

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

**XV**  **JORNADA NOTARIAL  
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL  
DEL NOTARIADO LATINO**

**Tema III**

***PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES***

***Experiencias en Ibero América***

**Título: RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN LA  
REPÚBLICA ARGENTINA**

**Autores: Notario Alexis Mariné.**

**Notario Graciela Pelosso.**

**Integrantes del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2<sup>a</sup>  
Circunscripción, con asiento en la ciudad de Rosario.**

**Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.**

**República Argentina.**

*“Todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia.*

*Lo que importa es lo que se hace con ellas”.*

*Jorge Luis Borges*

<b><u>SUMARIO.</u></b>	<b>Pág.</b>
<b>Ponencias.</b>	7
<b>1. El régimen legal argentino vigente.</b>	9
<b>1.1. Situación actual en el derecho argentino.</b>	10
<b>1.2. La calificación de los bienes. Bienes propios y bienes gananciales.</b>	10
<b>1.3. La no aceptación de la categoría de bienes mixtos y su repercusión en el patrimonio de los cónyuges.</b>	12
<b>1.4. Condominio y copropiedad.</b>	15
<b>2. Administración.</b>	15
<b>2.1. El asentimiento conyugal: su importancia.</b>	16
<b>2.2. La forma del asentimiento conyugal.</b>	17
<b>2.3. El asentimiento conyugal en el derecho proyectado.</b>	18
<b>2.4. Influencia de las cuestiones fiscales y de origen del dinero. La trascendencia de la intervención notarial y el asesoramiento.</b>	18
<b>3. La contratación entre cónyuges.</b>	20
<b>3.1. Naturaleza jurídica y razones de la prohibición de contratar entre cónyuges.</b>	20
<b>3.2. Contratos permitidos.</b>	23
<b>3.3. Contratos prohibidos.</b>	25
<b>4. La disolución de la sociedad conyugal.</b>	27
<b>4.1. Formas y modos en que opera: la muerte. El divorcio: retroactividad a la fecha de presentación de la demanda. Disolución de la sociedad conyugal.</b>	27
<b>4.2. Validez de las convenciones de los cónyuges durante el proceso de divorcio: características. Requisitos. Oportunidad.</b>	29
<b>4.3. Partición y adjudicación post divorcio.</b>	32
<b>5. El régimen sucesorio.</b>	33
<b>5.1. Breve síntesis.</b>	33
<b>6. Los usos y costumbres. La realidad socio económica del matrimonio.</b>	33
<b>6.1. Extensión jurisprudencial y administrativa de los efectos del matrimonio a los convivientes.</b>	35
<b>7. El derecho proyectado.</b>	36
<b>7.1. Proyectos de modificación del régimen legal del Código Civil Argentino.</b>	36
<b>7.2. La opción por un régimen u otro en el derecho proyectado.</b>	39
<b>7.3. El rol del notario en la autorización de convenios particionarios. Forma. Incumbencia. Ventajas. EL conocimiento acabado del régimen de bienes. Asesoramiento. Sigilo. Celeridad. Economía.</b>	39
<b>7.4. Posibilidad de cambiar la opción: Resguardo de derechos de terceros. Publicidad.</b>	41
<b>8. El régimen Patrimonial Matrimonial en el derecho comparado.</b>	43
<b>8.1. El sistema legal en el derecho internacional privado en la República Argentina.</b>	43
<b>8.2. Sistemas vigentes en los países del MERCOSUR.</b>	44
<b>8.3. La experiencia en el resto del mundo.</b>	47
<b>9. Nuestra opinión: ponencia.</b>	48
<b>Bibliografía.</b>	51

## **PONENCIAS.**

**Resulta aconsejable propugnar una reforma en el sistema legal argentino, que admita a los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio o durante la vigencia del mismo, optar por el régimen de administración y disposición de bienes que los regirá durante la vigencia de la sociedad conyugal, en consonancia con la defensa de la igualdad y el libre albedrío de raigambre constitucional y adecuando así el sistema legal para armonizarlo con los regímenes vigentes en los restantes países del Mercosur y abriendo el plexo normativo en un marco de integración internacional.**

**Es positivo que transcurridos dos (2) años desde la opción de sistema que regirá el régimen patrimonial matrimonial éste se pueda modificar. Antes de cambiar de régimen debiera liquidarse el anterior de modo tal que se aseguren los derechos tanto de los cónyuges como de los terceros.**

**La convención matrimonial, bajo pena de ser considerada inválida e inoponible a terceros, deberá ser celebrada por escritura pública e inscripta marginalmente en el acta matrimonial. La publicidad de la convención matrimonial posibilitará a los terceros conocer el régimen por el que han optado los cónyuges y a los cónyuges les resguardará respecto de los terceros que contraten con ellos.**

**En Argentina, donde no existe unificación de bases de datos, ya que cada Provincia tiene su propio registro de Capacidad y Estado Civil de las Personas, para una vigencia operativa y eficaz de las reformas propuestas sería imprescindible contar con una base de datos de esos registros unificada, inscribiéndose en las mismas el estado civil de las personas y en caso de estar casadas cuál es el régimen legal que los rige.**

## **1. EL RÉGIMEN LEGAL ARGENTINO VIGENTE.**

En la República Argentina, el Código Civil velezano (1871) <sup>1</sup>, bajo el título “sociedad conyugal” organiza un régimen clásico de comunidad (art. 1271 y siguientes), distinguiendo los *bienes propios* de cada uno de los cónyuges (art. 1263), de los *bienes gananciales* (art. 1271).

Se consagra un régimen patrimonial imperativo durante el matrimonio, estableciendo normas de orden público que limitan la autonomía de la voluntad, resultando imposible a los contrayentes ejercer opción por otro sistema. La sola circunstancia de las nupcias genera esta, poco felizmente denominada, “sociedad conyugal” que establece un patrimonio con características especiales, al que ingresan todos los bienes que adquieran los cónyuges a partir de la celebración del matrimonio y hasta la disolución o finalización del mismo; la única excepción está dada por los bienes que adquiera cualquiera de los cónyuges a título de herencia, legado o donación o por subrogación con otros bienes propios.

Decimos que nombrarla “sociedad conyugal” no es acertado, pues no se trata de una persona distinta sino de una comunidad de bienes, impuesta por ley, que nace cuando se disuelve el matrimonio y subsiste hasta la partición y liquidación por tal causa.

También existe una fuerte restricción para la disposición del bien, aún propio, si es sede del hogar y viven allí hijos menores o incapaces, exigiéndose el asentimiento del otro padre de los menores para su disposición. (art. 1277 2º párrafo)

---

<sup>1</sup> Todos los artículos del Código Civil que no especifican país corresponden al Código Civil Argentino.

En todos los casos en que la ley requiere el asentimiento conyugal, brinda la posibilidad de suplir la negativa del cónyuge no disponente por la firma del juez.

Prestigiosos autores argentinos, como Borda y Segovia, afirman que la sociedad conyugal sería un condominio o copropiedad. Nos sumamos a la crítica a esta teoría que formulan, entre otros Belluscio, Zanonne y Vidal Taquini, ya que no podría aplicarse la solución de los artículos 2684 y 2689 del Código Civil en cuya virtud el condómino que usa la totalidad de la cosa en forma exclusiva debe a los demás comuneros una compensación por ese goce, si éstos así lo requirieran. Vidal Taquini manifiesta que disuelto el régimen se produce la indivisión post comunitaria o postrégimen.

### **1.1. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO ARGENTINO.**

El principio rector es la gestión separada, con tendencia a la gestión conjunta. Así, el art. 1276 establece en principio la gestión separada de los bienes de los cónyuges, es decir cada uno de ellos administra y dispone de sus bienes propios y de los gananciales por él o ella adquiridos, con la salvedad prevista en el art. 1277.

Pese a que el art. 1277 utiliza el vocablo “consentimiento” está aceptado doctrinariamente que no se trata de un “consentimiento” sino de “asentimiento o conformidad”.

### **1.2. LA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES. BIENES PROPIOS Y BIENES GANANCIALES.**

El art. 1267 del Código Civil, dispone que la cosa adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso cuando la

causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges. Ello condice con lo dispuesto en los artículos 1268, 1269 y 1270 sobre el alcance de los bienes propios. Tal circunstancia debe quedar debidamente expresada y acreditada en el título de adquisición y se califica como “Bien propio” porque ambos cónyuges coinciden en que su adquisición fue anterior a la celebración del matrimonio, o se adquiere por subrogación real con otros bienes propios (arts. 1261, 1267 y 1271 y concordantes del Código Civil).

La restricción que impide a los cónyuges contratar y cambiar la calificación de los bienes es de orden público, por cuanto su violación acarrearía la nulidad de tal manifestación.

A los efectos de determinar si el bien es ganancial o propio, la ley establece que si uno de los cónyuges adquiere un bien raíz con dinero propio el texto de la escritura debe reflejar: a) la declaración de la intención del adquirente de que el bien adquiera el carácter de propio, b) la manifestación de con qué fondos lo adquiere y c) la designación de cómo ese dinero le pertenece. (art. 1246) Todo esto debe constar en el mismo texto de la escritura y, aparentemente, sería manifestación suficiente para determinar el carácter propio del bien.

Ante la falta de cumplimiento de alguno de estos requisitos, la vía judicial es el ámbito donde debe romperse la presunción de ganancialidad. Un documento notarial posterior donde se pretenda subsanar la omisión de los requisitos del art. 1246 sólo tendrá los efectos de una pre-constitución de prueba. La escritura aclaratoria no alcanza para tener por propio al bien de que se trate.

Ello no obstante, una parte importante de la doctrina, en la que nos enrolamos, afirma que para completar esta declaración es conveniente que el cónyuge no adquirente confirme la aseveración del otro. La posición doctrinaria y jurisprudencial no es unánime, y precisamente por ello, es que en procura de redactar títulos perfectos y que brinden seguridad jurídica aconsejamos que mientras se mantenga la dualidad en la calificación de bienes, el cónyuge no

adquirente suscriba prestando conformidad con la manifestación del otro, sea en la misma escritura de adquisición o posteriormente en oportunidad de la disposición del bien. Baste para entender la razonabilidad de esta postura el presuponer que si se atacara la declaración del adquirente por el otro cónyuge (o sus acreedores o sucesores) y esta postura resultara victoriosa, la sanción importaría cambiar el carácter del bien de propio a ganancial y entonces, bajo riesgo de anulabilidad, devendría exigible el asentimiento para la disposición, ergo resulta de buena práctica y da seguridad a la circulación de los bienes el requerir la manifestación del cónyuge no disponente en el primer momento en que ello sea posible.

### **1.3. LA NO ACEPTACIÓN DE LA CATEGORÍA DE BIENES MIXTOS Y SU REPERCUSIÓN EN EL PATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES.**

Dentro del régimen patrimonial del matrimonio en el sistema adoptado por el ordenamiento jurídico argentino, que es obligatorio, único e inmodificable, denominado de “comunidad relativa”, pueden coexistir tres masas de bienes: los propios de cada uno de los cónyuges (arts. 1217, 1263, 1266, 1267, 1268, 1269, 1270, 1271, 1272 y 1274 del Código Civil) y los gananciales pertenecientes a la denominada “sociedad conyugal” (arts. 1251, 1272, 1273 y 1274 del Código Civil).

Siguiendo a Borda<sup>2</sup>, podemos decir que son bienes propios de los cónyuges aquellos que cada uno aporte al matrimonio, los recibidos posteriormente por herencia, donación o legado, y los adquiridos con el producto de aquéllos, y a partir de lo dispuesto en el artículo 1272, se pueden agregar los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales. Son bienes gananciales los adquiridos a partir de la celebración del matrimonio por cualquiera de los cónyuges por medio de su trabajo o el azar y también los ingresados en virtud de la renta producida por la universalidad de los bienes de ambos cónyuges.

---

<sup>2</sup> Borda, Guillermo A. Tratado de derecho civil argentino, tomo I pág 233.

**El art. 1272 Código Civil califica como bienes propios a los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales. El producido de éstos es ganancial.**

**Los artículos 1218<sup>3</sup> y 1231<sup>4</sup> del Código Civil y la nota referida a la sociedad conyugal (Libro Segundo, Sección Tercera, Título 2) expresamente determinan que la calificación de los bienes dentro del matrimonio nace del texto legal, con prescindencia de la voluntad de los cónyuges, atribuyendo a estas normas el carácter de orden público.**

**La importancia que implica la correcta calificación de las tres masas de bienes, no sólo interesa a los integrantes de la sociedad conyugal en cuanto a la facultad de disposición, sino también a sus sucesores, al fisco y a los acreedores, quienes sobre esos bienes, según su determinación podrán o no ejercer sus derechos.**

**En el plenario Sanz, (Cámara Nacional Civil en pleno 15 de julio de 1992. Sanz, Gregorio O.), se determinó que: “Reviste la calidad de propio la totalidad del bien cuando el cónyuge que tenía proporciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal”.<sup>5</sup>**

**En el caso citado, el conflicto se suscitó porque el codificador no contempló en una norma expresa qué sucedía cuando uno de los cónyuges tenía**

---

<sup>3</sup> **Artículo 1218:** Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor.

<sup>4</sup> **Artículo 1231:** La esposa no podrá hacer por el contrato de matrimonio donación alguna al esposo, ni renuncia de ningún derecho que pueda resultarle de la sociedad conyugal

<sup>5</sup> **(En virtud de lo dispuesto por el art. 303 Código Procesal las resoluciones tomadas por las cámaras en pleno son doctrina legal aplicable).**

originariamente una porción de un bien inmueble como propia y luego adquiriría las restantes porciones indivisas.<sup>6</sup>

Para quienes se enrolan en el carácter declarativo de la partición (art. 2694, 2695 y 2696) en el caso en que un condómino adquiere la totalidad de las porciones indivisas del bien, corresponde considerar que ha sido propietario exclusivo de la totalidad del bien desde la adquisición originaria, en consecuencia se extiende el carácter de propio a las restantes porciones indivisas adquiridas posteriormente, sin perjuicio del derecho de recompensa que la sociedad conyugal tendrá por lo abonado.

Para otros existe la posibilidad de establecer una calificación dual, es decir considera propias y gananciales a las distintas porciones indivisas.

El régimen patrimonial matrimonial es de orden público, no pudiendo ser alterado por una interpretación extensiva de otros institutos que resultan extraños a los principios en que se sustenta<sup>7</sup>.

Creemos, con autorizada doctrina ( Guaglianone, Guastavino, Lafaille, Rébora, Moreno Dubois), que parece indiscutible la posibilidad de reunirse en un mismo bien una calidad propia en cuanto a una determinada parte alícuota y ganancial en la otra; no ofende ningún principio fundamental, ni existe obstáculo legal para admitir la coexistencia de la atribución dual de un bien en parte propio y en parte ganancial, sea que la totalidad del dominio se condense así en los cónyuges, fuere que concurren otros condóminos extraños<sup>8</sup>; así se reflejaría la verdadera naturaleza de las cosas; en tanto que no hacerlo importaría violar el régimen que como se dijo, es de orden público.

---

<sup>6</sup> En el caso en cuestión el registrador las calificó como gananciales y ante la discusión generada por la disconformidad se iniciaron los autos de referencia que culminaron con el plenario citado.

<sup>7</sup> Conf, Lafaille, Curso de derecho civil. Derecho de familia” N°309, Buenos Aires, 1930; Rébora, “Instituciones de la familia” T III p. 101, Buenos Aires, Moreno Dubois, “La sociedad conyugal frente al orden público” La Ley T 118 p. 259.

<sup>8</sup> Guaglianone, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal pág 271 N° 275 Ed Ediar y Guastavino, “La calificación dual de bienes en el matrimonio” (La ley 1233-1181 N°20)

#### **1.4. CONDOMINIO Y COPROPIEDAD.**

En el hipotético caso en que ambos cónyuges adquirieran un inmueble con dinero propio, nos encontraríamos ante una verdadera situación de condominio, y, salvo la excepción antes mencionada del artículo 1277 2º párrafo, podrían disponer de su parte indivisa independientemente.

#### **2. ADMINISTRACIÓN.**

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, el sistema, como quedó dicho, distingue entre bienes propios y bienes gananciales de titularidad de uno u otro cónyuge. El titular de los bienes conserva la administración de los mismos. Respecto de los bienes propios el usufructo será ganancial, en tanto que para disponer de los bienes gananciales y registrables (art. 1277) el cónyuge administrador y titular, deberá contar con el asentimiento del no titular.

Ninguna cuenta debe rendir un cónyuge a otro por la administración de sus bienes propios (art. 1276 CC), dicha obligación sólo nace en el momento de disolución de la misma y respecto a los bienes declarados como de carácter ganancial.

Es importante señalar que al momento de disolución de la sociedad conyugal, el cónyuge no titular recupera la aptitud para reclamar sus derechos a la partición y adjudicación del bien que componía el acervo patrimonial conyugal. Es un derecho de recompensa, es decir que sólo tiene un derecho personal a adquirir un derecho real.

Tiene gran incidencia económica la fluctuación que se produce en las masas de bienes en virtud de la ganancialidad que la ley asigna a los frutos de los bienes

bienes propios; pero ello genera una complejidad en el registro del ingreso de dichos bienes a cada masa, no siempre tenida en cuenta o registrada durante la vigencia del matrimonio; basta por ejemplo pensar en el interesante el caso del ganado, donde las crías de los animales propios que llevara uno de los cónyuges y que nacieren durante la vigencia del matrimonio, en principio serían gananciales, pero siempre estará la obligación de restituir al cónyuge titular de los propios los animales que mueran ordinariamente o que falten por cualquier causa, o sea cuando están destinadas a sustituir el plantel propio, siendo ganancial el excedente que existiera a la fecha de disolución de la sociedad conyugal (art.2902).

## **2.1. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL: SU IMPORTANCIA.**

Importa la manifestación de conformidad que el cónyuge no administrador da respecto de la administración de su socio en la sociedad conyugal. Lo podemos definir como el acto jurídico de voluntad unilateral mediante el cual uno de los cónyuges manifiesta su conformidad, como condición de validez, respecto de ciertos actos de disposición que cumple el otro cónyuge en calidad de titular del derecho respecto de bienes registrables.

Es entonces necesario contar con el asentimiento para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos (acciones o derechos personales, por ejemplo en el caso de prehorizontalidad y contratos de compraventa) o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria (ej. Aeronaves, buques, rodados); aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades y tratándose de sociedades de personas la transformación y fusión de estas. (art. 1277 del Código Civil).

También se aplica, por extensión, y estrictamente como protección de la familia, aún a los bienes propios cuando el bien sobre el que se efectúa el acto

dispositivo es sede del hogar conyugal y hay hijos menores de edad o incapaces. (art. 1277 2º párr.).

Consideramos que los fundamentos para conservar este instituto, tienen su raíz en su triple finalidad: a) acentúa la unidad del matrimonio, b) protege a uno de los cónyuges de la falta de aptitud o mala fe del otro, y c) su incumplimiento acarrea la anulabilidad del acto por nulidad relativa o inoponibilidad según otra parte de la doctrina.

## **2.2. LA FORMA DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL.**

El art. 1277 no establece una forma especial para el otorgamiento del asentimiento conyugal, rige entonces el principio de libertad de formas (art. 974). Sin embargo la doctrina mayoritaria considera aplicable el art. 1184 inc. 10 que impone la forma de escritura pública a los actos accesorios de otros que deban ser otorgados por el mismo medio.

En cuanto a su oportunidad puede ser simultáneo, previo o posterior al acto dispositivo, en este último supuesto implicaría la confirmación del acto viciado de nulidad relativa.

No existe criterio pacífico en la doctrina en cuanto al denominado "Asentimiento general anticipado". Buena parte lo rechaza aduciendo que no se puede coartar la libertad del cónyuge no disponente, ya que entiende que al no tener una forma impuesta legalmente, al prestarse el consentimiento este ya se otorgó, ergo no podría revocarse. En tales supuestos sería aconsejable otorgar un poder especial para prestar el consentimiento o asentimiento con relación a cada bien o derecho específicamente detallado, ya que el poder sí podría ser revocado hasta el mismo momento de su invocación. Se manifiestan también diciendo que al igual que el poder para donar, debiera referir puntualmente a cada bien

individualizándolo de modo tal que no quepa duda alguna de que se quiso prestar la conformidad con la disposición de dicho bien. Quienes se manifiestan por la viabilidad del consentimiento general anticipado, se sustentan en que si alguien elige a otra persona para compartir su vida, cómo no va a poder delegar en él o ella la confianza para disponer de parte de su patrimonio, que es sólo uno de los muchos aspectos que se comprenden en la compleja trama de vínculos que importa la relación marital.

Insistiendo en la importancia que debe asignarse a crear títulos no observables, y en tanto la ley no califique expresamente, optando por la aceptación o rechazo del asentimiento general anticipado, creemos de buena práctica evitar autorizar escrituras que así lo establezcan, asesorando debidamente a los requirentes respecto de los riesgos de una eventual observación al título.

### **2.3. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL EN EL DERECHO PROYECTADO.**

Las versiones del proyecto de reforma del Código actualmente en análisis y elaboración manifiestan que sólo se conservaría su exigencia para los supuestos previstos en el segundo párrafo del art. 1277, es decir cuando se dispusiera del bien sede del hogar y hubiere hijos menores e incapaces.

### **2.4. INFLUENCIA DE LAS CUESTIONES FISCALES Y DE ORIGEN DEL DINERO. LA TRASCENDENCIA DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y EL ASESORAMIENTO.**

El rol trascendente del notario en cuanto oficial público, custodio no sólo de la seguridad jurídica entre los cónyuges sino respecto de éstos y los terceros y

éstos y el Estado, genera, cada vez más, la necesidad de consignar en el texto de la escritura el origen del dinero con que se adquieren los bienes.

Es trascendente la labor del notario como informante y agente de contralor de organismos nacionales (Administración Federal de Ingresos Públicos) e internacionales (UIF). Con las nuevas disposiciones de contralor en materia impositiva y por lavado de dinero (UIF GATTI), los notarios prestamos amplia colaboración a organismos nacionales e internacionales, y debemos ser inquisidores, informantes y –a veces también denunciantes-, nos vemos obligados a interrogar a los otorgantes de los actos, quién y cómo obtuvo el dinero. Esto hace que, por ejemplo, si uno solo de los cónyuges tiene declarados ante AFIP sus ingresos, será éste quien pueda justificar la licitud de los fondos para la adquisición y, en consecuencia, el bien será de su titularidad, si bien ganancial. Entonces, las implicancias y restricciones fiscales, se imponen a la organización familiar, pues muchas veces el matrimonio tiene un micro emprendimiento o una empresa familiar, pero sólo uno de ellos figura como responsable inscripto, entonces, aún cuando ambos trabajen juntos, uno solo será quien pueda justificar ingresos y por tanto estará habilitado a adquirir bienes y luego disponer de ellos.

Esta situación, desigual y no siempre coincidente con la realidad, tiene mucho peso en nuestra sociedad; unida al alto grado de desconocimiento de los derechos y sus alcances que suelen tener quienes no figuran como inscriptos ante la AFIP, hacen que la labor del notario en cuanto asesor adquiera aún más importancia. También obliga a analizar con mayor detalle la conveniencia de generar la posibilidad de un sistema de separación de bienes. (Nos apresuramos a adelantar que cuando la igualdad de oportunidades no se da entre iguales, no resulta justa).

### **3. LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES.**

#### **3.1. NATURALEZA JURÍDICA Y RAZONES DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR ENTRE CÓNYUGES.**

La legislación civil argentina no contiene una norma que genéricamente autorice o prohíba la celebración de contratos entre cónyuges. Hay prohibiciones expresas de realizar ciertos contratos, así como hay otros que resultan claramente permitidos.

En la extensa nota al Título II del Código Civil Argentino, Vélez resalta que en casi todas las materias comprendidas en este título se separa de los códigos antiguos y modernos, en atención tanto a las costumbres de nuestro país como a las funestas consecuencias de la legislación sobre los bienes dotales y en la intención de evitar los resultados de los privilegios dotales. Refiere a los contratos entre esposos admitidos en Europa, que la legislación romana no tenía límites a la facultad que permitía a los esposos reglar entre ellos su matrimonio y podían aún contratar después de celebrado el matrimonio y alterar el primero y ulteriores contratos. Continúa con que vinieron luego muchísimas leyes a prohibir aquellas convenciones que deprimiesen el poder del marido o que versaran sobre el divorcio de los cónyuges, o que alteran los privilegios de las dote, o la sucesión hereditaria y manifiesta que éstas leyes fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias. Prosigue afirmando que en nuestro país nunca fueron necesarias tales leyes porque no se permitieron los contratos de matrimonio, que no parecen necesarios ni hacen más felices a los matrimonio, y concluye que podemos conservar las costumbres del país, que por otra parte las leyes no alcanzarían a variarlas. Sostiene que la sociedad conyugal sería puramente legal, permitiendo sólo aquellas convenciones que se juzgan enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros.

**Al hablar de las donaciones hechas por la esposa al marido, reputa que las mismas serían “comprar un marido” y no un fin digno de ser amparado por las leyes y por eso sólo admite las que el esposo le puede hacer a la esposa, y entiende que esto descalifica como si el marido por haber contraído matrimonio, hubiese cargado con deberes extraordinarios que no hubiera aceptado sin recibir una suma de dinero.**

**También menciona que a frecuencia y facilidad de los divorcios en Roma había constituido una verdadera poligamia sucesiva y que toda la legislación romana que rige las relaciones entre esposos fue calculada en vista de las separaciones frecuentes, que nacían por el divorcio perpetuo, por la facilidad de disolver el matrimonio. Añade que lo que caracteriza el sistema dotal de los romanos y de las leyes españolas es la separación permanente de los patrimonios de los respectivos esposos. Concluye que el motivo y fin de las leyes sobre las dotes no es ya de los tiempos en que sanciona el Código (por cierto distintos de los actuales), y habla de la indisolubilidad del matrimonio y la desaparición del divorcio perpetuo. Obvio resulta entonces la necesidad de replantear las disposiciones de este título, que como subraya Vélez fue pensado para un matrimonio indisoluble, que ya no existe desde la admisión por ley del divorcio y ulteriores matrimonios.**

**En la citada nota refiere Vélez a que la mujer ha sido elevada al rango de compañera y socia del marido.**

**Bibiloni (autor de uno de los anteproyectos de reforma del código civil) señalaba, acertadamente, que la sociedad conyugal no es un contrato, sino que es impuesta por la ley, los esposos no pueden evitarla, su voluntad es inoperante.**

**El régimen legal único ofrece una mayor protección a los terceros que pueden identificar la situación jurídica patrimonial de la persona casada con quien contratan (veremos que en los otros regímenes este contralor también se puede ejercer, variando los sistemas de publicidad registral).**

**La razón para mantener este régimen imperativo por más de un siglo es que la comunidad de gananciales es un régimen de estricta justicia para aquellos matrimonios donde hay diferenciación de roles y uno de los cónyuges pone mayor atención y/o dedicación al hogar y a los hijos mientras otro desarrolla una actividad externa que le permite obtener ingresos económicos.**

**Dentro del sistema jurídico vigente no existe en forma absoluta ni un sistema prohibitivo ni uno permisivo.**

**La regla sería que los cónyuges, como personas capaces, puedan celebrar contratos entre sí, pero con tres excepciones: a) que se trate de contratos expresamente prohibidos : donación, venta, permuta, etc. y/o b) que se trate de contratos que por su naturaleza impliquen una alteración del régimen patrimonial matrimonial, o del carácter propio o ganancial de los bienes (art. 1217, 1218 y 1219); y/o c) que se trate de contratos de los que resulten relaciones jurídicas, derechos u obligaciones que resulten incompatibles con las características personales de la relación matrimonial.**

**La ley 17711 continúa con el régimen forzoso e inmutable, desapareciendo el régimen de la comunidad e instalando en el art. 1276 la administración separada con la excepción del artículo 1277.**

**Según Vidal Taquini, los fundamentos legales a la prohibición de contratar entre los esposos están en los arts. 1218 y 1291 del CC que hacen que durante el régimen las convenciones entre esposos estén prohibidas y si las hubiere deberán declararse nulas.**

**Empero, reconoce validez a algunas convenciones que no alteran el régimen como: el reconocimiento del carácter de ganancial o propio de los bienes sin cambiar su titularidad que está impuesta por la ley; el reconocimiento de deudas;**

el reconocimiento de determinadas recompensas a favor del otro cónyuge o de la sociedad conyugal.

También la ley 17711 introdujo el art. 67 bis que fue el antecedente del art. 236 CC. donde se introduce el divorcio remedio y permite en los casos de separación personal por presentación conjunta (art. 205) o en el caso de divorcio vincular por presentación conjunta (art. 215) realizar determinadas convenciones entre esposos respecto de las relaciones personales y de los bienes.

Tradicionalmente se han prohibido las donaciones entre cónyuges para asegurar la conservación de los bienes dentro de la familia, a su vez se han prohibido las compraventas para evitar donaciones encubiertas.

Así en los artículos 1217, 1218, 1219 y 21 del Código Civil se establece la prohibición de convenciones entre cónyuges, salvo las muy circunscriptas del artículo 1217, y la invalidez de todo pacto o renuncia sobre los derechos sobre los bienes gananciales de la sociedad conyugal.

Otras normas restringen los contratos de los que pudiera derivar una alteración del régimen legal de bienes del matrimonio: así: 1) prohibición de hacer donaciones entre cónyuges (1807 inc 1 y 1820); 2) prohibición de realizar contratos de compraventa entre cónyuges (1358); 3) prohibición de realizar contratos de permuta entre cónyuges (1490); 4) prohibición de realizar contratos de cesión de créditos entre cónyuges (art. 1441).

### **3.2. CONTRATOS PERMITIDOS.**

**Mandato:** art. 1276 párr 3º: “uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin

mandato expreso o tácito conferido por este. El mandatario no tendrá la obligación de rendir cuentas”.

**Fianza:** la mayoría de la doctrina acepta que un cónyuge se constituya en fiador de las obligaciones contraídas por el otro, (y hasta de un tercero con su cónyuge) porque no afecta las relaciones conyugales ni vulnera el principio de la ganancialidad y suelen ser beneficiosos entre los cónyuges.

**Mutuo:** Constitución de garantías reales: Idem que el anterior. Art. 1296 “El marido puede oponerse a la separación de bienes, dando fianza o hipotecas que aseguren los bienes de la mujer”.

**Usufructo de bienes fungibles:** El derecho real de usufructo oneroso o gratuito sólo puede ser constituido entre cónyuges cuando la cosa es fungible, por cuanto la capacidad necesaria es la que se exige para el mutuo (2832).

**Depósito y comodato.** Son contratos permitidos entre los cónyuges. El comodato sólo responde actualmente a una cuestión fiscal que se da, por ejemplo cuando uno de los cónyuges es el responsable ante el fisco y el otro el titular del bien sujeto a explotación. En los demás aspectos carece de sentido ya que el uso y goce de los bienes, sean propios o gananciales es común para ambos cónyuges.

**Contrato de sociedad:** Ley 19550 art 27 Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá transformarse en un plazo de seis meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo.

La prohibición de la ley de formar parte de sociedades de personas es que la responsabilidad en estas es solidaria e ilimitada. Pueden sí integrar SA, SRL y

SCA (pero en este caso no los dos como comanditados, porque lo asemejaría a la sociedad colectiva).

### **3.3. CONTRATOS PROHIBIDOS.**

**Donación:** El art. 1807 inc. 1 prohíbe a los esposos hacerse donaciones el uno al otro durante el matrimonio.

El art. 1820 establece: las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos. Pero el art. 1791 sí permite liberalidades que no son donaciones pues suponen una entrega gratuita pero sin transferencia de dominio.

El art. 3480 admite las liberalidades en la medida en que sean razonables: alimentos, gastos para educación, deudas de ascendientes y descendientes, regalos de uso o amistad.

**Compraventa y Permuta.** El art. 1358 prohíbe la compraventa entre esposos: *“El contrato de compraventa no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de bienes de ellos”*.

Algunos autores dicen que en principio se podría instrumentar si la compraventa se celebró entre los futuros cónyuges y se escritura luego del matrimonio, y la razón de aceptarlo es que la causa fue anterior a la celebración del matrimonio, pero creemos que debe atenderse a esta situación con criterio muy restringido. Fundamentalmente se debe distinguir entre el acto jurídico causal: la compraventa, que habría acontecido lícita y válidamente cuando los cónyuges no lo eran, ergo no existía restricción alguna a su capacidad de contratar, de la transferencia de dominio que operará a través de la escritura como forma impuesta por ley (art.1184), entendemos que en el hipotético caso de formalizar esta escritura se deberá reforzar la prolijidad y atención y dejar perfectamente aclarados los extremos que determinen que lo único que había quedado pendiente

era la transferencia de dominio, y que se pueda acreditar fehacientemente que el resto de los requisitos necesarios para la existencia de compraventa (pago de precio y entrega de la cosa) acontecieron antes del matrimonio. Conforme a nuestro sistema legal la calificación será del escribano y la responsabilidad también.

También habría una excepción a este principio cuando se adquiere el bien del otro cónyuge en subasta pública, porque no se correría el riesgo de que se encubra una donación, ya que la venta es forzada, ordenada y realizada por el juez que previamente determinó el desapoderamiento del ejecutado.

Los arts. 1490 y 1492 de permuta remiten en cuanto a la capacidad necesaria y demás normas supletorias a la compraventa, y por tanto quedan también alcanzados estos contratos por las prohibiciones.

**Cesión de créditos:** Art. 1434 y sptes., cuando es onerosa se aplican las normas de la compraventa y cuando es gratuita las de la donación, ergo siempre este contrato está alcanzado por la prohibición de celebrarse entre cónyuges.

La restricción se extiende a la cesión de derechos hereditarios.

**Pago por entrega de bienes:** art. 780 si el bien entregado fuere un crédito, se aplicarán las normas de la cesión de derechos y si lo que se entrega es una cosa cuyo precio puede determinarse se rige por las normas de la compraventa, por tanto también queda comprendido en la prohibición.

**Renta vitalicia:** También está prohibido, ya que, dependiendo de que sea oneroso o gratuito, el contrato se rige por las normas de la compraventa o de la donación.

**Usufructo de bienes no fungibles:** La capacidad para celebrar este contrato es la de donar o vender según sea gratuito u oneroso (art. 2831).

Habría, según parte de la doctrina, otros contratos dudosos o controvertidos:

**Locación de cosas o servicios, contrato de trabajo.** El fundamento de las objeciones es que presuponen una relación de subordinación jurídica, conforme acertadamente señala Vidal Taquini, y la misma repugna al principio de vida marital. En tanto que Belluscio, por ejemplo, sostiene que para los mismos se requiere capacidad para administrar y no para disponer (arts. 1510 a 1513), y, por tanto, los admite.

El art. 1217 C.C. sólo admite a los esposos realizar las siguientes convenciones que son pre matrimoniales, (ergo no son esposos, y por tanto podrían realizar todo tipo de contratos!, la invalidez se da cuando ya son esposos):

- la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio: establecer por inventario la prueba de que el origen del bien es propio.
- la donación que el esposo hiciere a la esposa.

#### **4. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.**

##### **4.1. FORMAS Y MODOS EN QUE OPERA. LA MUERTE. EL DIVORCIO: RETROACTIVIDAD A LA FECHA DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.**

El art. 1291 establece las causas por las cuales la sociedad conyugal se disuelve: a) por separación judicial de los bienes, b) por declararse nulo el matrimonio, c) por la muerte de alguno de los cónyuges; a las cuales tenemos que agregar: d) ausencia con presunción de fallecimiento, e) separación personal, y f) divorcio vincular.

**En los casos de separación personal y de divorcio vincular, la sentencia produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda cuando es controvertida o al día de la presentación conjunta de los cónyuges. Se produce una retroacción en virtud de la ley, que por la sentencia constitutiva modifica el estado de familia y crea uno nuevo.**

**La separación de los bienes está regulada en los arts 1294 y siguientes del C.C y se produce cuando uno de los cónyuges la pide por mala administración del otro, cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial, y cuando se nombra un tercero como curador de uno de los cónyuges.**

**Sostenemos que, pese a que el art. 1294 también nombra como causal el concurso de uno de los cónyuges, la misma no se produce ya que en el concurso no hay desapoderamiento de los bienes.**

**El art. 1304 nos dice que la separación judicial de bienes puede cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedido de ambos. Cesando la separación judicial de los bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación, como si ésta no hubiese existido.**

**Nos apresuramos a manifestar que toda vez que haya existido litigiosidad u orden judicial de separación de bienes el notario no podrá actuar sino con una orden judicial que así lo autorice.**

**Producida la disolución por muerte de uno o ambos cónyuges, la disolución opera de pleno derecho.**

**En el caso de ausencia con presunción de fallecimiento, la disolución no se produce de pleno derecho, o sea por si sola, sino que es necesario que transcurra el plazo fijado por la ley 14.394 (5 años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años contados desde el nacimiento del ausente) o que el cónyuge contraiga nuevo matrimonio.**

### **Disolución de la sociedad conyugal.**

Es importante distinguir la disolución de la extinción de la sociedad conyugal. Mientras no se dicte sentencia firme en el proceso de divorcio la sociedad conyugal conserva su plena virtualidad; es decir que sin sentencia la sociedad conyugal permanecerá sin cambio, en tanto que la sentencia constituye un estado jurídico nuevo y disuelve la sociedad conyugal.

La disolución de la sociedad conyugal como consecuencia de la sentencia de separación personal o de divorcio vincular, tiene efecto desde el día de notificación de la demanda. Se produce una retroacción en virtud de la ley, que por la sentencia constitutiva modifica el estado de familia y crea uno nuevo.

Es importante advertir que aún después de la presentación conjunta o notificación de la demanda será menester contar con el auto declarativo de divorcio, allí nace el régimen de comunidad post matrimonial, por lo que para disponer de los bienes será menester liquidar, adjudicar y luego disponer.

Entonces, al finalizar el juicio de divorcio por la sentencia firme que lo admita, cada cónyuge estará obligado a rendir cuentas al otro de la administración que desde la fecha de notificación de la demanda haya hecho de los bienes gananciales y de sus rentas.

### **4.2. VALIDEZ DE LAS CONVENCIONES DE LOS CÓNYUGES DURANTE EL PROCESO DE DIVORCIO: CARACTERÍSTICAS. REQUISITOS. OPORTUNIDAD.**

Mientras se encuentre vigente el régimen matrimonial el derecho a participar en los gananciales no puede ser objeto de negociación entre los

cónyuges, ni tampoco es admisible el acuerdo por el cual se distribuyen los bienes como si la sociedad conyugal estuviere disuelta.

Pero, como se verá más adelante, existe la posibilidad que durante el proceso judicial del divorcio, los cónyuges pueden efectuar convenios de disolución y liquidación, que se podrán homologar y serán válidos a partir de la sentencia del divorcio; se trata, muchas veces, de la fórmula para coincidir en un divorcio por mutuo acuerdo.

A partir de la disolución de la sociedad conyugal los esposos recuperan su capacidad dispositiva para transigir o renunciar, (art. 1315) y no rigen las prohibiciones de los artículos 1218 y 1219 del CC.

En este sentido calificada doctrina (p.e. Guaglianone y Grossman) sostiene que los acuerdos celebrados durante el juicio de divorcio son eficaces, en cuanto estén condicionados a la ulterior sentencia que opere la disolución de la sociedad conyugal, pues en virtud del efecto retroactivo resultaría que el convenio se habría celebrado una vez disuelto el régimen de comunidad.

Los convenios de liquidación y partición de los bienes gananciales sólo pueden ser celebrados una vez disuelta la sociedad conyugal, es decir con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de divorcio vincular, de separación personal o de nulidad del matrimonio, según el caso, pronunciamiento que extingue el régimen de bienes de comunidad de ganancias con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda si se trata de un juicio contradictorio o de la presentación conjunta de los cónyuges.

Disuelto el régimen patrimonial por las causales legales (arts. 1291, 1294, 1306 del Código Civil) los cónyuges podrán adjudicarse los bienes realizando los acuerdos que estimen convenientes, pudiendo inclusive plantearlo junto con la demanda en los términos de los artículos 236 y respetando – en principio- ciertas pautas como las establecidas en el artículo 1315, sujeto a homologación judicial.

**Pero, como dijimos anteriormente, la ley 17711 introdujo el artículo 67 bis, que sirvió de antecedente del art. 236 que permite que en los casos de separación personal por presentación conjunta (art. 205 C.C.) o de divorcio vincular por presentación conjunta (art. 215 CC) se puedan realizar determinadas convenciones entre los cónyuges respecto de las relaciones personales y de los bienes. Con esta norma se flexibiliza el orden público y da lugar a la autonomía de la voluntad cuando el matrimonio está en crisis: Acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas, atribuciones del hogar conyugal, alimentos respecto de cónyuges e hijos, acuerdos sobre bienes de la sociedad conyugal, que sólo serán válidos a partir de que se dicte la sentencia que resulta la separación o el divorcio (art. 1306). Esta disposición contradice el art. 1218 que prohíbe toda contratación entre los cónyuges que no sean las permitidas por el artículo 1217, y por ello hubo discusiones judiciales que dieron lugar a que en un plenario se resolviera que: “los convenios de separación de bienes en los juicios de separación conjunta formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y disolución de la sociedad conyugal son válidos, y para que sean válidos deben respetar dos requisitos: 1) que su validez será a partir de que se dicte la sentencia porque por el art. 1306 la misma es retroactiva a la presentación de la demanda y 2) que dichas convenciones sean homologadas por el juez según el principio de equidad e igualdad entre los cónyuges (1315) y se contemple la situación de los hijos menores de edad.**

### **Oportunidad.**

**Como se concluyera por mayoría en el X Congreso Internacional de derecho de Familia, (Mendoza, Argentina 1998), la posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio respeta el principio de igualdad de los cónyuges y la libertad de los contrayentes, que así como pueden convenir sobre su domicilio, la organización y administración de su vida doméstica, podrán elegir el régimen patrimonial que regulará su patrimonio.**

**Resulta importante destacar que se trata de una opción y no una obligación que tienen los contrayentes.**

**Las convenciones matrimoniales deben ser hechas antes del matrimonio, y también pueden modificarse con anterioridad a la celebración del mismo. Siempre deben ser hechas por escritura pública.**

**Graciela Medina, acota criteriosamente que, partiendo del principio de mutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio, los convenios matrimoniales bien podrían estar sujetos a condición o plazo, y considera que cumplido el mismo debieran ser homologadas judicialmente. Subraya la irretroactividad como principio y apunta que en el derecho comparado la condición más frecuente es la que condiciona la iniciación del régimen de comunidad al nacimiento de hijos, vinculando esta situación con la modificación que en el régimen sucesorio se produce por la aparición de herederos forzosos.**

#### **4.3. PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN POST DIVORCIO.**

**Artículo 2696 del Código Civil: cualquier acto a título oneroso que ponga fin a la indivisión es de naturaleza partitiva y por tanto le alcanza el carácter declarativo de la partición.**

**Conforme el artículo 2695: después de la partición cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido desde el origen de la indivisión propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote.**

## **5. EL RÉGIMEN SUCESORIO.**

### **5.1. BREVE SÍNTESIS.**

Producida la muerte del causante se distinguen dos masas de bienes, en las cuales el cónyuge supérstite hereda de la siguiente forma: <sup>9</sup>

- a) En los bienes propios del causante: Concorre con los descendientes en la misma proporción que los hijos, y con los ascendientes el cónyuge supérstite recibe la mitad de los bienes propios; y excluye a los colaterales.
- b) En los bienes gananciales del causante: se dividen por mitades, recibiendo una mitad por la liquidación de la sociedad conyugal; y en la mitad restante es excluido por los descendientes, concurre con los ascendientes recibiendo la mitad y excluye a los colaterales.

Si no quedan ascendientes ni descendientes el cónyuge supérstite excluye a todos los colaterales.

## **6. LOS USOS Y COSTUMBRES. LA REALIDAD SOCIO ECONÓMICA DEL MATRIMONIO.**

El derecho argentino, ha evolucionado, pues de considerar a la mujer como inferior al hombre y sometida a su administración (y hasta su voluntad), ha admitido ahora la paridad de roles, si bien quedan en su normativa resabios no modificados, de tales normas, que tanto la jurisprudencia como la doctrina se apuran en rectificar admitiendo la paridad, pero, aún así la autonomía de la voluntad no tiene cabida en el ámbito de las relaciones conyugales.

---

<sup>9</sup> Arts. 3570 y siguientes Código Civil Argentino.

El correlato necesario de ello, y de los costos e interminables trámites de divorcio y partición de bienes, es que hay cada vez más parejas que sólo se unen y no contraen matrimonio. Es decir, que uno solo de los aspectos que comprende el régimen matrimonial, cual es el económico, tiene tanta incidencia que las parejas deciden convivir o aún optar por otro tipo de vínculos (sociedades civiles o comerciales) que regulen sus relaciones, por escapar a la imperatividad del sistema de ganancias impuesta por la ley como protección a la familia y que la sociedad, en un importante grado, lee actualmente como una sanción del matrimonio.

La realidad socio económica ha mutado y el derecho no la acompaña. Sigue rigiendo en materia matrimonial patrimonial el mismo régimen que antes de la admisión del divorcio, entonces nos encontramos con matrimonios de segunda o ulteriores nupcias, matrimonios igualitarios, miembros de la pareja con distintas realidades laborales, culturales, sociales y económicas, que hacen de cada familia un mundo, como es habitual decir en estos lares, regidos por una ley que nivela hacia abajo, en una limitación casi arcaica de su derecho a la libre disposición de sus patrimonios y vidas.

Es tristemente cierto que en buena parte de Argentina, a la mujer aún se la considera en una situación desventajosa en el aspecto patrimonial respecto del hombre, aún no ha alcanzado igualdad económica y de ingresos respecto del hombre, pero sí tiene igualdad jurídica, y hasta la propia administración federal de ingresos públicos genera distingos de género, y hasta se ha sostenido que *“...el legislador debe actuar al respecto estableciendo el régimen que estime más justo según la idiosincrasia y las conveniencias sociales del lugar para el cual debe legislar”*.<sup>10</sup>

Pero no se debe olvidar que el modelo social responde a un esquema de paridad legal que presupone no solo igualdad conyugal en la vida diaria con los

---

<sup>10</sup> Sambrizzi Eduardo A. Régimen de bienes en el Matrimonio” La Ley 2007-I-40.

derechos y obligaciones sino en poder decidir cómo regir su matrimonio en todos los aspectos sin excluir el patrimonial.

#### **6.1. EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO A LOS CONVIVIENTES.**

Como reflejo de esta situación de incompatibilidad o inadecuación de la ley y la realidad social, ante la importante cantidad de uniones no matrimoniales, que por tales pierden muchos de los beneficios con que la ley protege a la familia se comienzan a ver modificaciones en las normas y/o doctrinas judiciales que las equiparan al matrimonio.

Así, el Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato del parlamento francés de fecha 15 de noviembre de 1999, en su capítulo II regula el concubinato, incorporándolo al Código Civil Francés estableciendo que el concubinato es una unión de hecho caracterizada por una vida en común, que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad entre dos personas de sexo diferente, o del mismo sexo que viven en pareja.

La ley francesa sostiene que, a partir de un contrato firmado en el juzgado por dos personas adultas de diferente o igual sexo, después de tres años de convivencia serán reconocidas como uniones libres, con derechos prácticamente similares al matrimonio legal, gozando de cobertura social, asistencia médica, subsidio, beneficios de viudez, menores impuestos, entre otros.

En Argentina, distintas disposiciones prácticamente alcanzan lo dispuesto en dicho pacto, asignando a los convivientes que declaren su unión de hecho, derechos como por ejemplo pensión a la concubina, indemnización a la concubina por fallecimiento del trabajador, derecho del concubino a continuar habitando el

inmueble locado después del fallecimiento del concubino, asistencia social, reconocimiento en las distintas obras sociales.

## **7. EL DERECHO PROYECTADO.**

### **7.1. PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.**

La realidad socio económica, tan distinta de la que regía en 1871, año en que se sancionó el Código Civil, ha hecho que se efectuaran varios intentos de modificación del mismo. Las más recientes reformas proyectadas, aún no aprobadas, fueron un intento de unificación de los códigos civil y comercial (1995) y en la actualidad existe una comisión elaborando un proyecto de modificación del Código Civil específicamente concentrado en dirimir las cuestiones de divergencias doctrinarias o generadoras de causas judiciales por cuestiones interpretativas de la legislación vigente.

La comisión creada por decreto 685/95 redactora del proyecto, por mayoría, aceptó la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales: el de comunidad de gananciales y el de separación de bienes, permitiendo a quienes van a contraer matrimonio optar entre ellos, incorporando al proyecto la posibilidad de cambiar el régimen después de la celebración del matrimonio.

Si bien da libertad de elección, esta es restringida ya que se limitaba a la posibilidad de optar entre esos dos regímenes tipo, con limitaciones, que como bien señala Graciela Medina,<sup>11</sup> tienden a proteger a los contrayentes cuando son incapaces, a proteger a los terceros y a dar seguridad jurídica.

---

<sup>11</sup> Medina, Graciela, Elección del Régimen de bienes del Matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil. La Ley 1999-E, 1050.

El art. 439<sup>12</sup> del Código Projectado sólo posibilitaba la opción entre los regímenes legalmente pactados, porque los autores no consideraban ni necesario ni adecuado autorizar la creación de un régimen distinto o la modificación parcial de los previstos.

El proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en proceso de elaboración por la Comisión conformada por los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, en lo concerniente al régimen patrimonial del matrimonio contemplaría la posibilidad que los contrayentes opten, mediante la celebración de convenciones matrimoniales, por los regímenes, previstos también en el mismo proyecto, “Comunidad de Gananciales” y “Separación de Bienes”. La falta de convención matrimonial al respecto importará la aplicación supletoria del régimen de Comunidad de Gananciales.

También está prevista la posibilidad del cambio de régimen mediante nueva convención de los cónyuges luego de dos años de aplicación del régimen legal o convencional que los regía, y para su oposición a terceros resultaría exigible la homologación judicial del nuevo convenio, y la sentencia que así lo decrete deberá ser asentada marginalmente en el acta de matrimonio. Compartimos el criterio doctrinario que entiende innecesaria la homologación judicial, ya que si los cónyuges tienen libertad para contratar lo único importante a los efectos de la oposición a terceros es que esté debidamente publicitado en el acta de matrimonio cuál es el régimen aplicable, y entendemos que en tanto esta inscripción no esté efectuada se invertirá la cara de la prueba, es decir sólo resultaría oponible el régimen de la convención cuando se pudiera demostrar que el tercero pudo conocer la existencia de la misma.

El proyecto prevé que estas convenciones sean estipuladas por escritura pública, lo que resulta plausible, ya que se brindan así las garantías suficientes y válidas para la comunidad, acreditando la libre concertación del acuerdo entre los

---

<sup>12</sup> Art: 439: “Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor”

**cónyuges que habrán contado con el asesoramiento jurídico del notario en forma previa, permitiendo así una bien deliberada decisión.**

**En cuanto a la oponibilidad a los terceros del cambio de régimen, la doctrina mayoritaria, tanto nacional como internacional, está conteste con la postura del Tribunal Supremo de Madrid cuando afirma que “...los terceros titulares de créditos u otros derechos frente a los cónyuges deben quedar ilesos ante la modificación del régimen económico matrimonial, la forma de conseguirlo es que el nuevo régimen, válido entre los cónyuges y oponible erga omnes, presente una ineficacia subjetiva frente a esos terceros cuyos créditos sean anteriores al cambio de régimen o su publicidad...”<sup>13</sup>**

**Es aquí importante señalar la complicación que genera en la realidad de nuestro país la inexistencia de un Registro de Estado Civil de las personas unificado, ya que el Registro Civil está descentralizado por provincias y no tiene una centralización nacional ni informes de una provincia a otra, lo que hace que no se pueda obtener información fidedigna y posibilita incluso la bigamia o poligamia. Esta ausencia de un Registro Universal de matrimonios actualizado a lugar a las posibilidades de fugas y omisiones en cuanto a la información de si existe o no un matrimonio, obviamente imprescindible si existiera la posibilidad de un régimen de opción entre dos o más sistemas patrimoniales matrimoniales. El estado civil actualmente es una declaración que las partes hacen al notario, es decir la soltería se presume, y el matrimonio se prueba con el acta de matrimonio, el divorcio, la separación y la nulidad con la pertinente sentencia que así lo haya declarado y su asiento marginal en el acta de matrimonio, la viudez por el acta de defunción de uno de los cónyuges, pero, toda esta información es independiente en cada provincia del Estado Argentino.**

---

<sup>13</sup> (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, Madrid, 25 septiembre e 2007. N° de recurso 4163/2000 N°de Resolución 944/2007 ROJ sts 5984/2007, Capitulaciones Matrimoniales en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es))

## **7.2. LA OPCIÓN POR UN RÉGIMEN U OTRO EN EL DERECHO PROYECTADO.**<sup>14</sup>

El art. 441 del proyecto establece la posibilidad de cambio y dice: “Después de la celebración del matrimonio, el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes y por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la debe homologar si no la encuentra contraria al interés de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron”.

## **7.3. EL ROL DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACIÓN DE CONVENIOS PARTICIONARIOS: FORMA. INCUMBENCIA. VENTAJAS. EL CONOCIMIENTO ACABADO DEL RÉGIMEN DE BIENES. ASESORAMIENTO. SIGILO. CELERIDAD. ECONOMÍA.**

El proyecto de reforma del año 1995 optó por la escritura pública, siguiendo así los antecedentes del derecho francés (artículos 1394 y siguientes), Código Civil Español (art.1327) y Código Belga (art. 1391 y 1392).

El art. 440 del Proyecto (1995) dice: “Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública, antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto

---

<sup>14</sup> Proyecto de reforma al Código Civil elaborado por la comisión creada por dec. 685/95. Adla, LVI-A,75.

otorgado también por escritura pública. Para que la opción del art. 438 inciso d) produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio”.

En principio, exigiendo el proyecto una forma: la escritura pública, y en consonancia con el resto del articulado del mismo, se entendería a esta forma como impuesta por ley como solemnidad absoluta, y por tanto si no fuere respetada el negocio sería inválido.

Resulta ajeno al sentido común y contrario al régimen de la autonomía de la voluntad el presumir que si las partes hubieren celebrado la convención en instrumento privado, uno de ellos sin el consentimiento del otro pudiera exigir su elevación a escritura. Por eso la trascendencia de la norma del derecho belga cuando existe que esta conformidad exista tanto en el momento de la celebración de la escritura como en el de la homologación.

La necesidad de la homologación judicial está dada para evitar que los pactos vayan en contra del interés de la familia. El proyecto de reforma no prevé quién es el juez competente para dicha homologación ni cuál el procedimiento para lograrla, pero se regiría por el derecho procesal correspondiente a la demarcación en que se aplicara, siguiendo los principios del domicilio y de las medidas cautelares para protección de derechos. Tampoco está previsto que el juez pueda negarse a la homologación porque el acuerdo pueda afectar a terceros, (situación que sí contempla, por ejemplo, el código Belga), pero entendemos que está dentro de sus facultades hacerlo si así lo considera.

Coincidimos con Graciela Medina <sup>15</sup>, en que nadie puede ser forzado a casarse, y hasta el momento mismo de la celebración del matrimonio los contrayentes pueden retractarse y modificar, tanto la convención respecto del régimen de bienes que aplicarán a su vida matrimonial, como la determinación de casarse. Así también siendo el matrimonio un acto jurídico familiar solemne, al

---

<sup>15</sup> op cit.

que la ley le impone una forma expresa y específica, las convenciones matrimoniales, anexas al mismo deben seguir su misma forma. Y así lo exige el código vigente en el art. 1223: “Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública bajo pena de nulidad,...”.

#### **7.4. POSIBILIDAD DE CAMBIAR LA OPCIÓN: RESGUARDO DE DERECHOS DE TERCEROS. PUBLICIDAD.**

En el artículo 438 del Proyecto de Reforma, se establecen cambios respecto de las convenciones que pueden realizar los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio. A diferencia de lo establecido en el artículo 1217 del Código Civil (vigente), en el artículo proyectado se introducen las siguientes modificaciones en cuanto al objeto de las convenciones: 1) a la ya existente designación de los bienes que los cónyuges llevan al matrimonio, se suma el avalúo de los mismos; 2) aparece como nuevo objeto la enunciación de las deudas; 3) no se refiere sólo a las donaciones que el esposo hiciere a la esposa (lo cual es un resabio de la concepción marital plasmada en nuestras leyes), sino a las donaciones que se hagan los esposos entre ellos; 4) finalmente, la modificación sustancial, es la posibilidad de elección entre diferentes regímenes matrimoniales previstos por el Código.

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia, recomendó: “las convenciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio deben ser formales y satisfacer las exigencias del régimen publicitario registral para la protección de terceros”.

Los efectos de las convenciones que modifican el régimen anterior serán extunc, porque los derechos adquiridos de los terceros, por aplicación del derecho de propiedad no pueden ser alterados por una modificación registral.

**El artículo 441 proyectado establece: “Cambio de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos (2) años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la debe homologar si no la encuentra contraria a los intereses de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio.- Los acreedores anteriores al cambio que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un (1) año a contar desde que lo conocieron”.**

**La opción y su modificación deben constar en el acta del matrimonio (art. 440 de la reforma proyectada).<sup>16</sup>**

**El cambio de régimen en la reforma en análisis, sólo produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción en el acta de matrimonio, pero entre las partes sus efectos se producen desde la sentencia homologatoria.**

**La legislación proyectada ha considerado suficiente la inscripción del régimen patrimonial matrimonial en el Registro Civil en el acta de matrimonio, sin requerir otro tipo de inscripciones en otros registros públicos. Esto importa negar la realidad jurídico comercial argentina, porque en la mayoría de las transacciones de bienes registrables se solicitarán informes a esos registros y nunca al Registro Civil. Toda la complejidad y mayores costos que se devengarían de la inscripción en tantos registros públicos se solucionaría si se unificara la información del Registro Nacional de Capacidad Civil de las Personas.**

---

<sup>16</sup> texto del art. 440 propuesto por los autores del proyecto: “Forma. Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto también otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 438 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio”.

El Código Civil español en su artículo 1333 dispone: “*si las convenciones o modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad*”. Otros derechos también requieren la inscripción en el Registro Público de Comercio si uno de los cónyuges es o deviene comerciante (Código Francés). Ambas sugerencias resultan sensatas y plausibles, pero para su aplicación en Argentina se objeta la falta de unificación de dichos registros en el país. La circunstancia que cada provincia tenga su propio registro, y en casos como el de Santa Fe, dos, como también existen los registros de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hace que esta pretensión devenga en ilusoria pues es imposible registrar en veinticuatro registros civiles, veinticuatro registros de comercio y veinticuatro o más registros de propiedad, tampoco es viable recabar información de ellos.

## **8. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO.**

### **8.1. EL SISTEMA LEGAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.**

El régimen patrimonial internacional del matrimonio está regulado por el art. 163 del Código Civil y modificado por la ley 23515 que dice “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen 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 ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes”.

Es entonces muy importante establecer cuál es el primer domicilio de ese matrimonio, pues, si éste hubiera estado en un país en cuyo régimen legal se admitiera la separación de bienes, para la ley argentina, tal sistema resultaría

válido y aplicable a los bienes de la denominada sociedad conyugal, aún cuando los esposos luego se radicaran en Argentina.

El tratado de Montevideo de 1940, y el artículo 163 del Código Civil declaran la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio en cuanto al derecho aplicable: el primer domicilio conyugal.

## **8.2. SISTEMAS VIGENTES EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR.**

Como ya se manifestó, el régimen de bienes del matrimonio, vigente en Argentina, es legal, de orden público, imperativo y forzoso, no existiendo para los cónyuges la posibilidad de apartarse del mismo. Nuestro país desde el momento de la sanción del Código Civil (1872) se enroló en el sistema del régimen legal único, forzoso e imperativo de comunidad de gananciales y lo mantuvo hasta fines del siglo XX.

Actualmente los países que mantienen un régimen patrimonial matrimonial imperativo y de inmutabilidad, son minoría, así las legislaciones de Bolivia, Cuba y algún estado de México, además de Argentina, imponen a los esposos un régimen legal único y forzoso. La mayoría de los estados permite a los cónyuges ejercer la opción del régimen patrimonial que más le convenga.

La libertad de elección otorga a los cónyuges una opción, y supletoriamente determina el régimen aplicable. Aunque sólo una minoría ejerza este derecho, es valioso para la sociedad permitir esta autonomía de la voluntad respetando el principio de igualdad y libertad de los cónyuges. En algunas legislaciones se permite la posibilidad de ejercer la opción antes de la celebración del matrimonio, y en otros también después. Otras admiten la posibilidad de que transcurrido cierto tiempo desde la opción por un régimen los cónyuges decidan mutarlo.

Existe tanto en la doctrina, como en el derecho comparado y en los últimos proyectos de modificación (Argentina 1995, 2011/2012) una tendencia a flexibilizarlo admitiendo la posibilidad de un sistema de opción.

El abanico de posibilidades y regímenes en el contexto internacional, es tan variado como las banderas, así: comprende desde la obligatoriedad de elegir un régimen determinado legislativamente, como por ejemplo en algunos estados de México, hasta la negación de tal opción, como sucede en Bolivia o Argentina. Otros países tienen amplio margen de libertad y admiten no sólo la posibilidad de elegir un régimen, sino también la de cambiarlo luego de cierto plazo, así Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Grecia. Algunos países establecen límites a los contenidos contractuales y establecen un régimen obligatorio primario o básico, por ejemplo Perú, Paraguay, Alemania e Italia. También existe variedad en cuanto a la forma de ejercer dicha opción e instrumentar las convenciones matrimoniales, para algunos es judicial, para otros administrativa y otros – en nuestro criterio los más acertados- optan por la escritura pública.

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza Argentina, 20 a 24 de setiembre de 1998) recomendó: *“Consideramos que las limitaciones genéricas son innecesarias, ya que las convenciones matrimoniales son negocios jurídicos a los cuales se les aplican todos los principios generales de los actos jurídicos y por ende no pueden ser realizadas en contra de la buena fe, ni de la moral y buenas costumbres, ni ser abusivas, porque serían nulas”*.

Y en este sentido se pronuncia el Código Civil Español, cuando en su artículo 1328 sanciona con la nulidad cualquier disposición contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge.

El Código Civil Francés prevé en el artículo 1327 que las convenciones matrimoniales no pueden ser contrarias a las buenas costumbres.

**El Código Belga de 1997 en su artículo 1387 establece también que las convenciones no pueden ser contrarias al orden público ni a las buenas costumbres.**

**La Convención de La Haya de 1978 prevé la posibilidad del cambio de sistema aplicable por voluntad expresa de los cónyuges. Éstos deberían poder pactar la ley y jurisdicción aplicable en caso de conflicto respecto de sus relaciones patrimoniales recíprocas.**

**En cuanto a la capacidad de los sujetos contratantes, existen limitaciones no sólo en cuanto a los menores de edad, (por ejemplo el Código Civil Belga en su artículo 1388 determina que el menor habilitado para contraer matrimonio está habilitado para realizar todas las convenciones y donaciones válidas, siempre que sea asistido en el contrato por las personas que deben dar su consentimiento para la celebración del matrimonio. Si las convenciones matrimoniales han sido realizadas sin esa asistencia, la convención puede ser demandada por el menor o por las personas cuyo consentimiento es requerido, pero sólo hasta la expiración del año desde que la mayoría de edad es cumplida”); en tanto que algunos regímenes impiden la opción a los mayores de determinada edad (por ejemplo el artículo 60 del Código Civil de Brasil impide la posibilidad de ejercer la opción a los varones mayores de 60 años y a las mujeres mayores de 50 años).**

**En las XXII Jornadas de Derecho Civil realizadas en Córdoba (Argentina) en setiembre de 2009, con el objeto de armonizar las normas del derecho argentino con las vigentes en los países integrantes del Mercosur se propuso realizar una revisión integral y crítica del sistema vigente (gananciales) como sistema legal supletorio, admitiendo la posibilidad de optar por otros regímenes patrimoniales del matrimonio, estableciendo normas básicas, imperativas e inderogables que regulen las cuestiones patrimoniales del matrimonio en todos los regímenes, sean legales o convencionales tales como. El deber de contribución entre cónyuges, la responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro para**

atender a las necesidades del hogar, la protección integral de la vivienda y de los enseres que le son funcionales.

### **8.3. LA EXPERIENCIA EN EL RESTO DEL MUNDO.**

Permiten optar entre tres regímenes preestablecidos los siguientes países: Francia, España, El Salvador, Brasil y Paraguay. En Canadá el estado de Quebec.

En América Latina: Uruguay y Perú admiten la opción entre el régimen de comunidad y separación de bienes.

La mayoría de los países que admiten la posibilidad de elección de régimen, aceptan que posteriormente los cónyuges puedan modificar el régimen por el que optaran originariamente.

El art. 1395 del código Belga establece que “el acto de celebración del régimen matrimonial está sometido al pedido firmado por los dos esposos de homologación del tribunal de primera instancia de su residencia conyugal. Los esposos comparecen juntos y personalmente. El tribunal puede negarse a la homologación si ésta perjudica el interés de la familia, de los hijos o los derechos de los terceros”.

Tanto el derecho francés como el belga exigen que para cambiar el régimen exista el consentimiento al momento de celebración de la escritura pública y también al momento del pedido de la homologación.

## **9. NUESTRA OPINIÓN: PONENCIA.**

Entendemos que hace al tráfico comercial y a la agilidad la posibilidad de que los futuros contrayentes puedan optar por un régimen de administración y disposición de bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal.

También vemos favorablemente que transcurridos dos (2) años desde la opción se pueda modificar la misma. Aunque no dejamos de advertir los reparos y complejidades que se pueden presentar por estas modificaciones (usufructos, y publicidad). La economía, intereses y modificaciones del patrimonio, estarán en constante fluctuación a lo largo de la duración de la sociedad conyugal y el contralor de una correcta calificación será más complejo si hay variación de sistemas.

La falta de un organismo central y unificado de información del estado matrimonial en todo el país, hace también dificultoso y de aplicación insegura el régimen de opción por un sistema u otro.

La falta de preparación de algunos cónyuges (en cuanto a los conocimientos económicos, legales y su diferente inserción sociales) hacen que también sea dispar, y pueda incluso devenir en inequitativo y por tanto injusto, el régimen de separación de bienes.

De todos modos, es sabido que aquello de “hecha la ley, hecha la trampa” es tan antiguo como la humanidad misma, y que en casos de desavenencias matrimoniales, si un cónyuge quiere perjudicar al otro, lo hace valiéndose de un amigo, un hermano, una sociedad u otros recursos, entonces... no hay que ser extremista ni legislar por las patologías sino para el desarrollo y crecimiento, con seguridad, de los cónyuges.

**Reforzar así la posibilidad de que quienes se eligieron para transitar la vida juntamente no vean en lo económico o jurídico una valla o restricción a sus decisiones personalísimas, que desde que se plantearán antes de ser ejecutadas no podrán vulnerar el derecho de nadie.**

**Defendemos la autonomía de la voluntad como una de las herramientas más valiosas de nuestro derecho, pues se basa en uno de los principios básicos del estado de derecho y el reconocimiento de uno de los pilares de nuestra esencia humana: libertad y discernimiento. Entonces, si los fortalecemos con un correcto asesoramiento notarial y la seguridad jurídica que los instrumentos que creamos, escrituras públicas, brindan a la comunidad, no hay por qué temer a los institutos jurídicos sino aprovechar las bondades que ellos comprenden.**

**Consideramos que reconocer la posibilidad de los cónyuges de ejercer una opción de régimen legal al momento de la celebración de la convención matrimonial, es dar plena vigencia a la autonomía de la voluntad, ya que en modo alguno puede entenderse la celebración del matrimonio como una capitis diminutio de los contrayentes, y es muy positivo admitir el aseguramiento del interés económico de los cónyuges. Es propio de nuestro sistema de derecho enmarcar esta autonomía en parámetros generales, como el orden público y las buenas costumbres y también tener en cuenta las distintas capacidades: menores que deciden casarse antes de su mayoría de edad o adultos con restricciones o disminuciones en su capacidad, pero nos parece que establecer genéricamente un límite sólo por la edad de los mayores es lesivo del derecho de igualdad: el estado no puede autoirrogarse un papel tuitivo que proteja a la persona de sí misma. Mientras no esté determinada una incapacidad para el derecho la persona es plenamente capaz.**

**Es imprescindible dar especial atención al modo de publicidad de las convenciones matrimoniales, ya que, también por aplicación de los principios generales del derecho éstas sólo serán oponibles a terceros desde que éstos puedan tener conocimiento de las mismas. Así la publicidad de la convención matrimonial**

**posibilitará a los terceros conocer el régimen por el que han optado los cónyuges y a los cónyuges les resguarda respecto de los terceros que contratan con ellos.**

**En nuestro país, donde no existe unificación de bases de datos, ya que cada provincia tiene su propio registro de Capacidad y Estado Civil de las Personas, para una vigencia operativa y eficaz de las reformas propuestas sería imprescindible contar con una base de datos de esos registros unificada, inscribiéndose en las mismas el estado civil de las personas y en caso de estar casadas cuál es el régimen legal que las rige.**

**Para garantizar la seguridad jurídica, un correcto asesoramiento de los cónyuges y la veracidad de la convención matrimonial, deberá ser celebrada por escritura pública e inscrita marginalmente en el acta matrimonial, bajo pena de considerarle inválida e inoponible a terceros.**

**Consideramos que debe preverse la posibilidad de mutar de régimen. Pero antes de cambiar de régimen debiera liquidarse el anterior de modo tal que se aseguren los derechos tanto de los cónyuges como de los terceros.**

**Resulta, en consecuencia, altamente aconsejable propugnar una reforma en el sistema legal argentino, que admita a los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio o durante la vigencia del mismo, optar por el régimen patrimonial que los regirá, en consonancia con la defensa de la igualdad y el libre albedrío de raigambre constitucional y adecuando así el sistema legal para armonizarlo con los regímenes vigentes en los restantes países del Mercosur y abriendo el plexo normativo en un marco de integración internacional.**

## BIBLIOGRAFÍA.

Medina, Graciela. *“Elección del Régimen de bienes del Matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil”*. La Ley 1999-E, 1050.

Sambrizzi Eduardo A. *“Régimen de bienes en el Matrimonio”*. La Ley 2007-I-40  
Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, Madrid, 25 septiembre e 2007. N° de recurso 4163/2000 N°de Resolución 944/2007 ROJ sts 5984/2007, Capitulaciones Matrimoniales en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

Proyecto de reforma al Código Civil elaborado por la comisión creada por dec. 685/95. Adla, LVI-A,75.

Belluscio, Augusto C. *“ Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”*. La ley Bs As. 1995-A

Belluscio, Augusto César: *“Nulidad en las contrataciones entre esposos”*. Rev. Notarial 42 Córdoba Colegio de Escribanos 1981.

Belluscio, Augusto C. *“El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de Código Civil”*. La Ley, Buenos Aires 22-6-99

Méndez Costa, M.J. *“Derecho de Familia”*. Ed. Rubinzal Culzoni, pág 76/80.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. *“ Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil “(Comisión designada por decreto 468/92) Buenos Aires. J.A. 1993-IV-676*

Ponencias del X Congreso Internacional de Derecho de Familia: Mendoza-Argentina 20-24 de setiembre de 1998.

Belluscio, Augusto. *“ La elección del régimen matrimonial por los esposos”*. La ley 1994 A 799 y 1145.

Belluscio Augusto-Vidal Taquín, Carlos-Zannoni, Eduardo *“Convenciones Prematrimoniales”*. Revista del Notariado n°823 año 1990.

Medina, Graciela. *“Elección del régimen de bienes en el matrimonio”*, L.L.1999-E1050

Fleitas Ortiz De Rozas, Abel- Roveda, Eduardo. *“Manual de derecho de la familia”* Lexis Nexos 2004.

Fassi, Santiago Carlos *“Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal”* L.L. 27-114.

Allende, Jorge María. *“Bienes en parte propios con adquisición posterior ganancial. Carácter de los mismos”*. Revista del Notariado, N°658, pág. 464.

Guaglianone, A. *“Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”*. pág. 223

Navas, Emilio Patricio. *“De la necesidad de reformular el régimen patrimonial del matrimonio”*. En Revista del Notariado, 829. Buenos Aires. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, abril-junio 1992, p. 351-356.

Cacciari, Norberto Eneas [y otros] *“Problemática de los llamados bienes mixtos en el régimen patrimonial matrimonial. Análisis del fallo plenario “Sanz”*. En Revista del Notariado, 834. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, julio-septiembre 1993. p. 557-580.

Taquini, Jorge Félix [y otros] *“Condominio entre cónyuges”*. En Revista del Notariado, 764. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Capital Federal, marzo-abril 1979- p-381-443.

Clariá, Eduardo Alfredo. *“Régimen de bienes del matrimonio en el derecho internacional privado: convenciones matrimoniales: legislación comparada”*. En Revista del Notariado, 873. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, julio- septiembre 2003. p.59-73.

Guaglianone, Aquiles Horacio. *“Régimen Patrimonial del Matrimonio”*. EDIAR SAECI y F. (1975)

Herrera, Marisa: *“Un estudio actualizado y algo más sobre la titularidad conjunta de bienes gananciales”*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2008 – 1. Sociedad Conyugal I. p.71-118.Ed. Rubinzal – Culzoni.

Loyarte, Doleres: *“Cesión de contrato y asentimiento conyugal”*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2008 – 1. Sociedad Conyugal I. p.135-157.Ed. Rubinzal – Culzoni.

Borda, Guillermo A. *“Tratado de derecho civil argentino”*, tomo I pág 233.

Guaglianone, A. *“Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”*. pág. 271 N° 275 Ed. Ediar.

Guastavino, E.*“La calificación dual de bienes en el matrimonio”* (La ley 1233-1181 N°20)

Lafaille, *“Curso de derecho civil. Derecho de familia”* N°309, Buenos Aires, 1930

Rébora, *“Instituciones de la familia”* T III p. 101, Buenos Aires.

**Moreno Dubois, “*La sociedad conyugal frente al orden público*” La Ley T 118 p. 259.**

**Ferrer, Francisco A. M.; Galli Fiant, M. Magdalena; Gitter, Andrés; Medina, Graciela; Méndez Costa, M. Josefa; Natale, Roberto M.; Rolando Carlos H.; Saux, Edgardo I. “*Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*”. Ed. Rubinzal – Culzoni, 2010.**