

# **LA SEPARACIÓN DE HECHO Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES**

*“La incidencia del art.1306, 3º párrafo, en las causales de los art. 204 y 214 inc.2”*

Maria Franca ALESSIO

## **SUMARIO:**

1.-INTRODUCCION. 2.-SEPARACION DE HECHO: a.-Definición. b.-Antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos. 3.-LA SEPARACION DE HECHO Y LA APLICACIÓN DEL ART.1306 IN FINE A LA CASUALES OBJETIVAS DEL ART.204 Y 214 INC.2..

## **1.-INTRODUCCION**

El matrimonio civil regulado en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Civil, produce efectos personales (art.198 y ss. del C.Civ.) y patrimoniales para los esposos (arts.1261 y ss. del C. Civil), desde su celebración , disolución y liquidación de la sociedad conyugal, así lo establece el art. 1261 con relación a que la sociedad comienza desde la celebración del matrimonio, ni antes, ni después y que, la disolución del vinculo matrimonial conforme al art. 213 se produce por la muerte de algunos de lo esposos, por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y por sentencia de divorcio vincular.

Asimismo, en el art. 1276 establece un régimen patrimonial del matrimonio, único e imperativo , de comunidad restringida de ganancias de administración separada, calificando en bienes propios y gananciales los de cada uno de los esposos, que durante el matrimonio pueden administrarlos separadamente, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal por el art. 1291 se produce por la separación judicial de bienes, por nulidad del matrimonio y por la muerte de uno de los esposos. Incorporando el art.1306 1º párrafo, que 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, dejando salvo derechos de terceros. El art. 1315 estipula que los gananciales se dividirán por mitades, entre esposos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, sin considerar el capital propio de cada uno, aun cuando alguno de los dos, no hubieran llevado bienes a la sociedad.

Pero siguiendo con el análisis general de lo expuesto precedentemente, es el art. 1306 3º párrafo, incorporado por la Ley 17711, el que interesa analizar en este trabajo, pues menciona específicamente a la separación de hecho y la atribución de la culpa a uno de los esposos de esa separación, otorgándole efectos patrimoniales a favor del que sea declarado inocente de la misma.

Pero no parece razonable la solución prevista, con relación a la separación personal del art. 204 o el divorcio vincular del art. 214 inc.2, en los que en principio se consagra la causal objetiva separación de hecho, por el plazo de dos años o tres años respectivamente, con el agregado de la atribución de culpa de algunos de los esposos con relación a la separación de hecho, para poder aplicar los efectos del art.1306 3º párrafo, propio del sistema de sanciones.

Considero que si durante esos plazos, no iniciaron una acción de separación o divorcio causada, es porque estaban contestes con mantener esa situación, y si uno de los esposos, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, elige la vía de acción por causal objetiva invocando el transcurso de los plazos legales como lo prevén los arts.204 y 214 inc.2, analizo y cuestiono, el porque de incorporar un factor de contradicción como es la atribución de la culpa, la que puede ser motivo de mas desavenencias que en nada contribuyen a la resolución de otros problemas, como la tenencia, régimen de visitas, alimentos, que indefectiblemente serán trasladadas a los hijos, provocando mas fricciones en el ejercicio de la parentalidad que deberán ejercer toda su vida. Una cuestión patrimonial puede producir en algunos casos, efectos irreparables en la relaciones parentales, pues la discusión puede llevar toda una vida para resolver quien fue mas culpable o inocente, cuando en realidad en un matrimonio, si hay esfuerzo común para educar, asistir, formar un patrimonio, algo debe de haber en común para la ruptura matrimonial.

La propuesta, es analizar la incidencia que tiene en la separación personal del art. 204 y de el divorcio vincular del art. 214 inc.2, la aplicación del art.1306 3º párrafo y la necesidad de atribuir culpa, para determinar efectos patrimoniales posteriores a la separación de hecho, cuando ya no hay comunidad de esfuerzos que justifiquen esa ganancialidad, por el solo hecho de ser inocente y beneficiarse sin haber contribuido a la formación de ese patrimonio posterior, por no haber participado del esfuerzo común, ¿Es justo que la inocencia en una relación personal, beneficie en lo patrimonial?.¿Es conveniente mantener la causal objetiva en principio, pero subjetiva, por otra parte, para el que supuestamente se considera inocente, tenga mas derechos?.¿Se debe reformular o eliminar el 3º párrafo del art. 1306?.

## **2.- LA SEPARACION DE HECHO: a.-Definición. b.-Antecedentes doctrinarios , jurisprudenciales y legislativos**

### **a.-Definición:**

La separación de hecho ha sido definida por Lagormasino como : ***"La situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna imponga tal separación, sea por voluntad de uno o ambos cónyuges"***.

De esta noción conceptual, se desprenden los elementos que la conforman: es una situación que supone una interrupción del deber de cohabitar, la cual no se encuentra jurídicamente legitimada-situación fáctica, conforme el **art. 199 del C.Civ.** que dice: ***"los esposos deben convivir en una misma casa a menos que circunstancias especiales..."***. De modo, que el cese de cohabitación debe ser permanente y se debe presentar sin solución de continuidad.

Se puede hablar de dos tipos de separación de hecho: de común acuerdo, cuando los cónyuges acuerdan y deciden ambos separarse o por voluntad unilateral, en donde uno de los cónyuges, voluntariamente y sin anuencia del otro, se sustrae a los deberes conyugales. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende, que resulta suficiente que por los menos uno de ellos, deba mantener la decisión de no convivir. Este elemento subjetivo se suma, entonces, al hecho objetivo de la

separación para conformar los dos elementos indispensables que requiere la separación de hecho sin voluntad de unirse para posibilitar el divorcio vincular.<sup>1</sup>

La separación de hecho puede ser probada por cualquier medio de prueba, incluyendo instrumentos públicos, documentos privados, testigos y demás elementos probatorios legalmente admisibles. Si tal demostración fuere imposible, el hecho mismo de la separación podrá ser tomado como base para presumir la falta de voluntad de unirse, y en tal caso, los efectos que la ley prevé se producirán respecto de ambos cónyuges.

Esta actitud, que no es ciertamente excepcional, ha ido incorporando la situación de separados de hecho, como si se tratara de un estado intermedio entre plena vigencia del matrimonio y el divorcio legal. La separación de hecho no es otra cosa que lo que indica su nombre: un hecho, capaz de producir las consecuencias que concretamente se le acuerden; por lo cual su mayor difusión en las costumbres no deben ser interpretada como un motivo válido para hacer de ella un estado de familia distinto al matrimonio.<sup>2</sup>

La separación de hecho no puede ser erigida en causa de disolución de la sociedad conyugal, como por lo demás resulta de la ley vigente, cuyas normas establecen el carácter ganancial de los bienes adquiridos por quienes se encuentran en esa situación. La excepción que consagra el art. 1306, no es sino una decisiva confirmación a la regla.-

La separación de hecho es una institución cuyos efectos no se encuentran específicamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

Consagrado en nuestra legislación el divorcio remedio, la aplicación del 3º párrafo del art.1306, suscita gran cantidad de cuestiones. Así, si es o no aplicable en los casos en que la sociedad conyugal se disuelve por divorcio o separación personal por las causales de los arts. 204, 205, 214 inc.2 y 215 CC.

El tercer párrafo del art. 1306 impide la participación en los gananciales del cónyuge inocente al culpable.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Azpiri, Jorge O. , “Juicio de divorcio vincular y separación personal”, Ed. Hammurabi, pág.132.

<sup>2</sup> Mazzinghi, Jorge A., “Derecho de Familia Tomo 3 Separación personal y divorcio”, Ed. Abaco, Pág-423.

<sup>3</sup> Chechile, Ana M., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre cónyuges separados de hecho”, J.A.1997-II-756.

## **b.-Antecedentes doctrinarios , jurisprudenciales y legislativos**

La separación de hecho y su incidencia en régimen patrimonial del matrimonio, ha sido motivo de preocupación en la doctrina y jurisprudencia, desde la sanción del Código de Vélez hasta la actual regulación del matrimonio por la ley 23.515.

El cuestionamiento respecto, si produce o no efectos la separación de hecho sobre la sociedad conyugal, ha llevado a la doctrina y jurisprudencia nacional a sostener diversas opiniones: 1.-aquellos que consideran la total ineficacia de la separación de hecho sobre la sociedad conyugal, con fundamento en la taxatividad de la causales de disolución de la sociedad conyugal<sup>4</sup>; 2.-una posición extrema que por analogía con el 3575 del C.Civil otorgaban virtualidad de hecho para producir la disolución de la sociedad conyugal<sup>5</sup> y 3.- Una tesis intermedia que si bien negaron efectos extintivos a la separación de hecho, distinguieron entre culpable e inocente de la separación, privando a aquel de participar de los bienes adquiridos por el otro. Esta postura, fue receptada ampliamente por la jurisprudencia y plasmada por la ley 17.711, en el último párrafo del art. 1306<sup>6</sup>.

En el año 1926, los jueces sostuvieron que resultaba inadmisibles el reclamo por cualquiera de los esposos del goce de los derechos sobre los bienes que no contribuyeron a adquirir, entendiendo que desaparecido el hecho de la comunidad de vida afectiva, desaparecía el título en cuya virtud podrían reclamarse derechos emanados de una sociedad conyugal realmente inexistente.

Mas tarde la jurisprudencia a partir de 1938, al introducir la culpa, tiene un retroceso, pues consideraba una aberración que se otorgara al culpable el derecho de adquirir bienes exclusivamente para si a partir de su abandono de la convivencia matrimonial. A partir de allí, se sostuvo que la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal.

---

<sup>4</sup> Conf.Llerena, Baldomero, “Concordancias y comentarios al Código Civil Argentino”, Ed. La Facultad Bs.As. ,TIV,Pág.404

<sup>5</sup> Díaz de Guijarro, Enrique,” El divorcio por mutuo consentimiento de los esposos”,J.A. 24-210; “Efectos de la separación de hecho sobre los bienes adquiridos posteriormente por los cónyuges”, J.A..39-458.-

<sup>6</sup> CNCiv.,sala C,5/5/61,ED.2-794; Morello, Augusto M, “Separación de hecho entre los cónyuges”,Bs. As., 1961.-

Los jueces determinaron que el cónyuge inocente de la separación continuaba participando de los bienes adquiridos por el culpable, pese a la absoluta inexistencia de comunidad de vida. Afirmando, que no era la separación de hecho la que podía provocar la separación de bienes, sino el abandono de hecho en tanto la pidiera el esposo inocente. Estas, fueron finalmente las soluciones que adoptaron los art. 1306, 3º párrafo y 1294 in fine del C.Civil.

### **3.-LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA APLICACIÓN DEL ART.1306 IN FINE A LAS CAUSALES OBJETIVAS DE LOS ARTS.204 Y 214 INC.2**

La ley 17.711 incorporó al *art.1306 el tercer párrafo* que dice: “ *Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron el patrimonio del no culpable*”.

Esta norma toma dos elementos para privar de derecho al culpable: uno objetivo el cese de la convivencia y el esfuerzo común y otro subjetivo, la imputabilidad de la desintegración del hogar.

La norma citada no significa una disolución de la sociedad conyugal, sino un cese parcial de ciertos efectos con relación a uno de los cónyuges pero subsistiendo a favor del otro.

Este párrafo final, incluido por la Ley 17.711, hace mención a la culpa, en un sistema donde no habían sido aceptadas las causales objetivas ( pues el art.67 bis hacia alusión a la culpa de ambos).

Es una situación cuyos efectos se van a producir al momento de la liquidación de la comunidad, por lo cual, mientras se prolongue la separación de hecho, en principio, no tendrá efecto jurídico en la gestión de los bienes ni en la responsabilidad frente a terceros.

A pesar de su aparente claridad, la referencia del derecho del “culpable” sobre los bienes gananciales que aumentaron el patrimonio del “ no culpable” ha acarreado múltiples problemas de interpretación.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G., “ Manual de Derecho de Familia”,Ed.Lexis Nexis, Pág.311.

La ley 23.515, coloca al art. 1306 in fine, en un estado de inadecuación, que obliga a una nueva interpretación. Esta reforma, erigió a la separación de hecho en causal autónoma que habilita a pedir la separación personal si hubieran transcurrido dos años de la misma (art. 204 CC.), o el divorcio vincular cuando esta situación fáctica haya cumplido por lo menos tres años (art.214 inc.2). Si bien esta causal se encuentra entre las denominadas "objetivas", pues no hay en ellas indagación de culpas sino solamente la constatación de un hecho fáctico, la ley ha permitido subjetivarla. Es decir uno de los consortes puede alegar y probar no haber dado causa a la separación, en cuyo caso conservará los derechos que la ley otorga al cónyuge inocente, entre los cuales se encuentra la posibilidad de participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del culpable.<sup>8</sup>

Algunas de las modificaciones realizadas por la ley 23.515, tienen una amplitud que excede el propio sistema matrimonial para proyectarse sobre el régimen de bienes. En especial, a las causales objetivas del divorcio y en especial su vinculación con la separación de hecho prevista en los arts. 204 y 214 inc.2 del C. Civ.

Se optó por una causal mixta, que permite por la mera separación de hecho y el transcurso del tiempo decretar el divorcio; pero a su vez cualquiera de los esposos tiene la posibilidad de dejar a salvo su inocencia, si la alega y prueba.

Si el proceso, se encausa dentro del tipo puramente objetivo que regula la primera parte del art. 204 y 214 inc.2, porque ni actor ni demandado pretenden dejar a salvo su inocencia, el juez dictará sentencia prescindiendo de la declaración de culpabilidad (art. 235). No cabe, reputarlos culpable, mas tampoco inocentes, se entiende que ambos son responsables de la ruptura matrimonial. En este punto, las opiniones se dividen con relación si ambos participan o no en los bienes adquiridos por el otro, durante dicho período.

Una línea minoritaria de doctrina y jurisprudencia, entendió que la participación de ambos cónyuges en los bienes gananciales adquiridos durante la separación se mantiene hasta la disolución de la sociedad conyugal.

La postura contraria, sostiene que ninguno de los cónyuges participa de los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho, con fundamento en la

---

<sup>8</sup> Chechile, Ana M., Ob.Cit., J.A.1997-II-759.

ganancialidad, que es la comunidad de vida y de esfuerzo, y una interpretación coherente con la aplicada en materia sucesoria, por el art.3575 C.Civ.

El tema inicialmente generó jurisprudencia contradictoria en diversas salas de la Cámara Nacional en lo Civil, lo cual desembocó en un **plenario "C.,G.T. c/ A.,J.O. s/ liquidación de sociedad conyugal", del 29/9/1999, resolviendo que: "Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la casual objetiva prevista en los arts. 204 y 214 inc.2 del C.Civil, sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el tercer párrafo del art- 1306 del Código citado respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho".** La mayoría, tomando en cuenta las consideraciones precedentes, se pronunció por la pérdida del derecho a participar de los gananciales adquiridos durante la separación de hecho, para ambos cónyuges.-<sup>9</sup> El plenario es justo en la decisión , pero no en el fundamento de la culpabilidad recíproca.

La minoría, en cambio sostuvo la continuación de la participación en los gananciales después de la interrupción de la convivencia, con el argumento principal del carácter objetivo de la causal y de la inexistencia de "culpas" o " inocencias" que permitieran la aplicación del párr.3º del art. 1306, interpretado literalmente.<sup>10</sup>

Si en cambio, se da la situación que prevé el art. 204 y 214 inc.2 segunda parte, en las que cualquiera de los esposos acreditó su inocencia en la separación de hecho, el juez se verá obligado a atribuir culpas, beneficiándose el cónyuge inocente con los derechos que la ley acuerda, entre ellos el de los arts. 207 y 211.

En esta última hipótesis, ninguna duda acarreará la aplicación del último párrafo del art. 1306.El cónyuge que provocó la separación violando un deber jurídico, no participará de lo adquirido por el inocente tras el cese de la convivencia, en cambio para éste rige el art. 1315, desde que la separación de hecho no es causal de la disolución de la sociedad conyugal.

---

<sup>9</sup> C.Nac.Civ...,en pleno,29/9/1999.LL 1999-F-3.

<sup>10</sup> Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G., Ob.Cit., Pág.311

Cabe interrogarse, no obstante si mediando una prolongada separación de hecho podemos realmente calificar de “inocente” a un cónyuge por más que haya logrado acreditar la culpa del otro. Al menos, bien se puede sostener que aquel ha prestado su adhesión tácita; que se ha convertido, de algún modo, en un copartícipe del estado de separación.<sup>11</sup>

En tal sentido, es oportuno recordar el origen de la ganancialidad. Sostenía Guaglianone que su fundamento “se encuentra en la colaboración que recíprocamente se prestan los cónyuges. Los bienes son gananciales porque los esposos viven juntos, porque forman una unidad de espíritu y de trabajo y porque ambos colaboran, aunque de distinto modo y con distinto esfuerzo, en la formación del patrimonio conyugal...”. Por lo tanto, la voluntad de los cónyuges de separarse de hecho necesariamente hace cesar el fundamento que dio origen a la ganancialidad que se basa en la colaboración recíproca.<sup>12</sup>

Si bien, la ley 17.711 al introducir el 3º párrafo al art. 1306, fue con la intención de evitar un beneficio indebido por el esposo abandonante, que al producirse la liquidación de la sociedad conyugal se presentaba para obtener la mitad de los bienes gananciales, incluidos los adquiridos por el otro esposo durante el período de la separación de hecho, produce también una situación de iniquidad, para el culpable, pues no solo debe compartir los gananciales existentes al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal por sentencia, sino también los que adquirió con posterioridad a la separación de hecho, o sea se lo castiga doblemente en lo patrimonial.-

De manera, que el inocente de la separación de hecho puede obtener un beneficio indebido, atento a que por este párrafo da lugar a especulaciones como la de no iniciar las acciones de separación personal o de divorcio vincular, con el fin de beneficiarse con los bienes que fuera adquiriendo el culpable de la separación. Para que pueda participar de los gananciales que adquiriera el culpable luego de la

---

<sup>11</sup> Mizrahi, Mauricio L., “El divorcio por separación de hecho y la cuestión de los bienes”, L.L. 1996-A-1381.

<sup>12</sup> Guaglianone, Aquiles, “Régimen patrimonial del matrimonio”, T.I, pág.41.

separación, el inocente debe haber mantenido su conducta correcta hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.<sup>13</sup>

Escribano sostuvo, que la culpa en el divorcio y la culpa en la separación son dos culpas diferentes que pueden coincidir o no. De modo que podría un cónyuge ser inocente del divorcio pero culpable de la separación de hecho o inversamente ser culpable del divorcio e inocente de la separación de hecho, o bien que exista culpa de un mismo cónyuge tanto en la separación como en el divorcio.<sup>14</sup>

Conforme lo establece el art. 1306, 3º párrafo, si hubo un proceso controvertido que puso fin a la sociedad conyugal y se ha declarado a uno de los esposos inocente y al otro culpable, la solución es clara pero excesivamente sancionadora, pues los gananciales adquiridos hasta el momento de la separación de hecho se dividen por mitades; los que adquirió el inocente después de la separación los conserva íntegramente y los que adquirió el culpable después de la separación se dividen por mitades.-

Esto lleva a discriminar claramente en el proceso de liquidación, la fecha en que se produjo la separación de hecho y la fecha de adquisición de cada bien ganancial, porque la de dividirlos será diferente según la fecha, la titularidad del dominio y la culpabilidad o inocencia de cada esposo.<sup>15</sup>

Por otro lado, hay una dificultad práctica, pues mientras en el divorcio es posible la determinación de la culpa, no siempre resulta fácil establecerla cuando la disolución de la sociedad conyugal acaece por otras causas, como la muerte de uno de los esposos separados de hecho, por ejemplo, Si quien fallece es el inocente, puede resultar prácticamente imposible para sus herederos determinar la responsabilidad de la separación, y para hacer efectiva, consiguientemente, la sanción que impone la última parte del art. 1306.<sup>16</sup>

En síntesis, a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 al párr.3º del art.1306 no caben dudas de lo que esta norma confiere es una "ventaja", al cónyuge inocente, que no ha contribuido a la formación de esos bienes con los

---

<sup>13</sup> Azpiri, Jorge, Ob.Cit., pág.421 y ss.

<sup>14</sup> Escribano, Carlos, "La culpa en el divorcio y la culpa en la separación de hecho".L.L.1988-D-1066.

<sup>15</sup> Azpiri, Jorge, Ob.Cit., pág.422.

<sup>16</sup> Mazzinghi, Jorge A., "Derecho de Familia Tomo 3.Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio", Ed. Abaco, Pág.526

cuales pretende beneficiarse, lo cual ya es bastante cuestionable y criticado-aun siendo inocente-Y dijimos, justamente, que uno de los efectos esenciales de las causales objetivas es no conceder prerrogativas ni aplicar sanciones porque no hay análisis de conducta. Y, si uno solo de los consortes aumentó su patrimonio este vivirá la reducción a la mitad como un castigo y el otro como un provecho, cuando no hubo fundamento en la ganancialidad. No aplicar en estos casos el art.1306 párr.3º, produce el mismo efecto que si hubieran seguido casados con la notable diferencia de la falta de colaboración, y es sabido que no es de lógica jurídica aplicar la misma norma a dos supuestos fácticos por esencia diferentes, a saber: matrimonio y separación de hecho.<sup>17</sup>

Comparto lo expuesto precedentemente, pero considero no estaba mal la redacción originaria de la causal que no contemplaba la posibilidad de invocar inocencia, y que incluida por la sanción definitiva de la ley 23.515, tomando en cuenta las críticas al hecho de que el abandonante, responsable de la separación, pudiera consolidar jurídicamente su situación sin sanción alguna. Pues, al tratarse de causal objetiva la separación de hecho, no corresponde agregar la subjetividad de la culpa, pues quien alega ser inocente, durante los plazos de separación de hecho (2 o 3 años) aceptó tácitamente esa situación, cuando, si se consideraba inocente podía haber iniciado la acción por la causales subjetivas, y su derecho de inocente ser declarado en un proceso en donde es mas propicio, para demostrar los hechos que alega respecto de su inocencia. Considero innecesaria la causal mixta de los arts. 204 y 214 inc.2., pues no se corresponde con la finalidad de las causales objetivas, permitiendo la aplicación del art.1306, 3º párrafo, al supuesto inocente, especular sobre la conveniencia del transcurso del tiempo de permanecer inactivo, para beneficiarse con un patrimonio posterior del culpable que puede ser importante , lo cual no me parece justo ni equitativo, sea que la separación haya sido unilateral o de común acuerdo. Es excesivamente sancionatoria, para uno y excesivamente beneficiosa, para el otro, lo cual no contribuye a la relación parental posterior, que los seguirá uniendo cuando hay hijos.

---

<sup>17</sup> Chechile, Ana M., Ob.Cit., J.A.1997-II-760.

