordinario de separación de bienes, sino que cesa todo régimen matrimonial entre los ex cónyuges"(19)(1084).

Borda, por su parte, expresa "que es necesario distinguir diversas hipótesis: 1) Si el cónyuge inocente ha pedido la disolución del vínculo, el culpable podría reclamar la separación de bienes, pues ante aquella expresión de voluntad de romper todo lazo con el culpable, no se concebiría la subsistencia de la comunidad. 2) Igual solución hay que aceptar en caso de que la disolución haya sido pedida por el culpable, pero el inocente haya hecho uso del derecho de contraer nuevo matrimonio, pues es obvio que éste no podría pretender el mantenimiento de la anterior comunidad. 3) Pero creemos que la solución debe ser distinta si el culpable es quien ha pedido la disolución y el inocente no contrae nuevas nupcias. En esta hipótesis no resulta lógico que el culpable pueda eludir la disposición legal que le prohíbe reclamar la separación, por un acto unilateral y voluntario, como es el pedido de disolución. Ello significaría que puede mejorar su situación con un acto tendiente a destruir definitivamente el matrimonio, lo que parece inadmisibles"(20)(1085).

**IV. EL CONFLICTO DE LEYES EN LA APLICACIÓN INTERTEMPORAL DEL  
ARTÍCULO 1306**

La doctrina imperante en el momento de redacción del Código Civil referente a la aplicación de las leyes en el tiempo, se inclinaba por la "irretroactividad" sobre la base de la "no alteración de los derechos adquiridos", que Vélez receptara en los artículos 3º, 4º, 5º, 4044 y 4045, pero la aplicación de esta teoría ocasionaba en la práctica algunas dificultades que la hicieron caer en desprestigio. En efecto la expresión "derechos adquiridos", según Borda, "se ha mostrado imprecisa, inexacta, inaprehensible", opinión que fundamenta con citas de Arminjon que la califica de "inutilizable, escolástica y proteica, sobre la cual ningún acuerdo es posible", y Duguit quien en una conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto decía: "...dentro de algunos meses hará medio siglo que estudio derecho y no sé todavía lo que es un derecho adquirido. Sé lo que es un derecho, aun no estoy muy seguro de ello, pero jamás he sabido lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se tiene. La expresión derechos adquiridos debe ser implacablemente rechazada, porque no tiene sentido". Von Tuhr, en la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 9. de Junio de 1969, citado por A. Amuchástegui Astrada, decía: "Sólo puede expresarse, como regla para el legislador, que en lo posible debe proteger las situaciones jurídicas existentes, para no defraudar, salvo motivos urgentes, la confianza que los súbditos han tenido en la ley abrogada. Salvo, pues, excepciones fundadas en necesidades prácticas, quedan firmes los derechos ya constituidos en el momento en que entró en vigencia la ley nueva y conservan su validez los contratos concluidos bajo la ley antigua". Borda aclara que si bien en un principio no parece difícil precisar su concepto, las dificultades comienzan cuando se lo pretende vincular con el sistema de irretroactividad de la ley. Por ello, a través de autores franceses, alemanes e italianos, como los ya citados y A. Von Scheurl, Chironi y F. Affolter entre otros y finalmente Roubier, se intenta un nuevo sistema para la solución de los problemas que plantea la concurrencia de leyes en el tiempo. Esto último contando como antecedente inmediato para su sistema con la construcción realizada por Affolter, resalta la exacta distinción entre los efectos retroactivos e inmediatos de la ley, a la vez que refiriéndose a los derechos adquiridos expresa: "El derecho adquirido no es más que un pabellón que cubre toda especie de mercaderías y desembarazándose de esta fórmula no se destruye nada de sólido ni de serio". (Les conflicts de lois, París, 1929, pág. 322). Si aquélla se aplica a los efectos cumplidos (facta praeterita), adquiere retroactividad; si se la aplica a situaciones en curso (facta pendencia), deberá establecerse una separación entre las partes anteriores a la sanción legislativa, que no pueden ser atacadas sin retroactividad, y las posteriores, en las que la nueva ley se aplica con

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

efecto inmediato. Por último si la ley se propone regir los efectos futuros (facta futura), tampoco será retroactiva. Este autor parte del principio general de irretroactividad de la ley. Sostiene que las mismas no deben tener efecto retroactivo por ser esto contrario al orden jurídico. Sin embargo admite determinadas excepciones y sí lo acepta para aquellas que el legislador dicta para reglar situaciones de emergencia, normas que llama de "dispensa". Según su criterio, podrá hablarse de leyes retroactivas cuando éstas: a) Ataquen la constitución o extinción de una situación jurídica anterior. b) Ataquen los efectos de una situación jurídica producidos con anterioridad a la nueva ley.

c) Creen o supriman situaciones jurídicas.

Frente a efectos cumplidos, no corresponderá la aplicación inmediata de la ley en los siguientes casos a) "La constitución anterior de una relación jurídica a la vista de una ley modificadora de su constitución"; b) "Los efectos anteriores producidos por una situación jurídica a la vista de una ley modificadora de los efectos de esta situación"; c) La extinción anterior de una relación jurídica a la vista de una ley modificadora de las condiciones de esta extinción"; d) "Los hechos que escapan a la producción de una situación jurídica, a la vista de una ley modificadora de las condiciones de esta constitución". Agrega Roubier: "Todos estos supuestos se encuentran definitivamente reglados por la ley que ha sido competente en el momento en que estos hechos han tenido lugar, y a esto lleva la regla de la no retroactividad". Ahora bien, a contrario sensu serían situaciones de facta pendentia los siguientes casos: a) Las situaciones jurídicas que se encuentran en curso de constitución, en el momento en que interviene una nueva ley, modificadora de sus condiciones de constitución; b) Las situaciones jurídicas en curso de efecto para sus efectos futuros, en el momento en que interviene una ley modificadora de los efectos de esta situación; c) Las relaciones jurídicas que se encuentran en curso de extinción, en el momento en que interviene una nueva ley modificadora de sus condiciones de extinción; d) Las situaciones de puro hecho, de carácter durable, que no han producido durante la ley anterior la constitución (o la extinción) de una situación jurídica y que se encontraban también en curso en el momento en que interviene una ley que le da al contrario ese poder". En todos estos casos la nueva ley tiene efectos inmediatos y debe aplicarse desde su vigencia. Como excepción, consagra el caso de los contratos sucesivos o continuados en los cuales la aplicación inmediata de la nueva ley destruiría las previsiones de las partes. Cuando celebran un contrato, las partes conocen su texto y las disposiciones legales; en base a ello tomaron sus previsiones, las que quedarían destruidas si en virtud de una nueva ley el contrato debiera reglarse en forma distinta.

En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba del 9 al 14 de octubre de 1961, el doctor Guillermo A. Borda, sostenedor de la tesis de Roubier, propuso sustituir los arts. 2º y 3º del Código Civil por los siguientes: Art. 2º: Las leyes son obligatorias desde el día que ellas determinen. Si no designan tiempo, lo serán en todo el territorio

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

nacional, a los 8 días de su publicación. Art. 3º Las leyes producen todos sus efectos desde su entrada en vigencia y se aplican aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo salvo disposición en contrario. Los contratos en curso de ejecución no son alcanzados por las nuevas leyes supletorias". Se hace aquí evidente la disidencia parcial del autor argentino con la teoría de Roubier, en cuanto aquél sostiene que las leyes imperativas deben aplicarse en forma inmediata, aun en las situaciones jurídicas en curso en los pasos sucesivos o continuados. La comisión reformadora del Código Civil adoptó casi textualmente la ponencia del Dr. Borda (a pesar de que el último párrafo de la misma fue suprimido por la decisión mayoritaria del citado congreso) con el agregado de que no podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales, que propusiera el Dr. Orgaz. En consecuencia, el artículo 3º quedó redactado definitivamente así: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias". Y ha sido interpretado por la Sala C de la Cámara Nacional de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital en un fallo del 21 de abril de 1969, que lleva el número 62988 (La Ley, 7/7/69), donde argumenta: "La ley que gobierna los efectos de una situación jurídica no puede, sin retroactividad, afectar los efectos que se habían producido bajo la ley anterior, sea que se trate de modificar, acrecer o disminuir los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas, es decir, los efectos que se han producido después de su entrada en vigor, pero que resultan de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua. Hay hechos que pueden llamarse instantáneos, porque no duran, en efecto, más que un solo momento y que, en consecuencia, no pueden caer más que bajo el amparo de una sola ley. Su número es muy grande; es, por ejemplo, un nacimiento, fallecimiento, un accidente, un robo, un acto de violencia, etc.; estos hechos están obligatoriamente sujetos a la ley del momento en que ocurren y si esta ley no hace surgir la constitución (o extinción) de una situación jurídica será en adelante imposible llegar este resultado sin retroactividad".

En la I Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, al estudiarse este aspecto normativo, se produjeron opiniones encontradas que dieron origen a tres despachos: el de la mayoría sostiene: "Para aquellos divorcios decretados con anterioridad a la reforma, sin haberse resuelto la disolución de la sociedad conyugal, deberá entenderse ésta producida de pleno derecho a partir del 1º de julio de 1968"; el de la primera minoría: "En el supuesto anterior la disolución de la sociedad conyugal se opera de pleno derecho desde el día de la notificación de la demanda"; y el de la segunda minoría: "La primera parte del actual art. 1306 del Código Civil no es de aplicación

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

inmediata en razón de que, conforme a las pautas de Roubier, la ley que gobierna los efectos de una situación jurídica anterior no puede, sin retroactividad, afectar los efectos que se habían producido bajo la ley antigua, sea que se trate de modificar, aumentar o disminuir dichos efectos. El preconcepto citado, al establecer que la sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, está aumentando los efectos ya producidos por aquella ley".

### **NUESTRA OPINIÓN**

Si bien las tres posiciones cuentan con adecuada fundamentación doctrinaria y han sido apoyadas por distinguidos notarios, nos inclinamos por la citada en último término, pues estimamos que es la que trata con mayor equidad la situación patrimonial de ambos cónyuges, bajo el imperio de la norma derogada y la vigente y su concurrencia temporal. En efecto, sostener que una sentencia de divorcio dictada bajo el imperio de la ley anterior, cuyos efectos se limitaban a la separación de cuerpos, pueda ver aumentados dichos efectos en forma tal que, a partir de la reforma, produzcan la disolución de la sociedad conyugal, ya sea tomando como base de partida la fecha de vigencia de la nueva norma, como sostuvo el primer despacho, o la fecha de notificación de la demanda - como se afirmó en el segundo - implicaría retroactividad conforme las pautas de Roubier. Más aún, afirmar con la primera minoría que los efectos disolutorios de la sociedad conyugal se retrotraen a la fecha de la notificación de la demanda de divorcios acarrearía un despojo al cónyuge inocente, quien, por no haber solicitado la disolución de la sociedad conyugal (tal vez en defensa del patrimonio de sus hijos) hubiera visto incrementar su haber por las adquisiciones realizadas por el culpable, pues tal era el efecto del art. 1306 en su anterior redacción. Pretender ahora que todas esas adquisiciones salieran de dicho patrimonio para pasar a ser bienes personales del cónyuge culpable, aparejaría una flagrante injusticia no buscada por la ley. Por otra parte, el cónyuge que, durante la vigencia de la ley anterior, iniciaba una demanda de divorcio o reconvenía sin solicitar separación de bienes, no tenía en miras que ésta se produjera, pretendiendo tal vez deliberadamente por no haber accionado cuando tenía derecho a hacerlo, que la comunidad de bienes subsistiera.

Distinta es la situación actual, en que el cónyuge que inicia una acción de divorcio sabe que la sentencia implicará automáticamente la disolución de la sociedad conyugal.

La opinión que sustentamos armoniza los efectos de ambas normas, la derogada y la vigente, al admitir la continuación del patrimonio conyugal mientras no medie pedido de uno cualquiera de los cónyuges, pero reconociendo que a partir del 1º de julio de 1968 el culpable tiene derecho a formularlo. De tal manera, el carácter de sanción que Vélez Sársfield impusiera en la norma derogada y que fuera tan criticado por la doctrina y jurisprudencia, dando lugar a su reforma, se encuentra

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

catalizado al legitimar la acción del culpable.

Creemos consecuentemente que solicitada la separación de bienes por cualquiera de los cónyuges, debe la disolución de la sociedad conyugal producirse a partir de la fecha de notificación de la demanda de separación. El cónyuge inocente tuvo siempre el derecho de accionar y si lo hace en forma diferida, no hay razón que justifique la aplicación retroactiva. Y en cuanto al culpable, desde la entrada en vigencia de la reforma adquirió automáticamente ese derecho; si pudiendo ejercerlo no lo hizo, creemos que su inacción obedecerá a razones personales que lo han inducido a ello, pretendiendo de ese modo mantener la situación de comunidad de bienes que existía. Por tanto, no vemos fundamento lógico que justifique que, por vía de interpretación legal, deban considerarse disueltas de pleno derecho todas las sociedades conyugales existentes entre divorciados con efecto retroactivo a la fecha de la reforma.

**V. INTERPRETACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES**

El Instituto Argentino de Cultura Notarial en el estudio realizado sobre "La ley 17711 y su aplicación en la actividad notarial", con respecto al problema concreto que nos ocupa, expresó: Que para los cónyuges divorciados "sin separación Judicial anterior a la fecha en que comienza a regir la reforma, por disposición de los artículos 3° y 1306 (según el nuevo texto de ambos), debe considerarse disuelta la sociedad conyugal. Pero es necesario proceder a la liquidación y separación de bienes, para establecer los bienes que le corresponden en esta operación respecto de los cuales podrá operar sin intervención del otro".

Por su parte, en el Curso de Estudio y Debate organizado por el Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe, sobre las reformas al Código Civil, la doctora María Josefa Méndez Costa expuso: "Entendemos que en divorcios ya decretados al 12 de julio de 1968, sin que se siguiera la separación de bienes o en que ésta aún no se había resuelto, se aplicará la nueva norma, es decir, que la sociedad queda disuelta automáticamente con el efecto retroactivo que fija el artículo 1306. Lo estimamos así aplicando el nuevo artículo 3°, ya que se trata de una «situación jurídica existente»"(21)(1086).

Formulada una consulta ante el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en el seno de su Comisión Central se produjeron dictámenes encontrados con distinto contenido Jurídico que, al tratar el punto que nos ocupa, sostenían: a) El propugnado por el escribano Carlos N. Gattari bifurca sus soluciones expresando que una es la obligada por la práctica actual y otra la posible jurisprudencia futura. Con respecto a la primera, expresa que las sentencias de divorcio anteriores a la modificación del código, no tienen el efecto de disolver la sociedad conyugal y se rigen por la ley vigente al momento de su dictado. Agrega que esa es la solución práctica notarial obligada por la seguridad jurídica, pero movido por su inquietud científica propugna la segunda solución

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

aludida; "cualquiera haya sido la época de la sentencia, la vigencia de la ley 17711 habría producido la disolución automática, aun con anterioridad a sí misma, conforme la posible interpretación del artículo 3° en este asunto". Hace también mención al tercer párrafo del artículo 1306 recalcando que éste niega participación al culpable en los gananciales que aumentaron el patrimonio de su cónyuge después de la separación de hecho y concluye que es imposible interpretar que un bien adquirido luego de la sentencia de divorcio por cónyuge inocente, necesite de una declaración judicial de no participación por parte del culpable. b) El emitido por el escribano Laureano A. Moreira, fundamentándose en el contenido del artículo 3° del Código Civil, niega la posibilidad de aplicar el nuevo texto del artículo 1306 que, caso contrario, alteraría las consecuencias de la situación jurídica existente, y haciendo cita de Llambías concluye en que dicha circunstancia puede significar violación de las garantías y derechos constitucionales, lo que impide la aplicación de normas, sean retroactivas o no. Y c) El del escribano Natalio P. Etchegaray sostiene que por aplicación inmediata de la ley, toda situación o relación jurídica regida por norma imperativa, debe ser encuadrada en la ley nueva, lo que hace imposible la simultaneidad en el tiempo de dos situaciones jurídicas iguales, regidas por leyes distintas. Agrega que como consecuencia de ello, por imperio de la reforma no puede haber divorciados que no tengan disuelta su sociedad conyugal y considera que los divorciados con sentencia han disuelto la suya a la fecha de la notificación de la demanda. El bien adquirido por un divorciado con posterioridad a la notificación de la demanda de divorcio es propio del cónyuge que lo adquiere, con prescindencia del eventual crédito que uno de los cónyuges pudiere tener contra el otro en el momento de procederse a la liquidación de la sociedad.

El presidente de la Comisión Central de Consultas, Dr. Miguel N. Falbo, luego de una exégesis de los dictámenes aludidos anteriormente, fundamentándose especialmente en la división que Guaglianone hace de los bienes, incluyendo como categoría la de los "personales", y con citas de Gatti, Borda, Fassi y otros, por aplicación del artículo 3° del Código Civil, llega a las siguientes conclusiones: "1) Dictada la sentencia de divorcio, con total independencia de si como consecuencia, se ha producido la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que con posterioridad adquieran cada uno de los cónyuges revisten el carácter de «personales» y no de propios o gananciales (excepto algunos casos como el que contempla el artículo 1273). En consecuencia su titular puede disponer de ellos sin necesidad de requerir el consentimiento del cónyuge no titular. 2) La sentencia de divorcio, de fecha anterior a la sanción de la ley 17711, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 3° y 1306, disuelve la sociedad conyugal. Por ello los bienes que después de la sentencia adquieren cada uno de los cónyuges, tampoco revisten el carácter de «propios» ni «gananciales», sino que son «personales» del adquirente, de acuerdo a lo expresado en la conclusión

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

anterior..."(22)(1087).

En la XII Jornada Notarial Argentina (Resistencia, 18 al 21 de setiembre de 1968), al tratarse el tercer punto del temario, como quinto acápite del mismo, se introdujo el caso que nos ocupa. Al producirse su tratamiento se originó el siguiente despacho: "...Para los cónyuges divorciados, con sentencia anterior a la reforma, rigen en cuanto a la administración y disposición de los bienes los principios de los artículos 1276 y 1277". En cuanto a lo tratado y resuelto en la "I Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal", celebrada en agosto de 1969, nos remitimos a lo expresado en el capítulo IV de este trabajo.

Y por último, en la XIV Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en San Isidro los días 23, 24 y 25 de abril próximo pasado, en el seno de la comisión N° 2 que trató el tema de la aplicación de la ley en el tiempo por incidencia del artículo 3° ante la reforma del 1306, se llegó a la siguiente conclusión: "La sentencia de divorcio dictada bajo el régimen del antiguo ordenamiento produce conforme con lo preceptuado por el artículo 1306, la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal que subsistiere, sólo desde la fecha de vigencia de la nueva ley, es decir desde el 1° de julio de 1968. Por lo tanto, cualquiera de los cónyuges, con abstracción de su inocencia o culpabilidad, podrá requerir la liquidación de la sociedad. Esta disolución, pues, producida sin declaración judicial alguna, faculta a pedir la liquidación y partición de la comunidad de bienes. a) Deben considerarse propios, o «personal» de cada cónyuge los bienes por ellos adquiridos con posterioridad al 1° de julio de 1968. b) La pretendida retroactividad de la disolución a la fecha de notificación de la demanda, en el juicio de divorcio sentenciado antes de la fecha expresada, halla obstáculo insuperable, en los principios consagrados por el nuevo artículo 3°, por cuanto alteraría importantes efectos de una situación jurídica existente, producidos antes de la vigencia de la nueva ley y violaría derechos amparados por garantías constitucionales".

En disidencia parcial con lo expresado, se formuló otra ponencia en los siguientes términos: "La disidencia se expresa únicamente con respecto a la fecha en que se debe considerar disuelta la sociedad conyugal. Esta disolución se produce de acuerdo al artículo 1306 al momento de la notificación de la demanda del juicio de divorcio. No se trata de retroactividad por cuanto conceptualmente, la sociedad termina al cesar la convivencia. La jurisprudencia antes de la reforma ya sostuvo la tesis anhelada y aceptada por gran parte de la doctrina".

La jurisprudencia en recientes fallos prohió soluciones sobre la base de la interpretación de la aplicación inmediata del nuevo precepto, resolviendo en los supuestos de divorcios anteriores a la reforma, con independencia de la culpabilidad de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal y decretando la fecha a que la misma se retrotrae.

La Cámara Segunda de Apelaciones de la ciudad de Mercedes, en fallo del 7 de agosto de 1969, publicado en los diarios La Ley del 4/5/70 y El Derecho del 14/5/70, resolvió: "1. Aunque el divorcio se resuelva por la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

culpa exclusiva de uno de los cónyuges, el mismo tiene derecho a pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a la ley 17711, aunque el juicio se hubiere sustanciado con anterioridad a la vigencia de dicho ordenamiento. 2. La nueva ley (art. 3º, ley 17711) no gobierna solamente las situaciones jurídicas creadas después de su promulgación, sino también las situaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley precedente. La nueva ley tiene poder para reglar las situaciones jurídicas preexistentes. Todo lo que sea de facta pendentia, deberá ser regulado por la nueva ley. 3. La sociedad conyugal no disuelta es una situación jurídica existente (art. 3º, ley 17711); es una consecuencia no consumada de la sentencia de divorcio pronunciada bajo el imperio del art. 1306, derogado, del Código Civil, y consiguientemente es conforme a derecho disponer la disolución de la sociedad conyugal aunque fuera pedida por el cónyuge culpable durante el imperio del art. 1306 derogado del Código Civil, a la luz de la reforma por la ley 17711 (Adla, XXVIII - B, 1799)".

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en fallo del 26/8/69, publicado en los diarios La Ley del 29/9/69 y El Derecho del 14/5/70, sostuvo: "1. Encontrándose firme la sentencia que decretó el divorcio por culpa del esposo, con anterioridad a la ley 17711, procede aplicar el nuevo texto del art. 1306 del Código Civil y hacer lugar a la disolución de la sociedad conyugal pedida por dicho cónyuge culpable. 2. La reforma de la ley 17711 erigió el divorcio mismo - con independencia de la culpabilidad que corresponda atribuir a uno u otro de los esposos - en causal de separación de bienes que opera de pleno derecho: la disolución de la sociedad conyugal es una consecuencia necesaria e inmediata de la sentencia que decreta «la separación personal de los esposos» y se proyecta con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda. 3. De la circunstancia de que el art. 1306 del Código Civil, en su redacción anterior a la ley 17711, sólo atribuyera al esposo inocente la facultad de solicitar la disolución de la sociedad conyugal, no cabe extraer - como inexorable consecuencia - que, frente a la ulterior reforma legislativa, pueda aquél invocar un «derecho adquirido» a oponerse a la liquidación del patrimonio conyugal pedida por el culpable. 4. El status que los esposos divorciados ostentaban a la fecha de entrada en vigor de la ley 17711, constituía una situación jurídica cuyo régimen es susceptible de una regulación diversa por la ley sobreviniente, sin mengua para el principio legal de irretroactividad, ni afectación de garantía constitucional alguna. 5. La aplicación de una ley no es retroactiva por la sola circunstancia de que los hechos o requisitos de los cuales depende sean extraídos de un tiempo anterior a su vigencia. 6. La sentencia hace cosa juzgada en tanto el pronunciamiento recaiga sobre una pretensión sometida a decisión, y en la medida en que dicha pretensión fuera sometida por las partes a la decisión del juez".

El mismo tribunal en fallo del 4/11/69 ratificó los fundamentos anteriores, al sostener: "1. Si con anterioridad a la sanción de la ley 17711 se dictó sentencia de primera instancia decretando el divorcio y denegando la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

separación de bienes pedida por el culpable, corresponde que, con posterioridad a dicha ley, que reformó el art. 1306 del Código Civil, sea acogido dicho pedido por el tribunal de alzada. 2. Al erigir el divorcio en causal suficiente de disolución de la sociedad conyugal, la ley 17711 ha venido, en los hechos, a acordar al cónyuge culpable del divorcio la facultad de pedir la separación de bienes. 3. Son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen de determinadas situaciones jurídicas. Así acontece con las normas sobre el estado o la capacidad de las personas y con las que gobiernan el régimen del matrimonio y del divorcio, en cuanto a sus condiciones y efectos".

La Cámara Civil Segunda, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, en fallo del 22/11/68 publicado en el diario La Ley del 13 de junio de 1969 y en la Revista Notarial número 784, pág. 1218, sostuvo:

1. En puridad procesal es necesario contar con una sentencia de divorcio firme y ejecutoriada, con autoridad de cosa juzgada para poder decidir en consecuencia el destino de la sociedad conyugal, y es recién entonces, en una etapa posterior, donde debe plantearse la cuestión de la separación y liquidación de esta última. 2. La separación de bienes, en carácter de acción conexas al juicio de divorcio, debe plantearse ante el juez que entendió en éste y puede intentarse como incidente en el mismo habiendo recaído sentencia que se encuentre firme. 3. Como consecuencia natural de la sentencia de divorcio se produce la disolución de la sociedad conyugal y por ende, de acuerdo con el art. 1306 del Código Civil (ley 17711, Adla, XXVIII - B, 1799), desaparece la condición de cónyuge inocente para solicitar la separación de bienes, facultad que puede esgrimir cualquiera de los cónyuges y con absoluta prescindencia del resultado del divorcio. 4. Desde que el art. 3º del Código Civil dispone que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia y aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, conjugando este principio con el art. 4046 a partir del 1º de julio de 1968, la situación de divorcio firme con subsistencia de la sociedad conyugal puede ser modificada por voluntad de cualquiera de los integrantes de la misma. 5. La declaración de separación de bienes no tiene efectos retroactivos como lo sugiere la ley sino que solamente producirá los mismos para el futuro. 6. No existe error in procedendo por parte del juez que aplica, a petición de uno de los cónyuges sin oír al otro, el art. 1306 del Código Civil respecto de la disolución de la sociedad conyugal subsistente no obstante el divorcio decretado bajo el régimen legal anterior, pues en el caso ese juez no hace sino una interpretación del derecho aplicable. Por tanto no hay nulidad procesal en ese auto".

En disidencia con este fallo, el Dr. Eduardo A. Zannoni en nota al mismo, expresa: "En relación al fallo comentado, un primer aspecto que merece ser puntualizado es el relativo a los alcances de la disolución de pleno derecho. Dice la Cámara: «...como consecuencia de la Sentencia de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

divorcio, se produce la disolución de la sociedad conyugal y, por ende, desaparece la condición de cónyuge inocente para solicitar la separación de bienes, facultad que puede esgrimir cualquiera de los cónyuges y con absoluta prescindencia del resultado del divorcio». El pensamiento del tribunal merece ser puntualizado, decimos, en la medida que no trasunta claramente el sentido de la disolución «de pleno derecho» y, por ende, sin necesidad de requerimiento - como efecto propio de la sentencia de divorcio -. La mentada disolución no habrá ya de ser consecuencia de la acción de separación de bienes como surgía del art. 1306 del código. No cabe hablar de separación de bienes, o de demanda en tal sentido, sino de liquidación de la sociedad conyugal disuelta a partir del día de la notificación de la demanda de divorcio. Recalcando conceptos, diríamos que la disolución - que no es más que un «estado de derecho» - sólo tiene como consecuencia extinguir las condiciones y efectos de la ganancialidad patrimonial respecto de las adquisiciones de los cónyuges en los casos de los arts. 1272 y sigs. del Código Civil. Es lo que se desprende depurando la terminología - para el caso que nos ocupa - de la letra del art. 1301: «Después de la separación de bienes (mejor, de la disolución), la mujer no tendrá parte alguna en lo que adelante ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare». Entendemos, pues, que no corresponde afirmar que la facultad para solicitar la separación de bienes compete y se atribuye a cualquiera de los cónyuges con absoluta prescindencia del resultado del divorcio. Desaparecida la acción de separación de bienes en la hipótesis, la disolución - mal llamada separación - deviene, ipso jure, no depende del ejercicio de facultad alguna. Es - lo acabamos de decir - efecto propio de la sentencia de divorcio. Lo que sí compete a cualquiera de los esposos divorciados, cuya legitimación activa no está sujeta a la calificación de su conducta en la sentencia, es demandar la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta, conforme la directiva general del art. 1299 del Código".

Es dable observar que estos pronunciamientos se expiden haciendo lugar a peticiones instauradas por cónyuges culpables, reconociendo fundamentalmente el principio propugnado en sede doctrinaria a cuya aplicación da lugar el nuevo texto legal en el sentido de acordar símiles prerrogativas a éstos, considerando irrelevante la culpabilidad a los efectos de solicitar la extinción de la comunidad matrimonial de bienes. Ante las modificaciones de enorme relevancia en el ámbito jurídico notarial, introducidas por la ley 17711 en el régimen matrimonial de nuestro derecho positivo y cumpliéndose los presupuestos que virtualizan la entrada en funcionamiento del dispositivo de gestión conjunta que dimana, como postulado general del artículo 1277 del Código Civil, necesario resulta dilucidar la complejidad de situaciones susceptibles de plantearse al proyectar en la dimensión patrimonial el estado de divorciado sin separación judicial de bienes. El notario al enfrentarse en los actos jurídicos afectados por la limitación dispositiva del nuevo régimen matrimonial de bienes, ante cónyuges cuyo estado civil sea el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que nos ocupa, deberá requerir, en nuestra opinión, asentamiento, venia supletoria o separación, liquidación y partición de la sociedad conyugal, prescindiendo de la culpabilidad o la fecha de adquisición del bien a disponer, ya que aun cuando jurisprudencialmente se pueda determinar el carácter, personal o ganancial de cada uno de los bienes que formaron e integran el patrimonio de los consortes o la comunidad que entre éstos existiera o exista - según las diversas doctrinas tratadas precedentemente en este trabajo -, no será de su incumbencia la valoración de las circunstancias que en cada caso y posiblemente controvertidas por las partes, lleven al magistrado a la convicción de encontrarse ante un bien de una u otra naturaleza. La concepción eminentemente restrictiva surgida de la interpretación de la nueva norma, a que arribáramos en el párrafo que antecede, es corolario de la aplicación de los principios doctrinarios que consideramos más ajustados a derecho, en el análisis de cada uno de los casos susceptibles de plantearse en las notarías. Que al cónyuge divorciado le corresponda o no participación en los bienes que el otro adquiriera con posterioridad a la separación, no es materia de resolución notarial. Los fundamentos que a tal conclusión lleven, escapan, como dijimos, a nuestra apreciación; ellos deben ser materia de sustanciación judicial y de hecho se producen en el proceso de separación de bienes, que anteriormente podía tramitarse coetáneamente o subvenir al juicio de separación personal.

Precisando la hipótesis de bienes que siendo de carácter "propio" sumen a ello el hecho de integrar un patrimonio de afectación específica (asiento del hogar conyugal con simultánea existencia de hijos menores o incapaces) debemos ajustarnos a la previsor norma que explícitamente en su segundo apartado nos impone: "También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial". Estos bienes fueron el centro, como advertimos, de una decidida tutela legal y su concepción, que campea más en la idea de lo extrapatrimonial, por preservar el núcleo familiar, aun en contra de la voluntad de uno de sus constituyentes, impone en todo acto dispositivo hacer extensiva sin ambages la limitación resultante de la ley, aun cuando por aplicación de las nuevas normas en los casos de sentencias posteriores al 1° de julio de 1968, la sociedad se encuentre disuelta e incluso liquidada y producida su partición. El concepto "hogar conyugal" se oscurece en los casos de divorcio, sobre todo cuando la tenencia de los hijos es alternada o compartida. Podría calificarse como tal y por tanto sujeto a la limitación dispositiva más de un bien; ante esta circunstancia deberá el notario una vez más extremar su cautela. Estas circunstancias y su resolución por la norma de la reforma ha sido duramente criticada por Eduardo A. Zannoni en un comentario publicado en La Ley, revista del 10 de febrero de 1969, referido al fallo de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Cámara Segunda de Apelaciones de Mercedes, de fecha 1º de agosto de 1968. En él, después de comentar diversos regímenes en la legislación comparada, y la limitación establecida en la ley local, resalta deficiencias de técnica jurídica, de que adolece la segunda parte del artículo 1277.

Así hace notar que a raíz de la ausencia de publicidad, la calificación de hogar conyugal no trasciende como categoría jurídica del bien mismo, sino que está subordinada desde todo punto de vista a situaciones de hecho. Que si bien la propiedad sería inenajenable y "no gravable", no se ha establecido su inejecutabilidad o inembargabilidad. Que no se distingue el caso en que el cónyuge a cargo de los hijos reciba en restitución o como efecto de la partición de los bienes gananciales uno o más inmuebles en los que pueda residir con sus hijos. Que "...debe referirse a los que se incorporaron con el matrimonio o se adquirieron, con tal carácter, hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal. Producida la disolución, los bienes adquiridos por cada cónyuge serán obviamente propios pero no subrogarán realmente a otros que, enajenados, sean el origen de los fondos con que aquéllos se adquirieron. Si el cónyuge a cargo de los hijos luego de la disolución de la sociedad conyugal dispone el inmueble propio - con el consentimiento del otro esposo - donde reside con los hijos y adquiere otro, éste escapará a toda tutela legal no obstante que sea también residencia familiar". Entendemos que el art. 1277 tiene vigencia partiendo de la existencia de una sociedad conyugal, o sea de un régimen patrimonial de bienes emergente del matrimonio, aunque con efectos proyectados con posterioridad a la disolución. La inalienabilidad que tratamos es gravamen de un régimen patrimonial surgido del matrimonio - la propia locución "hogar conyugal" así lo sugiere - y la vida en común entre los cónyuges que incorporaron sus propios bienes, y los que luego adquirieron, al bienestar económico de la familia. Luego de la disolución de la sociedad conyugal este ánimo desaparece, y con él, el mismo término bien propio que utiliza el art. 1277, en la parte que nos ocupa, carece de significación en la contextura.

El caso contemplado en el último apartado del artículo 1306 ha sido motivo de regulación en dicho precepto bajo un espíritu sancionador similar al que Vélez acudiera para gobernar el supuesto de divorcio. Recogiendo la construcción jurisprudencial que hacía extensiva la no participación del culpable en los bienes que el cónyuge inocente adquiriera, a los casos de los separados de hecho, la reforma convirtió en ley la doctrina de numerosos fallos.

Pero el notario, aun cuando tenga la certeza de encontrarse ante un bien que a pesar de ser ganancial estará fuera del alcance de participación por parte del cónyuge culpable (declarado como tal en sentencia de divorcio anterior a la reforma), no podrá admitir su disposición sin que medie asentimiento, partición o venia supletoria. Tal vez igual certidumbre experimentará en caso en que el bien fuere adquirido por cónyuges inocentes con posterioridad a la notificación de la demanda de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

separación de bienes, pero su disponibilidad liberal o restringida no podrá emanar sino de la sentencia que declara como consecuencia del divorcio la disolución de la sociedad conyugal.

No dudamos que la solución que hemos propiciado será controvertida por nuestros colegas, pero sí debemos destacar que, hasta tanto la doctrina y jurisprudencia se pronuncien - como consecuencia de ahondar esta materia - en forma definitiva arribando tal vez a conclusiones diferentes, la posición que hemos adoptado es la que más seguridad jurídica acuerda a los contratantes. Aun los tratadistas que, basados en sólidos argumentos jurídicos, han propugnado soluciones más liberales (permítasenos el término) han de concordar en que, frente al caso práctico, el notario debe extremar su celo para brindar a las partes un instrumento inatacable y sacrificando parcialmente convicciones personales, se inclinara por la seguridad, máxime en un caso como el que ha sido objeto de nuestro análisis, origen de tantas y tan encontradas opiniones.