



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: La separación de hecho y el juego de las recompensas entre los cónyuges

Autor: Jorge A. Mazzinghi (h)

La Sala B de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil acaba de resolver un interesante caso sobre el funcionamiento de las recompensas en relación al período en el que los cónyuges se hallaban separados de hecho.

I. Las particularidades del caso

Durante la vigencia plena del matrimonio, los cónyuges habían adquirido un bien inmueble contrayendo una deuda hipotecaria con el Citibank NA, en garantía del préstamo.

La deuda se había afrontado, con normalidad, en los primeros años de vigencia del préstamo.

En el mes de noviembre de 1999, se produce la separación de hecho de los cónyuges.

Transcurrido un cierto lapso, las partes se presentan ante el Juez y piden la declaración de su separación personal.

El Tribunal admite el planteo y decreta la separación personal del matrimonio por la causal objetiva regulada en el art. 204 del Código Civil.

La sentencia de separación personal produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de la presentación conjunta, en el caso, con efecto al 2 de abril del 2002.

Operada la disolución de la sociedad conyugal, la mujer pretende su liquidación, y la consiguiente partición de los bienes que revisten carácter ganancial, entre ellos, el inmueble que habían adquirido merced al préstamo que les otorgara el Citibank NA.

El cónyuge, por su parte, se allana a la liquidación de la sociedad conyugal en sí, pero reclama un derecho de recompensa a su favor por los tramos del crédito hipotecario que había cancelado con posterioridad a la separación de hecho.

El planteo del marido se basa en que los fondos que había aportado para la cancelación del crédito hipotecario luego de la separación de hecho, le otorgarían, según él, un derecho de recompensa en su favor, y que la cónyuge tendría que restituirle la mitad de esos fondos generados por él luego de la separación de

hecho, y aplicados a la cancelación de una deuda común y ganancial.

II. La resolución de primera instancia

La sentencia de primera instancia no admite la pretensión del marido.

El pronunciamiento se funda en el hecho de que la disolución de la sociedad conyugal recién se produce como consecuencia del dictado de la sentencia de separación personal, -o de divorcio, en su caso-, y con efecto retroactivo a la fecha de la presentación conjunta o de la notificación de la demanda.

Los pagos del crédito hipotecario realizados por el marido en el período posterior a la separación de hecho, habrían tenido lugar durante la vigencia de la sociedad conyugal, y, en consecuencia, serían aportes gananciales para la cancelación de una deuda ganancial.

Las recompensas constituyen un mecanismo para recomponer el equilibrio entre las masas propias de los cónyuges y los bienes que revisten carácter ganancial. En todos los casos en los que se ha producido un trasvasamiento de bienes propios en beneficio de la sociedad conyugal, o un aporte de bienes gananciales en favor del capital propio de alguno de los cónyuges, las recompensas son los instrumentos para corregir estos desvíos y estas desigualdades.

La sentencia de primera instancia considera que, en el caso, el reclamo de una recompensa por parte del marido es improcedente.

La inversión de fondos para la cancelación de una deuda ganancial se produjo en el período anterior a la disolución de la sociedad conyugal, y, en consecuencia, el Tribunal de primera instancia estima que no hay un trasvasamiento ni un desequilibrio entre las masas propia y ganancial, y que la recompensa pretendida no tiene un fundamento adecuado y debe ser desestimada.

III. El fallo de la Excma. Cámara

Ante el recurso del marido, la Excma. Cámara revoca la sentencia de 1ª instancia y admite la pretensión del cónyuge, declarando que la recompensa es procedente, y que la cónyuge debe compensar a su marido, restituyéndole el 50% de los fondos que éste aportó a la cancelación del crédito hipotecario, en el período posterior a la separación de hecho.

De conformidad con el voto del Dr. Mauricio L. Mizrahi, -al que se adhieren los otros jueces-, los ingresos de los cónyuges que están separados de hecho deben considerarse, en el caso, “de naturaleza anómala, no sujetos a división”, “sumas dinerarias que se computarán como si fuesen propias, con las consecuencias jurídicas pertinentes como luego se verá”. (1)

¹ La denominación se había utilizado en fallos anteriores: “... los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio y hasta la separación de hecho, serán “bienes gananciales puros” o “propia y ganancial”, ... en cambio, desde la ruptura fáctica de la unión y hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentaron el patrimonio de cada cónyuge serán “gananciales anómalos” o no sujetos a división ...”



De acuerdo con el criterio del pronunciamiento de la Excma. Cámara, el hecho de que la separación de los cónyuges se haya decretado por la causal objetiva, hace presumir que ni el marido ni la mujer fueron inocentes de tal separación.

Si ninguno fue inocente, debe considerarse que ambos tienen una cuota de responsabilidad en la ruptura de la convivencia, y, en consecuencia, a tenor de lo prescrito en el tercer párrafo del art. 1306 del Código Civil, ninguno de ellos tiene derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro con posterioridad a la separación de hecho.

El razonamiento del tribunal de Alzada coincide con la doctrina del fallo plenario del 29 de septiembre de 1999, conforme a la cual, cuando el divorcio o la separación personal se decretan por la causal objetiva, debe presumirse que la separación de hecho se produjo por decisión de ambos, y que ninguno puede arrogarse los derechos que la ley le reconoce al cónyuge inocente. ⁽²⁾

IV. La separación de hecho y la calificación de los bienes que las partes adquieren en el marco de esa situación

Más allá de que comparto la solución que la Excma. Cámara le dio al caso que nos ocupa, no coincido con la denominación que el Tribunal les asigna a los bienes que los cónyuges adquieren durante la separación de hecho.

En el marco del régimen que la ley organiza para los bienes matrimoniales, no me parece que haya margen para hablar de bienes gananciales anómalos.

Los bienes que pertenecen a las personas casadas son propios o gananciales, y los bienes que los cónyuges adquieren a título oneroso con posterioridad a la separación de hecho, son gananciales y, en principio, están sujetos a las restricciones y a las alternativas propias de los bienes gananciales.

Si un cónyuge separado de hecho adquiere un bien inmueble, no podrá enajenarlo sin el asentimiento del otro cónyuge.

Los bienes que ingresan al patrimonio de cualquiera de los cónyuges durante la separación de hecho, resultan alcanzados por la disolución de la sociedad conyugal que se produce como consecuencia de la muerte de uno de ellos. En este supuesto, el cónyuge superviviente tendrá derecho a pretender, en principio, la mitad de los bienes ingresados luego de la separación de hecho. Los herederos del cónyuge fallecido tendrán que demostrar que el cónyuge superviviente fue responsable o, al menos, co-responsable de la separación, para negarle el derecho a obtener la mitad de los bienes gananciales. ⁽³⁾

(C.N.Civil, Sala B, octubre 28-2005, El Derecho, tomo 217, pag. 327).

² C.N.CIVIL en pleno, septiembre 29-1999, El derecho, tomo 185, pag. 374.

³ Así se decidió en un fallo plenario de la Cámara Civil dictado el 12 de febrero de 1986 y publicado en La Ley, tomo 1986-B, pag. 134: "La carga de la prueba de las causales de la exclusión sucesoria del cónyuge



Es que los bienes adquiridos luego de la separación de hecho, son gananciales.⁽⁴⁾

Si el cónyuge no titular pretende el embargo o alguna otra medida cautelar para asegurar la eventual partición de tales bienes, obtendrá un resguardo adecuado, pues los bienes son gananciales y deben ser tratados en ese carácter. ⁽⁵⁾

La separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal y no hay duda de que, mientras ella está vigente ⁽⁶⁾, -como consecuencia de la vigencia del matrimonio mismo-, los bienes deben ser tratados como gananciales.

Es cierto que, una vez producida la disolución de la sociedad conyugal, -por la declaración del divorcio vincular o de la separación personal-, la modalidad del proceso o el contenido de la sentencia podrán determinar que uno de los cónyuges pierda su derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro.

Si el divorcio o la separación personal se decretan por la culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste no tiene derecho a pretender la mitad de los bienes que el cónyuge inocente adquirió luego de la separación de hecho.

Si el divorcio o la separación personal se declaran en el marco de un proceso fundado en la causal

supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 del Código Civil, recae sobre quienes cuestionaren la vocación hereditaria del cónyuge supérstite". Aunque el Plenario se refiere explícitamente a la vocación sucesoria, el voto de la mayoría se hace cargo de que la muerte de uno de los cónyuges produce la disolución de la sociedad conyugal, y extiende el criterio a la participación sobre los gananciales.

⁴ Así lo declaró una reciente sentencia de la Sala D de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: "Cuando existe un intervalo entre la fecha de la separación de hecho y la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que adquiera uno de los cónyuges en ese período son de naturaleza ganancial, pero si el otro cónyuge es culpable queda privado de tomar parte en las mismas" (C.N Civ. Sala D, 2008/05/06, La Ley del 9 de octubre del 2008). El fallo es interesante porque remarca la diferencia entre la calificación inicial o nominal del bien adquirido luego de la separación, y las ulteriores consecuencias de la separación personal o del divorcio vincular, según el contenido de la sentencia que recaiga.

En el caso resuelto, como la disolución de la sociedad conyugal se produjo por la muerte, el bien se consideró ganancial, atribuyéndole la mitad al cónyuge superstite.

⁵ Conf. art. 233 del Código Civil.

⁶ Sambrizzi se plantea la posibilidad de "iniciar una acción especial a efectos de acreditar la culpabilidad de uno de los esposos en la separación, con la finalidad de que el mismo no continúe desde ese momento participando de los gananciales obtenidos por el otro cónyuge", y concluye en que una acción de ese tipo "no puede tramitarse en forma independiente". (Sambrizzi, Eduardo A., "Régimen de bienes en el matrimonio", tomo II, nº 268, La Ley, año 2007).



objetiva, o como consecuencia de una presentación conjunta, ninguno de los cónyuges tiene derecho a participar de los bienes adquiridos luego de la separación de hecho, pues las características del trámite, -en el que no se distingue un culpable y un inocente-, hacen presumir una responsabilidad conjunta, y una suerte de renuncia a pretender el derecho a participar en la distribución de los bienes habidos luego de la separación de hecho. (7)

Pero esta conclusión, -basada en una interpretación retroactiva a partir del encuadre procesal del divorcio o de la separación personal-, no significa que los bienes incorporados después de la separación de hecho no sean gananciales.

Yo creo que lo son con todas las letras, y hasta tanto se conozcan los alcances de la separación personal o del divorcio.

Si los cónyuges están separados de hecho por un tiempo, y luego vuelven a convivir, los bienes adquiridos durante la separación de hecho son gananciales, y tienen que distribuirse por mitades al disolverse la sociedad conyugal. En este caso, la reanudación de la convivencia borra cualquier efecto de la separación anterior, y, aunque el matrimonio se disolviera por divorcio, y aunque éste se decretase a causa de una presentación conjunta o por la causal objetiva que se configurase tiempo después de la reconciliación, los bienes adquiridos durante la separación de hecho que cesó con la reanudación de la convivencia, serían, en principio, gananciales.

V. La recompensa pretendida por el marido es procedente

A pesar de que, -como se ha dicho en el punto que antecede-, los bienes que se adquieren durante la separación de hecho son gananciales, y deben ser inicialmente considerados y tratados como tales, es cierto que, dictada la sentencia de separación personal o de divorcio, el derecho de los cónyuges a pretender la mitad de los bienes gananciales incorporados durante el período de la separación de hecho, dependerá del contenido de la sentencia que se hubiere pronunciado.

En el presente caso, la sentencia de separación personal recayó en un proceso fundado en la causal objetiva, en el que ninguna de las partes alegó ser inocente de la ruptura matrimonial.

En este marco de responsabilidades compartidas o difusas, no es razonable que cualquiera de los cónyuges, -separado de hecho por su propia voluntad-, pretenda favorecerse con la mitad de los bienes que

⁷ Conf. Gowland, Alberto Jorge, "Sociedad conyugal: Calificación de los bienes adquiridos desde la separación de hecho hasta la sentencia en las causales objetivas de los arts. 204 y 214 inc. 2º del Código Civil", El Derecho, tomo 185, pag. 374. Gowland recuerda la opinión minoritaria de Mazzinghi, conforme a la cual, cuando ambos cónyuges son responsables de la separación de hecho, subsiste la ganancialidad (Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, tomo 2, nº 408, La Ley año 2006).

el otro incorporó durante la época en la que estaban separados sin voluntad de unirse. ⁽⁸⁾

En el caso, está bien claro que los fondos que el marido aplicó a la cancelación de la deuda hipotecaria que pesaba sobre ambos, habían sido generados por él durante el período de la separación de hecho. ⁽⁹⁾

Si la cónyuge no tenía derecho a pretender una parte de esos fondos, es lógico que, -cancelada la deuda-, el marido pueda reclamarle una compensación o un reembolso equivalente a la mitad del dinero invertido en beneficio de la sociedad conyugal.

La pretensión se corresponde con el sentido y la razón de ser de las recompensas, pues ellas están dirigidas a recomponer la integridad de las masas propias o del haber ganancial, corrigiendo las diferencias resultantes de la aplicación de fondos propios o exclusivos en beneficio del interés ganancial, o, por el contrario, de bienes o ingresos gananciales en provecho del patrimonio propio de uno solo de los cónyuges.

El pronunciamiento de la Sala B de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil enfoca el caso desde esta perspectiva, y lo resuelve con justicia.

La cónyuge tiene que compensar a su marido por la mitad del esfuerzo que éste hizo al cancelar, -con fondos habidos por él durante la separación de hecho-, una deuda que pesaba sobre los dos y que afectaba un bien inmueble de naturaleza ganancial.

El crédito del marido resulta de lo establecido por el art. 1316 bis del Código Civil, y del hecho de que la deuda hipotecaria que gravaba el inmueble propiedad de ambos, fue cancelada en parte merced al aporte de fondos generados en la órbita exclusiva de uno solo de los cónyuges, durante el lapso de la separación de hecho.

VI. Algunos factores a considerar respecto del alcance de la recompensa

En función de los hechos que se reseñan en la sentencia de la Excma. Cámara que se publica, y por las razones expresadas, la recompensa pretendida por el marido será admisible.

Las circunstancias del caso, -al menos las que resultan del pronunciamiento mismo-, conducen a esta conclusión, favorable a la procedencia de la recompensa.

A modo de ejercicio, plantearé a continuación algunas situaciones hipotéticas que podrían llevar al rechazo o a la limitación de la compensación requerida por el marido.

⁸ Conf. Arianna, Carlos Alberto, "Separación de hecho - Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad", La Ley 1996-C pag. 1283: "En síntesis: A nuestro juicio, razones jurídicas y axiológicas permiten concluir que disuelta la sociedad conyugal por divorcio sin atribución de culpas, los bienes adquiridos luego de la separación de hecho deberán ser liquidados como propios".

⁹ Si, en cambio, existieran dudas acerca del tiempo en que los fondos utilizados para pagar la hipoteca se habían generado, y pudiera inducirse que la fuente de tales recursos fuera anterior a la separación de hecho, el principio de ganancialidad excluiría el funcionamiento de la recompensa.



- a) Para desestimar el reclamo de una recompensa, podría aducirse, -por ejemplo-, que las sumas abonadas por el marido al acreedor hipotecario, importan el cumplimiento del deber alimentario entre los cónyuges.

Si el bien hipotecado fuera el asiento de la vivienda de la cónyuge, y hubiera sido, -antes de la separación de hecho-, la sede del hogar conyugal, los pagos efectuados por el marido durante la separación estarían dirigidos, en verdad, a satisfacer los alimentos debidos al cónyuge, en particular en lo que se refiere al derecho a una vivienda digna.

Si así se entendiera, la recompensa sería inadmisibles, pues no se trataría ya de un tema vinculado a la liquidación de la sociedad conyugal, sino de una prestación alimentaria de suyo incompensable.

- b) En el supuesto caso de existir hijos menores, y siempre que el inmueble hipotecado fuera su vivienda, bien podría asignársele a los pagos del cónyuge, -y padre de los chicos-, el alcance de una prestación alimentaria en beneficio y protección de los menores.

Desde este punto de vista, los aportes realizados durante la separación de hecho a los efectos de reducir la deuda hipotecaria, tendrían una entidad alimentaria, y no podrían dar lugar a la invocación de un crédito por recompensa en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal.

- c) Podría ocurrir también que, al concretarse la separación de hecho de los cónyuges, el marido se hubiera quedado viviendo en el inmueble que fuera la garantía de la deuda hipotecaria oportunamente contraída por ambos cónyuges.

Si así fuera, podría entenderse que las partes acordaron que el beneficiario del uso o de la habitación tenía a su cargo la obligación de afrontar las cuotas de la deuda hipotecaria, sin derecho a reembolso alguno.

Es verdad que el art. 2899 del Código Civil no pone a cargo del usufructuario la obligación de afrontar el pago de las deudas hipotecarias que gravan el inmueble, pero bien podría ocurrir que las partes lo hubieran previsto así de un modo expreso o tácito, en el marco del derecho a la determinación o definición del uso y de la habitación aludido en el art. 2952 del Código Civil.

Si se llegase a la conclusión de que, al atribuirle el uso del inmueble al marido, las partes le impusieron el pago de las cuotas de la hipoteca, la recompensa resultaría, -por esta razón-, improcedente.

Las hipótesis planteadas en este apartado no resultan de los antecedentes del caso resuelto por la Sala B de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y sólo son situaciones imaginarias que sirven



para entender que la procedencia de las recompensas por aportes efectuados durante la separación de hecho es una cuestión que podría admitir distintas soluciones en función de las circunstancias de hecho y de las modalidades del caso.

VII. Conclusiones

A la luz de las consideraciones efectuadas a lo largo de esta colaboración, podrían extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Las recompensas son mecanismos legales que permiten restablecer el equilibrio y compensar las diferencias que se hubieran suscitado entre las masas propias de los cónyuges y el conjunto de los bienes gananciales.
- b) Cuando la separación personal o el divorcio vincular se decretan en el marco de un proceso por presentación conjunta, o basado en la causal objetiva, y, en este último supuesto, no se han dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, la separación de hecho anterior se considera atribuible a la responsabilidad de ambos cónyuges, y ninguno de ellos tiene, por consiguiente, derecho a participar de los bienes incorporados por el otro.
- c) Este es un punto que las partes deben evaluar con particular atención, al tiempo de decidir el camino a seguir para obtener la separación personal o el divorcio.

La opción por un determinado encuadre procesal no debe realizarse sólo en función de las ventajas presentes o futuras, sino teniendo en cuenta, -también-, la repercusión retroactiva del marco procesal en relación a la separación de hecho, y al tratamiento de los bienes generados durante ese período.

Si la separación personal o el divorcio se decretan como consecuencia de una presentación conjunta o de la invocación de una causal objetiva, se produce una suerte de equiparación o de evaporación de las responsabilidades en la separación de hecho, y esta situación genera, -o puede generar-, distintas consecuencias en orden a la liquidación de la sociedad conyugal.

- d) A los efectos de neutralizar estas consecuencias patrimoniales, es importante reparar en la posibilidad, -muy poco utilizada-, de dejar “a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente”, contemplada en el art. 204 del Código Civil.

La inocencia en la separación aseguraría el derecho del cónyuge inocente a participar en los bienes generados por el culpable luego de la separación de hecho, y excluiría, -en un caso como el presente-, la invocación de la recompensa por parte del culpable.