

actos realizados en contravención a las limitaciones del art. 17 de la ley 24441 que, como hemos dicho, provocan la nulidad del acto y no su revocación, con la salvedad aclarada en el párrafo anterior. Además, la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción ha introducido una importante excepción al principio según el cual la revocación retroactiva del dominio permite recobrar el inmueble "libre de todas las cargas", aunque se halle en poder de sucesores particulares. En efecto, en el caso del dominio fiduciario, la revocación del dominio no tendrá, en principio, efecto retroactivo sobre los actos de disposición, los que quedarán firmes. Excepcionalmente, y solo en el supuesto remoto de que el fiduciario haya realizado actos de disposición en contra de lo previsto en la legislación especial, revocado el dominio, deberá volver el bien al mismo estado jurídico que tenía al momento de la constitución del fideicomiso, con lo que se recobraría dicho efecto retroactivo, pero como consecuencia de la nulidad del acto.

IV. Nos inclinamos por sostener que el límite de la función calificadora en nuestro sistema registral radica en los actos nulos (el registrador no puede jamás observar los actos anulables) de nulidad siempre manifiesta, ya sea que se trate de una nulidad absoluta o relativa. Además, dicha nulidad debe surgir solamente de los títulos que se presenten a inscribir y de los asientos registrales.

Para la calificación de los supuestos que cabrían en el art. 17 de la ley 24441, es necesario distinguir según que la ilegalidad provenga de que se viole la prohibición expresa de disponer (o el requisito del consentimiento, expresamente impuesto), o que se viole la limitación implícita de enajenar que surge de los mismos fines del fideicomiso.

Para los casos de violación a mandatos expresos (prohibición total de enajenar sin consentimiento), entendemos que se trata de supuestos de nulidad manifiesta y relativa. Además, hemos visto que se trata de una ilegalidad que surge del título y del asiento registral. Por lo tanto, conforme a la doctrina sobre los límites de la función calificadora a la que hemos adherido, el Registro debe calificar.

Como consecuencia, el Registro deberá proceder a inscribir provisionalmente el título viciado, ya que el mismo puede ser subsanado (confirmación del acto por los interesados).

Para los casos de violación a mandatos implícitos (incompatibilidad con los fines del fideicomiso: actos de enajenación notoriamente extraños a los fines del fideicomiso y aquellos que no son notoriamente extraños a los mismos), pensamos que ambos son supuestos de nulidad relativa, siendo el primero de nulidad manifiesta y el segundo de anulabilidad no manifiesta. Pero, a diferencia de los supuestos de violación a mandatos expresos, estos casos constituyen una ilegalidad que no surge de la confrontación entre el título y el asiento registral- conforme a las disposiciones técnico-registrales de Mendoza y de la Capital Federal- ya que ambos Registros no toman nota de los fines del fideicomiso en el asiento registral. Por lo tanto, el Registro no debe calificar. Como consecuencia, el Registro tendrá que proceder a inscribir definitivamente el título viciado, quedando la calificación en manos del notario autorizante del instrumento, y en su defecto, del juez.

REGIMEN PATRIMONIAL DEL
MATRIMONIO

Necesidad de su reforma (*)
POR RODOLFO OLIVÉ

Las modificaciones introducidas por la ley 23264 de filiación y patria potestad, y por la ley 23515 llamada de matrimonio civil, tornan necesario revisar las disposiciones del Código Civil sobre el régimen de bienes en el matrimonio. Digamos que las leyes citadas no han hecho más que reflejar en el ordenamiento jurídico las profundas modificaciones ocurridas en la sociedad argentina a lo largo de este siglo que termina. Uno de sus aspectos más destacables es el avance de la mujer en actividades y responsabilidades que eran impensables cien años atrás. Tema tan interesante merece un espacio del que aquí no disponemos. Entraré en materia diciendo que esta reforma la viene reclamando la comunidad jurídica desde hace algún tiempo, tal como se exteriorizó en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en agosto de 1987. La Comisión 5 trató el régimen patrimonial del matrimonio y recomendó de lege ferenda la adopción de regímenes matrimoniales alternativos; la responsabilidad de ambos cónyuges, cualquiera sea el régimen que se adopte para atender las necesidades del hogar y la educación de los hijos; la adopción de disposiciones expresas relativas al estado de indivisión poscomunitaria. Aparte de estas ponencias, cabe destacar el valor de los trabajos presentados por los participantes. Por supuesto que sus conclusiones no fueron coincidentes, y yo me permitiré disentir con algunas de las soluciones propuestas, pero señalo el gran aporte jurídico que significó este congreso. Y para referirme a los notarios, comento los trabajos de Julio César Capparelli sobre el tema y las conclusiones de la XXII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal de 1993. También apunto la opinión favorable a la introducción de regímenes alternativos, en especial el de separación de bienes, en tratadistas como Jorge A. Mazzinghi y Carlos H. Vidal Taquini, conocidos por su posición contraria a la modificación del estatus del matrimonio, quienes admiten, frente a las leyes dictadas, la necesidad de adecuar el régimen patrimonial a las nuevas relaciones entre

*) Especial para Revista del Notariado.

los cónyuges. También Eduardo A. Zannoni, en su obra Derecho de Familia, se inclina por incorporar como régimen alternativo el de separación de bienes.

En esta somera revisión de opiniones y antecedentes, no he prescindido de la lectura del proyecto de "Reformas al Código Civil" elaborado por la comisión designada por decreto 468/92, y presentado al Ministerio de Justicia el 26 de marzo de 1993, teniendo en cuenta además la calidad y versación de los miembros que la componían. Este ambicioso trabajo incluía la modificación de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil, titulada "Del régimen patrimonial del matrimonio", desarrollada en 76 artículos. El Poder Ejecutivo Nacional presentó el proyecto de ley respectivo en base al trabajo citado, el que entró al Senado de la Nación en agosto de ese año. Es incierta su suerte, pues los plazos fijados por el Reglamento de las Cámaras hacen caer proyectos de vastos alcances, como éste, que exige un profundo estudio por parte de los legisladores. De cualquier forma, es un antecedente valioso.

I. LA "SOCIEDAD CONYUGAL" EN EL CODIGO CIVIL

Revisemos el Título II de la Sección Tercera del Libro Segundo, arts. 1217 a 1322. Comprende: "De las convenciones matrimoniales; de las donaciones a la mujer; del dote de la mujer; principio de la sociedad, capital de los cónyuges y haber de la sociedad; cargas de la sociedad; administración de la sociedad; de la disolución de la sociedad; de la restitución de los bienes dotales". Contamos 106 artículos ¿Cuántos permanecen vigentes? No más de 50. La ley 11357, llamada de los derechos civiles de la mujer, dejó sin operatividad muchos de ellos; la ley 14394, en lo que hace a ausencia con presunción de fallecimiento, afectó a otros; la ley 17711 derogó algunos y modificó otros. Lo mismo podemos decir de la ley 23515. Lo remanente no está en el lugar apropiado del Código y algunas de sus disposiciones generan dudas doctrinarias sobre su operatividad, tal el caso el art. 1246, al decir de Mazzinghi, pese a lo cual ha servido de sustento a un fallo plenario.

Una lectura somera de este título nos inicia en las convenciones matrimoniales, que Vélez legisló en forma rígida, y de cuyos incisos la ley 17711 suprimió la reserva a la mujer de administrar algún bien, y las donaciones que se hagan los esposos para después de su muerte. También pudo suprimir sin mengua "las donaciones que el esposo hiciera a la esposa", verdadera rareza jurídica de la que no conozco ejemplos. El mismo inc. 1º, sin perjuicio de su importancia, debo decir que tampoco ha tenido mayor aplicación, salvo en aquellas comunidades extranjeras donde las convenciones matrimoniales son habituales en su país de origen, y eso a título de excepción. A partir de esa derogación legal y derogación por falta de uso o desuetudo, puedo pensar de la no operatividad de los artículos que conforman el Capítulo II, "De las donaciones a la mujer". Algo similar se puede aplicar al Capítulo III, "Del dote de la mujer", donde se alternan artículos vigentes con otros derogados por la ley de los derechos civiles de la mujer. También la doctrina ha cuestionado las normativas de algunos artículos, como aquel que afirma que la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad (1262). Lo mismo podemos decir del Capítulo Y, "Cargas de la sociedad". Esta sociedad no es sujeto de derecho, por lo que las cargas son soportadas por los cónyuges. Concluye el Título II con el Capítulo VIII. "De la restitución de los bienes dotales", sin aplicación en la práctica. Según Borda, después de la sanción de las leyes 11357 y 17711, "toda idea de dote ha desaparecido. Lo que el Código llama así son simplemente los bienes propios de

la mujer, sometidos a un régimen idéntico a los del marido" (Guillermo A. Borda, Manual de Derecho de Familia, Ed. Perrot).

II. UNA REFORMA POSIBLE

Para no quedarme en la simple enunciación de la necesidad de la reforma, y las voces coincidentes en tal sentido, más un somero análisis del régimen patrimonial en el Código de Vélez Sársfield, me permito esbozar los lineamientos de una reforma posible al régimen patrimonial del matrimonio. Frente a tantas opiniones autorizadas e incluso ante el texto propuesto por la Comisión de juristas designada por el decreto 462/92, me permitiré disentir con algunas de sus propuestas, con toda la humildad del caso, en la inteligencia de que un enfoque distinto servirá para avanzar en la discusión doctrinaria.

En tal sentido, propongo:

A. Dictar una ley especial que derogue el título II de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil. Propicio una ley y no reemplazar los 109 artículos que lo componen. Ya está dicho que la ubicación de este régimen dentro del ordenamiento del Código es errónea; sería persistir en el error. Además, la ley especial permite una redacción más ordenada y tal vez más concisa. Incluir las modificaciones dentro de un plan más ambicioso de reformas y unificación de la legislación civil y comercial, sería atarlas a un futuro improbable. Además de los proyectos citados más arriba, pensemos la suerte corrida por el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Especial de Unificación Civil y Comercial de la H. Cámara de Diputados de la Nación en el año 1987. Y el más reciente de la misma Cámara "Unificación de la Legislación Civil y Comercial", Orden del Día 1322, año 1993, que no he comentado porque no incluyó esta temática.

También esta ley derogaría lo que queda vigente de la 11357, es decir,

los arts. 1º, 5º, 6º y 9º. Las disposiciones de los arts. 5º y 6º estarían incluidas en el articulado de la nueva ley. El art. 9º carece de autonomía jurídica y el art. 1º tuvo en su momento un valor programático. Salía a oponerse a todas las disposiciones que en el Código y leyes complementarias limitaban la

capacidad de la mujer, especialmente en razón de su estado civil. El programa que enunciaba ese artículo en el año 1926 ha quedado cumplido con todas las reformas introducidas a la legislación vigente. y las que propongo en este proyecto.

B. Convenciones prematrimoniales. Sugiero conservar solamente el inc. 1º. A despecho de la escasa aplicación que ha tenido, se justificaría su mantenimiento teniendo en cuenta la creciente importancia de los valores mobiliarios, frente a la tradicional riqueza inmueble. El inc. 3º, "Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa", como dije, es una verdadera rareza jurídica.

C. Se estatuyen dos regímenes patrimoniales: 1) comunidad de gananciales; 2) separación de bienes. En tal sentido, me aparto del criterio del Proyecto de Unificación del año 1993, que incluye, además, el de "participación en las ganancias", tal vez influido por la legislación francesa, que trae varias propuestas. Creo prudente reducir a dos los regímenes, considerando que la sociedad argentina ha estado sometida a uno solo, más allá de que leyes sucesivas modificaron su estructura inicial. También sugiero que los regímenes sean legales y no convencionales. Habiendo tan poca experiencia en materia de convenciones prematrimoniales, pienso que es mejor legislar en forma precisa sobre ambos casos, teniendo en cuenta que el de comunidad de ganancias tendría una

estructura similar al actual, y que las disposiciones sobre el de separación de bienes se pueden expresar en pocos artículos.

¿Cuándo se exterioriza la voluntad de regirse por uno u otro? La doctrina nacional y extranjera se inclina porque se la consigne al celebrar las convenciones matrimoniales, y ello como una facultad y no una obligación. A eso se añade que en defecto de dicha declaración, regirá supletoriamente la comunidad de gananciales. No participo de esta solución, por varias razones: una, la gran mayoría de los argentinos desconoce el instituto de las convenciones que yo llamo prematrimoniales. Por la ley de la inercia, si no tienen razones patrimoniales de peso no las celebrarán, y la opción será letra muerta para esa mayoría. Para otras parejas, aunque deseen pactar un régimen alternativo, el costo de la escritura pesará en la decisión final. Aunque acepto el criterio mayoritario de que el de comunidad de gananciales sea supletorio en caso de no expresarse la opción, opino que éste deberá exteriorizarse directamente frente al oficial del Registro Civil en el acto de celebrarse el matrimonio. Creo que la elección de un régimen patrimonial determinado puede ser, según las circunstancias, tan importante para las parejas de sólida posición económica como para las de modesta condición.

¿Puede modificarse durante el matrimonio el régimen patrimonial, pasando de uno a otro? Personalmente me inclino por la negativa, aunque reconozco los fundamentos de quienes opinan lo contrario. En última instancia, deberán fijarse plazos mínimos de vigencia o que pueda efectuarse una sola vez, etc. y establecer pautas que garanticen los derechos de terceros.

D. Cualquiera sea el régimen que se adopte, por el solo hecho del matrimonio los esposos contraen solidaria y conjuntamente las obligaciones referidas al sostenimiento del hogar conyugal, la de asistencia y alimentos del art. 198 del Código, la manutención y educación de los hijos. Todos los bienes, propios o gananciales, responden por esas cargas. EL trabajo de la mujer en el hogar se computará como contribución a las mismas. En estas disposiciones comunes, se establece que para disponer o gravar el inmueble sede del hogar conyugal se requerirá en todos los casos el asentimiento del cónyuge no titular. Se suprime, para los bienes propios, el requisito adicional de que existan hijos menores o incapaces. Este asentimiento podrá darse en acto previo, detallando el bien y el acto a instrumentar. Sin entrar en mayores precisiones, adhiero a la doctrina que ha sentado la citada XXI Convención Notarial y que invariablemente sostuvo el siempre recordado Carlos A. Pelosi. Vale decir, que el asentimiento deberá ser preciso cuando se refiere a la disposición del hogar conyugal, pero en los demás casos no corresponde tal exigencia. Creo necesario, según lo establece alguna legislación extranjera, establecer que el derecho a la locación del bien sede del hogar conyugal pertenecerá en conjunto a los cónyuges, cualquiera sea quien lo haya arrendado, inclusive antes del matrimonio.

E. Al legislar sobre el régimen de comunidad de gananciales, por un lado se determinará cuáles son esos bienes y por el otro, cuáles son los bienes propios de cada cónyuge, bajo el título "Bienes ajenos a la comunidad", concepto éste que en el actual ordenamiento están determinados en el Capítulo III, "Del dote de la mujer" y en algunas disposiciones aisladas del Capítulo IV. un tema que merecerá estudio es determinar la calidad de propios o gananciales de aquellos bienes cuyas partes indivisas se adquieren por distintos títulos. Creo que aunque el tema es arduo y la discusión doctrinaria viene de lejos, será preferible dictar normas generales de interpretación, que a su vez sirvan de orientación cuando los jueces tengan que dictaminar en situaciones más complejas.

F. En cuanto a la administración de la comunidad de gananciales, teniendo en consideración el texto del actual art. 1276, sugiero algunas variantes: desaparece el concepto de gananciales "adquiridos con su trabajo personal", gazapo que se le escapó al reformador del año 1968, y se lo reemplaza por "adquiridos a su nombre", según lo ha interpretado la jurisprudencia y la doctrina. También propongo: "Si no se puede determinar el origen del bien, la administración es conjunta. El mandato que otorgue un cónyuge al otro deberá ser expreso. El cónyuge mandatario tiene, como cualquier otro mandatario. La obligación de rendir cuentas, salvo convención en contrario". Dado que alguna doctrina extranjera acepta los poderes irrevocables entre cónyuges, sugiero que la ley explicita que, el mandato podrá revocarse en todo momento, sin causa. Todo esto dentro del régimen jurídico de equiparación de derechos y obligaciones entre los cónyuges. Desaparecerán así los últimos vestigios del derecho tuitivo que debió padecer la mujer por su condición de esposa.

Se incluirán las disposiciones hoy contenidas en los arts. 5º y 6º de la ley 11357, de particular importancia por las relaciones con terceros acreedores.

G. En las disposiciones sobre la disolución de la comunidad de gananciales, habrá que legislar sobre el estado de indivisión poscomunitaria, según los reclamos de la doctrina, estableciendo la responsabilidad de esta masa de bienes con respecto a los acreedores de uno y otro cónyuge, y vincular los límites de esta responsabilidad con los artículos que reemplacen a los números 5º y 6º de la ley mencionada. Habrá que estudiar la remisión de normas según sean las causales de esta disolución, y tal vez fijar otras especiales para el caso de la separación judicial de bienes.

H. Pocas precisiones requerirá el régimen de separación de bienes.

I. He dejado para el final un tema arduo: la posible reforma del art. 3570 del Cód. Civil, que me permito presentar así:

Artículo proyectado: "Si han quedado viudo o viuda e hijos, el cónyuge sobreviviente rendirá en primera sucesión la misma parte que cada uno de los hijos. Si el fallecido dejare descendientes de una unión anterior, el cónyuge sobreviviente no heredará los bienes propios del causante".

Al respecto, comento: he optado por establecer una fórmula genérica; hablo de "descendientes" y no de "hijos" porque podría darse el caso de que quedasen nietos de un hijo premuerto, los que concurrirán por derecho de representación. He consignado "una unión anterior", que comprende uniones matrimoniales o extramatrimoniales, que en la actualidad generan la misma vocación hereditaria.

Tal vez la reforma de este artículo genere controversias; aparentemente lesiona los derechos del cónyuge sobreviviente, con una amplitud no traída en la doctrina histórica: la institución de los bienes reservables. Señalo dos circunstancias: Primero, el beneficio se traslada a la generación más joven y en ese sentido creo que responde al orden natural de la herencia. En segundo lugar, que algunas parejas se resisten a legalizar una segunda unión, ante el temor de que los bienes del primer matrimonio puedan pasar, por vía de hipótesis, a hijos ajenos, prevención que confirma la experiencia profesional.

El tema está planteado: confío en que otros lo retomen.

TEMAS DE DERECHO
PRIVADO