

Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial*

Darío J. Ezernitchi y María I. Pacheco de Ariaux

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho positivo. 3. Cambios proyectados. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El objeto de este trabajo consiste en analizar los cambios propuestos al Código Civil en cuanto a los regímenes patrimoniales del matrimonio, su relación con el asentimiento conyugal y las convenciones matrimoniales.

La incorporación de la autonomía de la voluntad, que permite la elección del régimen patrimonial más adecuado a la realidad y las particularidades de cada matrimonio, será un cambio bien recibido por la población. Son cuestiones ya tratadas en jornadas y congresos, discutidas en varios foros y vigentes en muchos países cercanos, como Uruguay, Chile o Paraguay, así como en Alemania, España, Estados Unidos y otros.

Los cónyuges podrán elegir libremente el régimen que les sea más conveniente, según su criterio, ya que nadie conoce su situación mejor que ellos. Y es ahí donde, como profesionales del derecho, debemos brindar todo nuestro conocimiento en el debido asesoramiento.

Está previsto que dichas convenciones se realicen por escritura pública, lo que nos permitirá participar en la redacción del acuerdo, recogiendo las consideraciones y deseos de las partes, y brindar un adecuado asesoramiento –variado y particular a cada caso, ya que no encontraremos dos situaciones patrimoniales idénticas–.

* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXIX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 octubre - 1-2 noviembre 2012).

2. Derecho positivo

2.1. *Asentimiento conyugal*

Aunque podría no parecerlo, es necesario tener bien presente el instituto del asentimiento tal como está previsto en nuestro derecho positivo a fin de abordar su regulación en el Proyecto. Por ello, proponemos un breve repaso.

Concepto jurídico:

Es una declaración de voluntad unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles y derechos registrables.¹

El fundamento y el espíritu de la norma, cuyo texto data de la gran reforma a nuestro Código Civil realizada en el año 1968 –a través de la Ley 17.711– y se plasmó en el artículo 1277, han sido motivo de distintas interpretaciones. La nota de la comisión redactora con la que se elevó el proyecto de ley al Poder Ejecutivo rezaba:

La protección de la familia, núcleo fundamental necesario para el desenvolvimiento de la personalidad, ha merecido especial consideración, previéndose disposiciones para defensa de los bienes de la sociedad conyugal, especialmente en miras de la protección del patrimonio de la mujer...

No obstante, podemos concluir que el legislador ha querido poner límite a la disposición de los bienes gananciales e incluso de los propios, dadas ciertas circunstancias allí especificadas.

Desde una óptica podemos verlo como una restricción al poder de disposición de uno de los cónyuges, que busca proteger el patrimonio familiar ganancial, procurando una acción conjunta de los cónyuges en ciertos actos que tienen el común denominador de ser negocios de trascendencia patrimonial. En particular, ha querido proteger la vivienda familiar tanto de los actos del cónyuge titular del bien como de los actos de terceros. Se trata de un acto jurídico en tanto es un acto humano, voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato la consecución de efectos jurídicos. Es un acto independiente del negocio al que accede pero es condición para la validez de aquél.

1. MARTÍNEZ, Karina A. y MASSONE, M. C., "Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 901, julio-septiembre 2010, pp. 87-99.

En cuanto a la forma en que será receptada esa declaración de voluntad, el principio que rige es el de libertad de formas, ya que nada dice específicamente el artículo, aunque, por la importancia del acto y lo dispuesto por el artículo 1184, inciso 10, del Código Civil, debe revestir la forma de escritura pública si así lo exigiese la ley para el acto principal. En especial, debemos recordar que el asentimiento es exigible en los actos de disposición o constitución de gravámenes sobre bienes gananciales y en los actos de disposición sobre el inmueble en que está radicado el hogar conyugal con hijos menores o incapaces, sea éste bien propio o ganancial y aún después de haberse disuelto la sociedad conyugal.

Acerca de la posibilidad de otorgar asentimiento general anticipado, hay doctrina civilista en contra: Belluscio considera que permitir un asentimiento semejante implica una modificación al régimen patrimonial del matrimonio, que constituye un estatuto de orden público. Hay autores que sostienen que se estaría frente a una convención matrimonial, infringiendo así los artículos 1218 y 1219 del Código Civil. Por su parte, hay jurisprudencia que entiende que el espíritu de la ley es requerirlo para cada acto en particular; que, caso contrario, equivaldría a dar un mandato en interés exclusivo del mandatario, violando el artículo 1892 del Código Civil; que el hecho de poder ser revocado no cambia la cuestión, ya que el espíritu de la ley es instar la actuación conjunta; que el artículo 1277 pretende la actuación conjunta sobre actos concretos de disposición. Asimismo, es rotunda la posición de Bibiloni cuando señala que aceptar el asentimiento general anticipado es alterar las reglas de la sociedad conyugal, ya que se frustra la finalidad tuitiva de la ley y se facilita el despojo que se procura evitar.

2.2. *Convenciones matrimoniales*

Las convenciones matrimoniales son pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sea adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir o modificando parcialmente el régimen.

El objeto de las referidas convenciones variará según la regulación de cada derecho positivo. En la medida en que se las admita, responden a la autonomía de la voluntad de los contratantes, que, de este modo, se apartan del régimen legal (que por

eso se denomina supletorio) o introducen parciales modificaciones a los efectos normales de éste.²

Las convenciones matrimoniales, también denominadas capitulaciones o contratos matrimoniales, son aquellos acuerdos entre los futuros o actuales cónyuges, donde acuerdan el régimen o un aspecto de éste, en virtud de lo que consideran conveniente y la ley les permite. Son un contrato que, respetando la autonomía de la voluntad, permite a las partes elegir un adecuado régimen patrimonial, estableciendo la relación de los bienes que tengan o adquieran para con los cónyuges o terceros.

Es derecho positivo un único régimen patrimonial, obligatorio, impuesto a todos los cónyuges: el régimen de comunidad en los gananciales. Es un régimen forzoso, de orden público. La regulación económica del matrimonio es imperativa e inmutable y las excepciones previstas en el Código Civil se limitan al inventario de bienes que el contrayente lleva al matrimonio y a las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro (arts. 1217 y otros). Los cónyuges no pueden pactar sobre otra materia ni variar lo establecido. La forma se encuentra impuesta y las convenciones deben ser hechas por escritura pública, conforme al artículo 1184 del Código Civil.

La realidad nos muestra lo poco que la sociedad se ha servido de esta posibilidad, su escasa practicidad y hasta el desconocimiento de las partes al respecto. Nuestro régimen de comunidad 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.³ Nuestro Codificador adoptó un estatuto patrimonial forzoso, el régimen de comunidad en los gananciales, estableciendo una presunción legal favorable a la comunidad, ya que al momento de la disolución, salvo prueba o en caso de duda, se estará a favor de la comunidad.

Por último y antes de pasar al análisis a la luz del Proyecto, recordemos que también es derecho positivo lo siguiente. Como quedó dicho, en cuanto a la gestión de bienes, el sistema es de administración separada: cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo con las limitaciones del artículo 1277, que hemos visto de manera somera precedentemente (art. 1276, C. Civ.).

2. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, p. 409.

3. XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2011). Tema I: la legítima, convenciones matrimoniales y matrimonio celebrado por instrumento notarial (escribano Julio C. Capparelli).

En cuanto a la responsabilidad por deudas, a partir de la sanción de la Ley 11.357 se organiza en nuestro régimen un sistema de separación de responsabilidades, que tiende a que un cónyuge no se vea afectado por la ejecución de las deudas contraídas por el otro con los bienes por él adquiridos o que él administra. El artículo 5 de la Ley 11.357 establece, como principio general, que un cónyuge no es responsable frente a los terceros acreedores por las deudas contraídas por el otro cónyuge. A su vez, el artículo 6 estipula las excepciones a este principio, disponiendo que el cónyuge no deudor responde con los frutos de sus bienes propios y gananciales cuando las obligaciones fueron contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes. De tal manera, el acreedor de uno de los cónyuges no podrá ejecutar los bienes del otro, sino solamente los frutos de sus bienes propios o gananciales.⁴

3. Cambios proyectados

3.1. Régimen primario

De la lectura del Proyecto surge, en primer lugar, un conjunto de normas que el legislador ha denominado “comunes a todos los regímenes”, es decir, un conjunto de normas que conforman el régimen primario. Incluye prescripciones legales referidas a la economía del matrimonio que se aplican de forma obligatoria a todo régimen matrimonial de origen convencional o legal.⁵ Podemos concluir que estas normas son imperativas, inderogables, permanentes y de orden público.

3.2. Asentimiento

De las mismas normas, se desprende un principio general, contemplado en el artículo 456:

Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella.

Se evidencia claramente que el alcance del *control* que ejercerá el cónyuge no titular se ha ampliado en virtud de que se amplían los actos en los que se le da incumbencia.

4. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, E. A., *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, p. 202.

5. MEDINA, Graciela, “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 184, p. 1295.

Este artículo recepta una de las novedades más radicales que contiene la reforma y es mucho más tuitivo que la protección que otorga el derecho positivo. Al referirse a “derechos sobre la vivienda familiar”, el abanico de actos que quedan comprendidos va más allá de los que tengan un contenido *real*, ya que también deben entenderse comprendidos los de contenido personal, tales como dar en locación, sublocación, comodato, sólo por citar algunos ejemplos. Para la protección, es indiferente el título por el cual la familia ocupa el inmueble destinado a vivienda familiar, es decir, no es de relevancia que se trate de una propiedad o de una locación; quizá sean los más frecuentes pero podría ser cualquier otro. La singularidad de la protección reside en la indisponibilidad de los derechos arrendaticios de un esposo por voluntad unilateral, de modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, ni traspasarlo, ni cederlo en los casos en que la ley o el pacto lo permiten, ni subarrendar, etc. El concepto de vivienda no sólo rige para los inmuebles sino que también es aplicable a las viviendas familiares que se materialicen en casas rodantes, *trailers*, barcos, siempre que sean registrales.⁶

De lo dicho se desprende el lugar de privilegio en el que el Proyecto coloca a la vivienda familiar, protegiendo así no sólo al dueño sino a su cónyuge, a quienes habitan en ella y hasta a los terceros contratantes. Es una muestra más del especial interés evidenciado por el legislador en proteger la vivienda familiar, considerándola no sólo como un espacio físico sino como el ámbito donde se desenvuelve la vida privada, que, en conjunto, es finalmente la vida de una comunidad. Lo que la ley ampara es la vivienda familiar en tanto hogar. Este amparo lo encontramos ya en nuestra norma fundamental (art. 14 bis), en los tratados internacionales, en las constituciones provinciales, en el Código Civil (arts. 1277 y 1573) y en la Ley 14.394, de Bien de Familia (arts. 34 y ss.).

Por otra parte, el artículo 456 del Proyecto alcanza también los actos de disposición de bienes muebles “indispensables” de la vivienda familiar y el transporte de éstos fuera de ella. Queda para la reflexión y el análisis la calidad de *indispensable* a que alude el Proyecto, lo cual, desde ya, mueve a pensar que ese carácter dependerá de cada caso en particular, puesto que lo que puede ser indispensable para algunas familias puede no serlo para otras. Medina expresa que la norma comprende los elementos mínimos para el desarrollo de la vida conyugal, para cuya deter-

6. Ídem, p. 1305.

minación tendrá importancia toda la jurisprudencia relativa a la embargabilidad de bienes.⁷

La noción de *ajuar* de la vivienda familiar elaborada por el derecho español puede ayudarnos a la hora de interpretar la norma. Así, se ha dicho que el ajuar de la vivienda familiar comprende bienes de uso ordinario de la familia. Cabe entender que *vivienda familiar* es un concepto complejo, en el que se integra tanto el inmueble como el mobiliario enmarcado en el concepto de ajuar, es decir, continente y contenido. Sin embargo, no cabe incluir en el concepto de bienes de uso ordinario de la familia los que sean de uso exclusivamente personal de alguno de sus miembros, los destinados al ejercicio de la profesión de alguno de ellos, las alhajas y los objetos artísticos, históricos o que sean de extraordinario valor.⁸

Advertimos que la norma prevé que

El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

De esto último se desprende, además del plazo de caducidad para hacer valer los derechos, que la sanción de anulabilidad está prevista en protección de los derechos sobre la vivienda familiar, en amparo de los derechos a la misma y de los elementos imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que la habiten.⁹ El cónyuge no convocado a dar el asentimiento es el legitimado para incoar la acción pertinente; el acto puede ser confirmado logrando así su perfección y, en consecuencia, producir sus efectos normales. Se deja de lado la posibilidad de enrolarnos en la teoría de la inoponibilidad.

Por otra parte, el Proyecto recepta, en cuanto a los requisitos del asentimiento, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias e impone un asentimiento específico, evitando así el asentimiento general anticipado (art. 457¹⁰). El mismo “debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”. Es decir, según interpreta Medina, el Proyecto también requiere el asentimiento a los elementos constitutivos del acto, por lo que, ya sea que se otorgue antes o posteriormente al negocio principal, siempre deberá hacerse referencia a la naturaleza jurídica del acto al que accede, objeto, precio, plazos para el pago, garantías, etc. En conclusión, el cónyuge otorga su asentimiento a un negocio cuyas características conoce.

7. *Ibidem*.

8. DÍEZ PICASO GIMÉNEZ, Gema (coord.), *Derecho de familia*, Civitas-Thomson Reuters. Y AA. VV., *Código Civil español. Comentarios y Jurisprudencia*, Colex, (11ª ed.).

9. ROVEDA, Eduardo G. “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Rivera, J. C. (dir.) y Medina, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p.358.

10. Artículo 457. “*Requisitos del asentimiento*. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”.

La vivienda familiar es protegida desde el comienzo del matrimonio, aun cuando no existan descendientes, y no puede ser ejecutada por deudas posteriores a la celebración del matrimonio, a menos que la obligación haya sido contraída por uno de los cónyuges con el asentimiento del otro o bien que haya sido contraída por ambos (art. 456, *in fine*).

La venia judicial (art. 458¹¹) está prevista para los casos de ausencia del cónyuge, incapacidad, capacidad restringida, impedimento transitorio de expresar su voluntad o negativa no justificada por el interés de la familia. En resumen, se pone de manifiesto que la venia judicial podrá suplir no sólo el caso de negativa sin justa causa, como en el derecho positivo, sino que su ámbito de aplicación se extiende a distintos supuestos, en los que pasa a ser una herramienta apreciable que contribuirá a soslayar innumerables obstáculos, posibilitando la concreción de los actos.

El Proyecto establece una incapacidad de derecho al disponer que un cónyuge no puede darse a sí mismo el asentimiento cuando así correspondiera por aplicación del artículo 456 y aunque estuviera facultado para ello en una representación (art. 459¹²). Es decir, el poder especial para otorgar el asentimiento, además de reunir los requisitos que impone el artículo 457, deberá ser siempre conferido a favor de un tercero pero nunca del cónyuge disponente. Por el contrario, es viable el otorgamiento de mandato de un cónyuge a otro para el ejercicio de las facultades del régimen matrimonial (por ejemplo, para realizar actos de administración). De todos modos, advertimos que el Proyecto busca desanimar el otorgamiento de poder al establecer en el artículo en cuestión la falta de obligación por parte del apoderado de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

3.3. *Convenciones*

El Proyecto incluye la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales, de manera tal que se podrá optar entre dos regímenes patrimoniales: régimen de comunidad o régimen de separación. El artículo 446 dice:

Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada

11. Artículo 458.
“*Autorización judicial.* Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz o con capacidad restringida, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo”.

12. Artículo 459.
“*Mandato entre cónyuges.* Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos”.

uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) *la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código.*

El Proyecto establece un régimen supletorio o por defecto. O sea, a falta de elección, el régimen patrimonial que regirá el matrimonio será el régimen de comunidad de ganancial. El artículo 463 dice:

Carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este capítulo.

Quedan establecidos entonces algunos límites ante la posibilidad de pactar sobre el régimen:

- 1) Solamente dos regímenes posibles, de comunidad en los gananciales o de separación (art. 446, inc. d).
- 2) Límite por edad. Solamente podrán celebrarlo mayores de edad. El artículo 450 establece que “Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d”.
- 3) Límite de oponibilidad. En ningún caso podrán perjudicar a terceros interesados, ya que el artículo 449 establece que “Para que el cambio del régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse 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”.
- 4) Límite en cuanto a la forma. Deben otorgarse por escritura pública con carácter *ad solemnitatem*. El artículo 448 impone que las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública.
- 5) Límite por el plazo. El Proyecto establece un plazo mínimo durante el cual el convenio será inmutable (art. 449).

Medina entiende que el mejor momento para que las partes negocien es el inicio y no al momento de disolver la sociedad conyugal.¹³ En nuestra sociedad, sigue siendo la mujer quien en general se encuentra en desventaja en la sociedad conyugal y jus-

13. MEDINA, Graciela, “Análisis del Proyecto de reforma al Código Civil en derecho de familia” (jornada inter-catedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, llevada a cabo el 18/4/2012).

tamente el sistema de ganancialidad, que es el régimen primario legal, es el que más protege a la mujer que trabaja en la casa.

3.4. Régimen de comunidad

El régimen de comunidad de ganancias, establecido en los artículos 463 y siguientes del Proyecto, es el régimen con carácter supletorio: ante la falta de opción hecha, los cónyuges quedan sometidos a él desde la celebración del matrimonio.

En el Proyecto, la gestión de bienes no varía respecto del régimen actual en la medida en que los artículos 469 y 470 estipulan que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, con las limitaciones del artículo 456 (régimen primario: sostenimiento del hogar, educación de los hijos), y la libre administración y disposición de los gananciales que adquirió, con las limitaciones del artículo 456 y la segunda parte del artículo 470, que establece los supuestos en que para enajenar y gravar se requiere asentimiento conyugal. Como novedad, este último artículo incorpora expresamente, en el inciso b, los negocios jurídicos que tienen como objeto acciones nominativas no endosables y las no cartulares (escriturales), y un último párrafo, que hace referencia a que “también requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores”.

Debe tenerse presente que al asentimiento dentro del régimen de comunidad de gananciales también le son aplicables las normas antes comentadas y relativas a la disposición de derechos sobre la vivienda familiar, especialidad del asentimiento, casos de venia judicial y restricciones al mandato. Los bienes adquiridos conjuntamente se administran y disponen de igual manera.

En cuanto al carácter de los bienes, continúa vigente la clasificación de bienes propios y bienes gananciales y se incorpora lo conceptuado en el plenario Sanz,¹⁴ el cual toma vigencia, ya que no hay bienes duales. El artículo 464, inciso k, y el artículo 465, inciso n, sobre bienes propios y sobre bienes gananciales respectivamente, receptan y reglamentan en derecho positivo el carácter de las partes indivisas adquiridas durante el matrimonio cuando ya los cónyuges eran titulares de una parte indivisa. Si uno de los cónyuges es titular de partes indivisas gananciales y luego adquiere más partes indivisas, no importa el origen de los

14. CNCiv., en pleno, 15/7/1992, *in re* “Sanz, Gregorio O. s/ recurso contencioso-administrativo”.

fondos que utiliza, el bien continúa siendo ganancial. Idéntico criterio se aplica en el caso de partes indivisas propias. Ambos casos lo son sin perjuicio de la recompensa debida.

En cuanto a la prueba del carácter propio o ganancial, hay una modificación importante, que nos atañe como notarios. El Proyecto establece que se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges; para que sea oponible a terceros, será necesario que se haga constar en el acto de adquisición, determinando el origen además de la conformidad del cónyuge (art. 466). En conclusión, se incorpora, de manera expresa, la presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad y no se acepta la prueba de la confesión respecto de terceros.

Este instituto está profundamente desarrollado en el derecho español –lo recepta en el artículo 1324 de su Código Civil– y es de suma utilidad conocer algunas de sus características. La doctrina ha dicho que sólo tiene eficacia la confesión que perjudique a su autor; en consecuencia, no aquellas que puedan servirle para defender sus intereses frente a reclamaciones de terceros. Debe hacerse durante el matrimonio o bien con matrimonio disuelto pero sin liquidación de sociedad conyugal, puede ser tanto judicial como extrajudicial y se inscribe por nota marginal en el Registro de la Propiedad Inmueble.¹⁵

3.5. Responsabilidad por deudas. Una reforma sustancial

La modificación de las normas referidas a la responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges merece una atención especial. La consideramos sustancial debido a la ampliación de la garantía de los acreedores incorporada por el Proyecto. El principio de responsabilidades separadas se mantiene, es decir, cada cónyuge responde con todos sus bienes por las deudas que contrajo (art. 467, en el régimen de gananciales, y art. 505, 2ª parte, en el de separación de bienes). No obstante, al entrar en juego el artículo 461, 1ª parte, común a todos los regímenes, que consagra una responsabilidad de carácter solidario para responder por las deudas contraídas para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y la educación de

15. Díez PICASO GIMÉNEZ, Gema (coord.), ob. cit. (cfr. nota 8).

los hijos,¹⁶ es claro que ambos cónyuges responderán frente a los acreedores por este tipo de obligaciones con todo su patrimonio. Cuando se trate de gastos de conservación y reparación de bienes gananciales, quien no contrajo la deuda responde con los gananciales, no queda comprometido con todo su patrimonio (art. 467, 2ª parte).

En resumen, se mantiene el principio consagrado en el artículo 5 de la Ley 11.357, que acoge un principio general de separación de responsabilidades. Ahora bien, el Proyecto se distancia del derecho positivo cuando se trata de las obligaciones a que se refiere el artículo 6 de la citada ley, en cuyo caso –recordemos– “quien no contrajo la deuda responde con los frutos de sus bienes propios y gananciales”. Se aprecia claramente el cambio radical que propicia el Proyecto: en otras palabras, para el acreedor será indiferente conocer quién contrajo la deuda, puesto que, si se trata del mantenimiento, sostenimiento del hogar y educación de los hijos, responderán solidariamente ambos cónyuges con todos sus bienes. La incorporación de esta reforma en particular fue ponencia en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987); en armonía con la misma se pronunció Kemelmajer de Carlucci, lo que, como podemos apreciar, tuvo eco en la redacción del Proyecto.

Cabe recalcar aquí que el principio desarrollado se aplica independientemente del régimen patrimonial elegido. Es decir, por las deudas a que se refiere el artículo 461, 1º párrafo, ambos cónyuges responderán con todos sus bienes frente a los acreedores, no se hará la distinción entre bienes propios o gananciales, no cabe tener en cuenta sólo los frutos y, por último, el acreedor puede hacer el reclamo a cualquiera de los cónyuges. Queda así claramente plasmado que la responsabilidad es solidaria y se responde con todos los bienes.

La modificación del régimen matrimonial convenido es incorporada como uno de los supuestos de extinción de la comunidad.

3.6. Régimen de separación

El Proyecto lo recepta como única posibilidad de opción frente al régimen de gananciales. Transcurrido un año de régimen patrimonial, éste puede ser modificado por voluntad de los cónyuges, que celebrarán un acuerdo bajo la forma de escritu-

16. Artículo 461. “Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”.

ra pública, que deberán inscribir en el Registro Civil. A su vez, el Registro efectuará una anotación marginal en el acta de matrimonio. Sólo con la inscripción producirá efectos respecto de terceros (art. 449).

El régimen de separación se diferencia fundamentalmente del régimen de comunidad, ya que el matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido. Los artículos 505 y subsiguientes regulan el régimen de separación de bienes, donde cada uno de los cónyuges conservará la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto en aquellos actos sobre bienes que requieran asentimiento. La gestión de los bienes y las responsabilidades por las deudas son separadas, salvo en aquellos casos en que sea de aplicación la normativa primaria (arts. 456-462). Se prevé que la compensación económica (contemplada en el art. 411) será una herramienta a la que se acudirá con frecuencia para impedir las injusticias que el régimen de separación de bienes pueda ocasionar a aquel cónyuge que, dedicado al hogar y a los hijos, no haya podido forjarse un patrimonio. Al respecto, Medina expresa que la jurisprudencia tendrá un arduo trabajo, ya que no hay antecedentes a los que remitirse para evaluar esta pérdida de chance.

Es lo opuesto al de comunidad. No hay bienes generados por uno o por otro con vocación de comunidad. No hay bienes que se vayan a poner en común para ser repartidos a la hora de la disolución.¹⁷ Los esposos no cuentan con expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o generados por cada uno de ellos.

La prueba de la propiedad (art. 506) admite todos los medios de prueba. Cada cónyuge, al momento de demostrar la propiedad exclusiva, podrá utilizar los medios de prueba que considere, pero, si no la pudiese demostrar, se presume que los bienes pertenecen a ambos cónyuges, por mitades. El régimen culmina por la separación de bienes al momento de la disolución del matrimonio o por la modificación del régimen.

3.7. *Los terceros frente al cambio de régimen patrimonial*

Es norma común a todos los regímenes que aquellos acreedores que sufran perjuicios derivados del cambio de régimen “pueden hacerlo declarar inoponible a ellos”. Para esto, cuentan con el término de un año “desde que lo conocieron”.

17. Cfr. nota 3.

Rivera dice que la norma será aplicable exclusivamente a los acreedores de los cónyuges bajo el régimen de comunidad que cambian al de separación y exclusivamente para las deudas reguladas en el artículo 467, ya que es el único caso donde el perjuicio puede eventualmente producirse. A nuestro entender, sería más justo responder por las deudas con la aplicación de las normas del régimen vigente al momento de contraer la obligación. Así, se le daría la posibilidad al acreedor de decidir si contrata o no con ese cónyuge bajo ese régimen conociendo, en todo caso, cómo está conformado el patrimonio de su deudor. Caso contrario, si se modifica el patrimonio del deudor por cambio del régimen patrimonial inscripto, esto lo hace oponible a los acreedores, quienes, de verse perjudicados, deben promover la acción a fin de obtener la declaración de inoponibilidad pertinente. Más ajustada a derecho resulta la solución que brinda en estos casos el derecho español, que prevé, en salvaguarda de la preservación de los derechos de terceros, una declaración de los cónyuges respecto de que la modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará los derechos ya adquiridos por esos terceros (en los términos del art. 1317 del C. Civ. español).

Al respecto, Díez y Picaso Giménez, en su obra sobre derecho de familia, expresa que

... se trata de una norma que hace inoponible a los terceros, en especial a los acreedores de cualquiera de los cónyuges, la modificación del régimen económico del matrimonio sin necesidad de que tales terceros tengan que probar el carácter defraudatorio de tal modificación. Sencillamente no les perjudica.

El tercero que adquirió un derecho antes de que la modificación tuviera lugar conserva indemne su derecho ya adquirido y puede ejercitarlo de acuerdo con el régimen económico matrimonial vigente en el momento de la adquisición y, por tanto, de acuerdo con las normas de responsabilidad que se aplicaban a la economía del matrimonio en ese momento. Se trata de la consagración del principio *tempus regit actum*.

18. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "Las capitulaciones matrimoniales", en Díez Picaso Giménez, Gema (coord.), ob. cit. (cfr. nota 8), p. 629.

No trata de cuestionar la titularidad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a un cónyuge en capitulaciones matrimoniales, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial.¹⁸

3.8. *Derecho comparado. Las capitulaciones matrimoniales en el derecho español*

Para comprender este instituto del derecho español, es necesario conocer que el principio-base es la libertad de contratación plena sin otras limitaciones que las establecidas en la propia ley. A partir de ese principio, se abre un abanico de posibilidades.

El Código Civil español no posee artículos del tenor de los artículos 1217-1219 de nuestro Código Civil sino todo lo contrario. El artículo 1323 del ordenamiento civil español estipula que “el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”. El artículo 1458 reza que “el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente”.

Hasta 1975, rigió el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio: luego de celebrado el matrimonio no se podía cambiar de régimen. No obstante, en territorios de aplicación de derecho foral la posibilidad existía y la experiencia fue muy buena. Ello favoreció que el principio se invirtiera, otorgando la posibilidad de elección, que puede ejercerse antes o durante el matrimonio. Las capitulaciones deben ser entendidas como un instrumento de autorregulación del sistema económico-patrimonial del matrimonio, cuya base es el principio de autonomía de la voluntad conyugal.

Los principios inspiradores de los regímenes patrimoniales del matrimonio son: libertad de estipulación, igualdad, mutabilidad.

La ley no establece un concepto de capitulación matrimonial ni afirma que fuere un contrato. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia le atribuyen naturaleza jurídica contractual. Esta interpretación confirma el artículo 1335, que remite a las reglas de los contratos para la determinación de la invalidez de las capitulaciones. El contrato es accesorio al matrimonio, ya que sin éste no puede haber capitulación y las vicisitudes que pueda sufrir el matrimonio (falta de celebración, invalidez) afectan la eficacia de la capitulación. El hecho de que las capitulaciones puedan incluir negociaciones que no son puramente de índole económico sino de filiación o que tienen carácter testamentario constituye el principal obstáculo para sostener que se traten de un contrato. Es frecuente que las cuestiones no patrimoniales consten en un documento complementario.

Su forma es la escritura pública, *ad solemnitatem*, por lo que no se puede instrumentar en documento privado y luego protocolizar. Si no hay escritura pública, no hay fecha cierta ni ninguna otra ventaja derivada de la matricidad, pero lo importante es que lo suscripto tampoco tiene validez alguna entre las partes. Se trata de un acto personalísimo, por lo que no puede otorgarse por medio de representante.

Es llamativo que cuando se trata de la liquidación del régimen económico pueda prescindirse de la escritura pública. Así, la jurisprudencia ha dicho que carecen de carácter capitular los actos liquidatorios o particionales de una sociedad conyugal ya disuelta. La forma de escritura pública no es condición de validez de las mismas.

No hay un régimen de publicidad de régimen general de bienes del matrimonio en España, salvo capitulaciones, para cuyo caso hay cuatro mecanismos de publicidad:

- 1) En el Registro Civil, mediante lo que denominan *indicación*. Se proyecta brindar el servicio de Registro Civil con folio informático. En el mismo constarán datos relativos a capacidad, estado civil, régimen matrimonial; será gratuito y habrá que manejarse con claves electrónicas y códigos de verificación.
- 2) En el Registro Mercantil (para el caso de que algún firmante de la capitulación sea comerciante).
- 3) En el Registro de la Propiedad Inmueble. Cartular: se debe colocar nota en matriz y traslado (copias).

Partiendo de la base de que se puede establecer, modificar y cambiar el régimen patrimonial que regirá el matrimonio, la regla general es que los regímenes posibles no son de contenido típico y rígido. Por tal motivo, los futuros cónyuges o cónyuges pueden: a) hacer simplemente referencia a que se apartan del régimen legal de comunidad (gananciales), que es el supletorio, y hacer la elección del régimen al cual se acogen; b) modificar el régimen legal de gananciales; c) acogerse a separación de bienes, con o sin modificaciones; d) pactar un régimen totalmente nuevo; e) someterse a un derecho foral. Las cláusulas pueden estar sometidas a condiciones y plazos, por ejemplo: preveer la aplicación diferenciada en tanto haya o no hijos del matrimonio; incluir pautas para la liquidación de los bienes, pautas sucesorias, mejoras, atribución de ciertos bienes de manera preferencial; reconocer hijos; establecer los poderes de gestión, administración y disposición de bienes.

Lo habitual es, en el noventa y nueve por ciento de los casos, que se opte por el régimen de separación de bienes. Lo aplican tal como lo prevé la ley, sin modificación alguna.

No se especifican los límites, pero hay consenso en sostener que el límite a la autonomía privada lo dan las leyes, la moral y el orden público. Nada puede pactarse que sea contrario a la igualdad de los cónyuges. Así, no puede acordarse que la administración de los gananciales recaiga sólo en un cónyuge. Se admiten poderes justificando esta postura en la posibilidad de revocación. Tampoco se admiten pactos que obliguen a uno solo de los cónyuges a responder por las cargas matrimoniales.

Hay un conjunto de normas imperativas que se aplican a todo régimen matrimonial sin distinciones; por ejemplo, el artículo 1320. Este artículo se refiere al consentimiento-asentimiento de ambos cónyuges a fin de proteger la vivienda familiar y al tercero de buena fe. Es similar a nuestro artículo 1277 pero más completo, ya que hace referencia al tercero y a la vivienda familiar, que es un concepto más amplio que el de hogar conyugal. Debe interpretarse armoniosamente con el artículo 90, que hace referencia a la “atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. En resumen, cuando se trate de vivienda familiar, se requerirá cumplir en todos los casos con el artículo 1320, es decir, se aplica independientemente del régimen patrimonial del matrimonio.

4. Conclusiones

Entendemos como un gran avance que nuestra codificación admita las convenciones matrimoniales y su mutación, así como la reforma del resto de las normas patrimoniales del matrimonio en armonía con los evidentes cambios sociales. El respeto por la autonomía de la voluntad y el conocimiento que los cónyuges tienen sobre sus intereses y su realidad como familia hacen que la elección que ellos puedan efectuar siempre sea la más favorable y adecuada a cada peculiaridad.

No habrá que temer a los fantasmas, no hay régimen que desproteja a terceros o a la mujer o a los hijos. Cada régimen será el fruto de la decisión de cada familia, con el debido asesoramiento de un profesional de derecho, como el notario. Los terceros continuarán protegidos por las deudas propias de cada cónyuge y por las deudas contraídas en la familia por educación, alimentos o vivienda.

Al momento de celebrar algún acto patrimonial, habrá que estar a la manifestación de los cónyuges en cuanto al régimen patrimonial adoptado. Éste deberá estar inscripto, pero, cuando un cónyuge concurra a adquirir un bien registrable, deberá manifestar cuál es el régimen que corresponde y esto constará en el título de adquisición. En caso de controversia, deberá estarse a las fechas de inscripción del régimen en la partida de matrimonio para ver su oponibilidad a terceros o mismo entre los cónyuges.

Resaltamos la importantísima función de publicidad que cumplirán los registros en esta instancia histórica de cambio de paradigma que estamos presenciando y nos hacemos eco del reclamo por la centralización de los mismos.

La ampliación del campo de acción de la autonomía de la voluntad debe armonizarse –como lo intenta el Proyecto– con los límites que la ley, la moral y el orden público imponen. La seguridad jurídica a la familia, a los terceros y a la sociedad toda que, por nuestra profesión, estamos llamados a forjar necesita también de las herramientas legales que colaboren con tal fin.

Otra bibliografía consultada

BORDA, Guillermo A., “Observaciones al Proyecto de nuevo Código Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 182, p. 1671. CAPPARELLI, Julio C., *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, EDUCA, 2010, 201 pp. CAPPARELLI, Julio C., “La disposición del inmueble propio, sede del hogar conyugal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 898, octubre-diciembre 2009, pp. 165-178. GIRALT FONT, Jaime, “Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal”, en AA. VV., *Seminario teórico práctico “Laureano Arturo Moreira”* [trabajos presentados], Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2009, pp. 51-55. KANEFSCK, Mariana y MEDINA, G., “Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, tomo 1999-III, p. 958. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2007.