

El “extraño” régimen de separación de bienes del matrimonio en el derecho argentino”

Por Gabriel Eugenio Tavip*

Sumario: 1. Introducción; 2. Regímenes patrimoniales del matrimonio; 3. El sistema excepcional de separación de bienes en el Código Civil; 3.a. La evolución en el derecho argentino; 3.b La acción autónoma de separación judicial de bienes en el código vigente; 4. Las causales de la acción de separación judicial de bienes; 4.a) La mala administración del otro cónyuge; 4.b) El concurso del otro cónyuge; 4.c) El abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge; 5. El régimen de partición en el proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina; 6. Reflexiones finales.

1. Introducción:

En el presente trabajo me propongo realizar un análisis de un sistema “patrimonial-matrimonial”, que es casi un extraño para la praxis cotidiana del derecho argentino, como es el régimen de separación de bienes en el matrimonio.

Digo, que es un extraño, ya que a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones contemporáneas, que posibilitan la elección de diferentes formas de regulación de las relaciones patrimoniales surgidas en el matrimonio, en la Argentina el único régimen patrimonial del matrimonio previsto, permitido y favorecido por la legislación civil es el de comunidad restringida de gananciales que tiene un carácter imperativo e inmodificable, siendo el régimen de separación de bienes de carácter excepcional y absolutamente extraordinario¹.

Sin embargo, el Proyecto de Código Civil y Comercial para la Nación Argentina² que desde el mes de julio de 2012 se halla en estudio de la comisión bicameral formada especialmente en el Congreso Nacional³ prevé, entre otros cambios, la posibilidad para los cónyuges de optar entre dos regímenes diferentes, para que regulen sus relaciones patrimoniales: el de comunidad y el de separación de bienes.

* Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia (Universidad de Rosario). Docente de las cátedras de Derecho Privado VI –Familia y Sucesiones- y Derecho Privado I –Parte General- de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Investigador de la Secretaría de Ciencias y Técnica –Secyt- de la UNC y de la Universidad de Barcelona (España).

¹ Solo es posible cierto margen de autonomía de la voluntad al admitirse la celebración de las convenciones matrimoniales que sólo pueden tener por objeto determinar los bienes que los cónyuges llevan al matrimonio.

² El proyecto se viabiliza con el dictado del Decreto N° 191 de fecha 23 de febrero de 2011 en el que el Poder Ejecutivo de la Nación le encarga su elaboración a la denominada “comisión de reformas” integrada por tres de los más prestigiosos juristas del país como son Ricardo Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco (miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y Aida Kemelmajer de Carlucci (ex integrante de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza). Una vez finalizado, es presentado con fecha 12 de junio de 2012 al Congreso de la Nación (Mensaje N° 884 del P.E.N.) bajo el nombre de “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”.

³ La “Comisión bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” fue creada por Resolución de la H.C.D.N (aprobada el día 04/07/2012) y está integrada por “treinta miembros, observando la siguiente composición: quince senadoras/es nacionales y quince diputadas/os nacionales, designados por los presidentes de cada Cámara, respetando la proporción de las representaciones políticas en cada una de las Cámaras”, según lo establece el art. 4.

Por ello, y ante la eventualidad de su concreción legislativa realizará en el presente artículo, un análisis sobre su estructura, partiendo de su recepción en el la redacción originaria del Código Civil, pasando por su evolución y estipulación en el sistema vigente y finalmente presentando las normas del derecho proyectado.

2. Regímenes patrimoniales del matrimonio.

Uno de los efectos centrales que trae aparejada la celebración del matrimonio es que los cónyuges quedarán indefectiblemente sujetos y sometidos a un determinado régimen que regirá sus relaciones patrimoniales⁴.

En general los regímenes patrimoniales del matrimonio son conceptualizados por la doctrina como “ese conjunto de normas coherentes y coordinadas, destinadas a regular las relaciones de carácter pecuniario entre los cónyuges y de éstos con terceros, con los que cada uno de ellos, o los dos conjuntamente pueden adquirir relaciones contractuales”⁵.

No existe ningún sistema jurídico en el que no se prevea alguna manera de regular ese conjunto de relaciones de orden patrimonial que afectan tanto a los propios cónyuges en sus relaciones entre sí, como a los vínculos jurídicos patrimoniales que los unen individualmente o de manera conjunta con terceros⁶.

Así, cada país o región –según el sistema jurídico/constitucional organizativo de cada nación- diagrama un régimen patrimonial primario, principal, supletorio, que regirá las relaciones económicas de los esposos luego de celebradas las nupcias y además -en la mayoría de los países-, también se diseña otro u otros de carácter opcional/les que podrá ser elegido por los cónyuges.

En el Código vigente –que aún mantiene en gran medida los postulados planteados por Vélez Sarsfield en la segunda mitad del Siglo XIX-, el régimen patrimonial del matrimonio está receptado bajo el nombre “De la Sociedad Conyugal” (Libro II, III, Título II del Código Civil), lo que muestra a las claras que en el sistema argentino, el régimen

⁴ En ese sentido se ha expresado desde la doctrina que “con la celebración del matrimonio, nacen las relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre cónyuges propias del cambio del estado de solteros al estado de casados. De esta forma, quedarán recíprocamente sujetos a un conjunto de deberes derechos que encuentran su fuente en la comunidad de vida destinada a la realización de fines comunes” (Cfr: Krasnow, Adriana N., “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Proyecto”, DFyP 2012 (julio) , 104 .

⁵ Corbo, Carlos María, “Régimen patrimonial del matrimonio”, Nova Tesis, Rosario, 2010 p. 9. En forma coincidente, la doctrina nacional, al referirse a ese conjunto de normas habla de las “reglas jurídicas”, “relaciones jurídicas” o “directivas legales” que rigen la vida patrimonial de los esposos (Cfr.: Fassi, Santiago y Bossert, Gustavo, “Sociedad Conyugal”, t. I, p. 3, Astrea, Buenos Aires, 1978; Fleitas Ortiz de rosas, Abel y Roveda, Eduardo, “Régimen de bienes del matrimonio”, 2da edición actualizada La Ley, Buenos Aires, , 2007, p. 1; Belluscio, Augusto Cesar, “Manual de Derecho de Familia”, Tomo II, 5ta edición, actualizada, Buenos Aires, 1993, p. 3., entre otros).

⁶ Todas las legislaciones modernas establecen regímenes patrimoniales dentro del matrimonio. Esas normas, en general, están destinadas a regular la forma de establecer la propiedad, la administración y la disposición de los bienes que los cónyuges tenían desde antes de las nupcias, como así también los que adquieren con posterioridad a las mismas. Establecen también la forma en que los esposos deben contribuir a solventar los gastos del matrimonio y las causas de disolución del régimen, y en su caso, la forma de liquidarlo. Se estipulan por otra parte como se desarrollan las relaciones patrimoniales de los cónyuges con terceros, teniendo en cuenta la forma de responder por las deudas contraídas (Cfr: Azpiri, Jorge, “Régimen de bienes del matrimonio”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 21).

patrimonial del matrimonio se encuentra identificado y confundido con uno de los tipos especiales de regulación que admite.

Corresponde clarificar que la denominación de la institución importa una verdadera imprecisión ya que se la señala como “sociedad conyugal” cuando el régimen patrimonial de comunidad de ganancias no constituye una sociedad, con los alcances estrictos del término⁷, estando desprovista de personalidad jurídica ya que no es un sujeto de derecho diferente a los cónyuges⁸.

Por ser ajenos al análisis del tema que desarrollo, no entraré a considerar una serie de dificultades y anacronismos que plantea el régimen actual⁹, deteniéndome en una de sus características como es el de ser un régimen único, legal, imperativo, forzoso e inmodificable.

Por tal motivo, desde un orden público estricto, y sin dejar ningún resquicio a la voluntad de los cónyuges, se diseña un régimen único –el de comunidad restringida y diferida de ganancias- que no posibilita a los miembros del matrimonio realizar convenciones matrimoniales¹⁰ que les permita optar por ninguna otra forma de organizar su vida patrimonial conjunta¹¹, cuestión que ha sido cuestionado por la doctrina mayoritaria de nuestro país¹².

En este contexto, no existe posibilidad alguna para que los cónyuges, libremente, decidan determinar sus cuestiones patrimoniales. En consecuencia, no pueden por el

⁷ Cfr.: Fleitas Ortiz de rosas, Abel y Roveda, Eduardo, “*Régimen de bienes del matrimonio*”, 2da edición actualizada La Ley, Buenos Aires, , 2007, p. 27 y 28.

⁸ Belluscio, al referenciarla, entiende que la “sociedad conyugal” es una especie de sociedad civil desprovista de personalidad jurídica, aún cuando en las relaciones con los cónyuges –o sus sucesores universales- puede actuar como sujeto de derecho en el proceso de liquidación y a los efectos del ajuste de los créditos y deudas surgidos durante la gestión de los bienes en el curso de la vigencia de la sociedad conyugal” (Cfr: Belluscio, Augusto César, “*Manual de Derecho de Familia*”, Tomo II, 5ta edición, actualizada, Buenos Aires, 1993, p. 53.

⁹ Para una mayor profundización recomiendo la lectura de Medina, Graciela: “*El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*”, DFyP 2012 (noviembre) , 3. La autora plantea, entre otras cuestiones, que: el régimen actual regula la “dote” de la mujer, siendo que la mujer casada carece de dote alguna; que no existen normas claras sobre indivisión post comunitaria; que el sistema de recompensas es confuso; que no existen disposiciones que aclaren cuál es el carácter de las crías de ganado en una República de característica ganadera; que son insuficientes las disposiciones sobre la propiedad intelectual; que se plantean discordancias de criterios sobre la existencia de bienes gananciales de “carácter dual”; que no está aclarado si para disponer de las acciones nominativas y las participaciones se requiere el asentimiento conyugal, cuando el 90 % del capital se encuentra en sociedades de familia”; entre otros planteamientos . Además, dice que “existen grandes imposibilidades de contratar entre cónyuges lo que no se justifica en un régimen de igualdad entre hombre y mujer”.

¹⁰ Sobre el alcance de los acuerdos que pueden celebrar los cónyuges se puede consultar: Fanzolato, Eduardo I: “*Las capitulaciones matrimoniales Derecho argentino y derecho comparado*”, RDF 2001-19-25 .

¹¹ En el mundo occidental sólo Argentina, Bolivia, Cuba y Rumania mantienen un solo régimen patrimonial. El resto de los países diagraman sus regímenes patrimoniales con una apertura a la voluntad de los cónyuges que pueden optar por dos o más formas –de acuerdo a cada país- de organizar su vida patrimonial común.

¹² La mayoría de las opiniones doctrinales, salvo excepciones como por ejemplo la posición de Augusto Belluscio, se han inclinado por la necesidad de crear un sistema que posibilite la elección de otro u otros regímenes patrimoniales a elección de los cónyuges. Estas posturas no sólo se han plasmado en libros y notas en revistas jurídicas especializadas, sino también han sido recomendaciones que por mayoría surgieron de diversos encuentros científicos realizados como son Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Congresos internacionales de Derecho de Familia. Cfr.: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, “*El derecho de familia desde la Constitución Nacional*”, Universidad, Buenos Aires, 2009, p 305 y ss.

régimen de separación de bienes y éste sólo será posible de establecerse, con carácter de excepción, en los casos específicamente regulados en el art. 1294 del Código Civil.

Esa excepcionalidad se da sólo bajo las causales establecidas, que operan en dos de los supuestos como una verdadera “sanción” a uno de ellos y como reflejo de una situación de hecho en el tercer caso.

3. El sistema excepcional de separación de bienes en el Código Civil.

3.a. La evolución en el derecho argentino.

Tanto el Código Civil en su redacción originaria, así como con su primera reforma relativa al matrimonio -Ley 2393¹³- incluyeron la figura de la “separación judicial de bienes”, que era una consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, pero operaba en casos de subsistencia del vínculo matrimonial. En ese contexto era claro el sesgo de distinción de los roles de la mujer y el hombre en la unión conyugal y en la vida familiar¹⁴, propio de las sociedades postcoloniales de fines del Siglo XIX.

Toda la redacción originaria del código civil importó una clara diferenciación de los roles del hombre y la mujer, con una marcada preeminencia de una “superioridad jurídica” del varón y una “supuesta” protección de la mujer. El hombre era el proveedor del sustento familiar, el administrador de los bienes y la mujer cumplía el rol de “ama de casa”¹⁵.

Unas pocas normas –aun vigentes casi con la misma redacción originaria¹⁶- destinó el Código a la reglamentación de este régimen de excepción como son las establecidas entre los artículos 1299 a 1303, reafirmando el disvalor que el legislador le daba a este tipo de organización de la vida económica del matrimonio.

Tal como lo indicaba como su nombre (“separación judicial de bienes”), importaban la incoación de acciones judiciales, que sólo podía entablar el cónyuge inocente o en determinados supuestos la mujer¹⁷ y que tenían un carácter autónomo, según lo establecían los antiguos artículos 1306, 1290 y 1294 del Código Civil.

¹³ La Ley Nro. 2393 denominada de “Matrimonio Civil” fue sancionada el 12 de noviembre de 1888 importó el reemplazo en la argentina del matrimonio religioso –previsto en el Código de Velez- por el civil. Para mayor profundización del tema recomiendo la lectura de Bravo, Omar A. “*Historia de las Instituciones Argentinas*”, Depalma, Bs.As., 1985; Luna, Félix, “*Breve historia de los argentinos*”, Planeta Bolsillo, 2000, entre otras obras, que desde disciplinas afines nos muestran el profundo y encarnizado debate que precedió a la sanción de esa ley.

¹⁴ La doctrina expresa que “*la norma había sido concebida dentro del sistema de comunidad restringida de gestión marital que preveía originariamente el Código, acorde también con la situación de inferioridad de la mujer casada y su calificación de incapaz de hecho relativa que le otorgaba dicho ordenamiento (arts. 55, 1224, 1255, 1276 y 1277, Cód. Civil en su redacción primitiva)*” Cfr.: Ugarte, Luis A.: “*La separación de bienes por mala administración y las garantías legales otorgadas al cónyuge no administrador*”; LA LEY1988-D, 493.

¹⁵ Así, en ese contexto histórico-legal, las mujeres eran consideradas incapaces relativas de hecho, por lo que la administración de los bienes de la sociedad conyugal se le confería al marido.

¹⁶ Las normas relativas al régimen excepcional de separación de bienes fueron modificadas con la sanción de la ley de matrimonio “igualitario” 26.618/10 sólo por cuestiones de adaptación lingüística.

¹⁷ En relación a la acción que podía entablar la mujer, parte de la doctrina entendió que la norma había quedado derogada tácitamente con la sanción de la ley 11.357 (denominada “de los derechos civiles de la mujer”) que al otorgar una administración separada de los bienes, ya no era posible –decían- mantener vigente la misma regulación. En tanto que otra parte de la doctrina se pronunció por la subsistencia de la causal

Así, las normas referidas, relativas a la separación de bienes no surgían, ni siquiera, como un efecto del divorcio de manera automática, sino que aún en ese caso subsistía el régimen patrimonial originario de los cónyuges.

Por ello, era necesario iniciar una acción autónoma luego de la sentencia de divorcio, para que comenzara a regir entre los miembros de esa unión conyugal el régimen de separación judicial de bienes.

Las situaciones que daban lugar a que se entablara la acción eran las siguientes: 1) como una opción del cónyuge inocente en los casos de “divorcio”¹⁸, según lo establecía el original artículo 1306¹⁹; 2) como resultado de una acción autónoma que tenía la mujer para los casos en que el marido fuera declarado insano y ella no quisiera aceptar hacerse cargo de la administración de los bienes de la sociedad conyugal y además no admita que el curador de su cónyuge la ejerciere, tal como lo regulaba el art. 1290²⁰; y 3) también se le otorgaba la facultad a la mujer de requerir la separación judicial en los casos de mala administración, por parte de su marido que le hacía peligrar la pérdida de sus bienes propios o en los casos de concurso de acreedores²¹.

En estas disposiciones –y en especial en los dos segundos supuestos referidos– queda reflejado el marcado sesgo de diferenciación de géneros que esa regulación llevaba ínsita.

Con la sanción de la ley 17. 711²² de 1968, y siguiendo opiniones doctrinales del momento²³, se modifica el originario art. 1306²⁴ estableciendo que la sentencia de “divorcio” producía de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal –desde la

(Cfr: Fleitas Ortiz de rosas, Abel y Roveda, Eduardo, “*Régimen de bienes del matrimonio*”, 2da edición actualizada La Ley, Buenos Aires, , 2007, p. 149)

¹⁸ Se recuerda que el denominado “divorcio” en el contexto anterior a la ley 23515 del año 1987 no disolvía el vínculo matrimonial, sino que mantenía vigente el matrimonio.

¹⁹ El originario art. 1306 disponía que “*En el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes...*”

²⁰ Los arts. 1289 y 1290, insólitamente vigentes expresan que: “*Si por incapacidad, o excusa de la mujer, se encargare a otra persona la curaduría del marido, o de los bienes de la sociedad conyugal, el curador tendrá la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido*” (art. 1289) y que “*si la mujer no quisiere someter a esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos*” (art. 1290).

²¹ El art. 1294 disponía que “*El derecho para pedir la separación de los bienes, sólo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores*”.

²² Ley de modificaciones del Código Civil, publicada en el Boletín Oficial del 26 de abril de 1968.

²³ Borda, Guillermo: “*La reforma de 1968 al Código Civil*”, Perrot, Buenos Aires, 1971.

²⁴ El art. 1306 según ley 17.711 quedó redactado de la siguiente manera: “*La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe. 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*”.

notificación de la demanda-²⁵, por lo ya no era necesaria que ninguno de los dos cónyuges iniciaría la acción autónoma de separación judicial²⁶.

Es lógico además que la reforma eliminara la última parte del artículo -de acuerdo a la redacción originaria- ya que al quedar disuelta la sociedad conyugal de pleno derecho no era necesario que uno de los cónyuges iniciara la acción autónoma de separación judicial de bienes. Pero la reforma del año 1968 deja subsistente el artículo 1294 que permitía a la mujer iniciar la acción de separación en los casos señalados anteriormente.

Posteriormente el sistema vira nuevamente en el año 1987, con la sanción de la ley 23.515²⁷, de Matrimonio Civil²⁸, que entre otras reformas, introduce el divorcio vincular²⁹ al sistema jurídico argentino.

Con esa trascendente renovación del derecho argentino, se modificó parcialmente el artículo 1306, sin brindarse allí un cambio sustancial al sistema. Pero también se altera el art. 1294, incluyendo en este supuesto una nueva mirada en relación a la posibilidad que los cónyuges muten de manera excepcional el régimen legal, por uno de separación de bienes en los supuestos especialmente contemplados en esa norma.

Así, al art. 1306³⁰ es adaptado al esquema de una ley que al tiempo que introduce el divorcio remedio, habilita dos acciones diferentes ante la crisis matrimonial: el divorcio vincular –que disuelve el matrimonio vigente- y la separación personal –que mantiene subsistente la unión conyugal-³¹.

Se dispone que con la sentencia judicial de divorcio vincular o separación personal, se disuelve la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la presentación de la demanda conjunta o a la notificación de la demanda en los casos de acciones contenciosas (tanto por al causal objetiva como subjetiva).

Sin embargo algunos autores como Belluscio entienden que, para el caso que la acción entablada sea la de separación personal, el régimen patrimonial de los cónyuges sigue vigente, pero mutando de un régimen de comunidad de ganancias a un régimen de

²⁵ Cfr: Azpiri, Jorge: “Juicios de divorcio vincular y separación personal”. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 418 y 419.,

²⁶ Para una mejor comprensión del impacto que la ley 17711 trajo aparejado en relación al régimen de bienes del matrimonio sugiero la lectura del capítulo III de la obra de Nowinski, Elsa Alicia: “Efectos patrimoniales del divorcio vincular”, Librería editorial platense, La Plata, 1998.

²⁷ Sancionada: Junio 3 de 1987; Promulgada: Junio 8 de 1987, publicada en el B.O.: 12/06/87.

²⁸ Para mayor abundancia, puede verse el comentario de esta reforma en: Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y divorcio*, Astrea, Bs. As., 2001, p. 153 y ss.; Azpiri, Jorge O., *Juicios de divorcio vincular y separación personal*. Hammurabi, Bs. As., 2005; Lopez del Carril, Julio: “Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515”, Depalma, Buenos Aires, 1989; Fanzolato, Eduardo, comentario a los art. 201 a 219 en Bueres, Alberto (dirección): *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T 1 B, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, entre otros.

²⁹ Cfr. Lagomarsino, Carlos A.R.; Uriarte, Jorge A., *Separación personal y divorcio*. Universidad, Bs. As., 1991, p. 267 y ss.

³⁰ El artículo 1306 queda redactado de la siguiente manera: “**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”. Lo resaltado en negrito es la parte efectivamente reformada.

³¹ La ley 23.515 estructuró (esencialmente) en el Código Civil cuatro formas de acceder al divorcio : a) por un lado, el divorcio por causal subjetiva, con atribución de culpabilidad y causado, regulado en el art. 214 inc. 1º, con remisión al art. 202 del Código Civil; b) por otro lado, el divorcio por causal objetiva, sin atribución de culpabilidad, previsto en el art. 214 inc. 2º del Código Civil; c) finalmente, el divorcio por presentación conjunta o por “mutuo acuerdo”, normado en los arts. 215 y 236 del Código Civil; d) por la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular (art. 238 del C.C.).

separación de bienes, atento que esa acción no disolvía el vínculo matrimonial³², posición que no comparto.

Como anticipara, el nuevo artículo 1294 muestra una verdadera modificación del sistema al establecer que “uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”.

3.b La acción autónoma de separación judicial de bienes en el código vigente

Más allá que la ley 23.515 mantiene la restricción en relación a la voluntad de los cónyuges para poder elegir un régimen patrimonial diferente al “oficial”, se habilita una acción autónoma que posibilitará la determinación de un régimen de separación de bienes, en los casos en que aún subsiste el vínculo matrimonial, siempre y cuando se hayan demostrado las estrictas causales estipuladas por la norma.

Asimismo y como receptáculo de una ley que profundiza en la igualdad jurídica de ambos cónyuges en el matrimonio, la acción ya no sólo estará en cabeza de la mujer, sino que ambos cónyuges, sin distinción por género, y de manera igualitaria pueden entablarla.

La sanción de esta norma fue receptada auspiciosamente por la gran mayoría de la doctrina argentina³³, ya que la misma importaba una verdadera protección al patrimonio de uno o ambos cónyuges, cuando se presentaran las limitadas causales allí incluidas.

Sin embargo posiciones minoritarias del espectro doctrinal criticaron duramente la reforma ya que entendían que la misma implicaba abandonar el régimen único y forzoso de la denominada "sociedad conyugal", para entrar a un régimen patrimonial matrimonial "alternativo". Decían que “si bien originariamente (al casarse) los esposos ingresan forzosamente a la comunidad de gananciales regulada en el Cód. Civil, "derivadamente" (luego del matrimonio) tienen en sus manos la posibilidad de cambiar por un régimen de separación de bienes”³⁴.

Desde esa mirada crítica, creían que la reforma habilitaría numerosas acciones para lograr por esa vía apartarse y vulnerar el régimen legal y forzoso que entendían era el único viable y necesario en el sistema jurídico argentino³⁵. La historia judicial de nuestro país de los últimos 25 años no le ha dado la razón, ya que son mínimas las causas entabladas en los tribunales de Argentina, invocando el artículo señalado para “desligarse” del régimen patrimonial/matrimonial de comunidad restringida de ganancias.

³² Cfr: Belluscio, Augusto Cesar: “*Manual de Derecho de Familia*”, Depalma, Buenos Aires, Tomo I, 1993, p. 179 y ss.

³³ Zannoni, Eduardo A., “*Régimen de matrimonio civil y divorcio*”, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 123 y ss.; Méndez Costa, María Josefa: “*Régimen legal del matrimonio civil*”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 235; Vidal Taquini, Carlos, “*Régimen de bienes en el matrimonio*”, Astrea, Buenos Aires, 1987p, 322 y ss.

³⁴ Barbero, Omar U: “*Separación judicial de bienes entre cónyuges. (Nuevo artículo 1294 del Código Civil, según ley 23.515)*”; DJ1988-1, 529

³⁵ Justificando su postura el mismo Barbero señala en su artículo que “*el régimen de "comunidad universal" es el que mejor responde al concepto de "unión de cuerpos y almas" y de matrimonio indisoluble (9), análogamente —y correlativamente— cabe afirmar que el régimen de separación es el que mejor se compadece con una unión tan inestable como laque la nueva ley llama matrimonio, donde la simple separación de hecho (que incluso puede ser provocada unilateralmente por uno solo de los esposos) es causal de divorcio vincular*” (Cfr.: Barbero, Omar U: “*Separación judicial de bienes entre cónyuges. (Nuevo artículo 1294 del Código Civil, según ley 23.515)*”; DJ1988-1, 529).

4. Las causales de la acción de separación judicial de bienes:

En el marco del régimen patrimonial argentino de carácter forzoso y legal, no es posible para los cónyuges, optar libremente por un régimen como el de separación de bienes, como si es viable en la mayoría de las legislaciones del derecho comparado, ya sea como régimen opcional³⁶ o supletorio³⁷.

Por ello, sólo será posible establecerlo en los casos que se corrobore la existente de algunas de las tres causales que habilitan la petición de la separación judicial de bienes establecidas en el art. 1294 del C.C.

Las mismas se detallan a continuación:

4.a) La mala administración del otro cónyuge.

La mala administración por parte de uno de los cónyuges puede ser causal suficiente para la sentencia judicial que derive en el régimen de separación de bienes, si esa administración defectuosa pone en peligro al otro cónyuge de perder su derecho eventual a los bienes gananciales que le pudieran corresponder³⁸ al momento de la partición de la masa común de bienes.

Corresponde recordar que al ser el régimen de comunidad vigente, de carácter “diferido” la comunidad sólo se establece cuando se producen algunas de las causales de disolución del régimen. Por lo tanto, durante la vigencia del régimen los cónyuges sólo tienen un derecho en expectativa, y por ello la causal estipulada en el art. 1294 viene a proteger ese derecho de carácter eventual.

Entrando a analizar el sentido y alcance que debe tener la noción de “mala administración” para configurar la causal, desde tenerse en cuenta lo aportado certeramente por la doctrina. Así, la misma importa una “torpeza o desorden del cónyuge, no es sus relaciones personales, sino en función del mal desempeño como administrador”³⁹, o “una actuación ineficiente o negligente o que releve ineptitud para los negocios, o la realización de gastos excesivos y de operaciones en las que no se hayan tomado las debidas precauciones”⁴⁰ o una “actuación ineficiente puesta de manifiesto mediante gastos

³⁶ En la mayoría de los países el régimen de separación de bienes surge ante la opción del los cónyuges, ya sea en convenciones pre-matrimoniales, o en las realizadas luego de la celebración del matrimonio. Así es contemplado, entre otros, en el art. 1985 y ss del Código Civil de Uruguay; el art. 431 del Código Civil de Quebec; el 1435 y ss. del Código Civil Español, entre muchos ejemplos. (Cfr.: Zannoni, Eduardo A., *"Derecho Civil. Derecho de Familia"*, 2ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1989, p. 609).

³⁷ El Código de Familia de Cataluña estipula al régimen de separación de bienes como primario, por lo que ante el silencio de los cónyuges, es este sistema el que regirá la vida patrimonial de ese matrimonio (art. 232 y ss.)

³⁸ Entre los fundamentos dados por la doctrina para la justificación de la causal está el hecho que uno de los cónyuges se beneficiará ya que no encontrará, en el futuro, restricciones a la disposición de sus bienes en otro tiempo gananciales que le sean adjudicados en la participación, ni, obviamente, los bienes que obtenga en adelante pues éstos, serán reputados gananciales. Cfr.: Mendez Costa, María J y D'Antonio, Daniel H., *"Derecho de familia"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. II, p. 207.

³⁹ Fleitas Ortiz de rosas, Abel y Roveda, Eduardo, *"Régimen de bienes del matrimonio"*, 2da edición actualizada La Ley, Buenos Aires, , 2007, p. 150.

⁴⁰ Corbo, Carlos María, *"Régimen patrimonial del matrimonio"*, Nova Tesis, Rosario, 2010 p. 266.

excesivos, operaciones riesgosas, o bien en la negligencia o ineptitud en la gestión de bienes”⁴¹.

Asimismo, de las conclusiones de la Comisión de Derecho de Familia de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en el año 1989 en la Universidad Nacional de Comahue (San Carlos de Bariloche) se puede entender que la causal de “mala administración” se configuraba, por una parte, con un elemento objetivo que hace a una gestión inepta, tanto sobre bienes propios o gananciales, y por la otra, con uno subjetivo que hace a la falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de bienes. Pero también que el fundamento de procedencia de la acción es que esos elementos objetivos/subjetivos pongan en peligro el derecho del otro a compartir los gananciales de aquél, o no satisfaga las necesidades económicas de la familia el derecho del otro a compartir los gananciales de aquél, o no satisfaga las necesidades económicas de la familia⁴².

También desde la jurisprudencia se ha señalado que existe una mala administración “cuando el marido administra su masa de gananciales en forma desordenada, inepta, dispendiosa de tal manera que haya perjudicado a la mujer respecto de sus bienes gananciales o propios, o entrañe peligro de que la perjudique en esos bienes o en los gananciales de su administración”⁴³.

Quien alegue esta causal deberá efectivamente probar ambos extremos, es decir la administración deficiente por un lado y el efecto que ella puede ocasionarle a su derecho eventual a participar de los gananciales⁴⁴.

Cualquier medio de prueba podrá llevarse al proceso, pero no será suficiente la confesión del demandado, como tampoco el allanamiento liso y llano será viable para consolidar la acción.

4.b) El concurso del otro cónyuge:

Otra causal, íntimamente relacionada con la de la “mala administración”, se refiere a las situaciones en donde uno de los esposos ha sido declarado en concurso preventivo, o su quiebra (teniendo en cuenta la disposición de ley específica 24522⁴⁵).

⁴¹ Azpiri, Jorge, “*Régimen de bienes del matrimonio*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 202.

⁴² Unas de las conclusiones de la comisión es la siguiente: “RESPECTO A LA CAUSA DE MALA ADMINISTRACION (por unanimidad). 1ro.) Concepto: La “mala administración” a que se refiere el artículo 1294 Código Civil implica un elemento objetivo - gestión inepta -, trátase de bienes propios o gananciales, evidenciada por gastos excesivos, disipación, insolvencia, etc. - y un elemento subjetivo - falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes. Ello exigirá valorar la administración en su conjunto, no en base a un acto aislado, salvo que éste, por su magnitud o entidad, apareje el peligro que la ley tiende a evitar. 2do.) Fundamento: La separación de bienes en razón de esta causa se funda en el propio régimen de la sociedad conyugal, ante el peligro serio y efectivo de que la gestión inepta de uno de los cónyuges impida o frustre el derecho del otro a compartir los gananciales de aquél, o no satisfaga las necesidades económicas de la familia. Las conclusiones se pueden consultar en http://www.garridocordobera.com.ar/decimosegundas_jornadas_nacional.htm.

⁴³ C.N.Cuiv Sala B, “C. de V., R. E. c. V., J”, LL, 1988-D-593

⁴⁴ En relación al requisito de la eventual pérdida sobre los bienes gananciales, como estructurante de la causa, parte de la doctrina nacional ha señalado que es algo “verdaderamente confuso” ,... “ pues no se sabe a ciencia cierta qué quiso decir con esta frase el legislador”. (Cfr.: Chechile, Ana M. y Rodríguez, Analía S.: “*El concurso de uno de los cónyuges como causal para solicitar la separación judicial de bienes*”, JA 1998-III-893.

⁴⁵ Ley 24.522. Ley de Concursos y Quiebras. Sancionada: Julio 20 de 1995. Promulgada Parcialmente: Agosto 7 de 1995.

En relación al alcance de la expresión “concurso” que trae la norma debe señalarse que no deben distinguirse las diversas modalidades de los procesos concursales, por lo que también se habilitaría su procedencia en los casos de concursos preventivos⁴⁶.

Se ha expresado desde la doctrina, que la declaración del concurso de uno de los cónyuges constituye una prueba de la deficiente gestión de los bienes⁴⁷, pero también se apuntó de manera cierta que el “concurso no siempre implica mala administración porque en el cambiante mundo de los negocios pueden jugar circunstancias de los más variadas para que un empresario u hombre de negocios caiga en concurso de acreedores”.⁴⁸

Sin embargo, nunca la declaración de la separación judicial de bienes podrá importar un perjuicio a los terceros acreedores del concursado⁴⁹. Por ello, pese a que la sentencia de separación judicial importa la disolución de la sociedad conyugal, el cónyuge no concursado, no podrá “retirar” del acervo conyugal la mitad de los bienes gananciales de titularidad del otro cónyuge ya que ellos se encuentra afectados como prenda común de los acreedores.

En este camino se ha expresado que “existe coincidencia en la doctrina acerca de las consecuencias perjudiciales que, en principio, traería aparejada la separación judicial de bienes para el patrimonio del no fallido. En principio, nada recibiría del concurso -salvo el hipotético caso de existir un remanente- mientras que perdería la mitad de su patrimonio ganancial, que al ser atribuido a su cónyuge caería bajo la acción de los acreedores de éste”⁵⁰.

La prueba, es este supuesto, será más sencilla que en la causal de mala administración ya que la misma surgirá de la disposición judicial que declara abierto el concurso preventivo o el que resuelve la falencia del cónyuge⁵¹.

4.c) El abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.

La tercera causal que puede esgrimirse para solicitar la acción judicial de separación de bienes, es el abandono de hecho de la cohabitación, que pudiera haber realizado el otro cónyuge, desatendiéndose de esa manera del deber de convivencia que estipulan los artículos 199 y 200 del C.C..

Su fundamento se basa en una protección del cónyuge que ha sufrido el abandono de la convivencia, evitando que el otro cónyuge, entre otras cuestiones, se beneficie con la adquisición de los bienes que luego de producida la separación de hecho hubieran beneficiado al otro u otra⁵².

⁴⁶ Junyent Bas, Francisco: “*Insolvencia y Familia*”, Vazquez Humberto y Lloveras, María Emilia: “*Derecho patrimonial de la familia*”, Alveroni, Córdoba, 2000, p. 82.

⁴⁷ Azpiri, Jorge, “*Régimen de bienes del matrimonio*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 201.

⁴⁸ Corbo, Carlos María, “*Régimen patrimonial del matrimonio*”, Nova Tesis, Rosario, 2010 p. 266.

⁴⁹ Boretto, Mauricio: “*¿Puede un cónyuge “sacar” del proceso concursal de su esposo “su” 50% sobre los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge concursado?*”, Doctrina judicial, 2005-32-1.

⁵⁰ Belluscio, Augusto C.: “*La separación de bienes sin separación de cuerpos*” RDF 2001-19-9.

⁵¹ Belluscio entiende que el concurso es demostrativo por sí mismo de la mala administración. Cfr.: Belluscio, Augusto Cesar, “*Manual de Derecho de Familia*”, Tomo II, 5ta edición, actualizada, Buenos Aires, 1993, p. 133.

⁵² Se ha expresado con respecto a la razón de esta causal que la violación del deber de cohabitación quita el fundamento ético y económico que dan sustento a la sociedad conyugal. Cfr.: Capparelli, Julio: “*La acción de separación de bienes del matrimonio en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*”; Revista del Notariado, N° 817, Buenos Aires, 1989, p. 327.

En las conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil citadas, la causal es definida –por unanimidad- como la que se configura “por la interrupción unilateral e injustificada de la cohabitación por parte de un cónyuge. En consecuencia, no es suficiente determinar cuál de los cónyuges dejó el hogar común sino, también, valorar las circunstancias que mediaron en la interrupción de la convivencia”.

Hay que señalar que esta causal sólo podrá ser invocada por el cónyuge que no incumplió el deber de convivencia, y no será hábil en el caso que el cese de la cohabitación matrimonial se haya debido al acuerdo de voluntades de ambos miembros de la pareja.

En este sentido la doctrina expresa que la causal queda configurada con el abandono de hecho que importa la interrupción unilateral, voluntaria e injustificada de la cohabitación y realizada por uno de los cónyuges⁵³.

Se ha sostenido además que para que se configure la causal será necesaria la concurrencia de un elemento de neto carácter subjetivo como es la declaración de culpabilidad por el abandono y al mismo tiempo, la inocencia en ese aspecto por parte de quien inicia la acción⁵⁴.

5. Lu estructura del régimen de separación de bienes..

El régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes es aquel en que los miembros del matrimonio conservan para sí la titularidad, administración y capacidad de disposición de sus bienes y por la inexistencia de un masa patrimonial común partible al momento de la disolución del vínculo.

Con precisión, Belluscio lo ha definido como “el régimen patrimonial del matrimonio (régimen matrimonial) en el cual cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de sus bienes y adquiere para sí, goza y administra sus bienes y responde exclusivamente por sus deudas, sin que ninguno de ellos participe en la buena o mala fortuna del otro”⁵⁵.

Es necesario precisar que la determinación del régimen de separación de bienes no importa la ausencia de un sistema patrimonial para ese matrimonio⁵⁶, ya que como referenciara anteriormente siempre debe existir un régimen patrimonial que brinde soluciones a las cuestiones patrimoniales que puedan suscitarse entre los cónyuges entre sí o entre estos y los terceros.

De acuerdo a lo que dispone el art. 1299 del C.C.⁵⁷, la sentencia judicial que declara admisible el régimen de separación de bienes para ese matrimonio, al mismo tiempo determina la disolución de la sociedad de gananciales, que existía con anterioridad⁵⁸.

⁵³ Azpiri, Jorge, “*Régimen de bienes del matrimonio*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 203.

⁵⁴ Chechile, Ana María: “*La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil Argentino*”, Lexis-Nexis, 2006, Buenos Aires, p. 188.

⁵⁵ Belluscio, Augusto C., “*La separación de bienes sin separación de cuerpos*”, en RDF N° 4, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, p. 67.

⁵⁶ Rougin, Ernest: “*Traité de Droit Civil Comparé*”, T. II, “*Le régime matrimonial*”, París, 1905, citado por Belluscio, Augusto C., “*La separación de bienes sin separación de cuerpos*”, en RDF N° 4, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

⁵⁷ El art. 1.299 estipula que “*Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. Cada uno de los integrantes de la misma recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad.*”

⁵⁸ En este aspecto la doctrina ha expresado que “la separación de bienes trae aparejada la disolución de la sociedad conyugal y su reemplazo por el régimen matrimonial extraordinario solicitado, al cual quedan

Así, el patrimonio de cada cónyuge queda conformado por los bienes que durante el matrimonio tenían la calidad de propios, a los que hay que sumar los bienes gananciales que le corresponden al momento de la partición (que a partir de ese momento tendrán también carácter de propios), y los que comiencen a incrementar su patrimonio a partir de ese momento⁵⁹.

Este es en definitiva el centro de atención y razón del ser del régimen de separación, tal como lo dispone el art. 1301 del C.C. en tanto reza que “*después de la separación de bienes, los cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante ganare el otro cónyuge*”.

Es decir, cada uno de los cónyuges, podrá realizar cualquier tipo de acto de administración –sean estos de administración propiamente dicha, como de disposición de los bienes–, al tiempo que ya no se beneficiarán con los beneficios patrimoniales que el otro obtenga durante la vigencia de ese régimen.

No obstante el régimen de separación de bienes el art. 1300 dispone además que “*durante la separación, cada uno de los cónyuges debe contribuir a su propio mantenimiento, y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes*”.

Esta norma se proyecta en dos aspectos:

1) En primer lugar en relación a los alimentos de los hijos menores de 21 años la norma del art. 1300, refuerza lo establecido en el art. 265⁶⁰, 267⁶¹ y 271⁶² del C.C. relativos a la obligación alimentaria de los hijos; es decir que recae en ambos progenitores el deber de proporcionar alimentos a sus hijos en relación a su condición y fortuna.

2) en relación al otro cónyuge, se estipula que cada uno debe procurar su propio mantenimiento. Ello no importa que el régimen de separación de bienes derogue las normas de orden público relativas a los alimentos que se deben los esposos durante la vigencia del régimen matrimonial. Estos alimentos estipulados en el art. 198 del C.C., así como los que pudieran luego reclamarse durante la tramitación de un proceso de separación personal o divorcio vincular (art. 231 del C.C.) o los post-divorciales incluidos en los arts. 207, 208 o 209 del mismo cuerpo legal, se mantienen más allá del régimen de excepción.

Este régimen subsistirá hasta tanto se acaezca algunas de las causales de finiquito definitivo del régimen patrimonial del matrimonio (por muerte de uno de los cónyuges, por

sometidos los esposos hasta que sobrevenga alguna de las causales de extinción de todo régimen matrimonial o bien se disuelva el matrimonio (11), siendo posible la reconstitución del régimen de comunidad (art. 1304)” Belluscio, Augusto C., “*La separación de bienes sin separación de cuerpos*”, en RDF N° 4, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, p. 67.

⁵⁹ Cfr.: Mendez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco, D’Antonio, Hugo: “*Derecho de Familia*”, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 390

⁶⁰ El art. 265 del C.C. reza: “*Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo*”.

⁶¹ El art. 267 del C.C. dispone que “*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad*”.

⁶² El art. 271 estipula que “*en caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos*”.

la resolución judicial que declara la nulidad del matrimonio o por sentencia de divorcio vincular, entre otros). En este caso quedará disuelta definitivamente el régimen patrimonial del matrimonio.

También es posible la reconstitución del régimen de ganancialidad en virtud de lo establecido en el art. 1304 del C.C.⁶³, ya sea caudado por la propia voluntad de los cónyuges, expresada en una escritura pública, o por resolución de un juez a solicitud de ambos. El efecto, en este último supuesto, será que los cónyuges volverán al sistema de ganancialidad que anteriormente rigió su vida patrimonial.

5. El régimen de partición en el proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina

En diferentes proyectos de reforma del Código Civil que se presentaron en diferentes momentos históricos de nuestro país, ya se había planificado y pensado en la introducción de un régimen de separación de bienes, como sistema optativo para los cónyuges.

Así ocurrió por ejemplo en el Proyecto de Código Civil de la Republica Argentina Unificado con el Código de Comercio⁶⁴ que entre los artículos 497 a 501 habilitaba la opción del régimen ya sea de manera original, antes de la celebración del matrimonio, o posteriormente⁶⁵.

En este camino, la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes es contemplada en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que tiene a consideración el Congreso de la Nación.

El proyecto incluye en el Libro Segundo denominado “De las relaciones de familia” el Título II que regula el “Régimen patrimonial del matrimonio” abriendo la posibilidad a los cónyuges (art. 446⁶⁶) de optar por el régimen de bienes del matrimonio de manera previa a la celebración del matrimonio, o por acuerdo posterior, tal como lo indica el art. 449⁶⁷.

⁶³ El art. 1304 del C.C. dispone que “*la separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedimento de ambos. Cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación, como si ésta no hubiese existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer durante el intervalo de la separación, como si hubiesen sido autorizados por el marido*”.

⁶⁴ Decreto 685/95 – Proyecto “1998”.

⁶⁵ Por ser ajeno a este análisis, no profundizaremos en relación al proyecto de reforma del año 1998. En su caso, recomendamos la lectura de Méndez Costa, María J “*Los cónyuges separados de bienes en el proyecto de 1998*”, LL 2000-E, 1001.

⁶⁶ El art. 446 del Proyecto de Código Civil y Comercial, al disponer acerca del contenido de las convenciones matrimoniales, estipula que “*Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código*”.

⁶⁷ El art. 449 del Proyecto de Código estipula que “*Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de UN (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de UN (1) año a contar desde que lo conocieron*”.

Sin embargo, como los mismos autores lo indican en los fundamentos esta posibilidad de elección, consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, es de carácter limitado, ya que sólo podrá optarse por dos regímenes, el de comunidad de ganancias o el de separación de bienes⁶⁸.

Esta necesaria proyección de las relaciones patrimoniales de los cónyuges que acoge el proyecto de código, se condice con una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales, eliminando un orden público arcaico que condicionaba la autoregulación de las relaciones de las personas dentro del matrimonio⁶⁹.

El régimen de separación está receptado entre los artículos 505 a 508 ubicados en el Capítulo 3 del Título II y cerrando toda la regulación relativa al régimen patrimonial del matrimonio que incluye el proyecto⁷⁰.

Tal como lo indican los autores en los fundamentos del proyecto, “el régimen de separación está presidido por el principio de libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge”, eje central y neurálgico de este tipo de régimen patrimonial-matrimonial.

Sin embargo, se plantean normas de orden público y por lo tanto inderogables, que son comunes a ambos regímenes patrimoniales, por lo que no podrán ser soslayadas por la voluntad de los cónyuges

De esta manera, en el art 505 se establece claramente que “en el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto artículo 456. Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en artículo 461”.

Las dos limitaciones allí mencionadas, se relacionan con el régimen inderogable estatuido en protección del denominado “interés familiar”. Así, en el art. 456 se dispone la obligatoriedad del asentimiento del cónyuge no titular, para la disposición de derechos sobre la vivienda familiar. En el art. 461, en tanto, se incluye un sistema de responsabilidad común por las deudas que alguno de ellos haya contraído para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

Por otra parte, el art. 455 plantea otra limitación que condiciona la libre administración y disposición de los bienes en el régimen de separación como es el deber de

⁶⁸ En los fundamentos se expresa que se “*admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio*”

⁶⁹ Así, la doctrina que estudia el proyecto ha expresado que “lo cierto es que la existencia de un solo código tenía sentido en la sociedad del siglo antepasado y en la primera mitad del siglo XX, cuando existía un solo modelo de familia, impuesto de manera imperativa para que fuera adoptado por todos los ciudadanos. En esa época en la cual el matrimonio se concebía sólo entre personas de diferente sexo, donde no había divorcio vincular y la mujer, incapaz relativa, no trabajaba fuera del hogar conyugal, se justificaba que se estableciera un régimen de ganancialidad obligatorio como una forma de proteger a la mujer” (Cfr.: Medina, Graciela : “*El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*”; DFyP 2012 (noviembre) , 3.

⁷⁰ Cfr.: Krasnow, Adriana N.: “*Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Proyecto*”, DFyP 2012 (julio) , 104

contribución que ambos cónyuges tienen en relación a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos⁷¹.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Por su parte, en el artículo 506 del Proyecto se incluye un principio de libertad y amplitud probatoria destinado a demostrar la propiedad exclusiva de un bien, tanto en relación al cónyuge como a terceros⁷². Sin embargo la preferencia por el régimen de comunidad presente en el articulado proyectado hace presumir que de poder acreditar la propiedad exclusiva, se presume que el bien pertenece a ambos cónyuges por mitades.

En relación al cese del régimen de separación, el artículo 507⁷³ incluyen dos situaciones diferentes: 1) por la decisión de ambos cónyuges, quienes pueden optar por el régimen de comunidad primario –en este caso se da la mutación de un régimen patrimonial por otro-; y 2) por la disolución la disolución del matrimonio, con lo cual también queda finiquitado cualquier régimen patrimonial.

Finalmente, el art. 508 brinda la solución para los casos de conflictos que pueden suscitarse entre los cónyuges al momento de la disolución del matrimonio, o entre uno de los cónyuges y los herederos del otro, refiriendo que la partición de bienes se realizará de la forma prescripta para las herencias.

6. Reflexiones finales:

⁷¹ En este sentido se afirma que “*el proyecto limita esta libertad de acción mediante normas de orden público, que imponen el deber de contribución para solventar los gastos del hogar, de los hijos comunes, incapaces e incluso aquellos que adolezcan de una incapacidad y conviva con ellos. Además de la necesidad del asentimiento conyugal para los actos de disposición de la vivienda familiar y la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por uno de los esposos para atender necesidades ordinarias del hogar y educación de los hijos comunes*”. Cfr.: Campos, Roberto D.: “*La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado*” DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 43.

⁷² El art. 506 del proyecto dice que “*Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades. Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar*”.

⁷³ El art. 507 estipula que “*Cesa la separación de bienes por la disolución del matrimonio y por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges*”