

**XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE  
JUNIN 2011**

**Tema 1. Rol del notario en materia de derecho de familia.**

Coordinadores: **Not. Sebastián J. COSOLA**  
**Not. Antonio Miguel BERRO MADERO**

Título del trabajo: **“ESTATUTO DE DISCIPLINAMIENTO MATRIMONIAL”**

Autores: **Not. Karen M. WEISS (Pcia. Buenos Aires).**  
**Not. Gastón A. ZAVALA (Pcia. Río Negro).**

Categoría: **Trabajo en equipo.**

**Temario:** 1. Concepto. 2. Orden público o autonomía de la voluntad. 3. Eficacia en el país de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero. Asentimiento conyugal. 4. Necesidad de una reforma legislativa. 5. Estipulación capitular. 5.1. Objeto de las convenciones matrimoniales. 5.2. Pluralidad de regímenes. 5.2.1. Comunidad de ganancias. 5.2.2. Separación de bienes. 5.2.3. Participación de ganancias. 5.2.4. Disposiciones Comunes. 5.2.4.1. Cargas de familia. 5.2.4.2. Responsabilidad por deudas. 5.2.4.3. Asentimiento conyugal. 5.3. La opción de mutabilidad del régimen. Límites. 5.4. Régimen patrimonial para uniones de hecho. 5.5. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial. 5.6. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria. 5.6.1. Publicidad en el registro inmobiliario. 6. Ponencias.

**1. Concepto.** El matrimonio representa una institución social de máxima relevancia. Lleva ínsita una noción sociológica fundamental tanto en la sociedad contemporánea como en la antigüedad, generadora de un derecho positivo en la materia. Según los hábitos y costumbres de cada sociedad, el concepto de matrimonio y su realidad han variado con el transcurso del tiempo (v.gr. la poligamia a la monogamia, de la unión heterosexual hasta el matrimonio entre personas del mismo género).

Resulta complejo definir al matrimonio sin entrar en un concepto descriptivo de los requisitos impuestos por un ordenamiento jurídico. Es menester diferenciar el acto jurídico que lo constituye de la relación jurídica que se establece entre los cónyuges como consecuencia del mismo. Así, vemos cómo el art. 172 C.C. exigía para el acto jurídico, “el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo”. La reforma de la ley 26.618, extrae del precepto la mención de géneros y requiere únicamente la expresión personal de los contrayentes; y aclara que éstos podrán ser del mismo o de diferente sexo.

El acto jurídico matrimonial se convierte en fuente (art. 499 C.C.) de la relación jurídica matrimonial contenida en derechos y obligaciones, la que ha recibido múltiples denominaciones: derecho matrimonial patrimonial, régimen matrimonial, régimen matrimonial pecuniario, régimen de los bienes en el matrimonio, régimen disciplina-

rio, estatuto de disciplinamiento. A su vez, ese acto jurídico produce alteraciones en la esfera patrimonial de cada uno de los cónyuges<sup>1</sup>, fija contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia, las llamadas cargas del hogar; y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limitan, de diversas maneras, la autonomía de la esfera de acción de cada cónyuge.<sup>2</sup>

¿Es menester el establecimiento de una regulación específica sobre el régimen patrimonial del matrimonio o sería suficiente con la aplicación de los principios generales del derecho?. La mayoría de la doctrina se pronuncia a favor del establecimiento de un sistema legal específico que no puede proveer el derecho común.

Fassi entiende por régimen patrimonial matrimonial el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio.<sup>3</sup> Considerando los distintos tipos de relaciones que se pueden entablar, podemos definir al régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés- patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges y entre éstos y terceros.

Si bien la terminología del Código alude a la *sociedad conyugal* (Libro Segundo, Sección Tercera, Título II) y la comunidad lega y parte de la jurídica la sostenga<sup>4</sup>, lo doctrina mayoritaria es conteste en referirse a ella como régimen matrimonial y más precisamente conceptualizarla como régimen patrimonial del matrimonio, por no revestir ningún elemento característico esencial de una sociedad, sino contener el estatuto orgánico normativo relativo al funcionamiento y vicisitudes del patrimonio de los cónyuges durante el matrimonio y hasta su liquidación por muerte o divorcio.

El régimen patrimonial actual se constituye por efecto propio de la celebración del matrimonio. Es imperativo, ya que la voluntad de los cónyuges no incide en su estructura ni en la fecha de entrada de su vigencia. La voluntad de los contrayentes se ve limitada al acto que da nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustenta.

Sin importar el tipo de régimen patrimonial que se adopte, dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceros. Internamente es esencial satisfacer los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial, contribución a

---

<sup>1</sup> Fassi, Santiago C. *Estudios de Derecho de Familia*. La Plata, Ed. Platense, 1962. Pág. 241 Trabajo publicado en la Revista del Colegio de Abogados, Buenos Aires, v. 12, N°3, 1944. Pág.305-349.

<sup>2</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil–Derecho de Familia*, T.1, 2ªed., Bs AS, Edit. Astrea, 1993. P.376

<sup>3</sup> Fassi, Santiago C. *Regímenes matrimoniales*. Revista del Coleg. de Abogados. T.XXII. 1944, pág.242. En igual sentido Belluscio, Augusto C. *Regímenes matrimoniales*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV. Bs.As., Edit. Bibliográfica Omeba, 1967. pág. 410.

<sup>4</sup> Legón, Guastavino, Fassi y Bossert.

los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes del matrimonio de cada uno de los cónyuges.

Mientras que en las relaciones con terceros, es primordial mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes, con ellos, han establecido relaciones jurídicas de orden patrimonial.<sup>5</sup>

El Código Civil argentino adoptó una comunidad restringida -en sus orígenes de administración marital-, porque se excluyen de ella los bienes de que eran titulares los cónyuges al contraer matrimonio y también los adquiridos luego a título gratuito.

En cuanto a la gestión (administración y disposición) de los bienes de la comunidad, el régimen de Vélez estableció que el marido era el administrador de los bienes gananciales y de los propios de la mujer, salvo el bien raíz cuya administración se reservase, los donados por el marido con la misma reserva y los donados o dejados por testamento por terceros con la condición de no ser administrados por el marido (conf. Art. 1217 inc. 2, 1226, 1227 y 1276 el C.C., art. 52 de la ley de matrimonio).<sup>6</sup>

La ley 11.357 de 1926, modificó sustancialmente el régimen de administración marital; excluyó de ella los bienes propios de la mujer –sin perjuicio del reconocimiento de un mandato presunto de administración, mientras ella no haga una declaración de voluntad contraria-; instituyó los bienes gananciales de administración reservada de la mujer, que son los adquiridos con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, sobre los que pasó a tener la administración y disposición.

El Decreto Ley 17.711 de 1968, sustituye los arts. 1276 y 1277 del Código Civil y deroga el art. 3º de la ley 11.357, instituyéndose el régimen de administración separada o bicéfala de la comunidad, coexistiendo dos masas patrimoniales de gestión, distinguiéndose los bienes propios y los gananciales de titularidad de cada cónyuge. Los cónyuges carecen de facultades para administrar o disponer de los bienes adquiridos por el otro, salvo que medie mandato, expreso o tácito que legitime una gestión en interés ajeno –aunque eximido de rendir cuentas-.

## **2. Orden público o autonomía de la voluntad**

El régimen patrimonial matrimonial es legal, imperativo en su origen, relativamente inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con

<sup>5</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*, T.1, 2ªed., Bs AS, Edit. Astrea, 1993. p.377.

<sup>6</sup> Todo acto de disposición de inmuebles de la mujer requería su conformidad, y si el marido enajenaba o gravaba sin ese asentimiento, dichos actos eran inoponibles a aquella, quien podía reivindicarlos o requerir la liberación de los gravámenes a que hubiesen sido sometidos. Conf. Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T.1. 2ºEdic. Bs.As, Edit. Astrea, 1993. Pág.394.

elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades.<sup>7</sup> En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.<sup>8</sup>

Vélez<sup>9</sup> en su nota al título “De la Sociedad Conyugal”, considerando la ausencia de antecedentes referentes a la celebración de contratos de matrimonio en nuestro país, prefirió regular un régimen patrimonial únicamente legal, imperativo y argumenta poder evitar así “las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio”. Y justifica incluir solo aquellas excepcionales convenciones matrimoniales que juzga necesarias, para los esposos y para el derecho de terceros, no sobre el régimen patrimonial, sino sobre *objetos* (art. 1217 C.C.) y prohíbe todo contrato que pudiera derivar alguna alteración al régimen legal de bienes del matrimonio (las donaciones por el art. 1807 inc. 1, 1820, la compraventa por el art. 1358, la permuta por el art. 1490, la cesión de créditos art. 1441, etc.).<sup>10</sup> El X Congreso Internacional de Derecho de Familia consideró que “La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella”.<sup>11</sup>

La compatibilidad subsistiría igualmente, sin menoscabar el orden público, conservando la seguridad jurídica, si se diese cabida a la autonomía de la voluntad en este área del derecho privado, permitiéndose optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites (orden público, buenas costumbres, moral, derechos de terceros).

Aquellos países que posibilitan a su población, dentro del ordenamiento jurídico, elegir el régimen matrimonial al que habrán de sujetarse, no significa con ello permitir un menoscabo al orden público. Según Guaglianone “el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate” y el grado de orden público del derecho matrimonial, está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Méndez Costa, Ma. Josefa. *Código Civil comentado – Derecho de Familia Patrimonial*. Sta. Fe., Edit. Rubinzal – Culzoni, 2004. Pág.13.

<sup>8</sup> El régimen patrimonial de la sociedad conyugal organizado por el C.C. es imperativo, está organizado por normas de orden público y en consecuencia, no pueden ser modificadas por voluntad de los esposos. C. 1ª Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mza., 26/5/2010. AR/JUR/26645/2010.

<sup>9</sup> A diferencia del *Code* francés y el italiano de 1865 –al igual que el código civil español de 1889 y el alemán de 1900–, que atendieron a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

<sup>10</sup> Tampoco se incorporó modificación alguna en este sentido en el anteproyecto Biliboni, en el proyecto de 1936, en el anteproyecto de 1954 y por la forma de la ley 17.711 de 1968.

<sup>11</sup> Comisión 1. J.A. 1999-I-1025.

<sup>12</sup> Guaglianone, Aquiles H. *Régimen patrimonial del matrimonio*. T.I, Bs As, Edit. Ediar, 1968. pág.18.

La compatibilidad a la que antes nos referíamos, se puede presentar dentro de las siguientes variables según cada ordenamiento jurídico<sup>13</sup>:

- Que la ley posibilite elegir entre dos o más regímenes alternativos y específicamente regulados, hasta contraer nupcias, impidiéndoles establecer modificaciones en la normativa ofrecida y que no puedan cambiar con posterioridad al matrimonio.
- Que además de poder optar entre dos o más regímenes, hasta contraer matrimonio, una vez casados, puedan mutar de un régimen a otro, del legal a uno convencional, o del convencional al legal u otro alternativo –sin introducir modificaciones-.
- Que se faculte a los contrayentes, no sólo optar entre regímenes alternativos, sino también hacer combinaciones entre los regímenes tipo, para introducir modificaciones o para pactar un régimen distinto a los ofrecidos por la legislación local.

Consideramos que la segunda de las variables expuestas, es la que mejor conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público. Del orden público, porque es el Estado quien determina los distintos esquemas normativos dentro de los cuales podrá ubicarse patrimonialmente cada matrimonio, especificándose en cada uno de ellos, los derechos, deberes, cargas comunes, etc. que imperarán en cada régimen y a través de la justicia evaluar el cumplimiento al marco de ejercicio. A su vez, la autonomía de la voluntad oscilará en los contrayentes, permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro, o simplemente no optar por ninguno para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y a los cónyuges, variar de régimen por considerar que equivocaron en su decisión u omisión inicial, o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad, han variado y consideran oportuno mutar de régimen. Los cónyuges son los más capacitados para planear su futuro, para organizar y proteger su patrimonio matrimonial familiar. El Estado no puede contemplar en su espectro jurídico, la vida interna de cada matrimonio, ni prever su organización o administración hogareña, o si uno solo o ambos cónyuges, sean los que aporten bienes para el mantenimiento del hogar, o evitar que ellos lo determinen. Con acierto expresa Medina, “estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a la minoría arbitrariamente la regulación de sus derechos”.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Conf. Mizrahí, Mauricio L. *Derecho de Familia*. “Hacia una reforma del régimen patrimonial del matrimonio”. Autores Varios. Sta Fe, Edit. Rubinzal, 1991. Pág.282. Zavala, Gastón A. *Las convenciones matrimoniales y el régimen patrimonial del matrimonio en la reforma legislativa proyectada*, ponencia a la XXX Jornada Notarial Bonaerense. V. Gessell, 1995.

<sup>14</sup> Medina, Graciela; Kanefsch, Mariana. *Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial*. J.A. 1999-III-958.

Es oportuno hacer saber a la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, designada por Decreto P.E.N. 191/2011 (B.O. 28/02/11) la conveniencia de introducir en nuestro derecho la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales.

Las legislaciones que otorgan plena libertad, imponen ciertos límites que van desde el respeto al orden público, las buenas costumbres, la igualdad de los cónyuges, hasta la elaboración de un estatuto patrimonial primario que resuelve los problemas de la vida cotidiana (gastos, alojamiento, medicamentos, mobiliario, etc.).<sup>15</sup>

Los argumentos en contra de la autonomía de la voluntad, son insuficientes para sustentar en la actualidad la posición velezana expuesta en la nota al Libro II, Sección III, Título II, Capítulo I. No puede sostenerse considerar “disvalioso incorporar el cálculo y el egoísmo a través de negocios pecuniarios, justificándose en la idea de cimentar la comunidad familiar y patrimonial”. Es contradictorio entonces, que los contrayentes que están en armonía no puedan pactar su régimen patrimonial y sí se les permita hacerlo cuando se divorcian y la armonía ya está rota.

A quienes les parezca *inadecuado* sólo tendrán que abstenerse de negociar el estatuto económico y serán regidos por la regulación subsidiaria –que seguramente será el de *comunidad de ganancias*-, sin perjuicio que sea cual fuere el régimen de elección existirá un régimen primario en protección de la familia y el hogar conyugal.<sup>16</sup>

### **3. Eficacia en el país de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero. Asentimiento conyugal**

La situación imperante en los países de la región han evidenciado la necesidad de una adecuación a las normas de derecho internacional privado a fin de evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas, en especial entre los Estados miembros del Mercosur. Es así que los representantes del Comité Nacional del Mercosur, reunidos en la sede del Consejo Federal del Notariado Argentino en la Capital Federal,

---

<sup>15</sup> Conf. Medina, Graciela – Kanefsch, Mariana. Op. cit.

<sup>16</sup> El proyecto “Reformas al Código Civil” elaborado por la Comisión designada por Decreto 468/92 (Edit. Astrea. Bs. As., 1993), destinó el Cap. III del Título I de la Sección 3ª Del Régimen Patrimonial del Matrimonio del Libro I del Cód. Civil a “Disposiciones comunes a todos los regímenes”. En lo sucesivo se lo denominará “Proyecto de Reformas”. A su vez el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio”, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95 (Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999), aborda sobre las “Disposiciones comunes a todos los regímenes” (Secc. 3ª dentro de Capítulo I de “Disposiciones generales” del Título II “Del régimen patrimonial del matrimonio” del Libro III del cit. Código. En lo sucesivo: “Proyecto de Código Civil”).

exhortaron a la República Argentina a adecuar su régimen actual de bienes del matrimonio, a los sistemas imperantes en Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.<sup>17</sup>

La República Argentina, es el único miembro que veda la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial matrimonial, y esta circunstancia generó durante la vigencia del art. 6º de la ley 2393 de Matrimonio Civil, antecedentes jurisprudenciales de trascendencia política, como el caso de la viuda de Goulart, ex presidente de Brasil. Goulart y su cónyuge, celebraron capitulaciones prematrimoniales, pactando separación de bienes. Ella, una vez casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador capitalino denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como “propio” de la viuda, lo que fue confirmado por la Sala F de la Cámara Nacional Civil.<sup>18</sup> Goldschmidt<sup>19</sup> califica la resolución como visualmente acertada pero duda si el resultado es satisfactorio.

La ley 23.515 (B.O. 12/6/1987) deroga la Ley 2393, y sensible a la realidad internacional imperante en este área del derecho privado, ordena el texto del art. 163 C.C., en el que afortunadamente incorpora un “punto de conexión”<sup>20</sup> fundamental, en el que se unifica en el *primer domicilio conyugal* todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. De esta manera serán aplicables en nuestro país, las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero y su eventual aplicación en el territorio nacional, como también –cuya rareza destaca Mazzinghi<sup>21</sup>– la posibilidad de que dichas convenciones sean celebradas en nuestro país, cuando el primer domicilio conyugal se fije en el país extranjero que admita y donde sea aplicable la convención formalizada.

El art. 40 del Tratado de Montevideo de 1889 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación. El art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado, de común acuerdo, *antes* del matrimonio. El Tratado de Montevideo de

---

<sup>17</sup> Allende Iriarte, Alberto. *Regímenes patrimoniales del matrimonio en los países del Mercosur*. R.d.N 897. pág.107.

<sup>18</sup> CNCiv., sala F, febrero 2-1982. V.G., J.M.- E.D. 99-676.

<sup>19</sup> Goldschmidt, Werner. *Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio*. E.D. 99-676.

<sup>20</sup> Punto de conexión es una norma indirecta que se limita a indicar el derecho privado que resolverá el caso cuando éste fuese de naturaleza internacional.

<sup>21</sup> Mazzinghi califica de saludable la modificación y establecer un régimen congruente que sin vacilaciones fija la ley que rige las convenciones conyugales en el aspecto patrimonial, eliminando la discriminación entre los regímenes resultantes de sucesivos cambios de domicilio y sin variar el criterio respecto de bienes muebles o inmuebles. Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable*. L.L. 2004-D-1300. En igual sentido Rapallini, Liliana Etel. *Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino*. R.N. 951, pág. 619.

1940 (arts. 16 y 17), determina que todo el régimen de bienes, incluso las convenciones matrimoniales, se regirán por la ley del *primer domicilio conyugal*, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.<sup>22</sup>

Ese primer domicilio, es el hecho condicionante que determina la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que con posterioridad exista una mutación del lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. Así, un matrimonio celebrado e instalado en España y que con posterioridad viniese y se radicase en la Argentina podría, de conformidad a los arts. 1315, 1318, 1325 y 1331 del C.C. español, celebrar convención matrimonial en nuestro país y cambiar de régimen económico.

El precepto legal no contempla cual es el tiempo que ha de durar la residencia común en ese primer domicilio para producir el efecto previsto por el art. 163 C.C., y deberá de ser apreciada por el criterio judicial, que evaluará si corresponde considerar o no un *animus* de permanecer en ese domicilio durante cierto tiempo o evaluar las razones que lo llevaron a permanecer allí en forma transitoria o indefinida.

Comenta Clariá que no existe ninguna contradicción entre el contenido del art. 163 y el art. 10 del C.C. ya que éste se refiere a aspectos de los bienes inmuebles distintos de aquellos que considera el Régimen de Bienes del Matrimonio. Esta última norma está vinculada a la determinación de la calidad de los inmuebles, a la capacidad para adquirirlos, al modo de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar a esos actos. En consecuencia, cuando se intenta establecer qué régimen jurídico adoptaron los cónyuges para regir sus bienes, cabe indagar en primer lugar sobre la existencia de convenciones matrimoniales y en caso de no existir, será aplicable la ley del primer domicilio conyugal. Si la misma establece un régimen de separación de bienes, el mismo regirá durante toda la vigencia del matrimonio.<sup>23</sup>

El art. 1277 C.C. rige en el orden interno, pero cuando el caso presenta elementos extranjeros, la solución varía. Si por lo expuesto, resulta aplicable una ley extranjera que no exija el asentimiento conyugal para disponer de un bien, no corresponde exigirlo en nuestro país. De esta manera, el Registro de la Propiedad Inmueble debe aceptar la validez de las estipulaciones contenidas en una convención matrimonial celebrada en país extranjero (v.gr. la adopción del régimen de separación de bienes), si al celebrarla los cónyuges dieron cumplimiento a las leyes de dicho país,

---

<sup>22</sup> El art. 2578 del Proyecto de Código Civil, prevé la opción de aplicar esta ley transcurridos cinco años desde el traslado del domicilio conyugal a la República –sin afectar los derechos de terceros–.

<sup>23</sup> Clariá, Eduardo Alfredo. *El régimen patrimonial – matrimonial en el derecho internacional privado*. R.d.N. 819, p.1257.

habiendo tenido en él su primer domicilio conyugal y en el documento con vocación registral se *acreditase* y expusiere con claridad la circunstancia apuntada.<sup>24</sup>

Razonablemente, en cuanto al estricto carácter real de los bienes, la ley contempla el respeto por la normativa nacional cuando estuviere en contradicción con la ley extranjera aplicable al régimen patrimonial extranjero convenido. Así por ej., los cónyuges no podrían constituir sobre un inmueble situado en nuestro país, un derecho real no reconocido por nuestra ley (art. 2502 C.C.); o se exigirá el asentimiento conyugal cuando habitasen en el inmueble sede del hogar conyugal hijos menores o incapaces, ya que el bien tutelado, no es estrictamente el carácter patrimonial sino la vivienda familiar como institución social, elemento sobre el cual el estado guarda un fin tuitivo fundamental y está en juego el orden público interno (art. 1277 *in fine*).

Si los contrayentes celebran capitulación matrimonial en el extranjero, en el que optan por el régimen de comunidad y además, convienen por ejemplo la asignación de bienes *post mortem* –de conformidad a la ley extranjera-, se plantea el interrogante si en nuestro país es factible declarar la nulidad parcial de esa convención –por la última estipulación-. Consideramos la invalidez total, ya que la aplicación del régimen legal argentino, limita como objeto de las convenciones a los establecidos en el art. 1217. No puede verse afectado el orden público interno; así la ley extranjera será inaplicable cuando conculque principios inalienables de nuestra legislación.<sup>25</sup>

#### **4. Necesidad de una reforma legislativa**

Nuestro ordenamiento jurídico receptó un régimen único y forzoso de comunidad, caracterizado por la unión de intereses entre los esposos que participan de la buena o mala fortuna del matrimonio. Su tipicidad es la formación de una masa de bienes que pertenece a los dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del otro al disolverse la comunidad.

La doctrina nacional contemporánea a la redacción de la obra de Vélez supo comprender las razones y conveniencia que motivaron al jurista cordobés a optar por un régimen único y forzoso para la familia argentina.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> En el mismo sentido, Lamber, Néstor D. *La acreditación del régimen patrimonial del matrimonio extranjero y la improcedencia del asentimiento conyugal*. Cuad.3 Centro de Estudios Notariales. De-leg. Lomas de Zamora. Coleg. de Esc. Pcia.BsAs, 2007. Pág.13.

<sup>25</sup> Comenta Capparelli que de esta manera se dejan de lado los principios de los arts. 1217, 1218 y 1219 y son aplicables otros regímenes matrimoniales; v.gr. podrán celebrarse en nuestro país contratos entre cónyuges, cuando lo admita la ley aplicable según el primer domicilio conyugal (en contra de lo previsto en el art. 1807 inc. 1º). Capparelli, Julio C. *Convención matrimonial*. L.L. 1990-D-659.

<sup>26</sup> En la época de codificación europea, las distintas regiones de cada estado, mantenían sus propias costumbres matrimoniales y su régimen económico. Ardua fue lograr la unidad legislativa, conciliar la

La admisión del divorcio vincular, la desaparición de la autoridad marital, la igualdad de cónyuges, la diversificación de tareas, actividades, oficios y profesiones sin consideración de géneros, el rol activo y dinámico que ha logrado la mujer argentina, la distribución de tareas del hogar entre los cónyuges, la migración a nuestro país de personas de países con regímenes matrimoniales diversos, la contratación y adquisición de bienes en nuestro territorio por personas casadas en el extranjero regidas por un determinado régimen patrimonial matrimonial, etc., son algunos de los múltiples factores que coadyuvan y obligan a renovar el análisis sobre el tema, más aún hoy en período de estudio y redacción de la Comisión del Decreto P.E.N. 191/11.

Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 1987), concluyeron –de *lege ferenda*– por despacho en mayoría que “debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones se aplicará un régimen legal supletorio”.

Cada régimen será conveniente según las particularidades de los cónyuges. En determinada unión será el de comunidad de gananciales el ideal en consideración a la organización familiar que los cónyuges adopten; mientras que el de separación de bienes podrá ser el adecuado para un matrimonio en el que los cónyuges por sus actividades comerciales o profesionales prefieran conservar la independencia patrimonial –sin perjuicio de asumir de manera conjunta las cargas del hogar e hijos-.<sup>27</sup>

## 5. Estipulación capitular

Casarse o no, tener hijos o no, elegir el momento o convenir su retraso, pactar la vida conyugal separada, la independencia personal, las consecuencias de un posible divorcio o una separación judicial, son supuestos de una problemática cada vez más intensa. El panorama es potencialmente conflictivo, el estudio jurídico del matrimonio y su economía, a la luz de su realidad actual. El Derecho tiene que contemplar conceptos económicos como inversión, ahorro, trabajo, consumo: ¿Quiénes y cómo van a contribuir a las cargas y obligaciones del matrimonio y los hijos; de quién serán los

---

determinación de un régimen legal y opciones convencionales, adecuándose a las particularidades de cada región. En Alemania al tiempo de la sanción de nuestro Código regía la unión de bienes en la parte norte del país (Sajonia, Silesia, Frisia Oriental, partes de Pomerania y de Schleswig-Holstein, Lübeck, ducado de Oldenburg, y en la mayor parte de Turingia, conf. Ennecerus, Ludwig – Kipp, Theodor – Wolff, Martin, *Tratado de Dcho. Civil*, Tomo IV, Dcho. De Familia, vol. 1º, Barcelona, Trad. De la 20ª ed. Alemana, 1953). En España, las distintas regiones se caracterizaban por contar con regímenes convencionales, siendo el régimen legal supletorio diferente según cada comunidad. Conf. Zannoni, Eduardo A. Ob. cit. pág 388.

<sup>27</sup> En Brasil se impone el régimen de separación de bienes, cuando uno de los cónyuges tiene determinada edad.

bienes que cada cónyuge adquiriera y lo que los respectivos cónyuges obtengan con su trabajo; quién puede disponer y con qué límites o condiciones; qué tratamiento debe recibir el trabajo para el hogar de los cónyuges; cuál de los consortes administra, va a decidir las inversiones y la disposición de bienes en el matrimonio; qué relaciones patrimoniales y cuáles contratos pueden celebrar entre sí los cónyuges?. Una mirada puesta en lo económico, provisto de una base realista, la económica y con una visión pragmática.<sup>28</sup>

Mientras el mundo jurídico se preparaba por resolver designios centrales como establecer la igualdad jurídica de los cónyuges en la disposición, gestión y administración de los patrimonios comunes, y regular la disolución del matrimonio por divorcio, una serie de situaciones explotaron casi inmediatamente frente a todos: la transexualidad, la filiación surgida de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, el matrimonio igualitario.

La concepción del régimen de bienes no tendió en la mente de Vélez, al enriquecimiento de los cónyuges, sino a la provisión de un sustento económico a la familia.<sup>29</sup>

Zannoni expresa que durante más de un siglo nuestra doctrina aceptó pacíficamente las razones que expuso Vélez Sarsfield al establecer como régimen legal único y forzoso la comunidad de gananciales, salvos supuestos específicos. Llegado el divorcio vincular, la doctrina nacional aceptó la posibilidad de salir de la inmutabilidad del régimen y adoptar convenciones de los cónyuges al respecto.

Cuando hablamos de convención entre cónyuges, nos estamos refiriendo al acuerdo entre los esposos que tiene por fin modificar o cambiar totalmente el régimen matrimonial vigente entre ellos.<sup>30</sup> El sistema de Vélez fue rígido en este aspecto. Limitó las convenciones al inventario de bienes propios, reserva de administración por la esposa, donaciones del marido a la mujer y donaciones entre esposos para después de su fallecimiento. Fuera de ellas nada podía pactarse y menos aún, luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219 C.C.). Excepcionalmente admitió que los cónyuges pudieran apartarse de él y establecer un sistema de separación en las situaciones autorizadas por ley, no como opción sino como posibilidad de pasar del primero al segundo -en ciertos casos- manteniendo la convivencia matrimonial.

---

<sup>28</sup> Garrido De Palma, Víctor M. *La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV. Familia. Volumen 1º. Madrid Civitas. 1º Ed. 2001. p.199.

<sup>29</sup> Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil*. RN Nro. 902, pág.178

<sup>30</sup> Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. p.381.

El art. 1217 C.C., tal vez sea el punto de inflexión para definir al régimen matrimonial argentino, ya que establece que nada puede incluirse en el contrato nupcial que signifique una modificación del sistema legal: “Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1) La designación de los bienes que cada uno lleve al matrimonio; 3) Las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro”.<sup>31</sup>

El inventario tiene una utilidad innegable, y es que al confeccionarlo antes de las nupcias es la prueba más eficaz y terminante contra la presunción de ganancialidad que rige para los bienes de la pareja al disolverse la sociedad conyugal.

Antes de la derogación del art. 1224 C.C. el inc. 1 del art. 1217 C.C. tuvo otro alcance. Para algunos era un simple inventario. Interesante fue la discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno al derogado art. 1224 del C.C. que llegó hasta la naturaleza misma del régimen matrimonial argentino, si se trataba de comunidad de ganancias o de comunidad de ganancias y parcial de muebles. Dicho artículo establecía: “Si no hubiera escritura pública o privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que éste se contrae, haciéndose comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos; y disuelta la sociedad, se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de los muebles y cosas fungibles que durante el matrimonio adquieran marido o mujer, por herencia, legado o donación”. ¿Se establecía una presunción o la ley imponía la ganancialidad de los muebles sin otra alternativa que el convenio previo?<sup>32</sup>

Si se realizaba el acuerdo previo estableciendo y reservando como propios los bienes muebles anteriores al matrimonio, la presunción de ganancialidad no jugaba. La cuestión era, si celebrado el matrimonio sin convención nupcial, podía o no destruirse la presunción de ganancialidad con otra prueba diferente. Las aguas se dividieron según el juicio general que se tuviera sobre la naturaleza del régimen matrimonial del Código. Colmo opinaba que este artículo consagraba el principio de todo el régimen de la sociedad conyugal: la comunidad universal de bienes, ya que si no había escritura previa, los aportes de muebles eran considerados comunes, al igual que los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio si no mediaba prueba escrita en contrario. Así el art. 1271 C.C., no modificado, generalizaba el criterio del art. 1224 C.C., expresando que todos los bienes de la sociedad conyugal existentes a su diso-

<sup>31</sup> Conf. Guaglianone, Aquiles H. T.1, pág.146. El inc.1) del art tuvo su origen en el proyecto español de 1851 y en el código chileno, aunque en éstos la enunciación de los bienes era imperativa, y en el segundo exigía la mención del valor de los bienes y el detalle de las deudas. La modificación al inc 3 del art 1217 CC fue realizada por la ley 26618/10.

<sup>32</sup> Guaglianone, Aquiles H. Op. cit. Pág. 153.

lución serán considerados gananciales, salvo prueba contraria en forma. El art. 1224 C.C. contemplaba el momento matriz del patrimonio conyugal (los bienes aportados), y el art. 1271 C.C. refiere al momento liquidatorio de dicho patrimonio (bienes adquiridos durante el matrimonio y que estima gananciales). El art. 1271 establece una presunción, el art. 1224 era imperativo: si no hubo reserva del dominio de dichos bienes, se juzgaba que el matrimonio se contraía haciéndose comunes los mismos, ya que la única prueba que aceptaba en contra era la convención matrimonial.<sup>33</sup>

La función del inventario era la de elección del régimen patrimonial matrimonial<sup>34</sup> y desplazaba la caracterización del régimen legal de “comunidad de ganancias” por el de muebles aportados y ganancias”, quedando la primera para el caso que los contrayentes eligieran régimen y la segunda como régimen supletorio.<sup>35</sup>

Para Guaglianone del texto del artículo citado no podía deducirse la calificación al régimen argentino como de comunidad de ganancias y parcial de inmuebles, sino que establecía una orden de la ley dirigida al juez, imponiendo una interpretación al silencio guardado por las partes en el contrato de matrimonio o al no otorgarlo.<sup>36</sup>

Suprimido el artículo, el inventario es ahora sólo una prueba preconstituida del carácter propio de los bienes enunciados, con la posibilidad de incluir las deudas, acompañado de una tasación o estimación de su valor (Arts. 1251 y 1256 del C.C.).

El art. 1218 C.C. es rígido pero falto de precisión, ya que luego de estructurar las convenciones, quedó como un complemento y conclusión del art. 1217 C.C.

El régimen matrimonial argentino puede considerarse único en el derecho comparado, y única también es la limitación extrema a la posibilidad de los pactos prenupciales. Vélez Sarsfield consideraba que en nuestro país nunca se habían visto contratos de matrimonio y si éstos no aparecieron como necesarios, podían conservarse las costumbres del país. Prefirió regular las convenciones matrimoniales con los contra-

<sup>33</sup> Conf. Guaglianone, Aquiles H. Op.cit. T.1, pág.154, éste fue el voto del Dr. Alfredo Colmo disintiendo con la mayoría en el caso “María o Patrocinio Paz Galarreta”...También fue la opinión del Dr. Manuel Argañaraz en el caso “Máximo del Río”.

<sup>34</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. T.2. “Convenciones matrimoniales y contratos entre esposos”. 5º Edic. Bs.As., Depalma, 1991. Pág.26. El inventario de los muebles aportados era el medio de que disponían los contrayentes para optar por el régimen convencional de comunidad de ganancias en lugar del legal de comunidad de ganancias y muebles aportados.

<sup>35</sup> Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. p.383 fue la postura de Fassi, Colmo, Lafaille, Bibiloni, Bossert, Belluscio, la jurisprudencia de la SCJBA por Algañaraz. Por la posición contraria: Segovia, Machado, Rébora, Bidau, Borda, Gustavino, y la jurisprudencia de Cap. Fed. que luego adhirió la SCJBA.

<sup>36</sup> Agregaba que el art. 1271 C.C. es de carácter general, tiene otro ámbito de aplicación, y resuelve la presunción dudosa de ciertos bienes (muebles o inmuebles) al tiempo de la disolución de la comunidad. El art. 1224 C.C. era especial, se refería a los bienes muebles que se aportaban al celebrarse el matrimonio, que serían comunes si otra cosa no se hubiere dicho en la convención matrimonial.

tos ordinarios (Sección III del Libro II)<sup>37</sup>. Para Machado debía legislarse en el título del matrimonio como Freitas. Bibiloni que había advertido que la sociedad conyugal no era un contrato sino un régimen impuesto por la ley, incluyó las capitulaciones y la sociedad conyugal con el matrimonio como uno de sus efectos.

Una primera característica es que los pactos prenupciales no pueden ser modificados luego de celebrado el matrimonio, y es la regla consagrada en el art. 1219 del C.C.<sup>38</sup> Los motivos de esta inmutabilidad (tomado de las costumbres francesas), se reducen a evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas; para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original; y para que éstos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

Llerena, interpretando el art. 1219 C.C., admitía la posibilidad de modificar el contrato de matrimonio, aunque sólo con efecto entre los cónyuges y no frente a terceros, ya que el principio de inmutabilidad aspira a evitar el fraude a éstos últimos.<sup>39</sup> Esta opinión no fue acompañada por otros autores en nuestro país. Diferente es la postura respecto a la viabilidad de la modificación, revocación o alteración del contrato antes de la celebración del matrimonio, ya que hasta ese momento las capitulaciones son un mero proyecto.<sup>40</sup>

Lo que existe es la prohibición de cambiar convencionalmente el régimen de bienes o las estipulaciones del contrato prenupcial luego de celebrado el matrimonio, pero ello no obsta a que esa modificación pueda provenir de *otra causa* permitida por la ley, como por ejemplo en el caso de separación judicial o el restablecimiento posterior de la misma, o la revocación de las donaciones. Disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges pueden fijar las bases para la liquidación y partición del haber ganancial, realizar acuerdos relativos a la partición y adjudicaciones, etc.

Con respecto a las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico, el Proyecto de Reformas las prohíbe, al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), y establecer que los esposos pueden hacer convencio-

<sup>37</sup> Vélez estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio, es el primero de los contratos regulados, una especie dentro del genero sociedad civil. Lo cierto es que siendo un régimen imperativo no se aviene con la idea de contrato y la voluntad contraria de los contrayentes es ineficaz.

<sup>38</sup> Este artículo ha sido tomado directamente del art. 1251 del Esbozo.

<sup>39</sup> Llerena, Baldomero. *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*. T.IV. 3ª Edic. Buenos Aires, Edit. La Facultad, 1931. Pág. 331.

<sup>40</sup> El art 1251 del Esbozo de Freitas decía: Pero, antes de la celebración del matrimonio, estos contratos pueden ser distractados, alterados, o aumentados, toda vez que se lo haga de la misma forma y con las mismas solemnidades de la primitiva estipulación, concurriendo las mismas personas que hayan intervenido en ella.

nes antes de la celebración del matrimonio únicamente sobre determinados objetos, y entre ellos, la opción que hicieren por alguno de los regímenes matrimoniales previstos (art. 495 inc. 4 del proyecto).<sup>41</sup> Los cónyuges pueden optar por el régimen subsidiario de la comunidad de ganancias (art. 514 del proyecto), el de separación (arts. 556/560 del proyecto) o por el de participación de las ganancias (arts. 561/571 del proyecto), pero no podrán convenir un régimen mixto con disposiciones de uno u otro régimen, ni optar por el régimen dotal; tampoco será posible limitarse a declarar que no rige el régimen de comunidad de bienes sin especificar a cuál se someten.

Es verdad que es más fácil describir situaciones de injusticia que ejemplos de justicia. El sentimentalismo no es de gran ayuda para descubrir cuál sería nuestra conducta si el procedimiento cambiase. Una nueva solución aún no experimentada todavía en nuestro país, fácilmente puede llevarnos a concluir que podría reparar las injusticias que el sistema actual presenta, aunque sería imposible prever las injusticias que el nuevo régimen pudiese acarrear. No es propicio asustarse e inquietarse con la mera idea de incluir opciones diferentes al régimen patrimonial matrimonial. La mayoría de los países han pasado por estas modificaciones a través de los años; la evolución en el derecho comparado nos condujo hacia la existencia de más normas, más libertad y más igualdad.<sup>42</sup>

El régimen patrimonial del matrimonio requiere una revisión total, las diferentes reformas han provocado que de 107 artículos que comprende el Título “De la sociedad conyugal”, 4 fueron expresamente derogados, 8 modificados o sustituidos, y uno agregado.<sup>43</sup> La idea propuesta es que cada matrimonio pueda adecuar el régimen de bienes a sus circunstancias particulares, adscribiendo a uno u otro sistema que la ley podría delinear, también pasar de un régimen a otro si lo consideran conveniente; siempre cuidando la situación de terceros acreedores de los cónyuges.

Es cierto que en Buenos Aires de 1870, como también en el interior del país, pensar en un régimen de separación de bienes era contrariar la realidad objetiva. La estructura socio-económica familiar ha cambiado, los cónyuges comparten el mercado de trabajo, ejercen profesión, oficios, empleos, comercios, con lo que un régimen que fue apto para un determinado período, deja de serlo para otro sustancialmente dife-

---

<sup>41</sup> El art. 496 del proyecto establece que toda otra convención de los esposos sobre otro objeto del matrimonio es de ningún valor.

<sup>42</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al código civil (Decreto N°468/92). JA 1993-IV-842.

<sup>43</sup> Derogados por la ley 17.711 y 23.515: arts. 1220, 1221, 1224, y 1292. Modificados o sustituidos arts. 1217, 1238, 1272, 1276, 1277, 1294, 1306 y 1312. Agregado: art. 1316 bis. Reformados por la ley 26.618: art. 1217 inc. 3, 1299, 1300, 1301, 1315, 1358, 1807 inc. 2.

rente. La ley no puede presuponer que todas las familias se ajustan a un modelo único, es una realidad con muchas variables y circunstancias que justifican un grado de permisividad en el ordenamiento jurídico. Tenemos familias con tradición aún patriarcal, otras más asociativas y aún hoy matrimonios de personas del mismo sexo. No hay un régimen mejor que otro, es la ley la que debe permitir que los consortes elijan entre un espectro de posibilidades, como tampoco hay un régimen único que pueda prever la innumerable cantidad de situaciones familiares y económicas. Es aquí donde fluye como natural la necesidad de la libertad convencional.

En los países con pluralidad de regímenes, la mayoría de las convenciones matrimoniales se celebran en las segundas o ulteriores nupcias. La ley no puede permanecer inactiva fomentando de esta forma, indirectamente, el concubinato, como también es menester cuestionarse si es justo la división por mitades de los gananciales. Las leyes tienden a una igualdad de los hijos, al divorcio vincular, la patria potestad compartida, nociones todas que se desarrollan en derredor de un concepto que es el de igualdad jurídica, que deriva en la no discriminación de las diferentes realidades que vive nuestro país en toda su extensión, teniendo en cuenta que no es lo mismo una familia tradicional de La Rioja que la de Capital Federal. He aquí el replanteo acerca de si se justifica la existencia de un régimen único legal y forzoso de comunidad.<sup>44</sup> Muchos ex cónyuges divorciados pretenden contraer nuevas nupcias, pero no quieren someterse nuevamente al régimen de comunidad, ya que cada uno tiene su propio patrimonio, consolidada su actividad, sus ingresos, y no quieren que las relaciones económicas afecten sus relaciones afectivas; o existen hijos de matrimonios anteriores y expresan sus deseos de que los bienes que tengan a ese momento sean para los hijos de esos matrimonios previos y que no se vean perjudicados por la nueva relación. Todas estas cuestiones que de ninguna manera afectan al orden público, podrían canalizarse a través de normas que no afectaren los intereses privados en lo que hacen a la organización económica del matrimonio.

Es suficiente que exista un cierto número de personas que puedan sufrir estos males para que el legislador no cierre los ojos y no siga manteniendo ni imponiendo la obligatoriedad de un régimen. Podría pensarse en la captación de la voluntad, en el dolo de un individuo que pacta el régimen de separación de bienes para condenar a su mujer al hambre, pero aquí estaríamos minusvalorando la capacidad y el raciocinio de la mujer. Hay que pensar en una respuesta para aquellos que tengan un interés

---

<sup>44</sup> Zannoni, Eduardo, Belluscio, Augusto César y Vidal Taquini, Carlos. *Convenciones Prematrimoniales*. R.d.N. N°823. Pág. 942.

real en un régimen de separación de bienes. Gran cantidad de países latinoamericanos y europeos admiten más de un régimen, y en caso que los consortes no pacten un régimen patrimonial, la ley establece uno supletorio. En nuestro país, dicho régimen debería ser el de comunidad de gananciales, que más se identifica con la tradición nacional. Si los contrayentes no expresaran su voluntad a través de una convención, debe suponerse que adhieren tácitamente al régimen impuesto por la tradición argentina.

El régimen de comunidad de gananciales se adecua a una economía en que uno de los cónyuges aporta económicamente y el otro realiza tareas en el ámbito hogareño, se equipara la valuación del trabajo que realiza uno fuera del hogar con la tarea que el otro desarrolla dentro. En cambio el régimen de separación de bienes es el que mejor se adapta a los casos en que los dos cónyuges realizan actividades económicas, empresariales, profesionales, independientes, sin soslayar las cargas de la sociedad conyugal que pesan sobre los dos de manera solidaria.

La mayoría de la doctrina nacional concuerda en permitir la opción por un régimen convencional. Los argumentos a favor son varios: la diversidad de situaciones conyugales desde el punto de vista económico, que favorecería la celebración de matrimonios y el principio de libertad contractual; las muchas parejas de divorciados que desean contraer segundas nupcias y no lo hacen por no someterse nuevamente a la comunidad de gananciales. Ambos cónyuges son quienes deberían solucionar sus propios problemas en lugar de imponérseles autoritariamente una solución.

Si no hubo costumbre a favor de las convenciones es porque el marco legal no lo permitía. La solución pluralista del derecho extranjero no debe ser ignorada. El principio de igualdad jurídica se ve vulnerado cuando es impuesto un régimen legal único y forzoso. Es una opción la libertad de elección y no una obligación y aunque sea ejercida por una minoría, no se advierte el fundamento de la negación. De igual modo, es imprescindible a la par la existencia de un régimen primario que prevea lo relativo a las cargas comunes y la protección del hogar conyugal.<sup>45</sup>

Se han ocupado de este tema y en sentido favorable a la reforma: el Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia (Salta, 1983), el Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia (Cáceres, 1987), las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de

---

<sup>45</sup> La Comisión designada por Decreto 685/95 proyectó un régimen primario de mucha mayor protección que la otorgada por el régimen de comunidad actual.

Familia (Buenos Aires, 1992), el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998) y las XIX Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 2003).

Guaglianone agrega que el criterio legislativo es ir hacia una libertad cada vez mayor de los particulares, desapareció la incapacidad de hecho de la mujer casada, la condujo al mundo de los negocios y diversificó las fuentes de recursos para el sostenimiento del hogar. Fundamentalmente que la seguridad de los terceros no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial sino en la publicidad que se da del mismo.

Las cuestiones de distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley, la que sólo debe preocuparse por cuestiones básicas (contribución a las cargas del matrimonio, vivienda de la familia, deudas contraídas para el mantenimiento del hogar y educación de los hijos).

No se trata de compartir el bienestar, la prosperidad o su ausencia, que es lo que naturalmente se participa cuando el grupo está unido, sino de otorgar a las partes el derecho de convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta, al momento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro.

En España (art. 1381 ref. por Ley 11/1981) los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de la actividad económica que desarrollan, siendo causal de disolución de la sociedad de gananciales el incumplimiento reiterado de dicha obligación (art. 1393 inc. 4º).<sup>46</sup>

Los contrayentes coinciden en querer los aspectos sustanciales del matrimonio, pero la mayoría ni sospecha cómo es el régimen patrimonial que los rige, ni siquiera la sumaria información que se les proporciona al momento de casarse, alude al régimen de bienes. *No se puede querer sino aquello que se conoce*, es por eso que los contrayentes no manifiestan su voluntad respecto del régimen aplicable imperativo.

### **5.1. Objeto de las convenciones matrimoniales**

En nuestro derecho los únicos contenidos de las posibles convenciones matrimoniales no hacen al régimen patrimonial del matrimonio en sí mismo, sino apenas a pre constituir una prueba a través del inventario de los bienes muebles que cada uno lleva al matrimonio, o todo lo relativo a las donaciones prenupciales.

La naturaleza jurídica de la convención, es un acto jurídico familiar patrimonial.

---

<sup>46</sup> ALARCON PALACIOS, Yadira. *Sistema de gestión de la sociedad de gananciales en el derecho español*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 10: 86-91, 1998.

El nuevo inciso 3º del art. 1217 C.C. superó un viejo resabio de desigualdad entre hombre y mujer, al permitir las donaciones entre futuros cónyuges, fundamento en el que se basó el codificador para prohibir a la mujer hacer donaciones prenupciales.<sup>47</sup> Otra modificación trascendente que produjo la ley 26.618 fue que el cónyuge que no dio causa a la separación personal -y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204-, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en convención matrimonial (art. 212 C.C.). Hay un cambio de fondo, antes el único que podía hacer una donación prenupcial era el marido, y lógicamente era el único que siendo inocente en la separación o divorcio, podía revocarla. Hoy la revocación de la donación hecha en convención matrimonial, puede hacerla quien revista calidad de inocente, sea hombre o mujer.<sup>48</sup>

En cuanto a los sujetos, se requiere capacidad de obrar para todos los actos jurídicos y luego sólo los que se encuentran capaces para celebrar matrimonio entre sí son aptos para celebrarlo. El Proyecto de Reformas establece que las mujeres de 16 a 18 años y el varón o la mujer menores de edad núbil, dispensados del impedimento de falta de edad, son excluidos del pacto. Tratándose de un acto jurídico bilateral, es suficiente que uno de los contrayentes sea incapaz de celebrarlo para impedirlo. Nuestro derecho actual, conforme con el art. 1222 C.C., aunque con otros alcances, establece que el menor que puede casarse, puede efectuar las convenciones matrimoniales si concurren a su otorgamiento las personas cuyo previo consentimiento se necesita para contraer nupcias. Este Proyecto de Reformas dispone que los contrayentes son admitidos exclusivamente a elegir uno de los regímenes que prevé el mismo, no pudiendo modificar el que eligen o crearse un régimen particular o substraerse a régimen alguno.<sup>49</sup>

En cuanto a la oportunidad de la celebración, el Proyecto de Reformas establece que las convenciones son anteriores al matrimonio, y en caso que los consortes contraigan matrimonio sin convenir sobre el régimen de bienes y desean hacerlo después, deben esperar dos años luego de contraídas las nupcias.

---

<sup>47</sup> Dice la Nota al título "De la sociedad conyugal": "Desde que la mujer debe entregarle al marido todos sus bienes ¿Qué fin honorable puede tener una donación de la esposa al esposo? Importaría comprar un marido".

<sup>48</sup> Solari, Néstor E. *El régimen patrimonial del matrimonio en la Ley 26.618*. T-2010-F, Sec. Doctrina. Pág. 810.

<sup>49</sup> En el derecho español está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen de comunidad o lo modifiquen; el régimen supletorio es el de comunidad.

Las convenciones son facultativas y no son inicialmente definitivas porque pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio, siempre que se ajusten a las disposiciones pre-establecidas. Son puras y simples, no admiten modalidades impuestas por las partes, la única condición a la que están sometidas, es a que el matrimonio se celebre válidamente.<sup>50</sup> Los efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte.

Los sujetos de la convención son los esposos mayores de edad con vínculo vigente. En el caso de los esposos separados de bienes por separación personal está expresamente prevista en el Proyecto de Reformas para el caso de reconciliación: pueden elegir el régimen de participación o la comunidad nacida con su acuerdo expreso con efectos a partir del mismo o hacer renacer la comunidad que fue disuelta por la sentencia de separación personal u optar tácitamente por la separación de bienes en que fueron emplazados en virtud de la misma. Los esposos separados de bienes por causa diferente de la separación personal están facultados para cambiar este régimen conforme con la regla general, esperando necesariamente dos años de la vigencia de aquel.<sup>51</sup> Los esposos separados de hecho también pueden mutar el régimen que los rige.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se propone la imposición del cambio por uno solo de los esposos. La única posibilidad es mutar de un régimen legalmente organizado por otro también organizado por la ley. Debe responder la modificación al interés familiar, expresarse las causas que motivan el cambio y contar con homologación judicial; debe ser formalizada por escritura pública, no por acta judicial, anotarse al margen del acta de matrimonio y no en el registro de bienes. No se aceptan modificaciones al régimen vigente entre los cónyuges.

Podría convenirse para producir efectos al vencimiento del plazo de los dos años de vigencia del régimen a que están sometidos los esposos, porque eso no contraría el espíritu de la ley. El nuevo régimen comienza a surtir efectos desde la fecha de la homologación judicial y es en ese momento cuando se produce la extinción del régimen que lo precede. Para producir efectos frente a terceros debe estar inscripto al margen del acta de matrimonio. La extinción del régimen de comunidad o del régimen de participación para ser reemplazado por otro debe proceder primero a su liquidación y partición de la comunidad, liquidación del crédito de participación.

---

<sup>50</sup> En España se aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos, ejemplos: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

<sup>51</sup> Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. pág.399.

## 5.2. Pluralidad de regímenes

El Proyecto de Reformas y el Proyecto de Código Civil, introdujeron la libertad de elección del régimen matrimonial. En ambos se mantuvo como régimen legal a la comunidad de ganancias; en el primero se permitió elegir entre el de separación de bienes y el de participación en las ganancias; en el segundo la única opción es por el de separación de bienes. El sistema del régimen matrimonial no ha sido alterado con la ley 26.618; las reformas previas han agregado capas legislativas al texto originario del Código Civil, muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilidad ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua de lograr.

Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. No hay país de Europa que no los haya reformado, global o parcialmente, en los últimos años. La evolución empezó con la Segunda Guerra Mundial con la reforma alemana de 1958. Todas esas reformas respondieron a transformaciones de las relaciones conyugales, sobre todo la evolución de la mujer desde su trabajo fuera del hogar, lo que dejó al hombre lejos de ser el único productor de bienes en el matrimonio. Al examinar los regímenes actuales de la legislación comparada<sup>52</sup>, la igualdad y la independencia de los cónyuges en la gestión de los bienes, la autonomía profesional, la afectación de los bienes a las cargas del hogar, la responsabilidad solidaria por las deudas del hogar y los hijos, son características garantizadas en todos ellos, y ha derivado la igualdad en un reconocimiento de la libertad de los cónyuges para elegir el régimen patrimonial.<sup>53</sup>

Admitida la necesidad de un régimen matrimonial, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica o no. El derecho comparado ofrece tantos sistemas como legislaciones positivas existen, no se ha dado una regla lógica de atender a un criterio uniforme en la elección de ese criterio tipificante y no se ha

---

<sup>52</sup> Así se manifiesta en el derecho francés donde está admitida la estipulación convencional de partición no igualitaria, o en Quebec donde el derecho a compartir los gananciales es renunciable, incluso a pesar de convención en contrario. También hay previsiones en España como la compensación aún en el régimen de separación de bienes, el cómputo como carga que da derecho a una compensación del trabajo doméstico, la posibilidad de pactar una participación distinta a la establecida en el régimen de participación en las ganancias, si rige por igual para ambos cónyuges y en la misma proporción en ambos patrimonios.

<sup>53</sup> Hernández, Lidia Beatriz: El régimen patrimonial del matrimonio. El rol de la autonomía de la voluntad. Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2008-2. Ed Rubinzal-Culzoni. pág.9. La igualdad jurídica de los consortes, deriva inevitablemente en la contribución a las cargas del hogar. Se refiere a la igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca de la que habla Moulders-Klein, al suprimirse la jefatura marital de la comunidad.

logrado uniformidad en la clasificación. Fassi<sup>54</sup> toma como elemento esencial la repercusión del régimen matrimonial sobre la propiedad de los bienes y distingue cinco sistemas típicos y 2 instituciones particulares. Son regímenes tipo: 1) El régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido; 2) el régimen de separación de bienes; 3) el régimen de unidad de bienes; 4) el régimen de unión de bienes o de administración y disfrute del marido; y 5) el régimen o regímenes de comunidad. La dote<sup>55</sup> y los bienes reservados<sup>56</sup> son instituciones especiales, porque deben combinarse con otro régimen para constituir un sistema completo.

La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales. Y como excepciones tenemos con régimen obligatorio único a Argentina, Bolivia y Perú; Rusia, República Federal de Yugoslavia, Hungría y otros algunos países socialistas del Este; o Portugal que impone como régimen de separación a los matrimonios *in artículo mortis*; o por la edad de los contrayentes en el caso de Brasil cuando el hombre tiene más de 60 años o la mujer más de 50. De todos modos, aún en los países en que existe un régimen de autonomía de la voluntad, existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes, convirtiéndose en una suerte de derecho común o de la mayoría de los matrimonios, y termina por constituirse en cada país, en un régimen nacional, dominante y tradicional.

Ya desde el derecho alemán se recomendaba el régimen de la comunidad universal como un símbolo perfecto del matrimonio. Para algunos juristas, esto era una utopía, en el matrimonio en que existe amor verdadero todo se regula por sí solo. La cuestión del régimen patrimonial se pone normalmente de manifiesto en la práctica cuando ya no existe cordialidad en la comunidad. ¿Es factible y conveniente que la unidad de vida sea total, comprendiendo cuerpos, almas y patrimonio?<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Fassi, Santiago C. *Estudios de Derecho de Familia*. Ed. Platense. Trabajo publicado en Revista del Colegio de Abogados en 1944, Buenos Aires, v. 12, N°3, La Plata. 1962. Pág.305.

<sup>55</sup> Es un instituto originado en el derecho romano como reacción contra el régimen de la absorción económica de la mujer por el marido y para alentar los matrimonios. Consistía en un aporte de bienes realizado por la mujer o su familia, al marido, para que éste los usufructúe e hiciera frente a las cargas matrimoniales, debía ser restituida al concluir el régimen. Fue evolucionando y así el marido tuvo en un principio la plena propiedad de esos bienes hasta terminar en sólo un usufructo. No sólo ha tenido acogida legal sino que en ciertas clases sociales es poco menos que un deber moral, mientras que otros pueblos la juzgan indecorosa. Guaglianone, Aquiles Horacio. *Régimen patrimonial del matrimonio*. T.I, Bs As, Edit. Ediar, 1968. pág.23. Para algunos autores no es un régimen sino una institución particular que debe necesariamente combinarse con otro régimen.

<sup>56</sup> Al evolucionar los regímenes de predominio marital surge este instituto como reconocimiento de la capacidad de la mujer casada, refiriéndose a los bienes de los cuales ésta conserva la administración, como los frutos de su profesión y trabajo, lo adquirido con dichos frutos, o los bienes adquiridos por permuta de un bien reservado. Esta institución responde a una idea contraria a la dote.

<sup>57</sup> Guaglianone, Aquiles Horacio. *Régimen patrimonial del matrimonio*. T.I, Bs As, Edit. Ediar, 1968. Pág.10.

Podemos tomar diferentes criterios para clasificar los regímenes<sup>58</sup> patrimoniales<sup>59</sup>:

I) Según la normativa: a) Imperativos: La ley establece un régimen patrimonial imperativo, único y forzoso del cual los cónyuges no pueden apartarse. b) Convencionales: Los cónyuges pueden elegir un régimen dentro de opciones que ofrece la ley, con dos variantes: 1) deben decidir qué régimen desean al momento de su matrimonio; y 2) la ley otorga la opción al momento de casarse pero, en defecto de ello, la ley dispone un régimen supletorio (es la más difundida).<sup>60</sup> c) Libres: Las relaciones patrimoniales de los cónyuges quedan sometidas al derecho común.<sup>61</sup>

II) Según la mutabilidad o inmutabilidad del régimen: a) Mutables: Puede cambiarse de régimen luego de haber optado por uno determinado. b) Inmutables: No hay opción, o si existe, puede ejercerse sólo una vez al momento de contraer matrimonio.<sup>62</sup>

III) Según la propiedad de los bienes: a) Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido: Al contraer matrimonio todo el patrimonio de la mujer, como universalidad, pasaba a incorporarse al marido, confundiéndose con su patrimonio y él era el único propietario y administrador. Podía disponer libremente de todos los bienes, era el único responsable de las deudas y cargas de la familia. Disuelto el matrimonio, la mujer solamente tenía derechos como heredera (no como socia) de una parte de los bienes<sup>63</sup>; y aún sobreviviéndole al marido, correspondían a la sucesión de él. Este régimen no tiene vigencia actual. b) Régimen de reconocimiento parcial de derechos de la esposa: También existió una absorción de la personalidad de la mujer por el marido durante el matrimonio<sup>64</sup>, la fortuna femenina como universalidad, se transmitía al marido, quien administraba, disponía y gozaba como si se tratara de sus propios bienes.<sup>65</sup> A la disolución, éste o sus herederos,

<sup>58</sup> Los diversos regímenes matrimoniales revelan a través de la historia y el derecho comparado, notas típicas que asemejan a unos y diferencian a otros, y vemos que se mueven entre dos extremos: la comunidad universal y la total separación, la unidad absoluta de los patrimonios y el apartamiento también absoluto de ellos.

<sup>59</sup> Fleitas Ortiz De Rozas, Abel y Roveda, Eduardo. Régimen de Bienes del Matrimonio, 2º ed. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Bs.As., La Ley, 2006. Pág. 2.

<sup>60</sup> En ciertos países donde existe este sistema, existen núcleos normativos imperativos para evitar distorsiones injustas o perjuicios a terceros.

<sup>61</sup> Este sistema no existe en el derecho comparado contemporáneo.

<sup>62</sup> Pueden existir causas o circunstancias determinadas por la ley, que conviertan el régimen elegido o establecido en el de separación de bienes (ej: art. 1294 C.C.). El principio de inmutabilidad fue establecido por el Código de Napoleón y de allí pasó a la mayoría de las legislaciones occidentales. En Francia desapareció con la reforma al código de 1965.

<sup>63</sup> Su origen se hallaba en el Derecho Romano, en el matrimonio *cum manu*. También en el *Common Law*, que producía la confusión de la personalidad jurídica de la mujer con la de su esposo. Tuvo vigencia en Inglaterra hasta el siglo XIX.

<sup>64</sup> En el Derecho Germánico como en el Romano, existió este tipo de absorción.

<sup>65</sup> Fassi, Santiago C. *Estudios de Derecho de Familia*. Ed. Platense. Trabajo publicado en Revista del Colegio de Abogados en 1944, Buenos Aires, v. 12, N°3, La Plata. 1962. Pág.248.

debían devolverle a ella o a sus herederos, los inmuebles (o su valor y el valor de los bienes muebles aportados por la mujer, quedándose con los frutos), pero siempre responde por las deudas. No tiene vigencia en la actualidad. Tenía dos variantes<sup>66</sup>: i) Régimen de Unidad de Bienes: Se le reconocía a la mujer un derecho de crédito al concluir el régimen. No le correspondía parte alguna en los frutos o en las ganancias habidas de la unión. El marido se hacía cargo de las deudas de la mujer, que podía descontar al momento de restituir el valor al producirse la disolución. ii) Régimen de Unión de Bienes: La mujer conservaba la nuda propiedad de los bienes durante el matrimonio. Existían dos masas diferenciadas, los bienes del marido que él podía administrar y disponer libremente, y los bienes aportados por la mujer, de los que el marido sólo tenía la administración y usufructo.<sup>67</sup>

c) Régimen de separación; d) Régimen de participación; e) Régimen de comunidad (Universal, Restringida de muebles o ganancias, o Restringida de Ganancias).

IV) Según la gestión o administración de los bienes:

i) De administración marital: En los regímenes de absorción, de unidad y de unión, la administración marital era una consecuencia lógica. También en el régimen de comunidad.<sup>68</sup> ii) De administración separada: En este caso cada esposo administra y dispone libremente de todos sus bienes, propios y gananciales, pero al disolverse la sociedad conyugal, todos los bienes gananciales forman una masa común que será partida entre los esposos. Algunos sistemas establecen ciertas restricciones a los efectos del control del cónyuge no titular sobre la disposición de ciertos bienes. El régimen funciona como de separación de bienes y a su disolución se procede como en cualquier comunidad.<sup>69</sup> iii) De administración conjunta: Los cónyuges administran y disponen conjuntamente los bienes gananciales.<sup>70</sup> iv) De administración indistinta: Cualquiera de los cónyuges puede realizar actos de administración o disposición sobre los bienes comunes.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Generalmente ambos regímenes aparecían confundidos, aplicándose los principios de la unión de bienes a inmuebles y los de la unidad de bienes a muebles y especialmente a los aportes en dinero por la mujer, dando lugar a un régimen compuesto.

<sup>67</sup> Fue establecido como régimen legal básico en Suiza con ciertas modificaciones en el Código de 1907, en Alemania hasta 1957, y en Francia hasta 1965 como sistema opcional.

<sup>68</sup> Fue aplicado en el antiguo derecho francés (el marido vivía como dueño y moría como socio), luego lo estableció el Código Napoleón de 1804. También el Código de Vélez Sarsfield en 1869, hasta que la ley 11.357 lo modificó, otorgando a la mujer la libre administración de ciertos bienes reservados (por ej.: el producido de su trabajo) y los bienes que adquiriera con esos fondos, hasta que la reforma de 1968 estableció el principio de administración separada.

<sup>69</sup> Este es el régimen vigente en Argentina desde la ley 17.711 de 1968.

<sup>70</sup> Algunos legislaciones tienden a agilizar la gestión de los bienes. Fue el sistema de países socialistas y algunos de Europa occidental como España.

<sup>71</sup> Fue el régimen establecido en la reforma del Código Civil de Bélgica de 1976.

**5.2.1. Comunidad de ganancias.** La comunidad matrimonial se presenta en el derecho comparado de tan diferentes formas que no puede sostenerse doctrinariamente que exista un régimen de comunidad. En todos ellos la nota común es la unión de intereses de los esposos, que participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. El espíritu societario lo anima, y se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos. No es de la esencia de la comunidad, ni la unidad de masa, de administración y de responsabilidad, ni la jefatura del marido.

En este régimen se forma una masa de bienes que al momento de la disolución se dividirá entre los cónyuges o entre éste y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición. No se trata de copropiedad o condominio sobre los bienes, y según su extensión determina distintos tipos de comunidad. El principio de administración separada lo establece el art. 1276 C.C., y retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la sociedad conyugal. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que componen dicha masa. Lo esencial es la partición, aunque no se haga por partes iguales.

Según la extensión de la masa común se describen diferentes tipos de comunidad:

1) Universal: Este régimen abarca los bienes que llevan los cónyuges al matrimonio y los que adquieran después, sin importar el origen. Consecuentemente hay responsabilidad común por las deudas que ellos contraigan.<sup>72</sup> Es el sistema que mejor responde al concepto de “unión de cuerpos y almas” y de matrimonio indisoluble, pero la proliferación de divorcios lo hace actualmente injusto e inaplicable.<sup>73</sup>

2) Restringida de muebles y ganancias: Los bienes muebles llevados al matrimonio, los frutos de los bienes propios y las ganancias o adquisiciones que realicen los cónyuges durante el matrimonio, son comunes. Los bienes propios son los inmuebles que cada cónyuge lleva al matrimonio y las adquisiciones gratuitas que realicen durante la unión.<sup>74</sup> Se forman tres masas de bienes: los bienes inmuebles propios de la mujer; los bienes inmuebles propios del marido; y los comunes o gananciales formados por los bienes muebles llevados al matrimonio o adquiridos luego y los inmuebles que no sean propios. Los bienes comunes se dividirán al terminar la comunidad entre los esposos, sin atención a su origen.

<sup>72</sup> Fue el régimen legal básico en Holanda, el Código Civil de Brasil de 1916 (sustituido por el de comunidad restringida en 1977).

<sup>73</sup> Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. T. II. Bs.As., Edit. Perrot, 1990. Pág. 205.

<sup>74</sup> Fue el régimen legal básico en el Código de Napoleón de 1804 y desde 1965 subsiste como opción convencional.

3) Restringida de ganancias: Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio, y los frutos de los bienes propios, son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio.<sup>75</sup> Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.<sup>76</sup>

**5.2.2. Separación de bienes:** existe independencia patrimonial entre los cónyuges, el matrimonio no modifica la propiedad de los bienes y no da a los consortes expectativas comunes sobre los mismos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y los que adquiera con posterioridad, por título gratuito u oneroso. La administración y disposición es absolutamente libre, salvo el caso de disposición de la vivienda familiar que forma parte del estatuto primario para cualquier régimen. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común.

En muchas legislaciones se han atenuado las consecuencias de la separación, a los efectos de proteger el patrimonio familiar común, restringiendo el poder de disposición o el destino final de estos bienes.<sup>77</sup> Es el sistema que más se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin la colaboración del otro.

Será un régimen original o derivado, según que se inicie el matrimonio con este régimen o se sustituya uno anterior. Y según su origen podrá ser: 1) CONVENCIONAL: No es aceptada en nuestro derecho. 2) JUDICIAL: Nace por sustitución de otro régimen hasta ese entonces vigente, que ha quedado disuelto por imperio de una sentencia dictada a pedido de uno de los cónyuges fundado en las causas legales. Es lo establecido en el art. 1294 C.C. que establece como causales fundantes, la mala administración o el concurso del otro cónyuge y el abandono de hecho de la

<sup>75</sup> Es el régimen más difundido: Como régimen único e imperativo: Argentina, Cuba (1975). Como régimen legal básico: Uruguay (1946), Brasil (1977), Chile (1994), Paraguay (1985), Perú (1985), España (1981), Italia (1975), Francia (1965), Portugal (1967), y diversos estados de Estados Unidos.

<sup>76</sup> Conf. Allende Iriarte, Alberto. Op.cit. Pág 99. Planiol y Ripert expresaban que estos bienes eran tan distintos de los propios de los cónyuges, hasta el extremo que se generaban relaciones jurídicas entre ellos.

<sup>77</sup> Nació en el derecho romano con el matrimonio *sine manu*, luego se desarrolló en los países del *Common Law*, y hoy es el régimen establecido con carácter opcional en algunos países y en otros como régimen legal básico. En nuestro país se estableció como régimen optativo en el proyecto de reforma al Código Civil del año 1998

convivencia matrimonial. 3) LEGAL: Se disuelve el régimen de comunión de bienes como efecto de la sentencia de separación personal del art. 1306 C.C.; subsiste el vínculo matrimonial pero se disuelve el régimen de gananciales, que debe liquidarse y da origen a un régimen de separación de bienes.<sup>78</sup>

El régimen de separación se extingue por mutación convencional o por disolución del matrimonio por divorcio o muerte. En el caso que quedaran bienes indivisos, a falta de acuerdo entre los cónyuges o entre el supérstite y sus herederos, la partición se hace según las normas de la partición de herencias.

Es válido el cuestionamiento si la instauración de este régimen favorece la unión familiar o si es instrumento de división. Es cierto que el matrimonio concebido como unión de personas hace pensar en la unión patrimonial, pero los regímenes de comunidad no constituyen un condominio sino que salvaguardan la individualidad en esta comunidad, algo así como una vocación a una porción en un reparto futuro. Es justamente el reparto final el que genera problemas en algunos casos y el que explica el régimen de separación, sobre todo cuando hay herederos, hijos, bienes importantes que hacen al desarrollo laboral o empresarial<sup>79</sup>, por ello es que en muchos casos este régimen es deseable, conveniente y justo. El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del supérstite, lo mismo que el divorcio no involucra división patrimonial. Si los patrimonios de ambos cónyuges son semejantes porque ambos producen bienes, el régimen de separación puede resultar el más adecuado. Nuestro régimen sucesorio se encarga de otorgarle al supérstite un reconocimiento a la cooperación, el esfuerzo común y la solidaridad, al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante, o permitir mejorarlo vía testamentaria.

En nuestro derecho no hay separación de bienes por convenio, pues rigen los arts. 1218 y 1219 C.C. Se requiere como forma esencial la sentencia judicial constitutiva del nuevo *status* patrimonial; y la separación debe ser causada.

**5.2.3. Participación de ganancias:** Es un régimen mixto ya que durante la vida del matrimonio cada cónyuge mantiene la libre administración y disposición de sus bienes, al igual que en el régimen de separación, pero es al momento de la disolución y a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas, quien tuvo menos ganancias

---

<sup>78</sup> Capparelli, Julio César. *El régimen de separación de bienes*. ED T-155. Pág.874. Dicho régimen de separación subsistirá hasta que se disuelva el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por conversión de la sentencia de separación en divorcio vincular.

<sup>79</sup> Así fue creado el régimen de indivisión forzosa de la ley 14.394, y el derecho de habitación viudal del art. 3573 bis CC que solucionan el problema con respecto a un bien determinado.

tiene un crédito contra el otro, hay un reparto de ganancias.<sup>80</sup> La operación matemática que se realiza es la siguiente: se valúan los bienes aportados al matrimonio, se comparan con los bienes que componen el patrimonio al momento de la disolución, y la diferencia entre ambos valores da como resultado la pérdida o ganancia de cada uno durante la vida matrimonial, y quien ganó menos tiene un crédito contra quien incrementó su patrimonio a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas.<sup>81</sup> Es el sistema que más prestigio ha adquirido en los últimos años; pretende equilibrar la independencia y la asociación, pero que no se ha impuesto por las dificultades que plantea el cómputo de los patrimonios inicial y final.

#### **5.2.4. Disposiciones Comunes.**

¿Con qué recursos se debe mantener un hogar? ¿Los gastos propios de los hijos, nacimiento, educación, crianza, estudios? La responsabilidad contractual o extracontractual que se genere por la actividad de cada cónyuge, ¿debe recaer sobre el patrimonio de quien lo generó o por el beneficio que produjo o pudo producir para la familia, es razonable que comprometa el patrimonio familiar?.

##### **5.2.4.1. Cargas de familia.**

El régimen patrimonial debe fijar cómo contribuirán los consortes para satisfacer las necesidades económicas de la familia, las llamadas cargas del hogar, la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes integrantes de aquellos patrimonios o adquiridos por los cónyuges durante la subsistencia del vínculo, la medida en que esos bienes responderán por las deudas de los contrayentes, especialmente las que surgen de las destinadas a las cargas del hogar.

La igualdad jurídica de ellos debe reflejarse en la contribución a las cargas del hogar como una consecuencia ineludible. Antes le correspondía al hombre la gestión de los bienes y también las responsabilidades.<sup>82</sup> La protección del hogar ocupa un lugar del mismo rango que la citada igualdad en las legislaciones. Así aparece un régimen primario buscando un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido, porque es posible elegir éste último pero prohibido derogar el primero.

---

<sup>80</sup> Su origen estuvo antes de la reforma de 1953, en el derecho consuetudinario húngaro que no conoció jamás la incapacidad de la mujer casada.

<sup>81</sup> Se aplicó en Alemania desde 1957 y es régimen optativo en muchas legislaciones. Fue incorporado en el anteproyecto de 1993 en Argentina, y luego excluido del proyecto de 1998. Lo tienen Austria, Grecia, Francia, Portugal y Suiza desde 1988.

<sup>82</sup> Hernández, Lidia Beatriz. Op.cit. Pág.10. Es la igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca que dio lugar a la aparición de un régimen primario, buscando el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y la protección del grupo familiar.

El pasivo de la sociedad conyugal tiene dos aspectos: Con qué *bienes* responderán los cónyuges frente a sus acreedores (“pasivo provisorio”) y *quién* en definitiva soportará el peso de la deuda en las relaciones internas de la comunidad conyugal (“pasivo definitivo”). En el art. 1275 C.C. original esta distinción no se planteaba, porque esa norma regía ambos aspectos, la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración puesto en cabeza del marido. La ley 11.357, en sus arts. 5º y 6º, introdujo una nueva regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, estableciendo el carácter separado en función de la titularidad de los bienes, y cada uno responde por sus deudas con los bienes, propios y gananciales que ha adquirido y administra.<sup>83</sup>

La ley no aclaró si derogaba o modificaba el art. 1275 C.C., lo que llevó a grandes debates doctrinarios hasta llegar al criterio predominante de Belluscio que tomando los conceptos antes descriptos de *obligación* (pasivo provisorio) y *contribución* (pasivo definitivo), vincula la primera con los arts. 5º y 6º de la ley 11.357, y la segunda con el art. 1275 C.C., que quedaría definiendo las cargas de la sociedad conyugal<sup>84</sup>, los clásicos *onera matrimonii*. Se trata de dos cuestiones: de obligación por la deuda que se presenta desde el origen de la misma; y contribución a la deuda, que se presenta al momento de la disolución y partición de la comunidad.<sup>85</sup>

Las cargas de la sociedad conyugal subsisten respecto del aspecto interno de las relaciones entre los cónyuges y cobran vigencia al tiempo de la disolución de la disolución de la sociedad conyugal. La ley 11.357 rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges -respecto de los acreedores no es aplicable el art. 1275 C.C.-<sup>86</sup>

El art. 1275 C.C. determina cuáles son las cargas de la sociedad conyugal y que deben ser soportadas por el activo de la comunidad, y si uno de los cónyuges las paga con recursos propios, tendrá derecho a recibir una recompensa<sup>87</sup> de la masa

<sup>83</sup> La ausencia de mención en el título del origen de los fondos empleados en la compra de un inmueble, resulta inconducente para determinar el sistema de gestión y la responsabilidad por las deudas, pues la titularidad de la adquisición es el criterio de atribución que informa la materia. CSJN, diciembre 1-987, Fisco Nacional, DGI c. Hays, Juan T. Idem, SC Buenos Aires, agosto 30-977. ED, 75-390.

<sup>84</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. T.2. “Pasivo de la Sociedad Conyugal”. 5ª edic. Bs.As., Depalma, 1991. Pág.113.

<sup>85</sup> Bueres, Alberto J. y Highton, Elena. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Contratos*. Tomo 3 C. Buenos Aires. Hammurabi, 2007. Pág. 150. Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. Tomo I. 5º Edic. Buenos Aires, Astrea, 2006. Pág.574.

<sup>86</sup> Es la opinión de Méndez Costa, Belluscio, Fassi. CApel. CC Morón; Sala II, Junio 14-990-ED, 139-295. Bueres, Alberto J. y Highton, Elena. Op.cit. Pág. 150. Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. Tomo I. 5º Edic. Buenos Aires, Astrea, 2006. Pág. 573.

<sup>87</sup> SCBA, marzo-7-1995. ED, t.164. Pág.399. La recompensa es un crédito existente entre el patrimonio de alguno de los cónyuges y la sociedad conyugal. Se resolvió que cuando se adquieren bienes entregando dinero en parte propio antes del matrimonio, y en parte ganancial, se le reconoce el carácter a la entrega mayor, y existe una recompensa a favor de la sociedad conyugal, si es menor la inversión ganancial. En nota al fallo citado, Mazzinghi, Gabriel. *Consolidación de doctrinas en materia*

ganancial al momento de liquidarse la sociedad conyugal. A la inversa, el pago de obligaciones personales, con fondos gananciales que no entran en la enumeración del art. 1275 C.C., da un crédito o recompensa a la sociedad contra el cónyuge que se benefició.<sup>88</sup> El artículo no tiene una disposición genérica sino que enuncia los supuestos en cinco incisos: 1º) Manutención de la familia y los hijos (hijos comunes, extramatrimoniales<sup>89</sup>, de matrimonio anterior del otro, todos los adoptivos, sin que sea necesaria la convivencia) y los alimentos que uno de los esposos se encuentre obligado a dar a sus ascendientes (por sentencia judicial o voluntariamente; pero no incluye a otros parientes como hermanos, medio hermanos o por afinidad). 2º) Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges.<sup>90</sup> 3º) Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido y las que contrajese la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse.<sup>91</sup> 4º) Lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos del matrimonio.<sup>92</sup> 5º) Lo perdido por hechos fortuito como lotería, juegos, apuestas, etc.<sup>93</sup>

Todo lo que se ha consumido durante la vigencia de la sociedad conyugal se presume gastado en su beneficio<sup>94</sup>, y si a su disolución uno de ellos alega que ha invertido fondos propios en beneficio de la comunidad y el otro cónyuge no aporta prueba su-

---

*de sociedad conyugal.* Discrepa expresando que lo que determina el carácter del bien, no es el pago de la mayor parte del precio, sino la causa-título de adquisición, para unos será la escritura y para otros el boleto de compraventa, pero será el juez quien en cada caso concreto lo resolverá.

<sup>88</sup> Debe considerarse propio del marido el inmueble adquirido durante el matrimonio con el producido de la venta de otro bien propio del mismo, si bien la sociedad conyugal es acreedora de la diferencia de precio entre ambas propiedades. CNCiv. Sala D, marzo 31-954. LL, t.74.p.504

<sup>89</sup> El cónyuge de todas maneras tiene una obligación alimentaria subsidiaria con respecto a los hijos extramatrimoniales del otro (art. 368 C.C.).

<sup>90</sup> Modificado por ley 26.618, el texto anterior decía: Gastos de conservación y mantenimiento de los bienes propios de cada uno. Incluye los gastos de conservación física como las deudas devengadas para la conservación jurídica. Tanto se aplica para bienes propios o gananciales, si los gastos se generan con fondos gananciales no da derecho a recompensa, sí cuando se realicen con fondos propios; no corresponde al caso de mejoras que da derecho a una recompensa.

<sup>91</sup> A partir de las leyes 11.357 y 17.711 debe considerarse reformulado en el sentido de las "obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los esposos", éstas serían las cargas por excelencia. Si las adquisiciones onerosas de los cónyuges durante el matrimonio se presumen gananciales, es lógico que lo sean las deudas. Quedan excluidas las deudas originadas en la adquisición de un bien propio, deudas hereditarias, cargos impuestos a legados; las obligaciones que deriven del accionar antijurídico o ilícitos, o de hechos o actos antijurídicos de uno de los cónyuges; como los accidentes de tránsito en el caso que un cónyuge guiando el automóvil de otro, ocasiona un accidente, la responsabilidad del titular deviene del art.1113 CC;

<sup>92</sup> Es el apoyo económico dado a hijos comunes del matrimonio para formar una base para iniciar actividades comerciales o profesionales, aunque no exista obligación legal de hacerlo (art.270 CC).

<sup>93</sup> Así como las ganancias fortuitas son gananciales (art.1272 3º párr. CC.) lo perdido en juegos de azar, apuestas, etc es carga de la sociedad conyugal, y quien es responsable de dicha pérdida de fondos gananciales, no deberá recompensa por ello. También los gastos personales excesivos son carga de la sociedad conyugal. CNCiv., Sala C, febrero 11-977. ED, 73-517.

<sup>94</sup> CNCiv., Sala C, febrero 11-977. ED, 73-517.

ficiente para desvirtuar la presunción demostrando que el dinero fue gastado en otros bienes o ha saldado deudas propias, procede una recompensa.<sup>95</sup>

El tema de la contribución a las cargas del matrimonio, está regulado desprolijamente en nuestra ley. El art. 1300 C.C. establece que la contribución de los cónyuges debe ser proporcional a sus respectivos bienes. En la práctica esto es acordado por los cónyuges mediante acuerdos tácitos que rigen la convivencia, normas internas que se van renovando a medida que las circunstancias lo requieren. Es en este punto donde los cónyuges separados de bienes tienen que encontrarse patrimonialmente para proveer a las necesidades básicas de la vida en común. Puede ser que la contribución sea desigual, que uno aporte cuantitativamente más que el otro, ya que uno coopera con el cuidado del hogar y la atención de los hijos. Muchas leyes contemplan expresamente la compensación del trabajo de uno de los cónyuges para la casa, siendo computado como una contribución a las cargas, tratándose de un crédito ordinario, no siendo una obligación alimentaria sino una compensación.<sup>96</sup>

#### **5.2.4.2. Responsabilidad por deudas**

La *obligación*, responsabilidad por las deudas, se refiere a las relaciones de los cónyuges con los terceros, a la determinación de quién debe pagar las deudas, qué bienes pueden ser embargados por el acreedor, y en definitiva, a quién de los esposos podrá el acreedor llevar a juicio. La cuestión de la *contribución* consiste en establecer la masa que finalmente soportará la deuda, si propia o ganancial.

Puede suceder que se responda provisionalmente con bienes gananciales por deudas que no son comunes, entonces a la disolución del régimen surgirá una recompensa. La deuda será provisionalmente común ya que los acreedores del cónyuge deudor podrán perseguir bienes gananciales de su titularidad vigente la sociedad conyugal, pero en el pasivo definitivo jugará como deuda personal y pesará sobre el patrimonio propio del cónyuge que la contrajo. Asimismo, puede que la deuda sea definitivamente común perseguida por los acreedores sobre bienes propios del cónyuge deudor y en tal caso surgirá una recompensa a favor del consorte que la pagó a la disolución de la sociedad conyugal.

<sup>95</sup> CNCiv.Sala F- 03/6/2011- G.J.E. c/P.E. s/separación de bienes. El art. 1316 bis defiere al juez la apreciación del reajuste de la recompensa, y la Cámara aplicó el principio del esfuerzo compartido.

<sup>96</sup> Capparelli, Julio César. *El régimen de separación de bienes*. ED T-155. Pág. 874. El Tribunal Supremo español en S. 534/2011 el 14/7/2011 dijo que el derecho a obtener compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en régimen de separación de bienes requiere que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, para obtener la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

Para otra postura<sup>97</sup> el art. 1275 C.C. ha quedado derogado por la ley 11.357. Y para una posición intermedia<sup>98</sup>, sostenida por Lafaille, Cornejo y Guastavino sólo estiman modificado el inc. 3º del art. 1275 C.C. Es un debate jurídico aún no resuelto.

En el régimen del Código Civil el art. 1275 inc. 3º ponía a cargo de la sociedad conyugal todas las obligaciones y las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido y las que contrajese la mujer en los casos que legalmente podía obligarse.

Los arts. 5º y 6º de la ley 11.357, rigen la posibilidad que tienen los acreedores de algunos de los esposos de agredir el patrimonio de su deudor, o en ciertos casos en forma limitada, el patrimonio del que no contrajo la obligación. El art. 5º de la ley 11.357 establece el principio general de separación de responsabilidades por las deudas contraídas por los cónyuges. Cada uno responderá por las deudas que hubiera contraído, con los bienes gananciales y/o propios<sup>99</sup>, que administre, sin que los acreedores puedan extender la responsabilidad a los del otro, salvo los casos del art. 6º citado.<sup>100</sup> El art. 1275 C.C. quedaría reducido a definir las cargas de la sociedad conyugal, indicando qué masa de bienes -si los gananciales o los propios- debe soportar al momento de liquidarse la sociedad conyugal, el peso de la deuda.

El cónyuge no titular de un bien ganancial, que sólo tiene un derecho eventual para el momento de la liquidación de la comunidad, no puede impedir que el mismo sea ejecutado íntegramente por los acreedores del titular.<sup>101</sup> Si se trata de bienes de titularidad conjunta, condominio ganancial, el acreedor sólo podrá ejecutar el 50% indiviso que pertenece a su deudor.<sup>102</sup> Para determinar qué bienes podrán ejecutar los acreedores se deberá partir de cuál de los esposos contrajo la obligación, si se trata de algún supuesto del art. 6º y qué bienes son de titularidad del cónyuge deudor.<sup>103</sup>

El art. 6º marca los casos en los cuales un cónyuge responde por las obligaciones contraídas por el otro con el fruto de sus bienes: necesidades del hogar, educación de los hijos, conservación de los bienes comunes<sup>104</sup>; es una disposición común en

<sup>97</sup> Borda, Guillermo A. Op. cit. Pág.281. También Mazzinghi, Vidal Taquini. En igual sentido Fleitas Ortiz De Rozas, Abel. Op. cit. Pág. 138.

<sup>98</sup> Cifuentes, Santos. *Código Civil Comentado y Anotado*. "Cargas de la Sociedad Conyugal". Tomo II. 1º Edic., Buenos Aires, La Ley, 2003. Pág.126.

<sup>99</sup> CNCiv., sala C. 28/11/1995. LL 1996-C, 123. La responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio, sea que lo integren bienes propios o gananciales.

<sup>100</sup> CNCCom., en pleno, agosto 19-975.- Banco de la Prov. Bs.As. c. Sztabinski, Simón. ED, 63-496.

<sup>101</sup> Todavía suelen aparecer tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge del deudor embargado, invocando su presunto derecho al 50% del bien con fundamento en la ganancialidad.

<sup>102</sup> SC.Mendoza, Sala I, Agosto 6-991. ED, 144-496.

<sup>103</sup> El acreedor puede desvirtuar la titularidad del cónyuge de su deudor sobre un bien si logra demostrar que fue ilegítimamente sustraído a la responsabilidad, por ejemplo adquisición de un bien a nombre de uno pero con recursos del otro. SC.Mendoza, Sala I, Agosto 6-991. ED, 144-496.

<sup>104</sup> Atención de las necesidades del hogar se entiende: Asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones fami-

nuestro derecho que se aplica tanto en el régimen de comunión de ganancias o el de separación de bienes.

Como se trata de una excepción al principio de separación del art. 5º, el criterio de interpretación debe ser restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados expresamente. Los frutos con los que responde el cónyuge que no contrajo la deuda, son los frutos naturales y civiles de los bienes propios y gananciales y los frutos del trabajo personal (remuneraciones, honorarios, etc). Es un caso de responsabilidad por deuda ajena, y es concurrente, el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego poder realizar los bienes del otro.<sup>105</sup> Si la obligación es contraída por ambos, o uno afianza una obligación del otro, cada uno responderá frente a su acreedor con todos los bienes que administre.

La ley 23.264 introdujo en el art. 264 inc.1º C.C. la presunción de que los actos de uno de los padres con relación a los hijos cuenta con el consentimiento del otro, salvo los supuestos del art. 264 *quater* o cuando mediare expresa oposición. Para Zannoni y Bossert, esto significa que ambos padres se convierten en solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por uno de ellos<sup>106</sup>. Para otros el objeto de la presunción tendría una dimensión personal en la relación entre los padres, y no la de crear una obligación común en términos patrimoniales.<sup>107</sup>

La Ley 26.618 olvidó armonizar las disposiciones sobre responsabilidad de los cónyuges frente a terceros. El art. 5º de la ley 11.357 sigue haciendo distinción de géneros. Sin embargo, la omisión legislativa queda amparada por la norma complementaria del art. 42 de la ley citada, y así el régimen de responsabilidad de los cónyuges por deudas frente a terceros, prevista en la ley 11.357, también se aplica a los matrimonios de personas del mismo sexo.

---

liares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. El término hijos abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior, extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar. CNCiv., Sala C, diciembre 21-995. LL, 1996-D, 467. Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con respecto a conservación de los bienes comunes no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Fleitas Ortiz De Rozas, Abel. Op. cit. Pág.136. En caso de reparación de bienes propios sólo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

<sup>105</sup> El cónyuge no contratante sólo discutirá si la deuda encuadra en el art. 6º de ley 11.357, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

<sup>106</sup> Por ejemplo la inscripción en un colegio, atención médica o contratación de un viaje para los hijos.

<sup>107</sup> Fleitas Ortiz De Rozas, Abel. Op. cit. Pág. 138.

En el régimen vigente uno de los cónyuges no puede actuar a nombre del otro sin mandato expreso o tácito conferido por éste. En un caso de la Cámara Comercial de la Capital se resolvió que la esposa dueña de importantes bienes, que autorizaba públicamente al marido a que ejerza su administración, aparentando ante terceros un estado de responsabilidad de que carece, responde por los compromisos contraídos por su marido que suscribió cheques sin provisión de fondos. Hoy de plena aplicación luego de la ley 17.711, se trataría de un mandato tácito (art. 1274 CC).<sup>108</sup>

El art. 1281 C.C. que establece la responsabilidad del marido por las deudas contraídas a nombre de la mujer, ha quedado derogado por la ley 11.357. O sea que si un cónyuge contrató a nombre de su consorte como mandatario, sólo éste es responsable; pero si lo ha hecho a su propio nombre, ocultando su calidad de administrador del otro, él respondería (art. 1929 y s., CC). El principio de irresponsabilidad por las deudas del otro se aplica inclusive cuando el cónyuge obra por mandato del otro o por administrar como curador de aquel, por lo que el mandatario sólo responde si obra a nombre propio (arts. 1929 y 1930 C.C.). El cónyuge que presta el asentimiento no asume la deuda.<sup>109</sup>

En el Proyecto de Reformas, la partición se efectúa sobre los bienes gananciales líquidos. Así la separación de deudas continúa hasta la partición, los acreedores deben ser satisfechos antes y recién luego se puede hablar de activos líquidos. Después de la partición, la garantía de los acreedores de cada cónyuge está formada por sus bienes personales y la porción de gananciales que les fue adjudicada. Si el régimen de comunidad es sustituido por el de separación de bienes, se mantiene la regla de la separación de deudas y la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por uno de los esposos para solventar las necesidades ordinarias del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos (mientras subsista el hogar conyugal entre los esposos convivientes pero separados de bienes, minoridad de hijos). Entonces se responde por las deudas citadas con el patrimonio que ha constituido con los bienes propios, los gananciales adjudicados y los adquiridos luego de la disolución.

Rige la inembargabilidad de la vivienda común siempre que subsista como tal. En nada cambia la situación de los acreedores manteniéndose la misma que tenían antes del cambio de la comunidad a la separación o participación en las ganancias.

---

<sup>108</sup> Borda, Guillermo A. Op.cit. Pág. 283.

<sup>109</sup> Interpretar lo contrario, vulneraría el fundamento que le dio origen y que se pretendió proteger con el precepto normativo. Un fallo de la Cámara Civil 2º de Capital admitió la solución contraria. C.Civil 2º Cap., 10/12/1943. JA., 1944-I- 448. También citado por Borda, Guillermo A., Op.cit. Pág. 284.

La responsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro (art. 6º ley 11.367) que actualmente se limita a los frutos de sus bienes propios y gananciales, debería extenderse a la totalidad del patrimonio dado el interés común que suele determinar la asunción de la obligación. El régimen de bienes del matrimonio ha de adecuarse a la laxa disciplina que la ley ha dado a esta institución. Ha de rebajar el tono de imperatividad de sus normas y ha de sincerarse con la realidad de que el matrimonio civil, declinante por obra misma del legislador, no puede estar regulado respecto de sus aspectos económicos, como en los tiempos de su esplendor.<sup>110</sup>

#### **5.2.4.3. Asentimiento conyugal**

El art. 1276 C.C. consagra el principio de gestión separada de bienes propios y gananciales de titularidad de cada cónyuge, pero no constituye un principio absoluto al poder dispositivo, ya que el artículo siguiente establece restricciones en cuanto a ciertos bienes gananciales con un fundamento de estricto orden patrimonial.

La expresión *consentimiento* utilizada, es técnicamente impropia, se trata en realidad de un *asentimiento* del cónyuge no titular. Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro; una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para la validez de él. El cónyuge que lo presta no co-dispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto, el único que dispone es el titular. El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio, no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer, ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues éste ingresará a la masa de administración del disponente. Sólo asiente o lo niega, en cuyo caso se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes, contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro, como en el acto dispositivo del inmueble propio sede del hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces -aún disuelta y liquidada la sociedad conyugal, y se hubiese adjudicado a uno de los cónyuges en la partición-. Ese núcleo familiar, retaceado por la ausencia de uno de los progenitores, también merece protección de la ley (se protege el interés familiar comprometido).<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. T.I. 5º Edic. Buenos Aires, Astrea, 2006. Pág.585. Mazzinghi, Jorge Adolfo. RN 902. Pág.189. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Idem en Proyecto de la Comisión designada por el Decr. 468/92 y con responsabilidad solidaria.

<sup>111</sup> S.T.J. de San Luis. 31/3/11. L.L. Gran Cuyo 2011 (junio), 451. AR/JUR/9458/2011.

A los efectos de determinar cuáles son los actos de disposición, Zannoni<sup>112</sup> los define como los que implican la salida o sustitución inmediata de un bien del capital del patrimonio (venta, donación, etc.) o por ejemplo la constitución de un derecho real de garantía como la hipoteca o la prenda, que si bien no llevan en sí la salida del bien del capital matrimonial, generalmente comprometen su permanencia en caso que el gravamen fuese ejecutado. La intención del legislador de 1968 fue proteger al cónyuge no administrador (principalmente la mujer) contra la mala fe del otro, que en vísperas a una disolución de la sociedad conyugal, podría enajenar real o simuladamente los bienes adquiridos durante el matrimonio. De allí que todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales que enumera el art. 1277 C.C. y el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges en que radica el hogar conyugal habiendo hijos menores o incapaces, no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el *asentimiento* del cónyuge, aún disuelta la sociedad conyugal.<sup>113</sup> No se parte como premisa de la mala fe del cónyuge administrador, sino que equipara jurídicamente las facultades de cada uno e impone las mismas limitaciones para ambos, en razón de la comunidad. No se trata de una incapacidad de derecho para disponer del cónyuge titular, sino sólo una restricción o limitación a la facultad de disponer. Se le reconoce al otro un derecho de oposición como facultad propia. El artículo lo exige *para disponer o gravar* como categorías diversas y no es así. Los actos de disposición incluyen la constitución de usufructo, uso y habitación, las servidumbres prediales y aquellos actos que contengan abdicación de derechos sobre bienes registrables (arts. 868 y ss., CC), la transacción, etc. Sólo se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) de disposición voluntaria que pretenda realizar el cónyuge titular del bien. Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión.<sup>114</sup> No hay una imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento, podrá ser por instrumento público o privado, incluso verbalmente (art. 974 C.C.). Pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con forma pública (conf. art. 1184 inc.10 C.C.) y puede ser otorgado simultánea o anticipadamente, y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. T.I. 5º, Edic. BsAs, Astrea, 2006. Pág.607. CNCiv, sala F, 30/05/2011. La falta del cumplimiento del art.1277 provoca la nulidad del acto.

<sup>113</sup> Sobre el asentimiento conyugal en la etapa de indivisión post-comunitaria se expidió en sentido negativo la CNCiv, sala C, abril 26,1984. ED (t.110)-575. Y las diferentes posiciones al mismo tema.

<sup>114</sup> C1ºCivCom La Plata, Sala II, 13/6/72, ED, 44-543; CNCiv; Sala B, 7/5/96, LL, 1996-D-732

<sup>115</sup> Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca. Cám.Apel.Civ y Com. Rosario, Sala II, 29/8/69. ED, 33-598.

Los actos de obligación, son aquellos que no provocan por sí mismo la pérdida o gravamen de un derecho, sino que sólo obligan a ellos, sólo produce relaciones obligatorias. En nuestra doctrina y jurisprudencia, se ha discutido si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compraventa. En algunos casos se ha decidido que sí.<sup>116</sup> Pero en realidad hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante quien deberá al momento de la transferencia del dominio, obtener el asentimiento, y si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación se resolverá en los términos del art. 889 C.C. debiendo resarcir daños e intereses. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene.<sup>117</sup>

Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció implícitamente el hecho de un tercero, sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura.<sup>118</sup> La cesión de boleto de compraventa no requiere el asentimiento porque es una disposición de derechos no registrables, salvo que sea impuesta por ley la registración.

Quedan comprendidos en la categoría de bienes gananciales y requieren asentimiento: inmuebles por su naturaleza, por accesión física, por accesión moral si son dispuestos juntamente con el inmueble del cual dependen; muebles registrables como automotores (art. 7º ley 22.977), buques (arts. 51 y 499 ley 20.094), aeronaves (art. 45 ley 17.285); la disposición de marcas y señales de ganadería (ley 22.939 y registros provinciales)<sup>119</sup>; las maquinarias agrícolas, viales e industriales (casos de tractores, cosechadoras, sembradoras, fumigadoras, pavimentadoras, aplanadoras, palas mecánicas, grúas, motoniveladoras, etc. (conf. ley 24.463); equinos de pura sangre de carrera (art. 2 ley 20.378); debentures nominativos (art. 335, ley 19.550); boletos de compraventa de inscripción obligatoria (art. 4º ley 14.005 y 12º de la ley 19.724); prenda con registro (art. 4º Dec. Ley 15.348/46); acciones nominativas de sociedades anónimas (art. 213 y 215 ley 19.550), cesión de cuotas sociales de sociedades comerciales inscriptas (arts. 5º y 7º ley 19.550), transferencia de marcas de fábrica, comercio y agricultura (art. 4º ley 22.362), cesión o endoso de warrants y

<sup>116</sup> CNCiv, Sala B, 14/12/71, ED, 42-608. La Cámara consideró al boleto como acto de disposición.

<sup>117</sup> Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego rehúse prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehúsa a darlo en la escritura, el adquirente tiene la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

<sup>118</sup> CNCom, Sala A, 23/11/76, ED, 73-229.

<sup>119</sup> Pero no se requiere para la enajenación del ganado vacuno.

certificados de depósito (arts. 7º y 8º ley 9643). Con respecto a la transferencia del fondo de comercio (art. 7º ley 11.867), las opiniones están divididas, aunque una fuerte doctrina lo exige debido a que la ley dispone la obligatoriedad de la inscripción de la transferencia de la propiedad.<sup>120</sup>

El caso de aportes de dominio o uso de inmuebles, muebles o derechos registrables a sociedades, constituyen actos de disposición. En el caso de transformación y fusión de sociedades de personas<sup>121</sup>, se refiere a todas aquellas sociedades en que la titularidad de la cuota social está estrechamente vinculada al elemento personal, a través de la determinación del socio en el contrato social o sus modificaciones<sup>122</sup>; y en estos procedimientos podría desnaturalizarse el carácter personal de la titularidad de las cuotas de capital, afectándose la integridad del patrimonio ganancial, o reducir o alterar en perjuicio del otro cónyuge el valor real de esas cuotas.<sup>123</sup>

La necesidad de contar con el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas a la participación común en los gananciales, a la disolución de la sociedad conyugal y prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente, bienes de significativo valor económico del haber común. De allí que se afirme que el cónyuge disponente no es incapaz para efectuar los actos enumerados en el art. 1277 C.C., sino solamente que el acto de disposición debe integrarse con el acuerdo del otro cónyuge.

En el caso de inmueble propio de uno de los cónyuges en el que radica el hogar conyugal si en él conviven hijos menores o incapaces<sup>124</sup>, se advierte un fin tuitivo del núcleo familiar a través de la vivienda. En el Proyecto de Reformas se prevé una norma general aplicable a cualquiera de los regímenes matrimoniales admitidos, a los efectos de la protección de la vivienda.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. Tomo I. 5º Edic. Buenos Aires, Astrea, 2006. Pág.607. Conf. Este autor también Guaglianone, y Mazzinghi. Conf. Bueres, Highton también Borda y Guastavino, Aquiles H. Op.cit. Pág.191.

<sup>121</sup> El asentimiento debe acreditarse al momento de votarse la transformación o aprobarse el compromiso de fusión.

<sup>122</sup> Zannoni, Eduardo A. Op.Cit. Pág 620. Se incluyen la sociedad colectiva, la de comandita simple, la de capital o industria. También considera comprendida la sociedad de responsabilidad limitada. Bueres, Highton incluyen la sociedad civil a las anteriores.

<sup>123</sup> También puede ocurrir ello mediante la cesión, venta o entrega de las acciones en las sociedades anónimas, pero al ser un título de crédito, documento literal y autónomo que da al accionista derecho a votar la transformación o fusión en las asambleas, no tolera la exigencia extracartular del asentimiento ya que entorpecería la dinámica societaria. Podría iniciarse la acción de fraude en su caso.

<sup>124</sup> La jurisprudencia ha resuelto que no se aplica dicho artículo cuando el inmueble está ocupado por un hijo extramatrimonial y la madre de él. C1ªCivCom La Plata, Sala I, 10/4/71, ED, 53-596.

<sup>125</sup> Dice el art. 506 del proyecto: "Ninguno de los esposos puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda común ... El que no haya dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de un año de haberlo conocido, pero no más allá de un año de la disolución del régimen matrimonial".

La mayoría de la doctrina entiende que no es válido el asentimiento general anticipado ya que se estaría violando la prohibición de los arts. 1218 y 1219 C.C. Quienes lo aceptan, no ven diferencia con la posibilidad que un cónyuge pueda otorgar mandato al otro para disponer de sus bienes y el fin tuitivo de la ley estaría garantizado con la revocabilidad del asentimiento.<sup>126</sup>

### 5.3. La opción de mutabilidad del régimen. Límites

Nuestro régimen es de comunidad de ganancias, inmutable y sin posibilidad de convenir otro. Sólo en casos excepcionales, puede accederse judicialmente al de separación de bienes. La seguridad de los terceros que tal rigidez pareciera preservar, no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial, sino en la publicidad del mismo y de sus cambios posteriores, además de la contemplación del fraude.<sup>127</sup>

En nuestro derecho el paso del régimen de comunidad al de separación de bienes no depende de la voluntad de los esposos, sino que proviene de la separación personal, del divorcio (art. 1306 C.C.) o de una sentencia judicial en acción promovida por el legitimado si concurren las causales establecidas (arts. 1294, 1290, 1307 C.C.). Si bien los esposos no pueden pasar convencionalmente de un régimen a otro, hay un caso de excepción en que *sí pueden mutar* de la separación de bienes al de comunidad o mantenerse en aquél, en forma convencional o por resolución judicial a solicitud de ambos (art. 1304 C.C.).

Dicho artículo establece: “la separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedido de ambos...”. Esto concreta la reconstitución de la sociedad conyugal, tal como lo dice el final del artículo: “Cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación como si ésta no hubiera existido...”. Es indudable la eficacia del convenio conyugal que genera el cambio de régimen de la separación de bienes al de comunidad.<sup>128</sup>

El notario que autorice dicha convención, debe dilucidar previamente, cuál fue la *causa* que provocó la extinción del régimen legal de comunidad y su reemplazo por

<sup>126</sup> Conf. Bueres, Highton. Op.cit. Pág.184, esta última es la posición de Spota y Mazzinghi.

<sup>127</sup> Guaglianone, Aquiles H. Op.cit. T.I, pág.19. La Ley francesa de 1965 abandonó el principio de inmutabilidad del régimen, permitiendo las modificaciones al régimen primitivo por sentencia dictada a requerimiento de alguno o de ambos cónyuges en caso de medidas protectorias. Luego de transcurridos 2 años de aplicación de un régimen, podrán modificarlo en interés de la familia por acto notarial sujeto a homologación judicial, y posterior nota en el acta de matrimonio a los efectos de publicidad frente a terceros, pudiendo los acreedores oponerse al cambio.

<sup>128</sup> Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. Pág.385

la separación de bienes, a los efectos de establecer si procede el convenio. Las causales que provocan la extinción del régimen legal son: separación personal (art. 1306 C.C.), sentencia de separación de bienes promovida por las causales de mala administración, concurso o abandono unilateral (art. 1294 C.C.) o curatela de un cónyuge por un tercero (art. 1289 y 1290 C.C.). En este último caso, requiere ineludiblemente la intervención judicial por la finalización de la curatela. Los instrumentos de los que resulte la reconstitución del régimen de comunidad se inscriben en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La discusión doctrinaria se planteó en el supuesto de reconciliación de los cónyuges y la necesidad o no de la reconstitución formal del régimen originario. La sentencia de separación personal es una causal de disolución que opera *ipso iure* y cuyas consecuencias son arrastradas por la reconciliación de los separados, al margen de la oponibilidad a terceros.<sup>129</sup> La reconciliación es un acuerdo que surge del vigente art. 234 C.C.<sup>130</sup> La inscripción de esta reconciliación en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas es facultativa, salvo que haya comunicación formal al Juez (art. 51 inc. c, ley 26.413). Para la oponibilidad de derechos a terceros han de cumplimentarse los requisitos que establecen según el derecho de que se trate (dominio, creditorio) y de los bienes sobre los que recaiga (inmuebles, muebles, o derechos registrables), sobre la base de la inscripción de la reconciliación.

En caso de la reconciliación<sup>131</sup> por cohabitación o tácita es ineludible la reconstitución formal del régimen patrimonial. Entretanto no se efectivice la oponibilidad a terceros, los gananciales restituidos a la situación anterior seguirán siendo para éstos, bienes personales del cónyuge que los recibió en la partición de la comunidad. Respecto a los gananciales que no alcanzaron a dividirse o los bienes adquiridos pendiente la separación que se recalifican gananciales, es necesaria la inscripción de la reconciliación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> CNCiv. Sala K. 25/3/1998. *P.de S., C.M.E. c/Sucesión S.T. s/Repetición de herencia*. Con la reconciliación todos los efectos de la separación de cuerpos cesan, salvo uno: permanecen bajo el régimen de separación de bienes, mientras no manifiesten lo contrario.

<sup>130</sup> "...cesarán los efectos de la separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizan la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reiniciaran la cohabitación. ..." (art. 234 CC)

<sup>131</sup> SCJBA, Tomo 1986-II, pág.367. *N.de M., V.S. contra M., P.T. Divorcio, separación de bienes*". Es doctrina de esta Corte que la reconciliación matrimonial puede ser probada por cualquier medio, incluso por confesión: entre otras pruebas se valoró la declaración de ambos en una escritura de compra de un departamento donde manifestaron que eran casados, y su real estado era divorciados. Se tomó como una "presunción corroborante" tal manifestación.

<sup>132</sup> En el Registro se inscriben las reconciliaciones comunicadas judicialmente, y no las formalizadas en escritura pública salvo que se presente al Juez para su inscripción.

Entonces, depende de la voluntad de los cónyuges permanecer en régimen de separación de bienes solamente absteniéndose de dar forma legal a la reconstitución del régimen de comunidad que los rigió hasta la sentencia de separación personal.

En los casos que llevaron a la disolución del régimen por mala administración, concurso o abandono de hecho, en que los cónyuges pueden reconstituirla en los términos expresados pero no tienen obligación jurídica de hacerlo, pueden continuar casados con régimen de separación de bienes, o en comunidad, según su elección, solamente con no hacer nada, porque la recuperación de la buena administración, la rehabilitación del concursado o el retorno del que abandonó, no operan *ipso iure* reconstituyendo la comunidad. O pueden reconstituir la sociedad conyugal por escritura pública o petición conjunta al Juez; a diferencia de quienes se encuentran en un matrimonio que transcurre normalmente, que no son admitidos a sustituir por su propia voluntad el régimen de comunidad por el de separación de bienes.<sup>133</sup>

Para Borda y Guaglianone, a la reconciliación le es aplicable el art. 234 C.C., no el art 1304 C.C., y los efectos de la liquidación y adjudicación cesan *ipso iure*, restableciéndose plenamente el régimen de comunidad entre los esposos. Zannoni, opina que a partir de la reconciliación el régimen de ganancialidad se restablece para el futuro, pero con respecto a bienes liquidados y adjudicados es necesario otorgar la escritura prevista en el art. 1304 C.C., y su inscripción registral frente a terceros.<sup>134</sup>

Según Kemelmajer de Carlucci<sup>135</sup> podrían darse varias posibilidades en la legislación: a) Plena libertad sin límites en cuanto al número de cambios, con régimen conveniente de publicidad (Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Francia, Israel, México, Noruega, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Polonia); b) elegido un régimen en la convención nupcial, sólo puede cambiarse por el legal supletorio; c) inmutabili-

<sup>133</sup> Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. Pág.385. Conf. Fleitas Ortiz de Rozas, Op.cit. Pág.156, Rébora y Spota comparten esta postura, un sector de la jurisprudencia: CNC., sala K, Dic 26-2000. "C., J.M. c.C., S. s/acciones relacionadas". ED, T.192-p.101. que "operada la disolución de la sociedad conyugal por divorcio no vincular, la reconciliación ulterior de la pareja, no produce por sí sola la restitución del régimen de bienes de dicha sociedad al sistema imperante con anterioridad a la reconciliación; los esposos permanecen bajo el régimen de separación mientras no hayan manifestado la intención de volver al régimen primitivo".

<sup>134</sup> En igual sentido las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1983. Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bariloche 1989, sostuvieron que la reanudación de la convivencia restituirá la sociedad conyugal para el futuro, pero los efectos de la separación judicial decretada con anterioridad a la misma no cesarán sino en las condiciones del art 1304 C.C. Fleitas Ortiz de Rozas. Op.cit. Pág.156. En contra Bueres, Highton. Op.cit. Pág.230, Para quien reconciliados los cónyuges, no pueden optar entre continuar con el régimen de separación de bienes o de comunidad. La finalidad de la ley durante la unión es la aceptación de un único régimen y es el de la sociedad conyugal. De la reconciliación nace automáticamente una nueva sociedad conyugal hacia el futuro.

<sup>135</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al código civil (Decreto N°468/92). JA 1993-IV-842.

dad del régimen oportunamente elegido (Bélgica, Brasil, Uruguay, Japón, Sudáfrica y países de la denominada “Africa negra”).

El cambio de régimen no es en sí fraudulento, aunque responda a la motivación de proteger razonablemente el futuro del patrimonio de los esposos. Para que pueda ser calificado de fraudulento, el acreedor debe ser de crédito de causa anterior a la convención salvo que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores y que la convención haya causado o agravado la insolvencia del deudor, conociéndolo el otro cónyuge.

Garrido de Palma<sup>136</sup> sostiene que el Notario autorizante tiene una actuación cautelar, protección preventiva, que ha de procurar junto con el profesional del Derecho que intervenga, que la modificación del régimen de capitulaciones *post nupcias* sea en aras del interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros.<sup>137</sup>

Las motivaciones que podrían llevar a los cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residencia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo que el consorte no los comparta ni los sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común, o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) la separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse.<sup>138</sup>

#### **5.4. Régimen patrimonial para uniones de hecho**

Toda definición de unión de hecho, pecará de inútil por su amplia realidad fáctica; aunque para el tema que nos convoca, podemos considerarla por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable, entre dos o más personas, que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Ello implica la más absoluta independencia patrimonial de cada uno, ya que no están regidos por ningún régimen económico típico, sino que quedan enmarcados en los principios generales del derecho y el ordenamiento jurídico global (en especial el derecho general de las obligaciones y de los contratos). El principio de la autonomía de la vo-

<sup>136</sup> Garrido De Palma, Víctor M. Op.cit. pág. 213.

<sup>137</sup> En el derecho proyectado este asesoramiento se complementa con la homologación judicial conformando un sistema protector de los acreedores.

<sup>138</sup> Vallet De Goytisolo, Juan. *Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna*. Conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Sec. de práctica jurídica, Academia de Valencia de Jurisprudencia y Legislación, 1985.

luntad consagrado en el art. 1197 C.C. posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes para-matrimoniales. Esta autonomía de la voluntad, es superior a la existente entre los cónyuges, los cuales por el mero hecho de serlo, están sometidos hoy, a un régimen patrimonial inmutable.

El Tribunal Supremo español en 1997, rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio, y dijo: “no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando matrimonio también se disuelve”.

Esta situación no es óbice para que los convivientes celebren pactos específicos sobre el tema de manera expresa o tácita, derivándose la atención al análisis de la eficacia de dicha convención que tendrá fuerza de ley entre las partes y a la interpretación de su contenido. El Alto Tribunal español en sentencia de 21/10/1992, cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido de hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Salvo una regulación específica sobre la materia, la eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, sería exclusivamente *inter partes*; ya que para desplegar efectos frente a terceros será necesario la inscripción en el registro correspondiente<sup>139</sup>.

Quizás el fundamento más interesante para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplinario patrimonial para una unión *more uxorio*, sea la virtud y efica-

<sup>139</sup> Expresa Cantero Núñez que “las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería meramente interna”. Cantero Núñez, Federico J.: “Uniones de hecho”, en “Instituciones de Derecho Privado”, T. IV, Vol. 1º., p. 411. Edit. Civitas. Madrid, 2001.

cia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión. Ya que es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos, de afectos apartados de toda estructura formal y obligacional.

### **5.5. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial**

Cuando tal acuerdo se celebra entre contrayentes, técnicamente corresponde denominarlos convenciones prematrimoniales, nupciales o entre contrayentes, mientras que las convenciones entre cónyuges, son las que se celebran para cambiar o modificar el régimen patrimonial que rige un matrimonio.

El documento público solemne para instrumentar las convenciones podrá ser uno de tipo administrativo, notarial o resolución judicial, según lo prevea la legislación. En los países que han acogido las convenciones matrimoniales, el oficial público autorizante de ellas suele ser de tipo administrativo o notarial.

Establece el art. 1223 C.C. –en concordancia con el art. 1184 inc. 4<sup>o</sup>– que las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, según el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces, sino será suficiente formalizarla por instrumento privado. Mientras que en el art. 1225 C.C., agregó algunos otros requisitos a los estipulados en el art. 1001 del cit. Cód.

Las fuentes empleadas (el Esbozo de Freitas, el Cód. Civil chileno y el proyecto de Cód. Civil español) y la doctrina, concluyen que la escritura pública en un caso y la privada con intervención de testigos en otro, constituyen un requisito esencial para la integración del acto, cuya falta determina la nulidad de éste (conf. art. 1044 C.C.).

La forma para la celebración de convenciones matrimoniales se rige por la que establezca la ley del lugar de su celebración (*lex loci celebrationis*, art. 1205 C.C.). La ley argentina, determina que la forma es constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir no existe la convención si falta la forma. Esto es en seguridad tanto de los esposos como de los terceros. Es el instrumento público adecuado para tal fin, la escritura notarial, por su matricidad protocolar, la inmutabilidad del acto, la fuerza probatoria documental, el asesoramiento e imparcialidad que garantiza la función notarial, la publicidad registral que podrá dársele por la técnica que se determine. Así también lo han propuesto las Comisiones creadas por Decreto 468/92 y 685/95.

Considerar a la escritura pública como una forma *ad probationem*, contestes con los arts. 1185, 1187 y 1188 C.C. podría significar la posibilidad de que los cónyuge pu-

diesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de la celebración del matrimonio, lo que significaría una violación al art. 1219 C.C.

No se considera oportuno, receptar en este tipo de acuerdos la formalización del acto mediante instrumento privado, ni siquiera con firma certificada por oficial público. De igual modo, se rechaza la necesidad de que la escritura notarial que contenga una convención deba ser homologada judicialmente, como lo prevén el Proyecto de Reformas y Proyecto de Código Civil para el cambio de régimen matrimonial.

Para la autorización de un documento, el notario interviniente habrá de interpretar la voluntad de los comparecientes, analizar las causas que los conducen hasta esa instancia y asesorarlos sobre las implicancias, efectos y consecuencias del acto a otorgar (conf. art. 35 Dec-ley 9020 Pcia. Bs. As.; art. 27 inc. e) Ley G.4193 R.N.).

Con respecto a la nulidad de la convención *in totum*, encontramos como causales las siguientes: 1) Falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de algunos de los cónyuges o ambos; 4) posterioridad de la convención respecto del matrimonio; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia).

No son causales de nulidad, sino de caducidad de contrato válido, la falta de celebración ulterior del matrimonio y el hecho que se declare nulo. El matrimonio perfecciona la convención nupcial, es causa fin de ésta, y condición suspensiva para que comience su existencia jurídica. Su frustración, necesariamente posterior al contrato, no afecta su validez, sino que la extingue. Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin convención. La nulidad se extiende a todas las cláusulas aunque pudieran ser separadas.

Los proyectos de unificación de la legislación civil, han dejado de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública del contrato de matrimonio, más allá de las normas ordinarias relativas a las escrituras públicas (art. 997 y sgts.), según lo prescribe en la actualidad el art. 1225 C.C., como lo son el nombre de los padres y madres de los contrayentes, nacionalidad de los esposos, su actual residencia, el grado de parentesco si lo hubiere (además de las supuestos en los que el contrayente sea menor).<sup>140</sup>

El incumplimiento de la mención de alguno de los requisitos del art. 1225 C.C., si no fuere de los exigidos por el art. 1004 C.C., no ocasionará la invalidez de la escritura, sino solo la observabilidad de la actuación del oficial público, por las omisiones.

---

<sup>140</sup> La religión dejó de ser una exigencia desde la sanción de la ley 2393.

## 5.6. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria

Es imprescindible una adecuada técnica registral y un medio idóneo de publicidad que permita a los terceros conocer el régimen patrimonial al que se encuentra sujeto una persona y sus cambios posteriores. De lo contrario, toda capitulación que se celebre, será inoponible a los demás por desconocimiento del acto. Los terceros que entablen una relación contractual de contenido patrimonial, no pueden dejar de conocer el estatuto económico matrimonial al que se halla sujeta una persona.<sup>141</sup>

La fecha de la notificación de la demanda, produce –según el art.1306 C.C.- el instante generador a partir del cual cobra incidencia el cambio de régimen para los cónyuges, aunque quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe.

El art. 51 de la ley 26.413 establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas, de los matrimonios que se celebren ante la autoridad competente, las sentencias de nulidad, separación personal, divorcio y las reconciliaciones comunicadas judicialmente. Durante el período de indivisión post-comunitaria, los gananciales caen en copropiedad entre los cónyuges en virtud de la extinción del régimen patrimonial y que se mantienen tales hasta la división (Mazzinghi, Méndez Costa). Nace un derecho en cabeza del consorte originariamente no titular y una modificación, en cabeza de aquel originariamente titular, que se transforma en copropietario de su cónyuge.

La ley 26.413 establece la inscripción de todo cambio en el estado de familia, por lo que la oponibilidad de terceros de buena fe dependerá de esta inscripción. Pero el art. 2505 C.C., la ley 17.801 –y otras leyes específicas- establecen un tratamiento diferencial según el bien registrable –o mueble no registrable- de que se trate. Señala Méndez Costa –citando a Mazzinghi- que el derecho de cada cónyuge sobre la mitad indivisa de los bienes del otro, que rige plenamente entre ellos, queda *larvado* respecto a terceros hasta que el cónyuge interesado obtenga cómo conferirle publicidad (para los bienes registrables mediante la inscripción en el registro respectivo)<sup>142</sup>. La copropiedad sobre bienes registrables *no inscripta* es inoponible al tercero quien, por lo tanto embarga correctamente el bien originariamente exclusivo de su deudor, o contrata válidamente con el titular registrado del objeto del negocio, o paga debidamente al titular originario del crédito correspondiente a su deuda.

<sup>141</sup> El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: “las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica”.

<sup>142</sup> Méndez Costa, María Josefa: Oponibilidad a terceros del régimen patrimonial matrimonial y sus mutaciones. R.d.N. 794, Pág. 369.

La oponibilidad del derecho de cada cónyuge sobre los bienes que le fueron adjudicados en la división, opera desde la inscripción en los registros respectivos, la toma de posesión de las cosas muebles no registrables, la notificación al deudor del crédito o la transmisión de las acciones no registrables.

El acreedor por deudas de un cónyuge se cobra sobre la totalidad del patrimonio de éste, constituido por sus bienes ex propios, los bienes ex gananciales que le fueron adjudicados y bienes adquiridos luego de la disolución de la sociedad conyugal.<sup>143</sup>

La oponibilidad a los terceros (adquirentes, acreedores) de derechos reasumidos por los cónyuges como resultado de la reconciliación, así ésta haya sido hecha pública mediante la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, no se compadece con el régimen específico de oponibilidad de derechos a terceros organizado por las leyes argentinas. Para concretar dicha oponibilidad han de cumplimentarse los requisitos que establecen según el derecho del cual se trate (dominio, creditorio, etc.) y de los bienes sobre los cuales recaiga (inmuebles, muebles o derechos registrables). La necesaria inscripción debe hacerse sobre la base de la constancia de la inscripción de reconciliación en el Registro Civil.<sup>144</sup>

La publicidad cartular y de las copias expedidas no es suficiente como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su consiguiente oponibilidad.<sup>145</sup>

Por ello la conveniencia de la registración de las convenciones prenupciales -o entre contrayentes-, y la convenciones entre cónyuges. La implementación de un registro especial, como en algunos países europeos<sup>146</sup>, no consideramos sea el remedio más apto. Los proyectos unificadores de la legislación civil nacional como algunos antecedentes extranjeros presentan la *mención*<sup>147</sup>-con carácter declarativo- en el acta de matrimonio del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la celebración de convenciones. Deberá anotarse por nota marginal, tanto el régimen patrimonial adoptado, y su posterior mutación convencional o por resolución judicial.

---

<sup>143</sup> La Cámara de Apelaciones de Junín concluyó que si la partición de bienes, homologada judicialmente, no está inscrita en el Registro de la Propiedad es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por éste con posterioridad a dicha homologación. "Boz, Marta S.", 1/11/79. J.A. 1980-II-503.

<sup>144</sup> Méndez Costa, Ma. Josefa. *Oponibilidad a terceros del régimen patrimonial matrimonial y sus mutaciones*. R.d.N. 794. Año 1987. Pág. 392.

<sup>145</sup> Cód. Civ. Español, art. 1322, anterior a las reformas de 1975 y 1981.

<sup>146</sup> Conf. Lasarte Alvarez, Carlos, quien comenta que "...después de la ley 1 de julio de 1959 Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código". "La publicidad en el régimen económico del matrimonio", Rev. de Dcho. Privado, abril de 1984, p. 365. Madrid.

<sup>147</sup> Proyecto de Reformas, art. 497; Proyecto de Cód Civil, art. 440; Cód. Civil español desde la reforma de 1975, antes su Ley de Registro Civil de 1957 y Regl. de 1958 era una *indicación marginal*.

La indicación marginal deberá ser **obligatoria** para el oficial público interviniente en la capitulación, mencionándose el número de escritura en que se instrumentó, la fecha en que se otorgó, folio y registro notarial ante el cual pasó. Si se modifica vía judicial, los autos, el juzgado, secretaría interviniente y departamento judicial. En todos los casos se habrá de consignar el régimen patrimonial en el que se encuentra el matrimonio. El registrador solo habrá de calificar la forma pero no el contenido.

Esta tipo de publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención.<sup>148</sup> La eficacia protectora de quien confía en estas constancias del Registro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscripto.<sup>149</sup>

El tercero tiene que ser de buena fe –desconocer el cambio de régimen- y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuge (sin ser relevante si el crédito es a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del Registro Civil<sup>150</sup>, no es realmente adecuada, se justifica la anotación en el mismo por la naturaleza del acto y el Registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, las formas de practicar los asientos, "ordenar sus índices"<sup>151</sup> para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros, la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional, significa que el régimen es el legal supletorio.<sup>152</sup> Se logrará así evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe; lo no inscripto les sería inoponible. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (*publicidad negativa*).<sup>153</sup>

<sup>148</sup> Dispone el art. 1317 C.C. español que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402); si la capitulación afectare a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art.1333).

<sup>149</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio". Rev. de Derecho Privado y Comunitario nº 12, Pág. 75. Edit. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 1996.

<sup>150</sup> Igual en España- Bello Janeiro, Domingo (citando a Rojas Montes): "Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial". Rev. Jurídica del Notariado nº 7. Año 1993, p.39. Madrid.

<sup>151</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al código civil* (Decreto N°468/92). JA 1993-IV-842.

<sup>152</sup> El art. 456 del Proyecto de Código Civil, estableció que "a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Título. ..."; mientras que el art. 440 in fine, predica "para que la opción ... produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio".

<sup>153</sup> Zavala, Gastón A.: "Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial". Ponencia presentada a la XV Jornada Nacional de Derecho Civil. Mar del Plata, 1995.

Por tercero de buena fe se entiende cualquier persona que establece una relación jurídica con los cónyuges, y por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales no tiene información de las alteraciones al régimen patrimonial<sup>154</sup>, y si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

En el Registro Civil se anotan de manera marginal únicamente las convenciones matrimoniales –y sus modificaciones cuando estas son admitidas-, quedando excluido todo acuerdo patrimonial no convencional o derechos subjetivos singulares relativos a bienes determinados (v.gr. donación entre cónyuges).

**5.6.1. Publicidad en el registro inmobiliario.** Consideramos inadecuado tomar al Registro de la Propiedad Inmueble como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio, por ser ajeno a su naturaleza. Sólo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral, como publicidad complementaria de la del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que será la registración especial y esencial, que da publicidad al régimen y demás convenciones.

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el Registro de la Propiedad (*publicidad material*), es asignarle autosuficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles –o muebles registrables- produciendo efectos frente a terceros (*registrales*); además de agilizar la actividad del Registro de la Propiedad al hacer innecesaria la presentación del documento cada vez que el titular registral celebre actos dispositivos.<sup>155</sup>

La mención a la que nos referimos, radica en consignar en el asiento registral el régimen patrimonial que hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto; o en su defecto, toda capitulación que incida en el patrimonio del titular dominial o de su cónyuge –según su régimen patrimonial - y la publicidad de la decisión (v.gr. adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de un régimen a otro).<sup>156</sup> Lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad no es el régimen del matrimonio del titular sino el régimen patrimonial matrimonial del titular dominial en relación a ese bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior. Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por sentir que este Registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organiza-

<sup>154</sup> Conf. Soto Bisquert, Antonio: "La publicidad del régimen matrimonial de bienes", Rev. de Dcho. Privado Tomo 51, año 1967, pág. 517. Madrid.

<sup>155</sup> Presa de la Cuesta, Alfonso: "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad". Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario N° 564, pág. 1222. 1984. Madrid.

<sup>156</sup> Magariños Blanco, Victorio: "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores", Rev. Crítica de Dcho Inmobiliario N° 548, 1982, Pág. 52. Madrid.

ción como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces.

El asiento registral cumplirá su eficacia protegiendo sólo al tercero *-registral-* que se hubiera interesado en ese bien; v. gr. el constituyente de un derecho real, pero jamás será eficaz frente a un tercero ligado al cónyuge por derechos personales.<sup>157</sup>

El tercero acreditará que su derecho es anterior a la fecha de inscripción del cambio, lo que no será sencillo si no posee documento fehaciente. La fecha de inscripción habrá que referirla en principio a la del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Si se asignase relevancia a la mención en registros especiales, habrá que analizar la relevancia de tal registración (v. gr. la del Registro de la Propiedad).

Sería oportuno<sup>158</sup> la exigencia de la previa inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a la toma de razón en el Registro de la Propiedad y así evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad frente a los terceros acreedores por no haber sido mencionada la convención en el Registro Civil y sí en el de la Propiedad. Y en el caso inverso, esto es, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el Registro Civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el Registro de la Propiedad será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/os cónyuge/s por la falta de toma de razón en el Registro de la Propiedad, pero si fuesen terceros registrales adquirirá trascendencia la fecha del asiento de las convenciones en el Registro Inmobiliario.<sup>159</sup>

Más allá de los cuestionamientos religiosos, filosóficos, psicológicos, políticos, culturales, antropológicos, que uno pudiera enfrentar con la sanción de la ley 26.618 que abrió las puertas al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto es que toda la estructura del Código de Vélez, en exceso proteccionista en miras a la concepción de una incapacidad de la mujer, ya superada, se ve diezmada. Y resulta a todas luces inadmisibles arrastrar a través de innumerables modificaciones, la rigidez de un régimen matrimonial forzoso que hoy tutela incluso un matrimonio donde aquella mujer, puede no existir —o que ya no existe—. La historia ha demostrado que la mujer ha superado conceptualizaciones hartamente extremas e incoherentes. El concepto de familia tradicional ya no es el mismo. Hoy, sostener la rigidez y la imperatividad del régimen único, no refleja la coherencia, madurez, igualdad, y libertad, que el espíritu de la ley 26.618 está exigiéndole al legislador que lo acompañe.

---

<sup>157</sup> Conf. Soto Bisquert, Antonio: ob. cit., p. 516.

<sup>158</sup> Como lo dispone el art. 266/6 del Reglamento del Registro Civil español, redacción dada en 1986.

<sup>159</sup> Conf. Magariños Blanco, Victorio: ob. cit., p. 56. Madrid.

## 6. Ponencias.

- 1) La soberanía privada no menoscaba la seguridad jurídica y compatibiliza el consentimiento personal matrimonial con el orden público, cuando la posibilidad de elegir o mutar se dirime entre regímenes económicos preestablecidos por la ley.
- 2) Son eficaces –y aplicables- en nuestro territorio, las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero, como también es factible que dichas convenciones sean celebradas en nuestro país, cuando el primer domicilio conyugal se fije en país extranjero que admita y donde sea aplicable la convención formalizada.
- 3) Si por lo expuesto, es aplicable una ley extranjera, cuyo régimen económico no exija el asentimiento (art. 1277) para disponer de un bien, no corresponde exigirlo aquí. Será imprescindible, cuando habitasen en el inmueble sede del hogar conyugal hijos menores o incapaces (fin tuitivo fundamental para el orden público interno).
- 4) El régimen patrimonial del matrimonio requiere una revisión total. Se propone que cada matrimonio pueda adecuar el régimen de bienes a sus circunstancias particulares.
- 5) Las capitulaciones matrimoniales deben ser facultativas y formalizadas por escritura pública, sin necesidad de ser homologadas judicialmente. La única condición a la que están sometidas, es a que el matrimonio se celebre válidamente.
- 6) El pasivo de la sociedad conyugal cuenta con un *pasivo provisorio* (bienes con los que responden los cónyuges frente a sus acreedores) y un *pasivo definitivo* (que soportará el peso de la deuda en las relaciones internas de la comunidad conyugal).
- 7) La responsabilidad por las deudas, se refiere a las relaciones de los cónyuges con los terceros, a la determinación de quién debe pagarlas. La cuestión de la *contribución* consiste en establecer la masa que finalmente soportará la deuda (propia o ganancial).
- 8) El cónyuge no titular de un bien ganancial, sólo tiene un derecho eventual para el momento de la liquidación; no puede impedir que el mismo sea ejecutado íntegramente por los acreedores del titular. Si se trata de bienes de titularidad conjunta, condominio ganancial, el acreedor sólo podrá ejecutar el 50% indiviso que pertenece a su deudor.
- 9) El cónyuge que presta el asentimiento no co-dispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto; no puede decidir sobre el acto de disposición ni exigir parte del producido de la venta de un bien ganancial.
- 10) La cesión de boleto de compraventa no requiere asentimiento.
- 11) La oponibilidad del derecho de cada cónyuge sobre los bienes que le fueron adjudicados en la división, opera desde la inscripción en los registros respectivos, la toma de posesión de las cosas muebles no registrables, la notificación al deudor del crédito o la transmisión de las acciones no registrables.