

# XXXV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

## TEMA 4: Efectos patrimoniales del matrimonio y las uniones convivenciales

Coordinadores: Martín Leandro Russo y Mario Leonardo Correa

Subcoordinador: Arnaldo Adrián Dárdano

### ¿Bienes gananciales anómalos?

Autor: Not. Juana BOVATI

Contacto: [escribanabovati@gmail.com](mailto:escribanabovati@gmail.com)

## Ponencias

- I. Una interpretación acorde con el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación admite considerar efectos retroactivos a la separación de hecho sin voluntad de unirse cuando la extinción del régimen de comunidad se produce por el fallecimiento de uno de los cónyuges.
- II. Se propone *de lege ferenda*, la incorporación de la separación de hecho como causal autónoma de extinción del régimen de comunidad. Asimismo, se debería incorporar en el artículo 480 segundo párrafo el fallecimiento de alguno de los cónyuges.
- III. Es relevante dejar constancia en el documento notarial de la expresión de las partes de encontrarse casados, pero separados de hecho sin voluntad de unirse, frente a un acto de adquisición de un bien registrable. Esto supondrá un elemento probatorio a los efectos de la calificación de bienes.

### 1. Introducción

En ocasiones, el derecho no contempla situaciones de hecho que son de tal relevancia que exigen un esfuerzo interpretativo para evitar resultados injustos. Tal es el caso de la separación de hecho frente al fallecimiento de uno de los cónyuges. La expresión “de hecho” denota precisamente, la atipicidad normativa.

El rasgo característico de la situación de hecho es su ejecución consumada en el plano de lo real, pero la cual carece de algún elemento normativo sustancial que le otorgue entidad jurídica.

En el código de Vélez Sarsfield originario, la separación de hecho no tenía incidencia en la denominada sociedad conyugal. Aun así en materia sucesoria el artículo 3574<sup>1</sup> excluía la vocación hereditaria a los cónyuges cuando existiera sentencia de

---

<sup>1</sup> Código Civil Ley 340, Artículo 3.574. “Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del artículo 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del artículo 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los artículos 204, primer párrafo, y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro.

En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro.

En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.

Estando divorciados vincularmente por sentencia del juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores”.

separación. A su vez, se aplicaba análogamente el artículo 1262 que refería a la sociedad civil, en especial su remisión al artículo 1769 que previa al abandono de hecho como causal extintiva.

Con la reforma introducida por la ley 17.711/1968 se dispone en el artículo 1306<sup>2</sup>, al igual que lo venía haciendo la jurisprudencia hasta entonces, que el cónyuge culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar de los bienes gananciales que obtuvo el cónyuge no culpable con la posterioridad a la separación. El elemento subjetivo de la culpabilidad aparece como requisito determinante.

Lo cierto es que a pesar de esta reforma y otras normas que complementan el análisis, no todos los supuestos fueron contemplados y desde entonces que la jurisprudencia ha venido haciendo una labor integrativa relevante.

Cuando parecía la oportunidad para zanjar esta cuestión consignando una acabada casuística en el Código Civil y Comercial de la Nación -CCCN-, nos encontramos nuevamente, analizando supuestos que siguen quedando a fuera de este.

## **2.¿Cuál es el carácter de un bien que se adquiere luego de la separación de hecho?**

La primera pregunta nos conduce a analizar las causas por las cuales se extingue el régimen de comunidad y en qué supuestos la separación de hecho tiene trascendencia jurídica.

Así, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 475 del CCCN en cuanto dispone que el régimen de comunidad ganancias se extingue por: la muerte real o presunta de uno de los cónyuges; la anulación del matrimonio putativo; el divorcio; la separación judicial de bienes; la modificación del régimen matrimonial convenido.

Además, el artículo 480 establece en su segundo párrafo: "...Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación".

De ambas normas se desprende que la separación de hecho, si bien no constituye una causa autónoma de extinción de la comunidad, cobra relevancia en alguno

---

<sup>2</sup> Código Civil Ley 340, artículo 1306: "La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

Los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, al menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiere hacerlos pesar sobre el alimentante.

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 aumentaron el patrimonio del no culpable".

supuestos. Y nos adelantamos aquí indicando que no siempre la separación de hecho es considerada por la norma como elemento relevante para modificar los efectos con relación al tiempo, de una sentencia que disponga la extinción de la comunidad ganancial.

En efecto, habiendo podido demostrar en el proceso judicial de anulación del matrimonio o divorcio, que los cónyuges se encontraban separados de hecho con anterioridad al dictado de la sentencia, los efectos se retrotraen a la fecha de la misma.

A la pregunta en cuestión, enseña Ferrer<sup>3</sup> que existen dos posturas: La primera: “sostiene que hay que distinguir los bienes gananciales puros propiamente dichos que serán alcanzados por la presunción legal (arts. 1315, CC y 466, CCC) de los bienes gananciales anómalos no sujetos a partición una vez operado el cese de la comunidad patrimonial por la sentencia de divorcio que lo convierte por su efecto retroactivo en bienes propios del cónyuge que los adquirió durante la etapa previa de separación de hecho”(15). Y la segunda considera que: “los bienes adquiridos durante la separación de hecho previa a la anulación del matrimonio o al divorcio, no revisten el carácter de gananciales sino de propios de cada uno de los esposos, elevando a la separación de hecho como causal de interrupción de la ganancialidad por haber desaparecido los presupuestos de la misma, tales como el esfuerzo compartido, la solidaridad matrimonial y la vida en común, postulando la reforma de la ley en este sentido”.

La expresión de bienes gananciales anómalos deviene en virtud de que se aplica aun la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos a título onerosos durante el matrimonio, y se adiciona el término “anómalo” en referencia a que no generan un derecho en expectativa sobre estos al concluir la ganancialidad, porque no son producto del esfuerzo compartido por los cónyuges.

Nos inclinamos por la postura que sostiene que se trata de bienes de carácter propio por haberse interrumpido la ganancialidad en virtud de la separación fáctica.

### **3.¿Qué calificación corresponde a un bien adquirido estando los cónyuges separados de hecho frente al fallecimiento de alguno de ellos?**

---

<sup>3</sup> FERRER, Francisco A.M., “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, 1a. Ed.,Capítulo XII, pág 681

La segunda cuestión incorpora una variable que no está regulada por la norma y que es el fallecimiento de uno de los cónyuges. Desafortunadamente el legislador ha dejado un supuesto de relevancia sin legislar. Constituye el caso en el cual los cónyuges se encuentran separados de hecho, sin que exista voluntad de unirse y en cuyo tiempo adquieren bienes, producido el fallecimiento de alguno de estos, aparece el interrogante respecto a la calificación del bien.

En tal inteligencia, si los cónyuges han decidido separarse de la convivencia y del proyecto de vida en común que supone el matrimonio pero, no han iniciado el proceso de divorcio y uno de ellos fallece, el régimen se considerará extinguido recién a partir del momento de la muerte. Esto es así ya que el artículo 480 no otorga eficacia jurídica a la separación de hecho consumada con anterioridad a la extinción del régimen de comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges.

Esta primera conclusión nos parece desacertada y puede traer situaciones injustas. Pensemos el supuesto en el cual habiendo fallecido uno de los cónyuges, el supérstite reclame a los herederos de aquel los bienes adquiridos hasta el fallecimiento aún cuando la separación de hecho estuviera sólidamente consumada.

Y es que si se abandona la convivencia es dable pensar que el proyecto de vida en común, la solidaridad que implica la ganancialidad pierde sustento y no cabría justificación para dividir bienes producidos por el esfuerzo de los cónyuges estando ya separados de manera permanente.

Sin embargo, el legislador parece haberse olvidado de esta situación ya que el segundo párrafo del artículo 480 del CCCN no menciona al fallecimiento de alguno de los cónyuges.

Seguidamente, nos preguntamos **¿Puede la realidad de los hechos superar el vacío normativo?, ¿Cuál es la interpretación que debemos hacer de la norma para evitar una solución injusta?**

En nuestro ordenamiento, el régimen patrimonial del matrimonio está impregnado de normas de orden público que, desde ya, se hayan presentes en materia de calificación de bienes.

Tal como señala Marisa Herrera, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido: “Toda vez que el régimen de la sociedad conyugal es de orden público, los cónyuges no pueden atribuir por su voluntad el carácter propio o ganancial a los

bienes que formen el capital o que hubieran sido adquiridos durante la existencia de la sociedad, sino que dicha calificación resulta impuesta por el origen de las adquisiciones<sup>4</sup>.

Coincidimos con la doctrina que entiende que los mismos fundamentos por los que se otorga efectos jurídicos a la separación de hecho frente la sentencia de anulación del matrimonio o de divorcio son extensibles al caso de fallecimiento del cónyuge.

Así deberá interpretarse la norma a la luz del artículo 2 del CCCN que dispone: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

También, el artículo 480 faculta a los jueces a modificar la extensión de los efectos retroactivos de la sentencia fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. Y es que principio como la equidad, igualdad ante la ley, buena fe deben ser de aplicación para evitar consumir resultados injustos cuando la norma no brinda respuesta adecuada.

Por último, es dable precisar que en materia de Derecho de Familia, el orden público tiene particularidades propias que lo vinculan con el interés familiar. En este sentido hay que tener en cuenta que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>5</sup>: “...el orden público es el interés familiar inserto en los intereses humanos, pero que no son más que la suma de los intereses individuales que se estiman necesarios para la existencia y conservación de la familia sin cuya presencia no se puede concebir la sociedad, porque su fin es la vida misma, teniendo por función la satisfacción de las necesidades primarias de la existencia”.

#### **4. Intervención notarial**

A los fines de trasladar la temática a la práctica notarial debemos hacer hincapié en la forma de calificar los bienes que componen el patrimonio frente al requerimiento notarial que tenga por objeto bienes registrables.

En el tráfico negocial, es común que los cónyuges adquieran bienes estando separados de hecho sin voluntad de unirse pero sin que exista sentencia de extinción de la comunidad. En ocasiones, vemos títulos en los cuales resulta que el bien fue

---

<sup>4</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala C; 06/03/2001, LL, 2001–F, 394.AR/JUR/954/2001

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo 315:549.

adquirido estando vigente el régimen de comunidad o antes “sociedad conyugal” pero consta declaración de la parte indicando que se encontraba separada de hecho sin voluntad de unirse.

Además, los avatares de la vida incorporan situaciones no previstas tales como el fallecimiento de uno de ellos.

Frente a ese supuesto, el patrimonio quedará integrado por una masa de bienes gananciales y otros hereditarios que conformaran una comunidad susceptible de extinción por partición.

Ergo, ¿qué tratamiento debemos darle a esos bienes? ¿Son bienes gananciales anómalos o son bienes propios?.

Como dijimos, la solución no está consagrada expresamente en el texto de la ley, por tanto, será labor de la jurisprudencia dar una interpretación lógica que se aleje de resultados injustos.

A los efectos notariales, el escribano se limitará a acreditar el carácter del bien conforme lo dispuesto en la respectiva sentencia. Para ello, deberá contar con la sentencia, su testimonio o la inscripción marginal de la misma en el partida de matrimonio siempre que indique la fecha de la retroactividad de la misma.

En caso de que no se tenga una sentencia en tal sentido, corresponderá a la parte promover acción judicial con la finalidad de lograr la correcta calificación jurídica del bien o de los bienes. Ello supondrá desplegar la prueba debida que permita concluir judicialmente que los bienes fueron adquiridos en esa etapa de separación fáctica, reconociendo a la separación de hecho su efecto disolutorio del régimen de comunidad.

Pero si hablamos de prueba, la preconstitución de la misma en sede notarial es significativa. Es decir, la advertencia de la situación que planteamos nos intima a poner especial énfasis en la declaraciones que las partes realizan en el acto escriturario.

Dicho de otro modo, toda vez que estamos frente a un requirente, las manifestaciones vertidas en el documento notarial cobran relevancia. Tal es así que la expresión de las partes de encontrarse casados, pero separados de hecho sin voluntad de unirse, frente a un acto de adquisición de un bien registrable, supondrá un elemento probatorio ante un proceso judicial de calificación de bienes.

Por lo tanto, es importante frente a la intervención notarial que tenga por objeto bienes registrables se indague en la situación personal de las partes a los fines de dejar constancia de esta situación cuya relevancia tendrá efectos posteriores.

Finalmente, en términos registrales, deberá rogarse el carácter del bien propio al momento de la inscripción.

Por último, el art. 2437 del CCCN establece que el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

La convivencia es la base de las relaciones de familia ya que denota la voluntad de compartir un proyecto de vida en común, la solidaridad del esfuerzo compartido y cuya ruptura hace presumir lo contrario.

Por lo cual, atento a que el planteo se ubica en el iter temporal entre la separación de hecho sin voluntad de unirse y el fallecimiento de alguno de los cónyuges, razones de equidad imponen otorgarle a la separación de hecho mismos efectos jurídicos que en los casos de extinción de la comunidad en vida de los cónyuges.