

¿Es bueno que existan contratos prenupciales en Argentina?*

Julio C. Capparelli

Sumario: 1. Introducción. ¿Es bueno que existan contratos prenupciales en Argentina? 2. La comunidad de bienes. 3. El régimen de separación. 4. Conclusión. 5. Aclaraciones del autor.

1. Introducción. ¿Es bueno que existan contratos prenupciales en Argentina?

Esta es la pregunta que se ha instalado en nuestra sociedad a partir de algunas notas periodísticas y programas de televisión emitidos debido a alguna ruptura de noviazgo o a los posibles matrimonios de personas conocidas públicamente por su actividad y su capacidad para ganar mucho dinero. En realidad, la cuestión es establecer si esto es bueno para quienes deciden casarse o para los matrimonios ya celebrados.

Ante todo, es necesario aclarar de qué estamos hablando, la naturaleza de estos contratos prenupciales, prácticamente inexistentes en nuestro país, pero conocidos porque son admitidos por la mayoría de las legislaciones occidentales. Las convenciones o capitulaciones matrimoniales son los pactos destinados a regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Hasta el presente, nuestra ley le ha dado una pobre recepción –en el artículo 1217 del Código Civil–; o sea, existen, pero con un alcance limitado. Permite celebrarlos, pero para designar los bienes que cada uno lleva al matrimonio (inc. 1) y para las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro (inc. 3, modificado por Ley 26.618, ya que el texto originario solo se refería a las donaciones que históricamente fueron las que el esposo hiciera a la esposa). Estos límites determinaron el poco interés por su aplicación. Salvo raros casos en los que uno de los cónyuges pueda tener bienes muebles de valor antes de casarse, en cuyo supuesto el convenio es importante, para la mayoría, los

* La versión original del presente trabajo fue presentada en la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 de agosto y 1-2 de septiembre de 2011). Aquí, se incluyen aclaraciones del autor, motivadas por el actual proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

bienes muebles que llevan al matrimonio no son relevantes. Por otra parte, la derogación del artículo 1224, que tenía por bienes gananciales a los muebles no inventariados en una convención, permitió la prueba del carácter propio a la disolución del régimen de bienes. Fuera de la Argentina, cuyas normas al respecto constituyen una *isla jurídica*, estos contratos pueden tener un objeto más amplio.

El matrimonio produce efectos personales y patrimoniales. Los efectos personales, o sea, los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia, no son materia de una convención porque surgen de la naturaleza del matrimonio, siendo la fidelidad la característica propia del matrimonio monogámico. Los efectos patrimoniales, en cambio, pueden diversificarse y ser, por lo tanto, objeto de una convención.

Pasamos a enunciar someramente las características del régimen de comunidad, que es el que nos rige, y del régimen de separación, que constituiría un régimen opcional en una reforma.

2. La comunidad de bienes

La respuesta más acorde al poner las vidas en común sería poner también en común los bienes. Sin embargo, es pacífica la división entre bienes propios y gananciales. No todo se hace común: lo anterior al matrimonio es de cada uno, pero también lo que se recibe durante el matrimonio por herencia, legado o donación, los bienes incorporados en reemplazo de bienes propios; las mejoras en los bienes propios pertenecen al beneficiario de la herencia y al que es dueño de la especie principal.

Hasta el presente, nuestra sociedad ha aceptado esto, entendiendo que lo que cada uno de los cónyuges adquiere con su esfuerzo durante el matrimonio goza del carácter de la ganancialidad. Para el hombre común, esta ganancialidad es una suerte de copropiedad, pero quien conoce el derecho argentino sabe que no es así: desde la reforma que introdujo la Ley 17.711 al Código Civil en el año 1968, a cada uno le corresponde lo que adquiere, lo que produce, siendo la ganancialidad un derecho en expectativa, o sea, un derecho a participar en el futuro de esa propiedad por partes iguales, esto es, si el régimen de bienes se disuelve. Esta disolución, en la generalidad de los casos, se produce por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio; la

nulidad del matrimonio, la separación personal y la separación judicial de bienes son causas menos frecuentes.

Nuestro régimen de comunidad también sienta el principio de separación del patrimonio de uno y otro cónyuge en orden a la administración de los bienes, con alguna restricción en cuanto a la disposición de los inmuebles, muebles y derechos registrables, establecida en el artículo 1277 del Código Civil. Existen principios de igualdad y de independencia de la gestión de los bienes de los cónyuges, acordes con la sociedad actual. Por lo tanto, existen en el matrimonio *lo tuyo* y *lo mío*, lo que cada uno adquiere y administra, sin que ello resulte en perjuicio del interés del matrimonio. Claro está que existen ciertos mecanismos de control, como el citado artículo 1277 y también el poco utilizado artículo 1294, que permiten poner fin a la comunidad por mala administración, concurso o abandono de hecho de la convivencia.

Este régimen de comunidad, en caso de disolución, otorga una gran protección al cónyuge que no se ha dedicado a generar bienes o lo ha hecho con menor fortuna. Muchas veces, la dedicación al cuidado del hogar y de los hijos implica una renuncia al trabajo fuera de la casa, al desarrollo pleno de una profesión o bien brinda posibilidades de desarrollo al otro cónyuge. En esos casos, si se disuelve el régimen, el reparto es en principio por mitades, según el artículo 1315 del Código Civil.

Teniendo presente esto, hay que afirmar que este régimen tiene sus grandes bondades y resulta justo en todos aquellos casos en los que el reparto de responsabilidades hace que uno adquiera más y el otro menos. Muchas son las familias con estas características y ya no son solo las mujeres las que se quedan más en casa a ocuparse de los hijos; también son los hombres quienes asumen ese rol, siendo la mujer la que tiene mayor idoneidad para procurar el sostenimiento del hogar.

3. El régimen de separación

Es opuesto al de comunidad. No hay bienes generados por uno u otro con vocación de comunidad. No hay bienes que se vayan a poner en común para ser repartidos a la hora de la disolución. El matrimonio no produce ninguna alteración patrimonial. Cada uno adquiere para sí, administra y dispone lo suyo.

Alguien puede preguntarse si esto es un régimen matrimonial, ya que el aspecto de comunidad, si bien no es pleno en el actualmente vigente, por lo menos otorga una protección para la parte económicamente débil, cosa que en este caso no se verifica. Igualmente, puede ser considerado un régimen de bienes porque las leyes que lo regulan se ocupan también de ciertos aspectos de la vida en común que originan ciertos efectos. Así, por ejemplo, la disposición del bien sede del hogar conyugal requiere la conformidad del otro. Esto es contemplado por nuestro Código Civil, en el artículo 1277, segundo párrafo; por el Código francés, en su artículo 215; y por el Código español, en el artículo 1320. Las obligaciones de cualquiera de los cónyuges por las necesidades del hogar y por la educación de los hijos generan responsabilidad en el que no ha contraído la obligación.

La contribución a las cargas del matrimonio, desprolijamente regulada en nuestra ley –en el artículo 1275, en el principio de asistencia del artículo 198 y en el artículo 1300 del Código Civil–, es contemplada mejor, por ejemplo, en el Código Civil español, cuyo artículo 1438 –que es parte del capítulo VI, dedicado al régimen de separación de bienes– contempla la compensación del trabajo de uno de los cónyuges para la casa, al decir que

El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

3.1. *Análisis de esta posible opción*

La tendencia a la *no-matrimonialidad* nos señala que de alguna manera la opción ya la han hecho hombres y mujeres que no se interesan por la vigencia de un régimen de comunidad, al que solo se accede mediante la celebración del matrimonio. De todos modos, debemos preguntarnos si la instauración de un régimen de separación de bienes convencional favorece la unión familiar o le juega en contra.

En este régimen, lo individual se expande y lo comunitario queda reducido a su mínima expresión. Por eso, algunos piensan que el régimen es injusto. Si el matrimonio supone comunidad de esfuerzos, ¿cómo no repartir de algún modo el resultado

económico? Para lograr eso, existe el régimen de comunidad y también el de participación en las ganancias –que no hemos explicado en este lugar–.¹ Es justamente la falta de reparto la que genera las críticas. ¿Si no quiere compartir, para qué se casa?

Este régimen no es bueno para todos, pero no dejamos de pensar que es bueno para muchos. Cuando los patrimonios de ambos cónyuges son semejantes, cuando ambos son productores de bienes, el régimen de separación puede resultar adecuado. Cada uno tiene y gobierna lo suyo, ni lo divide ni lo comparte, salvo en lo que hace al sostenimiento del hogar.

Quizás, el cuestionamiento surge en los casos de ingresos desparejos, especialmente en aquellos en que uno gana muchísimo y el otro trabaja pero obtiene ingresos dentro de niveles más comunes. Optar por el régimen de separación en este caso puede hacer pensar que el que gana demasiado es un egoísta o que, al casarse, piensa simultáneamente en un posible divorcio. Es una posibilidad entre otras. También podría pensarse que el que tiene poco y defiende fervientemente el régimen de comunidad es el que mucho ansía, previendo un posible divorcio. Los móviles subjetivos pueden ser variados, siempre puede haber egoísmo en uno o matrimonio por interés en otro, pero el derecho no puede quedarse en esta subjetividad, sino que debe proveer un marco legal conveniente para diferentes situaciones.

El tema económico, el manejo del dinero, debe ser objeto de tratamiento y de diálogo por quienes piensan casarse. Son ellos los que, en ejercicio de su libertad, deben pensar qué es lo mejor en su caso.

La ley, en un mundo que se caracteriza por el pluralismo y por diversas modalidades de familia, debe ofrecer, no elegir. No ha de sustituirse la autonomía de la voluntad, siempre contemplando los límites que surgen de la consideración del bien común. Por eso, es importante que se conserve nuestro régimen de comunidad –como supletorio– ante el silencio de los contratantes, pero también que se permita optar por un régimen de separación de bienes.

La previsión de la escritura pública del artículo 1223 del Código Civil garantiza el debido asesoramiento mediante el cual los otorgantes pueden conocer las ventajas y desventajas de cada régimen y decidir por aquel que mejor se adapte a sus necesidades.

Es importante recordar también el efecto que produce, según nuestro régimen sucesorio y existiendo un régimen de

1. El tema lo hemos desarrollado en CAPPARELLI, Julio C., *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, Educa, 2010, pp. 75-103.

comunidad, la muerte de uno de los cónyuges: obliga al otro a dividir el cincuenta por ciento de sus bienes gananciales, con los hijos o con los suegros, según el caso. Para paliar el inconveniente que la muerte de un cónyuge origina, nuestra legislación creó el régimen de indivisión forzosa, con la Ley 14.394 (arts. 51 y ss.); también, el derecho de habitación viudal del artículo 3573 bis. El régimen de separación, en cambio, pospone los derechos de los herederos hasta el fallecimiento del titular dominial, de manera que la muerte de un cónyuge no altera en absoluto el patrimonio del supérstite.

Este régimen también resulta conveniente para aquellos viudos o divorciados, con hijos de un matrimonio anterior, que contraen nuevas nupcias. Los bienes de un cónyuge, al no ser gananciales, no integrarán el acervo hereditario si fallece el otro, por lo cual no van a ser participados por los familiares del cónyuge fallecido. Ha habido muchos casos en los que, después de la sanción del divorcio, considerados todos los efectos de nuestra legislación actual, optaron por mantener una unión de hecho o por celebrar su matrimonio solo ante un ministro de culto.

4. Conclusión

Mucho habría para explicitar sobre estos temas, pero la urgencia de la hora parece indicar que basta con este aporte, para hacer reflexionar sobre las virtudes y defectos de los diversos regímenes que pueden ser objeto de una convención.

Asegurando el debido asesoramiento –para lo cual existen los profesionales del derecho–, creemos que es tiempo para que el legislador crea en el criterio del hombre de hoy y lo ampare en sus derechos sin querer ejercer una indebida sobreprotección.

5. Aclaraciones del autor

En la actualidad, tiene estado parlamentario el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, de probable sanción.

El mismo establece la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales antes de celebrar el matrimonio, estableciendo en el artículo 446, inciso d, la posibilidad de optar “por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código”.

Si no se modifica el texto, deben ser hechas por escritura pública. Producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y debe anotarse al margen del acta de matrimonio para producir efectos respecto de terceros, según el artículo 448.

El artículo 449 establece la posibilidad de modificar el régimen después de un año de aplicación del régimen patrimonial convencional o legal, mediante escritura pública, lo que debe anotarse en el acta de matrimonio.

En caso de pasar del régimen de comunidad al de separación, debería liquidarse el primero e inscribirse en los registros respectivos, además de la inscripción al margen del acta matrimonial, para que la publicidad sea efectiva frente a los terceros.

Será muy importante el asesoramiento profesional, como en todo acto notarial, a fin de que los requirentes conozcan el alcance y consecuencias de su opción.