

# Bienes adquiridos durante la separación de hecho. Calificación

Dictamen elaborado por la escribana MARIANA C. MASSONE, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 3/5/2012.

### 1. Doctrina

- *Los bienes adquiridos durante el período comprendido entre la separación de hecho y la sentencia de divorcio, en los términos del artículo 215 del Código Civil –cuando dicha separación de hecho ha sido expresamente reconocida por los cónyuges en el expediente del divorcio–, así como aquellos adquiridos durante la separación de hecho que precede al dictado de la sentencia de divorcio, en los términos del artículo 214, inciso 2, o a la sentencia de separación personal, en los términos del artículo 204, ambos del mismo cuerpo legal, reciben la denominación de gananciales anómalos.*
- *Tratándose de divorcios sustanciados ante los tribunales de la provincia de Buenos Aires, resulta de aplicación lo dispuesto por la Suprema Corte de dicha provincia en autos “A., E. M. c/ S., H. J.”.<sup>1</sup> Tratándose de divorcios sustanciados ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, resulta de aplicación lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, en autos “C., G. T. c/ A., J. O.”.<sup>2</sup>*
- *Los bienes gananciales anómalos no se encuentran sujetos a la división ordenada por el artículo 1315 del Código Civil y el cónyuge no adquirente no participa de ellos, por lo que no se requiere su asentimiento o consentimiento en el acto de disposición que sea otorgado por el cónyuge que oportunamente los adquirió.*
- *Si los cónyuges, en el trámite del divorcio, han reconocido en forma expresa que ningún derecho tienen respecto de los bienes que fueron o pudieran haber sido adquiridos por el otro durante la separación de hecho, debe presumirse que tales*

1. Publicado en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 945 y ss.

2. Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1999-F, p. 3.

*bienes fueron adquiridos con fondos que también tuvieron su origen durante la separación de hecho.*

## 2. Antecedentes

El escribano L., titular del Registro Notarial [...] de esta ciudad, inicia el expediente objeto de este dictamen formulando consulta sobre la bondad de un título y eventual escrituración a favor de un tercero sin la carga de la observabilidad posterior, sobre la base de los siguientes antecedentes:

- 1) El 20/2/1992 el señor J. N. N. adquirió de su suegra, R. M. A. de G., a título de compraventa, un lote de terreno ubicado en el partido de Vicente López, provincia de Buenos Aires. En dicha escritura, el adquirente manifestó ser de estado civil casado en primeras nupcias con P. G., encontrándose separado de hecho y sin voluntad de unirse. Asimismo, manifestó que la compra la realizaba para y con dinero de [...] S. A., la que se encontraba pendiente de inscripción ante el Registro Público de Comercio.
- 2) El 25/2/1992, es decir, cinco días después del otorgamiento de la precitada escritura, los cónyuges J. N. N. y P. G. promovieron divorcio por mutuo acuerdo ante los tribunales de San Isidro. De la fotocopia del escrito de iniciación del divorcio que se agrega al expediente de esta consulta, resulta que ambos cónyuges manifestaron: a) que se encontraban separados de hecho de común acuerdo y sin voluntad de unirse desde el mes de septiembre de 1990; b) que no existen bienes gananciales a la fecha de promoción del divorcio, por lo que nada tienen que reclamarse al respecto; c) que los únicos bienes gananciales que existían, consistentes en muebles y dinero efectivo, fueron repartidos por los cónyuges antes del inicio del divorcio, no existiendo reclamo alguno al respecto; y d) que los bienes que cada uno de los cónyuges pudo haber adquirido antes de la separación de hecho y/o con posterioridad a la misma fueron adquiridos con recursos provenientes de bienes propios, no cabiendo ningún reclamo al respecto, por lo que se comprometen a suscribir los documentos idóneos, en caso de ser necesario, para la libre disposición de los mismos.
- 3) Con fecha 10/7/1992, se dicta sentencia de divorcio vincular en los términos de los artículos 215 y 236 del Código

Civil, se dispuso la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al 25/2/1992 (art. 1306 del C. Civ.) y se homologaron algunos de los ítems que integraron el escrito de inicio del divorcio, entre los que no se encuentra el referido a los bienes.

En la actualidad, la intención del señor J. N. N. es enajenar el inmueble y sus antecedentes fueron observados por el consultante. Puesto que los asesores del vendedor no han aceptado las observaciones realizadas por el escribano L., solicita se emita el correspondiente dictamen.

Las observaciones formuladas por el colega consultante se basan en que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1306 del Código Civil y puesto que la sentencia de divorcio retrotrae sus efectos al 25/2/1992 –fecha posterior a la compra del inmueble, otorgada el 20/2/1992–, el bien en cuestión reviste el carácter de ganancial. Sostiene, además, que, cualquiera fuera la fecha del escrito inicial del divorcio, la retroactividad del artículo 1306 no le resta carácter de ganancial al bien tal como está redactada la escritura de adquisición por parte del señor N.

A los efectos de subsanar estas observaciones, el escribano L. solicitó al vendedor alguna de las siguientes opciones para sanear la operación: a) que su excónyuge concurra al acto escriturario para proceder a codisponer del inmueble u otorgue un apoderamiento con tal fin; b) que ambos excónyuges otorguen una escritura de adjudicación de bienes por disolución de sociedad conyugal, colocando el bien en cabeza del hoy vendedor; c) que la sociedad por la que el señor N. actuó como gestor de negocios acepte la compra y luego otorgue la venta.

El escribano L. finaliza su presentación expresando que el señor N. le ha manifestado que es imposible la intervención de su excónyuge por razones estrictamente personales; que tampoco es posible la aceptación de la compra por parte de [...] S. A., ya que ésta nunca ha tenido movimiento y desconoce si se ha o no constituido o inscripto. Los asesores del vendedor sostienen que el bien reviste el carácter de propio del señor N. y ofrecen, en su caso, solicitar la homologación del ítem del escrito de inicio del divorcio que se refiere a la inexistencia de bienes gananciales y renuncia a reclamaciones entre cónyuges.

### 3. Consideraciones

Para el análisis de la presente consulta, hemos considerado precedente el estudio de la jurisprudencia vinculada con la cuestión. De esta forma, y por tratarse de un divorcio que se sustanció ante los tribunales de la provincia de Buenos Aires, comenzaremos reproduciendo la doctrina que emana del fallo dictado el 13/4/2005 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos “A., E. M. c/ S., H. J.”, que reza:

- 1) Si ambos cónyuges se separan de facto, obteniendo con posterioridad el divorcio con fundamento en alguna causal objetiva, deben asumir las consecuencias que se derivan del régimen elegido, el cual conlleva a la imposibilidad de indagar sobre cuál de las partes ha sido culpable en la disolución del vínculo matrimonial y, por ello, importa necesariamente la exclusión, al no existir declaración de inocencia o culpabilidad para ambas partes, de participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron sus patrimonios.
- 2) Resulta palmariamente abusiva la conducta del cónyuge que pretende participar en los bienes adquiridos sólo por el esfuerzo del otro después de la separación de hecho sin voluntad de unirse –en el caso, reclamó el derecho al 20% del paquete accionario de una sociedad–, pues esta actitud ofende al más elemental sentido de justicia y comportaría un enriquecimiento sin causa.
- 3) Si los beneficios de la ganancialidad de bienes se suscitan con motivo de la responsabilidad de quienes consintieron asumir la convivencia como proyecto de vida –artículo 1261 del Código Civil–, también cabe razonar que el cese de dichos beneficios resulta ser una consecuencia necesaria para quienes asumieron en conjunto la responsabilidad de ponerle fin mediante la separación de hecho.

En este caso, la Cámara revocó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la pretensión deducida por la accionante y reconoció su derecho al 20% del paquete accionario adquirido por su cónyuge con posterioridad a la separación de hecho, incluyendo los dividendos hasta la fecha de disolución de la sociedad conyugal.

En la demanda por presentación conjunta que obra en los mencionados autos, las partes manifestaron que “actualmente y desde hace ya mucho tiempo (más de veinticinco años) nos encontramos separados de hecho sin voluntad de unirnos”. La

sentencia que hace lugar a la pretensión se fundamentó en los artículos 215 y 236 del Código Civil (los mismos en los que se fundamenta la sentencia de divorcio que es antecedente de esta consulta).

La sentencia del tribunal de alzada se basó en lo siguiente:

- Que resulta aplicable el último párrafo del artículo 1306 del Código Civil, que dispone que el culpable de la separación de hecho no tendrá derecho a participar en los bienes gananciales adquiridos por el otro a partir de la misma.
- Que, al incoar el juicio de divorcio por mutuo consentimiento, las partes admitieron que se encontraban separadas.
- Que, acreditado como está que ambos cónyuges fueron culpables de la referida separación, mal puede reconocérseles algún derecho a participar en los gananciales adquiridos por el otro con posterioridad al cese de la vida en común.
- Que, aun cuando en la sentencia nada se diga sobre la conducta de ambos esposos con anterioridad a la disolución del vínculo, a sus efectos debe entenderse como idéntica a la que declara al cónyuge culpable. Por ello, ambos litigantes deben asumir la responsabilidad del fracaso matrimonial.
- Que, siendo que en el supuesto no hay declaración de culpabilidad ni inocencia, no corresponde reconocerle a ninguno de los cónyuges derecho a participar en los bienes gananciales adquiridos por el otro con posterioridad a la separación.

La sentencia de la Suprema Corte cuya doctrina se ha reproducido ut supra se fundamenta, sintéticamente, con los siguientes argumentos:

- Citando a Bueres y Highton, que, si los esposos hubieran acordado separarse de hecho, ninguno de ellos participará en los gananciales obtenidos por el otro después de la interrupción de la convivencia.<sup>3</sup>
- Citando a Méndez Costa, que la razón de ser de la ganancialidad es el esfuerzo común de los cónyuges de modo que, si la convivencia y la colaboración se interrumpen, no se justifica atribuir el carácter de bienes gananciales a los adquiridos con posterioridad al cese de la cohabitación, y ello con relación a ambos esposos, prescindiendo de su inocencia o culpabilidad en cuanto al conflicto matrimonial.<sup>4</sup>

3. BUERES, A. J. (dir.) y HIGHTON, E. I., *Código Civil y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 3-C, p. 237.

4. MÉNDEZ COSTA, María J., *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1987, pp. 247-248.

5. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. I, p. 435. CNCiv., en pleno, 29/9/1999, “C., G. T. c/ A., J. O.”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1999-F, p. 3.

6. BÍSCARO, Beatriz R., “La liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho de los cónyuges”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2000-I, p. 563. ARIANNA, Carlos A., “Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1996-C, p. 1283. FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel M., “Incidencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1997-C, p. 284. AZPIRI, Jorge, “La separación de hecho y su incidencia en la liquidación de la sociedad conyugal”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2000-I, p. 567.

7. Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 15/5/2006, fallo 54012, y en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 886, octubre-diciembre 2006, pp. 200-201.

- Citando a Borda y con los fundamentos del plenario de la Cámara Nacional en lo Civil “C., G. T. c/ A., J. O.”, que sería incongruente que en el sistema de nuestra ley la vida separada acarree la exclusión hereditaria, el divorcio, la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal.<sup>5</sup>
- Citando a Bísvaro, Arianna, Fleitas Ortíz de Rozas y Azpiri, que es coherente afirmar que quienes decidieron en forma autónoma hacer cesar derechos y deberes matrimoniales no pueden luego beneficiarse con los bienes del otro que no han contribuido a formar.<sup>6</sup>
- El régimen de los artículos 236, 1306, 3<sup>er</sup> párrafo, y concordantes del Código Civil conlleva la imposibilidad de indagar sobre cuál de las partes ha sido culpable en la disolución del matrimonio y, al no existir declaración de inocencia o culpabilidad, ello importa excluirlos a ambos de participar en los bienes que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron el patrimonio del otro.
- En virtud de lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil y por no ser aplicable al caso el artículo 1306 del mismo cuerpo legal, debe considerarse abusiva la conducta de quien reclama la participación en los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho. Si se admitiera la solución contraria, se apañaría judicialmente un enriquecimiento sin causa, ya que configura un ilícito el ejercicio irregular del derecho.

En el mismo sentido, la mayoría del ya citado plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que

Si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia (causal objetiva), sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho.

La doctrina del mentado plenario también fue aplicada al supuesto del divorcio remedio contemplado por el artículo 215 del Código Civil. Así, la Sala B, con el voto del doctor Mauricio L. Mizrahi, al que adhirieron los doctores Gerónimo Sansó y Claudio Ramos Feijoo, sostuvo, en los autos “H., M. B. c/ G., G. S. M. R. s/ liquidación de sociedad conyugal”,<sup>7</sup> que

1) La separación de hecho de los cónyuges no trae como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal, la que se entiende que subsiste a pesar de ese hecho fáctico. En este sentido, la sanción del artículo 1306, párrafo 3º, del Código Civil no ha sido tal vez para introducir una disolución (total o parcial) de la sociedad conyugal, sino para imponer al cónyuge culpable una sanción derivada de su conducta.

2) El dictado del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 29/9/1999 “C., G. T. c/ A., J. O. s/ liquidación de sociedad conyugal” ha implicado extender la aplicación del artículo 1306, párrafo 3º, del Código Civil a los supuestos en que se decreta el divorcio por la causal del artículo 214, inciso 2, del mismo cuerpo legal, desde luego cuando no se ha introducido por los cónyuges la cuestión de la inocencia o culpabilidad. Esta situación determina que ninguno de los esposos tendrá derecho a participar de los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentarán el patrimonio del otro. En consecuencia, no obstante no verificarse en puridad, con la separación de hecho, una disolución de la sociedad conyugal, la realidad es que los bienes “gananciales” adquiridos con posterioridad al hecho fáctico de la ruptura serán en el mejor de los casos “gananciales anómalos”, esto es, no sujetos a división entre los esposos conforme a la regla del artículo 1315 del Código Civil. En todo caso, serán bienes gananciales que se estimarán como propios o, si se quiere, bienes gananciales no repartibles.

3) [...] desde la ruptura fáctica de la unión y hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentaron el patrimonio de cada cónyuge serán gananciales anómalos o no sujetos a división, lo que hace que se desplace la aplicación del citado artículo 1315 del Código Civil y que entre en juego la regla del artículo 1306, párrafo 3º, del mismo cuerpo legal, y su interpretación por el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 29/9/1999 [...]; por ende, esta última norma impedirá a cada cónyuge participar de los bienes adquiridos por el otro.

4) Cuando el artículo 1306, párrafo 3º del Código Civil dice que no se participa en los bienes que después de la separación personal aumentaron el patrimonio del otro, está presumiendo que tales bienes se adquirieron con fondos que también tuvieron su origen durante la vida separada. La prueba en contrario es la acreditación de la subrogación real, vale decir, la prueba de que tales bienes fueron adquiridos con fondos o frutos provenientes de bienes gananciales pertenecientes a la época en que se verificaba la convivencia.

8. SOLARI, Néstor E., “Los bienes adquiridos durante la separación de hecho como gananciales anómalos”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 6/12/2006, p. 996. CHECHILE, Ana M., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre cónyuges separados de hecho”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1997-11.751.

9. Ver nota extendida en p. 237.

10. Calificación elaborada en MÉNDEZ COSTA, María J., “Los bienes gananciales en la sucesión”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1983-D, p. 816.

11. VIDELA, María de la Paz, “Bienes no participables. Una tercera categoría de bienes de creación jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009-II.

12. Condicionados a que se decrete la separación personal o el divorcio vincular, en cuyo caso dejarán de ser gananciales y pasarán a ser propios de quien los adquirió. Ver SOLARI, Néstor E., ob. cit. (cfr. nota 8).

13. MAZZINGHI, Jorge A. (h), “La separación de hecho y el juego de las recompensas entre los cónyuges”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 2008-F, p. 420.

Además de la doctrina referida en la sentencia de la Suprema Corte transcrita al inicio de estas consideraciones, existe una corriente que sostiene que ninguno de los cónyuges participa de los gananciales adquiridos por el otro después de la separación de hecho en el supuesto del divorcio remedio del artículo 215 del Código Civil.<sup>8</sup> Se reconoce que es posible, como sucede en el caso objeto de esta consulta, que los cónyuges, a pesar de solicitar el divorcio por la citada norma, no sólo señalen que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, sino que además indiquen y refieran concretamente los hechos que determinan la presentación judicial, encontrándose entre ellos la separación de hecho previa.<sup>9</sup> La concreta relación de la separación de hecho previa resulta trascendente, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en las sentencias de divorcio que se dictan en razón de lo dispuesto por los artículos 204 y 214, inciso 2, del Código Civil, la sentencia que recae en el divorcio presentado en los términos del artículo 215 del Código Civil sólo referirá la existencia de causas graves que hacen imposible la vida en común y no mencionará la circunstancia de encontrarse los cónyuges separados de hecho y sin voluntad de unirse.

Los bienes adquiridos por los cónyuges entre la separación de hecho y la sentencia de divorcio han sido denominados por la doctrina, y así son considerados actualmente por la mayoría, como *gananciales anómalos*<sup>10</sup> o *no participables*<sup>11</sup> o *especiales o resolubles*,<sup>12</sup> como contrapartida a los conocidos como bienes gananciales normales o gananciales puros. En una posición contraria y minoritaria se encuentra Mazzinghi (h), quien afirma que, en el marco del régimen legal vigente, ni existen ni es posible hablar de gananciales anómalos y que, en el caso de disponerse del inmueble adquirido por un cónyuge separado de hecho, se requerirá el asentimiento del otro.<sup>13</sup>

#### 4. Conclusiones

El inmueble objeto de esta consulta pertenece a la categoría de bienes gananciales anómalos, ya que del escrito por el que se inició el expediente de divorcio vincular surge claramente que una de las razones que motivan dicha presentación es la previa separación de hecho de los cónyuges. Del mismo escrito resulta, además, que los ahora excónyuges expresamente reconocieron la inexistencia de bienes gananciales y que ningún derecho les



correspondía sobre los bienes que durante la separación de hecho pudieran haber sido adquiridos por el otro.

Hecho este reconocimiento por los excónyuges y en atención a que han transcurrido casi veinte años desde la sentencia que decretó el divorcio de J. N. N. y R. P. G. A. (lo que hace imposible cualquier pretensión en contrario por parte de los mismos y/o de cualquier acreedor de la sociedad conyugal), se concluye que el titular del inmueble puede celebrar, sin el consentimiento ni el asentimiento del otro, cualquier acto de disposición.

#### **Nota extendida**

9. MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 240 y ss., citado en VELOSO, Sandra F., “Influencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal. Interpretación actual del artículo 1306, última parte”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, n° 4, diciembre 2009. [N. del E.: ver *Revista del Notariado* n° 900, abril-junio 2010].