

CAPITULO IX CUESTIONES CONEXAS

ARTICULO 2º DE LA LEY 23.515	209
ARTICULO 133	211
1. Interpretación	211
2. Legislación proyectada	213
ARTICULO 144	215
1. Interpretación	215
ARTICULO 243	217
1. Interpretación	217
ARTICULOS 264 Y 271	219
1. Interpretación	219
ARTICULO 478	221
ARTICULO 531	223
ARTICULOS 1238 Y 1239	225
1. Modificaciones introducidas	225
ARTICULO 1294	227
1. Antecedentes	227
a) El artículo 1294 del Código Civil	227
b) Proyectos de reforma	229
c) Legislación extranjera	230
2. Interpretación	232
a) Contexto del artículo 1294	232
b) La separación de bienes como causal de disolución de la sociedad conyugal	234
c) Mala administración	234
c.1) Configuración de la causal	234
c.2) Fundamentación	235
d) Concurso	236
e) Abandono de hecho	238
f) Acción de separación de bienes	239
f.1) Normas aplicables por analogía	239
f.2) Competencia	239
f.3) Titularidad de la acción	239
f.4) Circunstancias a demostrar y medios de prueba	240
f.5) Efectos	240
3. Apreciación final	240
ARTICULO 1306	241
1. La nueva redacción del artículo 1306 del Código Civil	241
a) Antecedentes	241
b) Interpretación	243
b.1) Diferencias con el artículo 1306 según la ley 17.711	243
b.2) Efectos de las sentencias de separación personal y de divorcio	243
b.3) Alimentos pasados durante el juicio de divorcio	244
b.4) Consecuencias de la separación de hecho sobre la participa- ción en los gananciales	245

ARTICULO 1312	249
1. Norma de adecuación	249
ARTICULOS 3574 Y 3575	251
1. La exclusión hereditaria conyugal en el Código de Vélez Sársfield y sus reformas anteriores a la ley 23.515	252
2. La exclusión hereditaria conyugal después de la ley 23.515	253
3. Ley aplicable a la sucesión	253
4. Interpretación de los artículos 3574 y 3575	254
a) Exclusión hereditaria del cónyuge o los cónyuges separados personalmente culpables	254
b) Exclusión hereditaria del o los cónyuges separados personalmente equiparados a culpables	255
c) Exclusión hereditaria del cónyuge separado personalmente inocente	255
d) Exclusión hereditaria de los cónyuges divorciados vincularmente	255
e) Esquematización	256
f) Fundamentos y configuración de cada causal de exclusión	258
f.1) Exclusión hereditaria por culpabilidad de la separación personal	258
f.2) Exclusión hereditaria por equiparación a culpabilidad de la separación personal	258
f.3) Exclusión hereditaria por inconducta posterior a la separación personal	259
g) Exclusión hereditaria de los cónyuges divorciados vincularmente	261
h) La exclusión hereditaria por divorcio no vincular y por divorcio vincular en la legislación extranjera	263
i) Exclusión hereditaria por separación de hecho	267
j) Forma de hacer efectiva la exclusión hereditaria conyugal	268
ARTICULO 3576 BIS	273
1. Exclusión de la nuera viuda	273
ARTICULO 3° DE LA LEY 23.515	275
1. Derecho exclusivo de la mujer a solicitar la separación de bienes	275
ARTICULO 4° DE LA LEY 23.515	277
1. El nombre de la mujer casada	277
a) Antecedentes	277
b) Interpretación	279
c) Legislación comparada	279
2. El apellido de la mujer separada personalmente y de la mujer divorciada	280
a) Antecedentes	280
a.1) El apellido de la mujer divorciada no vincularmente	280
a.2) El apellido de la mujer divorciada vincularmente	281
b) Interpretación	281
b.1) El apellido de la mujer separada personalmente	281
b.2) El apellido de la mujer divorciada	282
b.3) Competencia	284
3. El apellido de la mujer viuda y de aquella cuyo matrimonio se anuló	284

ARTICULO 5° DE LA LEY 23.515	285
1. Reformas introducidas por la ley 23.515 en materia de adopción . . .	286
a) Antecedentes	286
b) Interpretación y fundamentos	286
b.1) Artículo 8°	286
b.2) Artículo 15	289
ARTICULO 6° DE LA LEY 23.515	291
1. Derogación expresa de los artículos de la ley 19.134 relativos a los impedimentos emergentes de la adopción	291
ARTICULO 7° DE LA LEY 23.515	291
1. Derogación expresa de normas del decreto-ley 8204/63	291
ARTICULO 8° DE LA LEY 23.515	292
1. Artículo transitorio	292
ARTICULO 9° DE LA LEY 23.515	292
1. Derogaciones expresas	292

CAPITULO IX
CUESTIONES CONEXAS

ARTICULO 2° DE LA LEY 23.515 — Modifícanse los artículos 133; 144, inciso 1; 243; 264, inciso 2; 271; 478; 531, inciso 4; 1238; 1239; 1294; 1306; 1312; 3574; 3575 y 3576 bis del Código Civil, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

El artículo 2° de la ley 23.515 modifica, sustituyéndolos, quince artículos del Código Civil. La mayoría de las modificaciones responden a la necesidad de adaptarlos a la duplicidad de la separación personal y el divorcio incorporados por la ley de 1987 y a la supresión de ciertas figuras como la equiparación del cónyuge inocente al culpable del divorcio no vincular. En pocos casos se trata de introducir instituciones novedosas.

En el primer supuesto se encuentran los artículos 144, 243, 264, 271, 478, 531, 1238, 1239, 1306, 1312, 3574, 3575 y 3576 bis.

En el segundo se ubican los artículos 133 y 1294.

Art. 133 La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los artículos 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad.

1. Interpretación

El primer párrafo es textualmente el del artículo del Código Civil, según la ley 17.711, que lleva su número. La alusión que hace a la disolución del matrimonio debe remitirse al artículo 213 con la aclaración de que el matrimonio también se disuelve por la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio (art. 216) y tener en cuenta que la aptitud nupcial se recupera con la sentencia de anulación del vínculo. Todos los supuestos pueden acaecer antes de que los cónyuges o uno de ellos haya llegado a los veintiún años, edad en que se alcanza la mayoría según el artículo 126 del Código Civil, manteniéndose el régimen de la emancipación conforme a los artículos 134 y 135 del mismo.

El párrafo final del artículo 133 aparece originariamente en el proyecto de Comisión en minoría del Senado e in-

roduce una importante ampliación del impedimento de falta de edad, extendiendo el límite hasta los veintiún años para la celebración de segundas nupcias por aquellos que tuvieran ya un matrimonio celebrado y disuelto por muerte del cónyuge, o sentencia de divorcio o de conversión en divorcio de la sentencia de separación personal o cuyo matrimonio hubiera sido anulado.

La norma responde a fundamentos aceptables cuando el primer matrimonio se disuelve por divorcio o conversión en divorcio de la sentencia de separación personal, porque cabe suponer razonablemente que la unión ha sido contraída sin la necesaria preparación y conocimiento recíproco de los jóvenes esposos y que ello ha conducido o contribuido decisivamente al fracaso matrimonial por lo que es conveniente que no insistan en la experiencia durante la minoridad. También es estimable frente al contrayente de buena fe cuya poca edad probablemente influyó en su aceptación con consentimiento viciado o desconociendo los impedimentos existentes, pero carece de motivación con respecto al contrayente de mala fe, salvo que se la considere una sanción, y es muy difícilmente justificable en el caso del emancipado viudo.

Zannoni estima que siempre procede la dispensa judicial en los términos del artículo 167¹, interpretación que compartimos. Consideramos aplicable lo dispuesto en el artículo 168, a cuyo comentario nos remitimos, a pesar de que éste sólo se refiere al asentimiento necesario al matrimonio del emancipado por habilitación de edad.

¹ ZANNONI, *op. cit.*, comentario al artículo 133.

2. Legislación proyectada

La redacción definitiva del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial a que se hizo referencia precisamente en el comentario del artículo 168, sustituye el artículo 133 de la ley 23.515 por un texto que dispone la sanción patrimonial sobre el emancipado por matrimonio contraído sin la autorización requerida. Esta emancipación, con su característica irrevocabilidad, aparece bajo el número 128 y no se establece en ningún texto el impedimento del último párrafo del artículo 133 según la ley 23.515. El artículo 168 dispone el requisito del asentimiento paterno-materno o de aquel que se encuentre “en ejercicio de la patria potestad”, del tutor o, en su defecto, del juez, para el matrimonio de los menores de edad, *aunque estén emancipados*. La mayoría de edad es fijada en los dieciocho años (art. 126) y se suprime la emancipación por habilitación de edad.

De sancionarse este proyecto, por lo tanto, los emancipados por matrimonio disuelto por muerte del cónyuge, o divorcio o cuyo matrimonio fuera anulado, podrían casarse con el requisito del asentimiento paterno-materno, tutelar o judicial, aunque no hayan llegado a los dieciocho años, situación factible para la mujer y aun para el varón que hubiera contraído el primer matrimonio con dispensa del impedimento de falta de edad.

Art. 144 “

- 1) El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente...”**

1. Interpretación

La modificación introducida en el texto del inciso 1 del artículo 144 es de adecuación a la legislación vigente. Refe-
rido a quienes pueden solicitar la interdicción por demencia,
incluye al esposo o esposa siempre que no estén separados
personalmente o divorciados.

Art. 243 Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

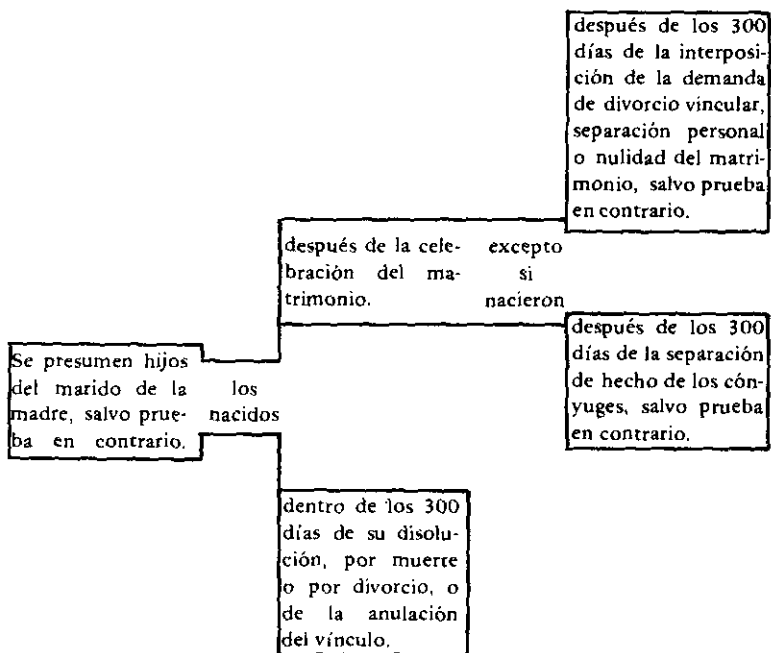
1. Interpretación

El texto del artículo 243 según la ley 23.515 estructura la presunción de paternidad matrimonial sobre todas las posibles vicisitudes que puede sufrir el matrimonio en el régimen vigente.

El esquema de dicha presunción es el que se presenta en la página siguiente².

² Ver MENDEZ COSTA, María Josefa, *La filiación*, Santa Fe, 1986, N° 82 y ss. y comparar con el cuadro de la p. 22 de la actualización de *Derecho de Familia*, Santa Fe, 1986.

CUESTIONES CONEXAS



Art. 264 “

- 2) En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación...”

Art. 271 En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.

1. Interpretación

Los artículos 264 y 271 del Código Civil corresponden al régimen de patria potestad conforme a la ley 23.264.

Las modificaciones se limitan a mencionar, por separado, las figuras de la separación personal y el divorcio, que producen los mismos efectos en el caso del inciso 2 del

CUESTIONES CONEXAS

artículo 264 recayendo el ejercicio de la patria potestad en el progenitor que ejerza legalmente la tenencia de los hijos y que carecen de trascendencia sobre los deberes paternos-maternos que se mantienen después de las respectivas sentencias aunque uno de los progenitores ejerza la tenencia.

Art. 478 El padre o la madre son curadores de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela.

La redacción del artículo 478 del Código Civil que se completa es la de la ley 23.264. Los hijos divorciados se equiparan a los solteros o viudos para atribuir la curatela al padre o la madre si carecen de hijos mayores de edad que puedan desempeñarla.

Art. 531 “

- 4) Vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente”.**

El artículo 531 del Código Civil enumera las condiciones prohibidas, agregándose a las incluidas en el inciso 4 la de “separarse personalmente” y clarificando la de “divorciarse” mediante el adverbio “vincularmente”.

Art. 1238 Las donaciones hechas por las convenciones matrimoniales sólo tendrán efecto si el matrimonio se celebre y no fuere anulado, salvo lo dispuesto en el artículo 221, inciso 2 respecto del matrimonio putativo.

Art. 1239 En cuanto a las donaciones hechas al cónyuge de buena o mala fe, anulado el matrimonio putativo, se estará a lo dispuesto en los artículos 222, inciso 2 y 223, inciso 2.

1. Modificaciones introducidas

Las modificaciones introducidas por la ley 23.515 en los artículos 1238 y 1239 del Código Civil consisten exclusivamente en adoptar la numeración de las referencias al matrimonio putativo.

Art. 1294 Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.

1. Antecedentes

a) El artículo 1294 del Código Civil

Hemos expresado anteriormente que el artículo 1294 del Código Civil protagoniza una historia muy singular: original del codificador permaneció inalterado a través de reformas legislativas que afectaron otras disposiciones que constituían su engarce lógico en la redacción de Vélez Sársfield. A su alrededor fue modificado dos veces el régimen de gestión de bienes de los cónyuges (por las leyes 11.357 y 17.711), una vez el sistema de su responsabilidad por deudas (ley 11.357) y se sucedieron sucesivas reglamentaciones de los concursos posteriores al Código de Comercio de 1862 hasta la ley 19.551. La ley 23.515 es la primera que acomete la tarea de cambiar esa redacción tradicional.

El texto del Código Civil disponía: “El derecho para pe-

dir la separación de 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". No fue derogado por la ley 11.357 ni expresa ni tácitamente porque el contenido de la ley de 1926 no contempló la disolución de la sociedad conyugal. No obstante, hubo pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales contradictorios, es decir, admitiendo o negando su vigencia. Tampoco incidió sobre su temática la ley 17.711 si bien contiene el importante precepto del artículo 1306, porque esta norma y la comentada, refiriéndose a un mismo capítulo del régimen patrimonial matrimonial, lo hicieron recayendo sobre distintas facetas sin que se planteara incompatibilidad lógica entre una y otra. Después de la ley 17.711, la aceptación de la eficacia del artículo 1294 se dividió claramente en cuanto al concurso y a la mala administración, siendo mayor, aunque siempre minoritario en el conjunto, el número de autores que apoyó la de esta última mientras que el rechazo del concurso fue prácticamente unánime³. A esta altura de nuestra evolución legal, la disolución de la sociedad conyugal por mala administración fue objeto de estudio de Comisión durante las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971) sin que llegara a considerarse en el Plenario. Un conjunto prestigioso de especialistas se pronunció en esa ocasión por la vigencia del artículo 1294. Rehusaron esta eficacia Guaglianone, Borda, Mazzinghi, Vidal Taquini y Belluscio.

³ Ver MENDEZ COSTA, María Josefa, *La mala administración y el concurso o quiebra de un cónyuge como causales de disolución de la sociedad conyugal*, en Revista del Notariado 744, 1895 y *Estudios sobre sociedad conyugal*, Santa Fe, 1981, p. 285.

El nuevo texto incorpora expresamente las causales de mala administración y concurso e incorpora la del abandono de hecho. Su fórmula responde a una sugerencia de Belluscio pero excluyente del concurso⁴.

b) Proyectos de reforma

Los antecedentes proporcionados por los proyectos de reforma del Código Civil no han sido influyentes en la materia porque su régimen de gestión y de responsabilidad de los esposos no coinciden con el vigente. Nada aporta el reconocimiento de la acción de separación de bienes por mala administración, por ejemplo, en un régimen de comunidad de administración marital y unión de deudas. Así, la causal figura en el Anteproyecto de Bibiloni (art. 379) y en el Proyecto de 1936 (art. 434, inc. 3, b), con régimen de gestión predominantemente marital, no alejado del establecido en la ley 11.357, salvo diferencias de detalle, y con una separación de deudas sólo excepcional. En el Anteproyecto de 1954 expresamente se autoriza a solicitar la separación de bienes "a requerimiento de alguno de los cónyuges que acredite la mala administración que el otro hiciese de todo el haber social, o de la mayor parte de éste" (art. 482, inc. 1), con régimen de administración también similar al de la ley de 1926. En los tres proyectos se prevén otros recaudos protectores del haber ganancial: la administración del marido debe ejercerse dentro de los límites de una gestión "regular" (arts. 697 y 701 del primero, 418 y 420 del segundo, 477

⁴ Una de sus tres propuestas elevadas al Senado, en La Ley Actualidad del 18 de febrero de 1987.

del tercero) y ello incide en el ámbito de la responsabilidad por deudas (artículos citados).

c) Legislación extranjera

Idéntica valoración a la expuesta inicialmente en el párrafo anterior cabe para la legislación extranjera, sin mengua del interés que suscita conocerla someramente.

En el derecho uruguayo, con el cual coincide en gran medida el sistema argentino en los aspectos de gestión y responsabilidad, cualquiera de los cónyuges o ambos de común acuerdo pueden pedir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal sin expresión de causa, y el juez deberá decretarla (art. 6 de la ley 10.783), desplazándose toda cuestión relativa a las razones que motivan la modificación del régimen.

El boliviano, conforme con el Código de la Familia, es de comunidad de gananciales, de administración por ambos cónyuges (arts. 101 y 114) pero en virtud de una gestión que resulta, en principio, separada. Entre otras causas, la comunidad termina por la separación judicial de bienes que uno de los cónyuges puede solicitar cuando se declara la interdicción o la ausencia del otro o "cuando peligran sus intereses por los malos manejos o la responsabilidad civil en que pudiera incurrir este último" debiendo atender el juez a los intereses de la familia y a que la separación no perjudique a terceros (arts. 123, 124 y 125).

En el Código Civil venezolano, el régimen supletorio de comunidad se disuelve por la quiebra de uno de los cónyuges (art. 173).

Para el régimen francés de comunidad legal se ha previsto en el artículo 1443 (redacción de 1965) que "si, por los

desórdenes de los negocios de un cónyuge, su mala administración o su inconducta, resultara que el mantenimiento de la comunidad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste puede demandar la separación de bienes a la justicia” y que “toda separación voluntaria es nula”. El texto se aplica también a la comunidad convencional en virtud del artículo 1497, salvo pacto en contrario. Pero la comunidad legal es de administración marital (art. 1421) y puede serlo la convencional por acuerdo de los interesados (art. 1497 citado). Por eso reviste mayor importancia constatar la existencia de la causal con el objeto de obtener la liquidación anticipada del crédito de participación cuando el régimen es el de participación en los gananciales (*acquêts*), que funciona como si los esposos estuvieran separados de bienes (art. 1569). A tales efectos se reproducen exactamente las mismas figuras previstas en el artículo 1443 para autorizar por dichos motivos la liquidación anticipada (art. 1580).

En el régimen de participación alemán, cronológicamente anterior al francés, el “haber dilapidado patrimonio” (parágrafo 1375) autoriza a solicitar la compensación anticipada de ganancias si hace temer “que peligre considerablemente el futuro crédito de compensación” (parágrafo 1386). Este régimen es legal supletorio y se caracteriza por la administración autónoma de los esposos, con ciertas restricciones⁵.

De acuerdo a las modificaciones de la legislación de familia introducidas en Italia por ley N° 151 de 1975, el régimen conyugal legal es de comunidad de gananciales (*comu-*

⁵ La ley del 14 de junio de 1976, en vigencia desde el 1° de julio de 1977, modificó solamente los párrafos 1378, 1382 y 1385, en materia de régimen de participación.

nione legale) con gestión separada y requisito del asentimiento (*consenso*) para los actos que exceden la administración ordinaria y la respectiva actuación en juicio, sustituible judicialmente (arts. 177 y ss.). La disolución de la comunidad procede, entre otras causas, por la separación judicial de bienes y por la falencia de uno de los cónyuges (art. 191). Según el artículo 193, la separación de bienes puede ser decretada por interdicción o inhabilitación de uno de los cónyuges o por mala administración de la comunión. Igualmente puede ser decretada “cuando el desorden de los negocios de uno de los cónyuges o su conducta en la administración de los bienes, pone en peligro los intereses del otro, o de la comunidad, o de la familia, y también cuando uno de los cónyuges no contribuye a las necesidades de ésta en medida proporcional a su patrimonio y capacidad de trabajo” (art. 193).

En la nueva legislación española, el régimen de sociedad de gananciales es similar al argentino. La misma concluye por decisión judicial a pedido de uno de los cónyuges, entre otros casos en los de quiebra o concurso de acreedores, por “venir el cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad” y por separación de hecho de más de un año de duración decidida de mutuo acuerdo o resultado de abandono del hogar (art. 1393, inc. 1, 2 y 3).

2. Interpretación

a) Contexto del artículo 1294

El artículo 1294 se integra en un régimen patrimonial

matrimonial legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones y existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen.

La ley 17.711 estableció un ordenamiento novedoso, para su momento, de la dinámica jurídica de los cónyuges según el cual la gestión normal u ordinaria de los bienes se distribuye entre éstos, correspondiendo al marido la de sus propios y los gananciales que adquiere y la de los gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba; a la esposa, la de sus propios y los gananciales que adquiere (art. 1276). Según el artículo 1277, la gestión del cónyuge titular de los derechos sobre los bienes necesita asentimiento del otro cuando se trata de disponer o gravar inmuebles, muebles o derechos registrables, de efectuar aportes de dominio o uso de los mismos a sociedades, así como para la transformación y fusión de sociedades de personas. También es preciso el asentimiento conyugal para disponer o gravar el inmueble "hogar conyugal" propio u originariamente ganancial. La falta de asentimiento produce la nulidad relativa y total del negocio, configurándose un acto anulable. La autorización judicial puede reemplazar el asentimiento conyugal.

El régimen de deudas de los cónyuges no ha sido modificado desde la sanción de la ley 11.357. Responde a la siguiente estructura: la esposa responde por sus deudas con sus bienes propios y con los gananciales que administra, que son los que adquiere y figuran a su nombre; el marido responde

por las suyas con sus propios, los gananciales que adquiera y figuren a su nombre y los gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba. Con los frutos de todos sus bienes responde uno de los consortes por las deudas contraídas por el otro en las hipótesis contempladas en el artículo 6 de la citada ley. Ha de admitirse que los acreedores de la esposa ejecuten los gananciales de origen dudoso previa demostración de que su deudora es titular de los derechos sobre ellos.

Es en el contexto de este sistema que debe apreciarse la fundamentación de las causales de disolución de la llamada sociedad conyugal previstas en el artículo 1294.

b) La separación de bienes como causal de disolución de la sociedad conyugal

El artículo 1294 confirma que la extinción del régimen patrimonial matrimonial puede acaecer de pleno derecho o por la sentencia que acoja favorablemente una demanda de separación de bienes. A las tres posibilidades enumeradas en este texto, debe agregarse la curatela de un cónyuge por un tercero (art. 1290 del Código Civil) y la muerte presunta de uno de los cónyuges según el artículo 1307.

c) Mala administración⁶

c.1) *Configuración de la causal.* Se refiere a la mala administración de un cónyuge sin especificar sobre qué bienes recae calificándola por el efecto de riesgo que acarree para el otro cónyuge de perder su eventual derecho a los gananciales.

⁶ Hemos expuesto estos temas en un artículo para la revista del CEUPE (Rosario).

Ha de entenderse que este peligro resultará de la deficiente gestión de los gananciales de titularidad del mal administrador (y también de los gananciales dudosos e inciertos si aquél es el marido) porque el desmedro de tales bienes significará que poco o nada quedará para compartir a la extinción del régimen patrimonial matrimonial. Probablemente, las deficiencias se manifestarán en toda la actividad económico jurídica del mal gestor.

c.2) *Fundamentación*. Es indiscutible que el artículo 1294 posee sentido y finalidad práctica. Véanse las siguientes razones.

La disolución de la sociedad conyugal sigue siendo indispensable para abrir el juego a las recompensas debidas a los cónyuges, a determinarse en oportunidad de la liquidación, que incluso pueden significar la recomposición de los bienes propios empleados en ventaja de lo ganancial.

La mala gestión compromete los gananciales y, entre ellos, si el deficiente administrador es el marido, los adquiridos por la esposa cuando es difícil la determinación del nombre del titular de los derechos sobre los bienes cuestionados porque están sujetos a la actividad jurídica del marido y son ejecutables por sus deudas.

El precepto completa la protección del derecho futuro a participar en los gananciales pretendida mediante el requisito del asentimiento conyugal, porque éste no alcanza a satisfacerlo plenamente ya que numerosos negocios jurídicos caen fuera de sus límites y que los bienes que incluye son ejecutables por las deudas del titular-administrador incluso a través de las consecuencias de la anulación del negocio celebrado violando el artículo 1277.

Es verdad que cabe cuestionar la entidad ética de la causal analizada. Lo patrimonial ocupa un lugar secundario entre los efectos del matrimonio, subordinados a los que hacen a la esencia de la comunidad de vida. El reparo es irrefutable si el matrimonio se desenvuelve con normalidad, pero precisamente en la situación considerada se suponen alteraciones en la convivencia que, no por ser patrimoniales, dejan de afectar la necesaria armonía de los esposos. Terminar con los motivos de roces y desavenencias entre ellos es adecuado para favorecer las normales relaciones conyugales y evitar el recurso a medidas más drásticas y lamentables. Tales conflictos no son evitables por la gestión separada: la jurisprudencia sobre el requisito del asentimiento conyugal lo pone en evidencia.

Además, está de por medio el interés de la familia, en particular de los hijos menores o incapaces, afectado por la mala gestión de bienes destinados al uso común. Hasta los gananciales adquiridos por el otro cónyuge se verán disminuidos cuando, a la muerte del que no supo administrar, recaigan sobre la mitad de ellos las deudas del causante insolvente. Se supo remitir la solución del problema a la inhabilitación por prodigalidad (art. 152 bis) a la que era razonable objetar que ésta requiere la dilapidación de una parte importante del capital que podría no haberse consumado sin disminuir la conveniencia de conjurar el peligro.

d) Concurso

Por el contrario, la admisión del concurso de un cónyuge como causal de disolución de la sociedad conyugal fue siempre conflictiva pues se proyectaba en contra de los in-

tereses del otro consorte. La situación no ha variado y las dificultades seguirán presentándose mientras no se especifique expresamente en la ley el régimen de los patrimonios de los esposos en el período que se extiende desde la disolución hasta la partición concluida de los bienes gananciales. Es cierto que existen pronunciamientos individuales y de jornadas científicas favorables al mantenimiento de la separación de deudas (arts. 5 y 6 de la ley 11.357) durante dicha etapa, pero no es suficiente si se opina que el fin del régimen comporta la aparición de condominios y copropiedades entre los esposos sobre los gananciales de titularidad originaria de uno y otro. Con esta interpretación, si bien la calificación de las deudas y la identificación del deudor no cambian, cambia el patrimonio con que aquél responde, por el desplazamiento de la mitad de los gananciales de un consorte al del otro y viceversa: el no concursado corre el riesgo de que la mitad de los gananciales que adquirió sean absorbidos por el concurso. Solamente con una disposición estableciendo la liquidación de ambos patrimonios por separado (interesante aspiración de *lege ferenda*), se evitaría el peligro, y el concurso, signo evidente de mala administración, operaría con ventajas análogas a las señaladas en el apartado anterior.

Pero la causal figura en el artículo 1294 y cabe, al menos, un razonamiento válido para fundarla: la desaparición de restricciones al poder de disposición del cónyuge no concursado, es decir, su plena libertad para administrar y disponer los ex gananciales que le sean adjudicados en la partición y los bienes que adquiriera en el futuro, con la única exclusión del “hogar conyugal” en los términos del artículo 1277.

e) Abandono de hecho

Después de la sanción de la ley 11.711, ante la justa exclusión del cónyuge culpable de la separación de hecho de participar en los gananciales adquiridos por el culpable posteriormente a la interrupción de la convivencia (art. 1306, último párrafo), no fue absurdo plantearse la posibilidad de una acción que permitiera constatar las circunstancias decisivas de la separación y la culpabilidad, preconstituyendo la prueba necesaria a todos los efectos emergentes de la anomalía de esos gananciales sometidos al régimen de todos éstos pero que no serán divididos finalmente⁷.

La última oración del nuevo artículo 1294 consagra al “abandono de hecho” como causal autónoma de extinción del régimen de bienes de los cónyuges excediendo aquellas sugerencias. Es ahora posible, sin llegar a la separación personal o al divorcio, producir sus efectos en el ámbito patrimonial. Las dificultades frecuentemente observadas en la gestión del cónyuge abandonado serán obviadas, su participación en los gananciales del otro se actualizará sin más dilación que la que requiera el trámite y conservará la vocación hereditaria (art. 3575).

Es inevitable que la separación de bienes acarree también ventajas al culpable, que gozará de la plena administración y disposición de los bienes que se le adjudiquen y se beneficiará con la mitad de los gananciales adquiridos por su consorte antes de la interrupción de la convivencia: el abandono, hecho ilícito, aparece como causa jurídica de derechos para el que ha incurrido en la violación de su deber conyugal.

⁷ Véase MENDEZ COSTA, María Josefa, *Algunos aspectos de la gestión de bienes de los cónyuges*, en Revista del Notariado 716, 51, IV y sus referencias.

No obstante, en la alternativa entre aceptar o rechazar la separación de bienes por abandono, estimamos la primera posibilidad más conforme con los intereses del cónyuge inocente.

El último párrafo del artículo 1306 juega entre la fecha del abandono y la de la sentencia de separación de bienes. La configuración de la causal como “abandono” subraya su armonía con la disposición citada: el que abandona es el culpable de la separación fáctica. La causal no queda configurada por la separación de hecho acordada por los cónyuges.

f) Acción de separación de bienes

f.1) *Normas aplicables por analogía.* La ley no organiza la acción de separación de bienes que procede, además de los supuestos previstos en el artículo 1294, en los mencionados de curatela de un cónyuge por un tercero y de muerte presunta mientras se encuentre pendiente el plazo de prenotación y no medie nuevo matrimonio del cónyuge presente. Corresponde aplicar lo dispuesto para la acción de separación personal y de divorcio en los aspectos patrimoniales, es decir, los artículos 233 y 1306, párrafos primero y tercero.

f.2) *Competencia.* Es competente el juez del último domicilio conyugal efectivo (último lugar de convivencia de los esposos) o el del domicilio del demandado, pues el artículo 227 determina así la competencia para todas las acciones “que versaren sobre los efectos del matrimonio”.

f.3) *Titularidad de la acción.* En los casos contemplados en el artículo 1294, la titularidad de la acción corresponde al cónyuge no mal administrador, al no concursado o al abandonado. Con exclusión de la segunda hipótesis, en que

la situación del sujeto a demandar resulta obvia, en los otros la titularidad de la acción se confunde, en cierto modo, con el extremo a demostrar para justificar su procedencia y obtener resolución favorable, es decir, que el demandado es mal administrador o que el demandado abandonó al actor.

f.4) *Circunstancias a demostrar y medios de prueba.* Las precedentes son las circunstancias a demostrar y, como hechos que son, por cualquier medio. Obsérvese que el artículo 232 admite como prueba única la confesión o el reconocimiento de hechos para la separación legal o el divorcio por separación de hecho.

f.5) *Efectos.* Son los de la disolución de la sociedad conyugal. Si la causal ha sido el abandono de hecho, es aplicable el artículo 211.

3. Apreciación final

El artículo 1294 supera cualquier hesitación sobre la posibilidad de accionar por separación de bienes en el caso de mala administración de uno de los cónyuges y resuelve acertadamente la situación patrimonial del consorte abandonado. Es también plausible haber otorgado mayor flexibilidad al régimen sin abandonar su tipificación básica de sistema comunitario.

Art. 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, a menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese 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.

1. La nueva redacción del artículo 1306 del Código Civil

a) Antecedentes

El texto con media sanción de la Cámara de Diputados

para sustituir el artículo 1306 del Código Civil fue del siguiente tenor: “Artículo 1306 – La sentencia de separación personal o divorcio vincular 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 en la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez, fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pesar sobre el alimentante.

Producida la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, ninguno de ellos tendrá derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a dicha separación aumentaron el patrimonio del otro, salvo que se dictare sentencia de separación personal o de divorcio vincular con atribución de culpa en cuyo caso el que no lo hubiere causado conservará ese derecho”. Recibió críticas en su primer párrafo por no contemplar el supuesto de presentación conjunta de los esposos, en el segundo por discordante con la jurisprudencia predominante posterior a la redacción impresa por la ley 17.711, en el tercero por razones que se exponen en su lugar⁸.

La redacción vigente es la del proyecto de Comisión en minoría del Senado.

⁸ BELLUSCIO, *...observaciones cit.*, comentario al artículo 1306, Comisión en mayoría del Senado; SCALA, *op. cit.*, II.

b) Interpretación

b.1) *Diferencias con el artículo 1306 según la ley 17.711.* Se registran dos diferencias con el artículo del Código Civil según la ley 17.711. Una de ellas consiste en la mención de las sentencias de separación personal y de divorcio como dos especies diferentes que producen el mismo efecto de la disolución *ipso iure* de la sociedad conyugal; la otra especifica la fecha de la finalización del régimen patrimonial matrimonial cuando la separación personal o el divorcio han sido decretados por presentación conjunta de los cónyuges.

b.2) *Efectos de las sentencias de separación personal y de divorcio.* Tanto la sentencia de separación personal como la sentencia de divorcio vincular determinan de pleno derecho la extinción del régimen patrimonial matrimonial. Es obvio que si el divorcio vincular se decreta por conversión de la separación personal (art. 216) carece de consecuencias sobre la sociedad conyugal ya extinguida por la primera sentencia.

La disolución de la sociedad conyugal por separación personal es reversible en virtud de la reconciliación de los esposos. La producida por el divorcio vincular es irreversible porque sólo renacerá por el nuevo matrimonio de los divorciados entre sí (art. 234), es decir, su reconciliación ha de ser expresa mediante la celebración de nuevas nupcias⁹.

No se ha previsto ningún régimen de publicidad de la restitución del régimen patrimonial matrimonial que permitiría satisfacer importantes necesidades prácticas, especialmente en el caso de esposos separados personalmente que se recon-

⁹ Ver D'ANTONIO, *op. cit.*, comentario al artículo 234.

ciliaran en forma tácita¹⁰. Sería muy conveniente la inclusión de norma expresa al respecto con texto que podría ser el siguiente: “La finalización del régimen patrimonial matrimonial, su restablecimiento y, en general, todas las resoluciones concernientes al régimen de bienes del matrimonio, deben inscribirse en los Registros que corresponda, sin cuyo requisito no producirán efectos con respecto a los terceros de buena fe”. Se trata de un texto casi idéntico al que sugiere el Anteproyecto de 1954 (art. 490) de suficiente comprensión.

La fijación de la fecha de disolución en el supuesto del artículo 67 bis de la derogada ley 2393 requirió una pequeña construcción doctrinaria ya que resultaba imposible la aplicación textual del sustituido artículo 1306 al no existir demanda. Se interpretó unánimemente que esa fecha no podía ser otra que la de la presentación conjunta de los esposos, solución que ahora consagra la ley expresamente.

b.3) *Alimentos pasados durante el juicio de divorcio*. Se ha expresado que la jurisprudencia posterior a la ley 17.711 pone en evidencia que la innovación introducida por la ley 17.711 ha sido innecesaria al afectar un criterio arraigado según el cual los alimentos pasados durante el juicio de divorcio son anticipos de las rentas de los gananciales y que, si no los hubiera, han de ser soportados por el alimentante. La concepción doctrinaria y jurisprudencial anterior a la ley de 1968, a falta de norma expresa, se estima más justa y sigue aplicándose en la práctica, mediante el recurso fácil a la ex-

¹⁰ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Oponibilidad a terceros del régimen patrimonial matrimonial y sus mutaciones*, en Revista del Notariado 794, 369.

cepción que el artículo acepta¹¹. El tema se encuentra exhaustivamente expuesto en el *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, de Belluscio-Zannoni¹².

Es obvio que el segundo párrafo del artículo 1306 debe interpretarse armónicamente con la fundamentación y caracteres del deber de asistencia conyugal estudiado en el análisis del artículo 198 y que de allí han de deducirse las orientaciones que marquen la aplicación equitativa de la regla o de la excepción que admite.

b.4) *Consecuencias de la separación de hecho sobre la participación en los gananciales*. La redacción aprobada por la Cámara de Diputados hubiera dado lugar a soluciones injustas e implicaba subordinar el derecho del cónyuge inocente de la interrupción de la convivencia al ejercicio de la acción de separación personal o divorcio, de manera que su inocencia no hubiera sido invocable si el vínculo se extinguía por la muerte del cónyuge o el régimen patrimonial matrimonial terminaba por sentencia de separación de bienes. Es un acierto que se conserve el texto de la ley 17.711 con sus consiguientes resultados¹³ teniéndose presente que el cónyuge abandonado está en condiciones de pedir la separación de bienes conforme al artículo 1294 *in fine*.

La supresión del efecto patrimonial sancionador de la separación de hecho es propiciada por destacados autores que

11 BELLUSCIO; SCALA, recién citados.

12 T. 6, Buenos Aires, 1986, autoría de Belluscio con colaboración de Zannoni, comentario al artículo 1306, párrafo 6 y ss.

13 MENDEZ COSTA, María Josefa, *Incidencia de la ley 17.711 sobre el régimen de disolución y liquidación de la comunidad conyugal de bienes*, en *Jurisprudencia Argentina - Doctrina* 1969, 223 y *Estudios sobre sociedad conyugal* cit., p. 249, III.

estiman injusto que si ambos consortes separados de hecho producen bienes después de interrumpida la convivencia, el inocente se encuentre en mejor situación que el divorciado porque participa en los gananciales del culpable y conserva todos los suyos. En más amplios fundamentos de esta su opinión, Belluscio escribe que “la solución no es feliz. Es cierto que no ofrece dificultades cuando sólo uno de los cónyuges ha adquirido bienes después de la separación, ya que si los adquiere el inocente, los conserva, y si los adquiere el culpable, debe compartirlos. Pero no es justo el resultado en caso de que ambos los hayan adquirido, pues entonces el inocente retiene todo y el culpable debe compartir lo suyo. Se crea así un indebido beneficio para el inocente, quien queda colocado en mejor situación que si el matrimonio hubiera continuado unido y que si hubiese mediado divorcio, pues de continuar la unión todo se dividiría por mitades, y de decretarse el divorcio ninguno tendría derecho sobre lo adquirido por el otro. Queda facultado, pues, el inocente para demorar la promoción del juicio de divorcio —o aguardar el fallecimiento del culpable— continuando su actividad económica independiente para retener todos sus beneficios y recoger, llegado el momento oportuno, la mitad de los de su cónyuge” y prefería de *lege ferenda* antes de la ley 23.515, la aceptación legal del abandono de hecho como causa de separación de bienes con lo que consideraba evitables el absurdo de una sociedad en que uno de los socios participa de los beneficios obtenidos por el otro sin reciprocidad y posibles injusticias, porque el inocente podría invocarla o no,

pero no quedaría legalmente facultado a cometer el abuso de retener sus ganancias y participar de las del culpable¹⁴.

La objeción no es desdeñable, más cuando la legislación vigente ofrece al cónyuge abandonado todas las opciones: solicitar la separación de bienes por abandono de hecho (art. 1294) o acogerse a las ventajas de su inocencia una vez producida la extinción del régimen patrimonial matrimonial por cualquier otra causal, dándose en todas las hipótesis el efecto sancionador patrimonial de la culpabilidad de la separación por el espacio de tiempo que corresponda. De cualquier manera nos inclinamos por la justicia de la solución del artículo 1306. Sin duda, su fundamentación impone contraponer dos conclusiones. Por una parte, la que encuentra la razón de ser de la ganancialidad en el esfuerzo común de los cónyuges de modo que, interrumpida la convivencia y colaboración, no se justificaría atribuir el carácter de bienes gananciales a los bienes adquiridos posteriormente al cese de cohabitación y ello con respecto a ambos esposos prescindiendo de su inocencia o culpabilidad en cuanto al conflicto matrimonial. Sobre esta argumentación se impone la debida valoración del matrimonio, de los deberes que crea y del régimen de bienes que es imperativo. El cónyuge culpable está violando el deber de cohabitación y está habilitado¹⁵ para solicitar la separación personal o el divorcio conforme a los artículos 204 y 214, inc. 2, con lo que puede obviar el que temiera abuso de su consorte. El otro no tiene por qué sentirse obligado a solicitarlos ni siquiera a demandar por sepa-

14 BELLUSCIO, ...*observaciones cit.* y *Código cit.*, comentario al artículo 1306, parágrafo 12.

15 Injustificadamente, a nuestro entender.

ración de bienes para no tener así que dividir los gananciales que adquirió cuando ya había sido abandonado. Nos parece que la norma subraya la trascendencia de los deberes matrimoniales y, por otra parte, su interpretación en los casos concretos no está sustraída a la función correctora del Abuso del Derecho (art. 1071 del Código Civil).

Art. 1312 Si el matrimonio se anulase, se observará en cuanto a la disolución de la sociedad, lo que está dispuesto en los artículos 221, 222 y 223.

1. Norma de adecuación

El contenido del artículo 1312 es el mismo del que sustituye modificándose la numeración de las referencias a los efectos del matrimonio anulado.

Art. 3574 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 la 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 de juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores.

Art. 3575 Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574.

1. La exclusión hereditaria conyugal en el Código de Vélez Sársfield y sus reformas anteriores a la ley 23.515

La vocación hereditaria conyugal ha sido una de las características del derecho sucesorio argentino desde antes de Vélez Sársfield. En el Código Civil, el cónyuge integra el grupo de los herederos legítimos. Atendiendo a los criterios que rigen la sucesión *ab intestato*, es el suyo un llamamiento en virtud del *ius conyugii*, encontrándose ubicado en situación preferencial pues comparte la herencia con descendientes y ascendientes y excluye a los colaterales y es titular de una porción legítima (art. 3595). Su condición está claramente definida y protegida por la ley y alcanza su clímax en el artículo 3572. La tipificación de la vocación hereditaria conyugal es calificada por un requisito objetivo que, presentándose, excluye de llamamiento al consorte supérstite: la composición de haber sucesorio exclusivamente por los bienes gananciales adjudicados al difunto en la partición de la sociedad conyugal, bienes que no hereda el sobreviviente. Pero se encuentra también calificada por otras determina-

ciones que resultan de los textos de los artículos 3573, 3574 y 3575. Las circunstancias descriptas en los textos mencionados “se oponen a la vocación que normalmente hubiera correspondido al cónyuge” configurándose “falta de vocación sucesoria *ab intestato*”¹⁶.

Las redacciones originales del Código Civil sufrieron más de una reforma, a partir de la ley de Fe de Erratas N° 1196 hasta la ley 23.264.

Los artículos 3574 y 3575 según la ley 23.515 responden a la propuesta de la Comisión en minoría del Senado. Registran importantes diferencias con los textos con sanción de la Cámara de Diputados y con los que figuran en el proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass.

2. La exclusión hereditaria conyugal después de la ley 23.515

La ley 23.515 no altera los artículos 3573 y 3576 que conservan la redacción de las leyes 17.711 y 23.264, respectivamente. Sustituye con cambio total el contenido del artículo 3574 y modifica, con finalidad de adecuación, el segundo párrafo del artículo 3575.

3. Ley aplicable a la sucesión

La sucesión se rige por la ley vigente al momento de su

¹⁶ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones*, 3a. edición, Buenos Aires, 1970, T. I, N° 71.

apertura¹⁷. Por lo tanto, las disposiciones de la ley 23.515 rigen las sucesiones cuyo causante murió a partir del día 21 de junio de 1987 inclusive. El régimen sucesorio conyugal en estas sucesiones está constituido por las siguientes normas del Código Civil: artículos 3570, 3571 y 3572, redacciones de la ley 23.264; artículo 3573, redacción de la ley 17.711; artículos 3574 y 3575, redacciones de la ley 23.515; artículo 3576, redacción de la ley 23.264; artículo 3595.

Las sucesiones cuyo causante haya fallecido antes de la fecha indicada se rigen por el derecho vigente al día de la muerte debiendo atenderse a la evolución legal señalada en el N° 1.

4. Interpretación de los artículos 3574 y 3575

a) Exclusión hereditaria del cónyuge o los cónyuges separados personalmente culpables

El cónyuge separado personalmente culpable carece de vocación hereditaria. Su condición de culpable resulta de haber sido declarado tal en juicio fundado en una de las causas del artículo 202, supuesto en que ambos consortes pueden haber merecido la misma calificación, o en juicio fundado en la separación de hecho si el otro consorte demostró su inocencia, conforme al artículo 204, segundo párrafo. La

¹⁷ Ver GUASTAVINO, Elías P., *Eficacia temporal de las nuevas leyes sucesorias*, en *Jurisprudencia Argentina* 8-1970, p. 3 y ss. y jurisprudencia cit., CNCiv., Sala A, 5 de noviembre de 1986, en *La Ley Actualidad* del 11 de noviembre del mismo año (se denegó vocación al hijo extramatrimonial de un hermano matrimonial del causante en sucesión abierta antes del 1° de noviembre de 1986, fecha de entrada en vigencia de la ley 23.264).

sentencia respectiva debe haber declarado la culpabilidad (art. 235).

b) Exclusión hereditaria del o los cónyuges separados personalmente equiparados a culpables

Están equiparados a culpables a los efectos sucesorios y, consecuentemente, carecen de vocación hereditaria recíproca, los cónyuges separados personalmente por la causal de separación de hecho (art. 204, primer párrafo) o por presentación conjunta (art. 205). También lo está quien solicitó la separación personal invocando alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción del otro cónyuge (art. 203).

c) Exclusión hereditaria del cónyuge separado personalmente inocente

El carácter de inocente resulta de la sentencia en juicio por causa expresada en el artículo 202 en que el otro cónyuge fue único culpable, o por la causal de separación de hecho si se alegó y probó no haber dado causa a aquélla (segundo párrafo del artículo 204). Es la calificación que corresponde al cónyuge enfermo, alcohólico o drogadicto del artículo 203 (art. 235).

La exclusión hereditaria en estas hipótesis se produce cuando el inocente vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge (art. 3574, tercer párrafo).

d) Exclusión hereditaria de los cónyuges divorciados vincularmente

Ambos cónyuges divorciados vincularmente carecen de vocación hereditaria recíproca (art. 3574, último párrafo). En el supuesto de que la sentencia se haya dictado por con-

versión de la sentencia de separación personal, la decadencia de la vocación se produce prescindiendo de la inocencia allí declarada o de que el ahora excluido sea el enfermo, alcohólico o drogadependiente.

e) Esquematización

D'Antonio ofrece un esquema claro de la vocación y correlativa exclusión hereditaria conyugal en su comentario al artículo 217, N° 4¹⁸. El presentado a continuación no es más que otra forma de distribución de los mismos contenidos en el que se abarca la totalidad del derecho hereditario conyugal y sus exclusiones.

Regla

Vocación hereditaria conyugal, cónyuge heredero forzoso; en concurrencia con descendientes del causante sobre los bienes propios del difunto; con ascendientes en defecto de aquéllos sobre todos los bienes del acervo; excluyendo a los colaterales a falta de descendientes y ascendientes¹⁹.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 153.

¹⁹ No se incluye a la nueva en esta esquematización por las razones que se exponen en el comentario al artículo 3576 bis.

Excepciones

Carecen de
vocación
hereditaria
conyugal

- A) El cónyuge sobreviviente si el deceso del causante se produjo dentro de los 30 días de la celebración del matrimonio por enfermedad padecida entonces y la unión *no* fue contraída para regularizar una situación de hecho (art. 3573).
- B) El cónyuge culpable de la separación de hecho (art. 3575).
- C) El cónyuge culpable de la separación personal (art. 3574)
 - por causa expresada en el art. 202.
 - por haber demostrado el otro su inocencia de la separación de hecho (art. 204, segundo párrafo).
- D) Los cónyuges equiparados a culpables de la separación personal (art. 3574)
 - por separación de hecho (art. 204, primer párrafo).
 - por presentación conjunta (art. 205).
 - porque la solicitó por enfermedad mental, alcoholismo o drogadicción del otro (art. 203).
- E) El cónyuge inocente de la separación de hecho (art. 3575)
 - por vida concubinaria o injurias graves contra el otro (art. 3574).
- F) El cónyuge inocente o equiparado a inocente de la separación personal (art. 3574)
- G) Los cónyuges divorciados vincularmente (art. 3574)

f) Fundamentos y configuración de cada causal de exclusión

Se analizan los supuestos previstos en la ley 23.515.

f.1) *Exclusión hereditaria por culpabilidad de la separación personal*. La distinción entre cónyuge inocente y cónyuge culpable de la separación personal es coherente con la no disolución del vínculo y con la valoración de los deberes conyugales. El inocente no tiene por qué verse afectado en su vocación hereditaria porque el vínculo subsiste, porque derivan de él las mejores razones que justifican el llamamiento sucesorio conyugal (satisfacer el deber de asistencia y proyectar la solidaridad conyugal más allá de la muerte) y porque no le es imputable falta alguna para con el consorte difunto, con respecto al cual conservó en vida el derecho alimentario aun no encontrándose en extrema necesidad (art. 207). El culpable es justamente privado del llamamiento porque, si bien el matrimonio permanece, su conducta infringió deberes conyugales y no es razonable ni justo que se beneficie con una relación a cuyas exigencias se substraiga, siendo inoponible a los sucesores del difunto el derecho de que gozó de exigir alimentos en vida en caso de extrema necesidad (art. 209). Esta exclusión es uno de los efectos de la separación personal que, en los casos considerados, permite considerarla “sanción”.

La causal estará determinada cuando haya sentencia firme que decrete la separación personal y establezca la culpabilidad del marido, de la esposa o de ambos, atribución de responsabilidad del conflicto conyugal que debe establecerse expresamente conforme al artículo 235.

f.2) *Exclusión hereditaria por equiparación a culpabilidad de la separación personal*. La causal de separación de he-

cho y la presentación conjunta son consideradas por la ley como expresivas de una convivencia conyugal que no justifica la vocación hereditaria porque aun siendo insuficiente para conducir a un reconocimiento judicial de culpabilidades o inocencias, trasunta dificultades insalvables de la vida en común en las que, más que probablemente, cada cónyuge tiene su cuota de responsabilidad. Sobre todo, media de parte de ambos la decisión de interrumpir la cohabitación y no condice con ella la pretensión de hacer valer un derecho a la muerte del consorte cuya vida no se quiso o no se tuvo la fortaleza de compartir. Esa última observación es particularmente válida para el cónyuge que pide la separación personal por enfermedad mental, alcoholismo o drogadependencia del otro²⁰.

La causal será determinada por la sentencia que decrete la separación personal por presentación conjunta de los esposos o por la causal del artículo 203.

f.3) *Exclusión hereditaria por inconducta posterior a la separación personal*. La expresión del acápite es correcta aunque haya sido empleada para referirse a los textos del artículo 71 bis de la derogada ley 2393 y del artículo 3574 de la redacción de la ley 17.711. La inconducta posterior está tipificada en dos figuras: el concubinato y las injurias graves contra el otro cónyuge a las que nos hemos referido someramente al comentar el artículo 198. Abarca las injurias infringidas a la memoria del consorte difunto.

La causal excluyente debe determinarse a través de la prueba de los extremos en que consiste y deberá serlo oportu-

²⁰ En el mismo sentido D'ANTONIO, *op. cit.*, comentario al artículo 203, 1º, y autores que cita.

tunamente, es decir, al discutirse los derechos del cónyuge sobreviviente durante el trámite sucesorio.

Obsérvese que el concubinato del cónyuge o las injurias graves constituyen causal de exclusión si ha incurrido en ellas un cónyuge ya separado personalmente inocente o enfermo, alcohólico o drogadicto. En caso contrario, el otro cónyuge podrá iniciar la acción de separación personal o divorcio por las causales de adulterio o injurias graves (arts. 202, inc. 1 y 4 y 214, inc. 1) y la decadencia de la vocación hereditaria resultará de la sentencia que los declare por culpa del que infringió los deberes para con su consorte. De no haberse dado esta situación, ni el concubinato ni las injurias graves podrán ser invocadas para excluir al cónyuge sobreviviente porque no constituyen tampoco causales de indignidad hereditaria. No obstante, debe considerarse su influencia en caso de inocencia de la separación de hecho (infra, i).

f.3.1) *Efectos de la reconciliación de los esposos separados personalmente.* La vocación hereditaria existe si los esposos separados personalmente se encontraban reconciliados a la apertura de la sucesión. El artículo 234 establece que cesan los efectos de la sentencia de separación personal cuando los cónyuges se hubieren reconciliado y que la reconciliación vuelve todo al estado anterior a la demanda, presumiéndose la reconciliación si los cónyuges reinician la cohabitación. Por lo tanto, goza de vocación sucesoria el cónyuge separado personalmente que se encontraba reconciliado con su consorte al momento de la muerte de éste: la reconciliación opera en materia hereditaria obstaculizando la configuración de la causal excluyente fundada en la separación personal.

La forma y oportunidad de hacerla valer se considera infra en el apartado j.3).

g) Exclusión hereditaria de los cónyuges divorciados vincularmente

En principio, el divorcio vincular tiene que ir acompañado por la inexistencia de vocación hereditaria para ambos divorciados, recíprocamente, sin atender a su culpabilidad o inocencia. Es lo conforme con el principio de que el llamamiento sucesorio conyugal tiene su fuente en el *ius conyugii* porque ya no existe entre los esposos a la apertura de la sucesión²¹. A pesar de ello, no hubiera provocado rechazo mantener el derecho hereditario del inocente en armonía con la valoración de las relaciones conyugales a que aún obedece la legislación argentina, pese a admitir la disolución del vínculo matrimonial, pues conserva el deber alimentario y el singular derecho organizado en el artículo 211.

En especial es altamente criticable que el cónyuge separado personalmente inocente o el enfermo, alcohólico o drogadicto, pierda la vocación hereditaria que conservaba si, por decisión unilateral, su consorte culpable o que solicitó la separación personal promueve y obtiene la conversión de ésta en divorcio. Es injusto que pierda sus derechos quien ni quiso ni provocó la disolución del vínculo. Ningún derecho resta para el inocente porque el derecho alimentario susceptible de extenderse después de la sentencia de divorcio vincular se extingue con la muerte del alimentante y sólo el cónyuge enfermo mental, alcohólico o drogadicto conserva el

21 MAFFIA, Jorge O., *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, 2a. edición, Buenos Aires, 1972, parágrafo 67.

derecho a ser alimentado y provisto de lo necesario para su tratamiento y curación después del fallecimiento del con-
sorte como carga de la sucesión que los herederos deberán
satisfacer de acuerdo a lo que prevean antes de la partición
(art. 208). Esto tal vez compense para él la falta de llama-
miento a la sucesión, pero no tiene equivalente para el cón-
yuge que no incurrió en las causales del artículo 202 o no
causó la separación de hecho (art. 204).

Para D'Antonio, la pérdida de la vocación hereditaria
por divorcio vincular se funda mayormente en razones de
equidad y se vincula con el restablecimiento de la aptitud
nupcial por la que los divorciados enfrentan la eventualidad
de nuevas nupcias. "Ello determina, escribe, una situación
éticamente insoslayable y lleva a considerar como riguroso
privar de derechos hereditarios a quien goza de tal posibili-
dad, que de concretarse hará nacer para el contrayente la
calidad de heredero por el nuevo vínculo, todo lo cual fun-
damenta, a su vez, el mantenimiento de tales derechos para
el cónyuge inocente de la separación personal"²².

Zannoni, por su parte, hubiera encontrado anómala otra
solución legal porque la disolución del vínculo importa la
desaparición del fundamento objetivo de la vocación heredi-
taria. En una posición que consideramos injustificadamente
extrema, opina que también la separación personal debería
importar el cese del llamamiento sucesorio. Recuerda que el
proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass preveía
la cesación de la vocación respecto de ambos esposos separa-
dos personalmente, protegiendo al inocente con el derecho a
la vivienda, a la reparación de los daños y perjuicios sufridos

22 *Op. cit.*, comentario al artículo 217, 3°.

y a una amplia asistencia alimentaria subsistente como carga de la sucesión al fallecimiento del cónyuge que dio causa al divorcio salvo excepciones previstas²³.

Insistimos en que la argumentación apoyada en la cesación del vínculo no nos resulta convincente frente a la inocencia del consorte que no condujo al divorcio vincular o ante la desgracia del consorte enfermo, sin perjuicio de que se hubiera dispuesto, junto al mantenimiento de su vocación hereditaria, la cesación de ésta si se contraían nuevas nupcias o, como actualmente, si se vivía en concubinato o injuriaba gravemente al cónyuge.

h) La exclusión hereditaria por divorcio no vincular y por divorcio vincular en la legislación extranjera

Las referencias al derecho positivo extranjero tienen sólo un alcance ilustrativo, de gran interés, por cierto, dadas las diferencias con el nuestro en cuanto al divorcio y al derecho hereditario de los cónyuges.

En general, en las legislaciones que confieren derecho hereditario a los cónyuges y consagran el divorcio dirimente, éste produce la exclusión hereditaria recíproca de los divorciados. Igualmente hay general coincidencia sobre la misma base del reconocimiento hereditario emergente del matrimonio en cuanto a su conservación por el inocente y correlativa eliminación sucesoria del culpable como efectos del divorcio no vincular, en las legislaciones que distinguen en la situación de los esposos según su responsabilidad por el conflicto matrimonial.

23 ZANNONI, *op. cit.*, comentario al artículo 3574.

Ofrecemos algunos ejemplos tomados de leyes relativamente recientes:

En Italia, las reformas en materia de legislación familiar se concretaron en la ley del 19 de mayo de 1975, N° 151, concordante con la ley 898 del 1° de diciembre de 1970 que introdujo el divorcio vincular y a partir de la cual coexisten éste y la separación personal por sentencia u homologación judicial del acuerdo de los esposos, susceptible de cesar por la reconciliación (arts. 149, 150, 154, 157, 158 del Código Civil italiano en su redacción vigente). La culpa ha desaparecido como fundamento de la separación judicial contenciosa, según se desprende del primer párrafo del artículo 151 ("La separación personal puede ser demandada cuando se verifican, aun independientemente de la voluntad de uno o ambos cónyuges, hechos tales que vuelvan intolerable la prosecución de la convivencia o provoquen grave perjuicio a la educación de la prole"). Sin embargo, el segundo párrafo del mismo artículo la acoge cuando dispone: "El juez, al pronunciar la separación, debe declarar, cuando surja de las circunstancias y le haya sido requerido, a cuál de los cónyuges es imputable la separación, en consideración a su comportamiento contrario a los deberes derivados del matrimonio". Ahora bien, el cónyuge al que no es imputable la separación tiene los derechos hereditarios que corresponden al no separado. El responsable, a su vez, tiene derecho a una asignación vitalicia si al momento de la apertura de la sucesión gozaba de alimentos a cargo del difunto. La asignación se fija teniendo en cuenta el haber hereditario y el número de los herederos legítimos y no puede superar al valor de la prestación alimentaria percibida. Esta disposición

se aplica también en caso de imputabilidad del divorcio a ambos cónyuges (arts. 585 y 548). Obsérvese que “si bien la separación coexiste como institución distinta al lado del divorcio, lo exacto es que se ha convertido en la premisa para obtenerlo y, en realidad, asume las características de un divorcio a término o bajo condición suspensiva”²⁴.

En Brasil, la ley 6515 del 26 de diciembre de 1977, en su artículo 50, párrafo 9º, modifica el artículo 1611 del Código Civil y debe relacionarse con el 2º. Ambos disponen, respectivamente: “A falta de descendientes o ascendientes la sucesión será deferida al cónyuge sobreviviente, si, al tiempo de la muerte del otro, no estaba disuelta la sociedad conyugal”; “La sociedad conyugal termina... III, por la separación judicial; IV, por el divorcio”²⁵.

Vaz Ferreira proporciona interesantísimas informaciones sobre una especie de sucesión anticipada a favor del cónyuge que llamaríamos “inocente”, es decir, de aquel que ha obtenido sentencia de divorcio vincular en virtud de la mala conducta del otro, vigente en algunos estados de Estados Unidos. Cita las legislaciones de Indiana, Maine y Rhode Island. En la primera se reconoce al mencionado “inocente” el mismo derecho sobre los bienes inmuebles con que se hubiera beneficiado en caso de muerte del consorte, siendo similares las normas de los otros estados mencionados²⁶.

24 Sobre la relación entre divorcio y separación personal, FERRER, Francisco A. M., *El matrimonio y sus efectos personales en la ley italiana de 1975*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-II, p. 654 y ss., Nº 13.

25 Ver LIMONGI FRANÇA, R., *A lei do divórcio*, San Pablo, 1978; BARBERO, Omar U., *El divorcio vincular en Brasil (Reformas de 1977)*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-III, p. 747 y ss.

26 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Derechos sucesorios del cónyuge en legislación comparada*, en *La Ley* 1981-C, 920, h).

De acuerdo a la ley alemana sobre efectos personales del matrimonio y del divorcio del 14 de junio de 1976, no se hace referencia en la sentencia a la culpabilidad del divorcio, cuya única causal es el fracaso matrimonial. Se lo entiende consumado cuando no subsiste la vida en común y no se puede esperar su reanudación (art. 1565). El cónyuge con derecho a alimentos, para lo cual no influye su no declarada culpabilidad o inocencia, conserva el derecho a exigirlos a los herederos del alimentante hasta la concurrencia de la porción legítima que dicho alimentado hubiera tenido en la sucesión del alimentante de no existir el divorcio (artículo 1586)²⁷.

En España, de acuerdo a la ley del 7 de julio de 1981 que introdujo el divorcio vincular, "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial ..."; "El derecho a la pensión no se extingue por el hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima" (arts. 97 y 101 del Código Civil).

El artículo 823 del Código Civil venezolano establece que los derechos hereditarios cesan con la separación de cuerpos y de bienes, sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación.

²⁷ Ver WEIMBERG, Inés M., *Reforma del Derecho de Familia en la República Federal de Alemania*, en La Ley 1981-D, 915.

En Perú, no hay derecho hereditario entre divorciados (art. 353 del Código Civil).

Estas breves referencias sugieren un comentario común: el legislador que acepta el divorcio vincular parece sentirse obligado a atenuar sus efectos, aun en el aspecto secundario de lo patrimonial...

i) Exclusión hereditaria por separación de hecho

La exclusión hereditaria por separación de hecho ha sido modificada exclusivamente para hacerla recaer sobre el que no dio causa a la separación pero que, después, vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge, porque estas son las conductas que contempla el actual artículo 3574 al que el artículo 3575 se refiere. Entendemos, por lo tanto, que no ha sido superada la importante problemática planteada por los textos anteriormente vigentes cuyo análisis excede los límites de esta obra y hemos efectuado en otro lugar²⁸. Importa recordar al respecto el Plenario de la Cámara Nacional Civil del 12 de febrero de 1986 que sentó la siguiente doctrina: "La exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el artículo 3575 del Código Civil se funda en las causas que determinaron dicha separación. La carga de la prueba de las causales de tal exclusión sucesoria recae sobre quienes contraríen la vocación hereditaria del cónyuge supérstite"²⁹.

²⁸ MENDEZ COSTA, María Josefa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Santa Fe, 1982, Cap. V.

²⁹ La Ley 1986-B, 134.

j) Forma de hacer efectiva la exclusión hereditaria conyugal

La consideración de la forma de efectivizar la exclusión hereditaria conyugal de los artículos 3574 y 3575 requiere reunir sus supuestos en dos grupos para cuya más clara identificación recurrimos a las letras empleadas en el cuadro de páginas 256/7. La competencia es siempre la del juez de la sucesión.

j.1) La exclusión del culpable y de los equiparados a culpables de la separación personal (C y D) y la de los divorciados vincularmente (G), se hace valer con la presentación de la respectiva sentencia incluso en el trámite de la declaratoria de herederos en la que debe prescindirse de ellos. Es invocable por los herederos llamados a suceder en concurrencia o en lugar del excluido. La personería activa alcanza también al heredero instituido como medio necesario para obtener la satisfacción de su derecho testamentario, y si bien el elemento constitutivo de la causal proviene de un juicio en el que han salido a la luz hechos íntimos de la vida conyugal, siendo suficiente con la presentación de la sentencia para demostrar la separación personal o el divorcio con la culpabilidad decretada, pueden ser admitidos a accionar otros interesados (legatario no de cosa cierta, el Fisco, acreedores de los legitimados por la vía subrogatoria)³⁰.

El medio probatorio por excelencia es dicho testimonio de la sentencia, que puede sustituirse por la denuncia de la existencia del juicio concluido, precisando su radicación, o

³⁰ CIFUENTES, Santos, *Cónyuge causante de la separación judicial. Pérdida de la vocación hereditaria del viudo*, en *Jurisprudencia Argentina - Doctrina* 1972, 626, III y sus referencias.

por la partida de matrimonio en que se haya tomado nota del fallo³¹.

El pedido de exclusión conyugal puede acumularse a la acción de petición de herencia.

Al cónyuge sobreviviente resta el recurso de oponer la falsedad del testimonio de la sentencia por procedimiento ordinario y contencioso³².

j.2) La exclusión del culpable de la separación de hecho (B) y la del inocente de ésta (E) o inocente o equiparado a inocente de la separación personal (F), por sus fundamentos y la necesidad de probar los hechos en que se basan, inclinan a una estrecha analogía con la indignidad que, por otra parte, ha sido también aplicada en las conclusiones sugeridas en el párrafo anterior³³. Por la índole de los comportamientos aludidos, la acción está reservada a los herederos, admitiéndose al heredero instituido teniendo en cuenta el origen testamentario y la amplitud de su llamamiento, el que se vería reducido, de concurrir el cónyuge, a los límites de la porción disponible menos los legados, pues el consorte con vocación hereditaria omitido en el testamento recurriría probablemente a la acción de preterición (art. 3715)³⁴.

El procedimiento es el ordinario y contencioso que impone la comprobación de hechos con el consiguiente respeto

31 Idem.

32 Idem.

33 Nuestra *Exclusión* cit., N° 6 y sus referencias.

34 La legitimación activa de los legatarios y el Fisco es admitida por KEMEL-MAJER de CARLUCCI, *op. cit.*, p. 197. Coincide con nuestra limitación de los legitimados: MAFFIA, Jorge O., *Separación de hecho y vocación hereditaria*, en Jurisprudencia Argentina 1977-IV, p. 500, N° 9.

de la garantía de defensa en juicio³⁵. Por ser indispensable la prueba, el cónyuge debe ser incluido en la declaratoria de herederos, salvo que se presente al juez una evidencia indiscutible de su culpabilidad, en particular, por la admisión espontánea de la misma de parte del sobreviviente. Comparando el criterio de que la interposición del juicio ordinario de exclusión no suspende la declaratoria de herederos a favor del cónyuge, Kemelmajer de Carlucci agrega para el caso de separación de hecho, que si el proceso sucesorio se hubiese iniciado por colaterales presentándose el cónyuge con el pedido de su inclusión y aquéllos accionando por exclusión, no procedería dictar la declaratoria a favor de los pretendidos herederos hasta que se resuelva si el consorte goza o no de derecho hereditario “pues en este caso, constituye una cuestión prejudicial, ya que si no prospera la acción de exclusión, los colaterales no podrán ser declarados herederos”³⁶.

j.3) *Forma de hacer valer la reconciliación de los separados personalmente*. La reconciliación expresa formalizada por escrito elevado al juez del divorcio o mediante cualquier manifestación escrita de los cónyuges, de la cual resulte la voluntad recíproca de continuar la vida matrimonial, se prueba con el instrumento respectivo. La verbal y la tácita presumida por la ley se prueban como todos los hechos. Es admisible también demostrar el ánimo común de los cónyuges de restablecer la convivencia aún no traducida en efectivo logro por inconvenientes extraños (reconciliación tácita no presu-

³⁵ De acuerdo POVIÑA, Horacio, *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Buenos Aires, 1973, N° 188.

³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*, p. 196.

mida por la ley)³⁷. La prueba de la reconciliación expresa es apta para enervar la constancia de la sentencia de divorcio que hubiera sido presentada antes o después de la declaratoria de herederos. En el primer caso, el cónyuge debe ser incluido en la misma. La reconciliación tácita debe probarse siempre durante el proceso sucesorio en la acción petitoria entablada por el supérstite o en su descargo a la exclusión planteada por los legitimados para hacerlo. Ambas formas de reconciliación son discutibles por los herederos demostrando la no efectiva reanudación de la vida en común por causa imputable a los esposos o a uno de ellos. Esta prueba no puede rendirse en el trámite de la declaratoria de herederos. La reconciliación expresa es invocable por los acreedores del cónyuge sobreviviente por vía subrogatoria si pueden proveerse de los medios de prueba necesarios. No así la tácita, por la privacidad de los hechos implicados.

Los reconciliados que volvieron a interrumpir la vida en común quedan en la situación de separados de hecho.

j.4) *Nuevas nupcias entre ellos de los divorciados vincularmente*. Sus efectos son los normales del matrimonio, y éste se prueba de acuerdo al régimen específico (art. 197).

³⁷ MAZZINGHI, *Derecho* cit., T. III, N° 477; sobre las formas de la reconciliación: D'ANTONIO, *op. cit.*, comentario al artículo 234.

Art. 3576 bis La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575.

1. Exclusión de la nueva viuda

La norma ha sido introducida por motivos de adaptación al régimen vigente y se ha suprimido la referencia a los “actos de notoria inconducta moral” en que pudiera haber incurrido la nueva viuda. Queda excluida del derecho que le confiere la primera oración de este artículo en los mismos casos en que lo está el cónyuge de la vocación hereditaria conforme a los textos citados *in fine*.

Los requisitos de dicho derecho y su límite no han sido afectados por la ley 23.515, siendo útiles la doctrina y juris-

CUESTIONES CONEXAS

prudencia elaboradas al respecto. Recuérdese el Plenario de la Cámara Nacional Civil del 29 de agosto de 1983 en que se estableció que no tiene derecho de acrecer en caso de que no concurren otros herederos³⁸.

³⁸ La Ley 1983-D, 176.

ARTICULO 3° DE LA LEY 23.515 — Derógase el artículo 1292 del Código Civil.

1. Derecho exclusivo de la mujer a solicitar la separación de bienes

El artículo 1292 del Código Civil disponía: “Durante la unión de marido y mujer, sólo ésta y no el marido tendrá el derecho para pedir la separación de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entonces”. Su supresión era una exigencia ineludible de la igualdad jurídica de los cónyuges armónica con la igualdad de sus derechos y deberes conyugales (arts. 198 a 200) y con los términos generales en que está redactado el artículo 1294. Estas pautas deben presidir también la interpretación de los otros supuestos legales de separación de bienes, es decir, los previstos en los artículos 1290 y 1307 del Código Civil concediéndose la acción indistintamente al marido o la esposa.

ARTICULO 4° DE LA LEY 23.515 — Modifícanse los artículos 8° y 9° de la ley 18.248, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Art. 8° Será optativo para la mujer casada, añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición “de”.

Art. 9° Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario, o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

1. El nombre de la mujer casada

a) Antecedentes

El artículo 8° de la ley 18.248 según la redacción de la ley 23.515 marca el último período en la evolución del nom-

bre de la mujer casada en nuestra legislación. Usar su apellido personal y luego el del marido precedido de la preposición “de” fue sólo costumbre hasta que el artículo 17 del Código Civil, en virtud de la ley 17.711, dio trascendencia jurídica como creadora de derechos a la costumbre *praeter legem*, es decir, a la costumbre en situaciones no regladas legalmente. Después, el artículo 8° de la ley 18.248 denominada “ley del nombre” de 1969, transformó esa costumbre en deber jurídico sin que dejara de ser también un derecho, si bien con facultad de la esposa para continuar usando su apellido de soltera, sin aditamento del del marido, para el ejercicio de comercio o industria o profesión si era conocida por el mismo en el ámbito de esas actividades.

Conforme a la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por ley 23.179, el deber dispuesto por la ley 18.248 ejemplificó una de las pocas que podrían ser consideradas discriminaciones contra la mujer, porque el empleo obligatorio del apellido del marido contrariaba el artículo 16, g) de la Convención que señala, entre aquellos objetivos que los Estados partes se comprometen a asegurar (párrafo inicial del citado artículo) la consagración de “los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión u ocupación”.

El proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass incluyó la reforma del citado artículo de la ley 18.248 en forma esencialmente idéntica a la que figuró en el proyecto con media sanción de Diputados y, finalmente, en la ley 23.515.

b) Interpretación

El artículo 4° de la ley 23.515 sustituye el artículo 8° de la ley 18.248 suprimiendo el deber de la esposa de usar el apellido del marido precedido de la preposición “de”, mutándolo en facultad de la mujer casada. Se satisface de esta manera la obligación asumida con la ratificación de la Convención citada en el párrafo anterior.

En consecuencia, el estado civil de casada no se refleja en el nombre de la mujer ni podrán plantearse dificultades con respecto al de la esposa separada de hecho. Tampoco ha de verse la omisión del apellido marital como constitutiva por sí misma de una injuria grave causal de separación personal o divorcio, sin perjuicio de que las motivaciones a que esa omisión obedezca integren conductas injuriosas para el marido en cuyo caso será un elemento más a apreciarse judicialmente.

El arraigo del uso de apellido marital no permitirá que se generalice la opción de la esposa por prescindir de él, salvo para el ejercicio profesional como ya venía sucediendo. Por esta razón continuará dándose con frecuencia la discordancia entre el apellido usado habitualmente por la mujer casada y el que consta en sus documentos de identidad según la ley 13.010 de enrolamiento femenino y la no modificación de apellido de la mujer que contrae matrimonio en los otros que pueda tener distintos de su libreta cívica.

c) Legislación comparada

Coinciden con la actual legislación argentina, las de Bél-

gica, Costa de Marfil, Guatemala, Francia, Hungría, Portugal y Uruguay³⁹.

2. El apellido de la mujer separada personalmente y de la mujer divorciada

a) Antecedentes

a.1) *El apellido de la mujer divorciada no vincularmente.* Nos referimos a la mujer divorciada con los alcances de este término en la ley 2393 equivalentes a los de la separación personal de la legislación vigente.

Antes de la ley 18.248 no existió precepto sobre la cuestión, sosteniéndose doctrinaria y jurisprudencialmente el principio de la conservación del apellido marital en virtud de la inmutabilidad del nombre aunque no fueron pocas las sentencias que consideraron que se trataba de una facultad de la mujer por lo que podría prescindir de su uso. Asimismo fue autorizada judicialmente la supresión⁴⁰. Un Plenario de la Cámara Nacional Civil consagró la regla general de la opción de la mujer divorciada en cuanto al empleo del apellido marital⁴¹.

La ley 18.248 estableció en su artículo 9º: "Decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar o no el apellido

39 Ver PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, Buenos Aires, 1966, Cap. III, Nº 100; BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. II, Nº 530. El Código venezolano de 1982 no prevé el apellido de la mujer divorciada.

40 LLAMBIAS, *op. cit.*, T. I, Nº 420 y sus referencias en notas Nº 105, 106 y 107.

41 23 de diciembre de 1966, en *El Derecho* 17, 102.

del marido. Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge". En la segunda oración del texto se configuró una verdadera sanción para la divorciada por su conducta anterior o posterior al divorcio, por resolución judicial a solicitud del marido.

a.2) *El apellido de la mujer divorciada vincularmente.* Nos referimos a la mujer divorciada mediante la aplicación del artículo 31, últimas oraciones, de la ley 14.394. La jurisprudencia no fue uniforme dado el silencio de los textos. La ley 18.248 incorporó el supuesto en el artículo 11, con la misma pauta que fija para el apellido de la mujer cuyo matrimonio se anuló, en norma que no ha sido expresamente derogada por la ley 23.515.

b) Interpretación

b.1) *El apellido de la mujer separada personalmente.* Se mantienen las normas de la ley 18.248, por lo tanto, la esposa separada personalmente puede elegir entre usar o no usar el apellido marital, cualquiera haya sido su elección antes de la sentencia, y el marido puede solicitar judicialmente que se le prohíba emplearlo por motivos graves. Los casos concretos resueltos vigente la ley 18.248 y aun anteriores, continúan marcando una correcta orientación. Se resolvió entonces que no era suficiente con que el divorcio (la actual separación personal) se hubiera decretado por culpa de la esposa si no había lesión para el honor del marido pero sí cuando el

comportamiento de ésta tenía tal alcance, por ejemplo, si el divorcio se fundaba en adulterio de la cónyuge⁴².

Belluscio y Zannoni acotan que la acción para prohibir a la mujer el uso del apellido marital puede ser intentada por el marido como un accesorio o secuela del juicio de separación o con posterioridad a la sentencia invocando hechos nuevos o desconocidos al tiempo de aquél⁴³.

b.2) *El apellido de la mujer divorciada*. La redacción del artículo 9° de la ley 18.248 no tiene referencia directa al apellido de la mujer divorciada vincularmente, pero se deduce con toda claridad que pierde el derecho a usarlo, es decir, que cesa la alternativa que el artículo 8° reconoce a la mujer casada. No obstante, una determinada mujer divorciada puede estar facultada para usar el apellido de su ex cónyuge.

En efecto, la regla es la caducidad del derecho de la esposa a hacer uso del apellido del marido, a causa de la sentencia de divorcio o de la conversión en divorcio de la sentencia de separación personal aun cuando hubiera continuado usándolo después de ésta.

Se prevén dos excepciones a este principio: una depende del acuerdo de los ex cónyuges, la otra, de autorización judicial solicitada por la esposa fundándose en que es conocida con el apellido del ex marido en su industria comercio o profesión y a sólo los efectos del ejercicio de estas actividades. Es un procedimiento de jurisdicción voluntaria en que los extremos deberán ser demostrados por cualquier medio.

42 CNCiv. Sala D, 4 de setiembre de 1952, en La Ley 68, 134; Suprema Corte de Buenos Aires, 3 de agosto de 1954, en La Ley 76, 668.

43 *Código Civil* cit., T. 1, Buenos Aires, 1978, comentario al artículo 9° de la ley 18.248, parágrafo 4.

No se prevé la eficacia de la oposición del marido ni el modo de hacerla valer. Entendemos que es aplicable por estrecha analogía lo dispuesto con respecto a la prohibición impuesta a la mujer separada personalmente por resolución judicial a pedido del marido y por causas graves⁴⁴, pero obtenerlo dependerá de una nueva instancia porque no parece que corresponda citar al marido cuando la mujer divorciada solicita autorización judicial para usar su apellido a causa de su actividad comercial, industrial o profesional. Sin embargo, no podría dejarse de oírlo si se presenta espontáneamente.

Tampoco se ha previsto la proyección que sobre el uso del apellido del ex cónyuge pueden tener las segundas nupcias de la divorciada⁴⁵ en cuyo caso aquél se parecería a un seudónimo y la solicitud de prohibición del uso por parte del primer esposo se encontraría plenamente justificada.

Ha sido observado ya que la última oración del artículo 11 de la ley 18.248 no ha sido derogada por la ley 23.515. Si existiera entre ella y el actual artículo 9° una incompatibilidad absoluta de soluciones para una hipótesis idéntica, procedería remitirse a la derogación tácita de la primera por la segunda en orden de tiempo. Pero cabría también interpretar que el artículo 11 juega para la esposa cuyo divorcio se decretó vigente el artículo 31 de la ley 14.394 de manera que la excepción existiría solamente para la inocente que no pidió la disolución del vínculo. Ninguna de estas conclusiones debe preferirse: es más adecuado interpretar que el tema

⁴⁴ VIDAL TAQUINI observó al precepto análogo del proyecto sancionado por Diputados, que debía otorgarse expresamente al marido en este caso el derecho que se le reconocía en el supuesto de uso de su apellido por la mujer separada personalmente (*op. cit.*, XXVIII).

⁴⁵ En igual sentido, autor y lugar recién citados.

del apellido de la mujer divorciada en la citada época se ubica en la preceptiva de la oración inicial del artículo 3 del Código Civil, es decir que es una consecuencia de situación jurídica existente a la que se aplican las nuevas leyes desde su entrada en vigencia. Este enfoque es coherente con la posibilidad de convertir el divorcio de la ley 2393 en divorcio vincular que consagra el artículo 8° de la ley 23.515.

b.3) *Competencia*. La competencia para las cuestiones relativas al nombre de la mujer separada personalmente o divorciada, corresponde al juez de la separación personal o el divorcio.

3. *El apellido de la mujer viuda y de aquella cuyo matrimonio se anuló*

El apellido de la mujer viuda y el de aquella cuyo matrimonio se anuló no han sido, lógicamente, modificados y se rigen por los artículos 10 y 11 (primera y segunda oración) de la ley 18.248.

ARTICULO 5° DE LA LEY 23.515 – Modifícanse los artículos 8° y 15 de la ley 19.134, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Art. 8° – Ninguna persona casada podrá adoptar sin el consentimiento de su cónyuge.

Dicho consentimiento no será necesario:

- a) Cuando medie sentencia de separación personal declarada por culpa de uno de los cónyuges, para el cónyuge inocente;**
- b) Cuando la separación personal sea declarada por culpa de ambos cónyuges o cuando no haya atribución de culpabilidad;**
- c) Cuando los cónyuges se encuentren separados de hecho sin voluntad de unirse;**
- d) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso podrá escucharse al curador;**
- e) Cuando se declare la ausencia simple o la presunción de fallecimiento del otro cónyuge.**

Art. 15 Podrá ser adoptante por adopción plena, cualquiera fuere su estado civil, toda persona que reúna los requisitos establecidos en las disposiciones de la presente ley y no se encuentre comprendida en sus impedimentos.

Cuando la guarda del menor hubiere comenzado durante el matrimonio y el período legal se completare después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.

1. Reformas introducidas por la ley 23.515 en materia de adopción

a) Antecedentes

La modificación de los artículos 8° y 15 de la ley 19.134 responde a la necesidad de adaptarlos a las figuras de la separación personal y del divorcio tal como se organizan por la ley 23.515 incluyendo lo relativo a la atribución de culpa. Esta es la tercera redacción del artículo 8° pues la primera se encuentra en la ley 13.252 para la única adopción creada por la misma y requirió ser extendida a las dos especies establecidas por la ley 19.134 y adecuada a las reformas de la ley 17.711 en cuestiones conexas. El contenido del artículo 15 aparece con la ley de adopción vigente.

Precedió a los dos textos, durante el trámite legislativo de la ley 23.515, su inclusión en el proyecto sancionado por la Cámara de Diputados.

b) Interpretación y fundamentos

b.1) Artículo 8°. La oración inicial limita su preceptiva a las “personas casadas”, de manera que el requisito del asentimiento conyugal para la adopción por uno solo de los cónyuges no es exigible cuando éstos han dejado de serlo por la

sentencia de divorcio vincular o la conversión de la separación legal en divorcio vincular.

La regla es el requisito del asentimiento conyugal para que un consorte adopte. Las excepciones previstas son las siguientes: cuando el adoptante sea inocente de la separación personal declarada por culpa del otro, es decir, por causales del artículo 202, o por separación de hecho si se invocó y demostró no haber sido causante de la misma (art. 204 segundo párrafo) conforme al artículo 235; cuando el adoptante y su cónyuge estén separados personalmente por culpa de ambos (arts. 202 y 235) o sin atribución de culpabilidad (por separación de hecho dentro del primer párrafo del art. 204 o por enfermedad mental, alcoholismo y drogadependencia, art. 203 o por presentación conjunta, art. 205); los incisos c) y d) de la redacción actual coinciden con los que llevan la misma letra en la ley 19.134 pero la referencia a la muerte presunta es más definida en el texto incorporado por la ley 23.515, pues al remitir aquél al artículo 22 de la ley 14.394 parecía excluir la declaración de muerte presunta en los casos extraordinarios previstos en el artículo 23 de la misma.

Al margen de que la adopción difícilmente podrá satisfacer sus finalidades cuando se efectúa por una sola persona, corresponde justificar el requisito del asentimiento del consorte no adoptante porque de allí deriva la justificación de las excepciones. Esa intervención del no solicitante de la adopción responde primariamente a la prevención de perjuicios para el interés familiar y secundariamente opera en defensa de sus personales intereses pecuniarios. Los intereses del no adoptante que podrían ser afectados por la adopción

residen en su responsabilidad por las deudas contraídas para atender las necesidades del hogar y la educación de los hijos (art. 6 de la ley 11.357), en sus expectativas societarias por el carácter definitivamente común de las mismas deudas, que se extienden al supuesto de hijos no comunes (art. 1275 del Código Civil, inc. 1), y en sus expectativas sucesorias por la concurrencia del adoptado en la sucesión del adoptante (arts. 240, 3570 y 3576 del Código Civil y arts. 14 y 20 de la ley 14.134)⁴⁶. Ahora bien, en las hipótesis en que incide la ley 23.515, media la extinción del régimen patrimonial matrimonial por la separación personal con retroactividad a la fecha de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta (art. 1306) de manera que no operan los argumentos relacionados con las deudas en ninguno de sus aspectos (externo e interno) por no tratarse de hijos comunes del adoptante y su consorte y, por otra parte, no subsiste la residencia común, al menos, a partir de la sentencia. En cuanto a la vocación sucesoria, no goza de ella el cónyuge culpable o equiparado a culpable de la separación personal a tales efectos. Pero sí la conserva el enfermo mental, drogadicto o alcohólico cuyo asentimiento a la adopción efectuada por su consorte no es requerido y que no tendrá medio de hacer conocer sus intereses comprometidos mientras no sea un demente interdicto cuyo curador debe ser oído (inc. d). Es otra lamentable consecuencia de que se haya admitido la causal prevista en el artículo 203.

Para las restantes excepciones sobre las que no incide

⁴⁶ FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *El asentimiento conyugal*, Córdoba, 1986, N° 57.

esencialmente la ley 23.515 nos remitimos a su comentario doctrinal⁴⁷.

b.2) *Artículo 15*. La reforma constituye con acierto la expresión pormenorizada del artículo 15 de la ley 19.134 que enumeraba todos los posibles estados civiles del adoptante por la expresión genérica “cualquiera fuera su estado civil” para calificar al adoptante en adopción plena.

47 Idem N° 58; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1978, T. 2, párrafos 916, 917 y 918; ZANNONI, Eduardo A. y ORQUIN, Leopoldo M., *La adopción y su nuevo régimen legal*, Buenos Aires, 1972, comentario al artículo 8°, N° 47, 48 y 49; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Familia*, 7a. edición, T. II, N° 787, etcétera.

ARTICULO 6° DE LA LEY 23.515 — Deróganse los artículos 26 y 27 de la ley 19.134.

1. Derogación expresa de los artículos de la ley 19.134 relativos a los impedimentos emergentes de la adopción

La derogación expresa de los artículos 26 y 27 de la ley 19.134 acompaña a la inclusión de los impedimentos por adopción simple en el artículo 166 inciso 3 conforme a la redacción de la ley 23.515, a cuyo comentario nos remitimos.

ARTICULO 7° DE LA LEY 23.515 — Deróganse los artículos 48 a 51 del decreto-ley 8204/63.

1. Derogación expresa de normas del decreto-ley 8204/63

La derogación expresa de los artículos 48 a 51 del decreto-ley 8204/63 acompaña a la legislación sobre celebración del matrimonio y algunas de las medidas previas dispuestas, contenida de los artículos 187, incisos 1 y 2, 188, 189 y 190, a cuyo comentario nos remitimos.

ARTICULO 8º DE LA LEY 23.515 — Transcurrido un año de la sentencia firme de divorcio obtenida con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular con los efectos de los artículos 217, 218 y 3574 del Código Civil.

En los casos de los juicios en trámite al momento de entrar en vigencia esta ley, las partes de común acuerdo podrán solicitar al juez antes del dictado de la sentencia de primera o segunda instancia, que dicha sentencia lo sea de divorcio vincular con los efectos mencionados en el párrafo anterior. Si no lo hicieren la sentencia tendrá los efectos de los artículos 206 a 212 y 3574 del Código Civil. En este último caso, transcurrido un año de la sentencia firme cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión a divorcio vincular con los efectos de los artículos 217, 218 y 3574 del Código Civil.

1. Artículo transitorio

Nos remitimos a la obra de D'Antonio repetidamente citada, comentario al artículo 238, 7.

ARTICULO 9º DE LA LEY 23.515 — Deróganse los artículos 90, inciso 9, 1220, 1221 y 1881, inciso 5 del Código Civil, las leyes 2393 y 2681, el decreto-ley 4070/56, ratificado por la ley 14.467, la disposición del artículo 31 de la ley 14.394 suspendida por aquél y las leyes que se opongan a la presente.

1. Derogaciones expresas

Las leyes y artículos derogados expresamente por el ar-

título 9º de la ley 23.515 han sido sustituidos en algunos casos y en otros resultan incompatibles con las nuevas instituciones.

Se encuentran en el primer supuesto: el artículo 90, inciso 9 sustituido por el artículo 200 y sus consecuencias a cuyo comentario nos remitimos; el artículo 1220 que queda absorbido por el artículo 163; las leyes 2393 y 2681, sustituidas por el conjunto de las disposiciones de la ley 23.515; el decreto-ley 8204/56 ratificado por la ley 14.467 que carece de sentido pues la institución jurídica cuya aplicación suspendió, el divorcio vincular, es incorporado por la ley de 1987; la disposición del artículo 31, 3a., 4a., 5a. y 6a. oraciones de la ley 14.394, es decir, las suspendidas por el decreto precedentemente citado, que se deroga para evitar confusiones al derogarse la norma que la suspendió y, principalmente, porque queda cubierta por el régimen instaurado por la ley 23.515 con respecto al divorcio vincular.

En el segundo caso se encuentra el inciso 5 del artículo 1881 al encontrarse suprimido el matrimonio por poder reemplazado por el matrimonio a distancia (arts. 173 y 174).

La derogación del artículo 1221 es imposible de justificar dada su razonabilidad pues es lógico que las convenciones nupciales celebradas por quienes tengan impedimento para el matrimonio sean nulas y que no se convaliden por el cese del impedimento y el matrimonio posterior, puesto que el vicio fue contemporáneo al momento de acordarse aquéllas. Tanto Belluscio como la Comisión en mayoría del Senado expresaron su extrañeza por esta derogación.

La frase final “y las leyes que se opongan a la presente”, es la fórmula de estilo, útil derogación tácita por incompatibilidad de contenidos expresamente consignada.