

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

ALGUNOS TEMAS A DEFINIR EN RELACIÓN A LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

Tema II:

“El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). Distintos sistemas. Las convenciones prematrimoniales. La modificación del régimen patrimonial. Instancias y términos. Régimen de disposición de bienes. La contratación entre cónyuges. El asentimiento a partir de las regulaciones de los artículos 456, 457 , 470”.

Coordinadora: Ilda Graciela Sian

Autor: Esc. Augusto Luis Piccon

Te 03547-421178

Email: apiccon@hotmail.com

ALGUNOS TEMAS A DEFINIR EN RELACIÓN A LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

Introducción

La doctrina es el amigo presente, que nos aconseja como interpretar la fría norma, en el diario quehacer notarial. Estas jornadas notariales son parte de esa doctrina, o sea una importante referencia que se toma a la hora de aplicar la ley, más cuando ella es tan joven. Tenemos entonces una importante misión para definir ciertos temas que no están del todo claro y que admiten discusiones. Hay que establecer una interpretación, y es muy importante hacerlo en este ámbito, o sea desde una visión notarial del problema, una lupa que detecta ciertos elementos que no son tenidos en cuenta por otros operadores del derecho.

Las convenciones matrimoniales no son una novedad, ya existían en el Código de Velez, pero la relevancia que pasan a tener ahora es mucho mayor, por la posibilidad de opción entre los distintos regímenes patrimoniales que establecen, y porque no solo pueden hacerse antes del matrimonio, sino también luego de este, por lo tanto lo que antes era una institución prácticamente en desuso, puede pasar a ser de gran uso por parte de la comunidad y quizás uno de los requerimientos habituales en nuestra escribanía, el futuro próximo nos lo dirá, todo nos lleva a pensar que será así, por experiencias en otros países como Francia.¹

¹ “... recordaba el doctor Vidal Taquini en ocasión de los debates de las XI Jornadas de Derecho Civil... una estadística hecha en Francia, país en el que existe la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, y esto me lo corroboró hace poco tiempo un notario francés. De quienes se casan por primera vez, gente joven, sólo un 10 o un 15 por ciento opta mediante convenciones matrimoniales por un régimen distinto al legal supletorio -digamos, no hay convención matrimonial-; pero el 84 por ciento de las segundas nupcias va acompañada de una convención matrimonial” ZANONI Eduardo en una transcripción de una mesa de debate Tema: CONVENCIONES PREMATRIMONIALES, Relatores: PROFESORES DOCTORES EDUARDO ZANNONI, AUGUSTO CESAR BELLUSCIO Y CARLOS VIDAL TAQUINI Participante: PROFESORA DOCTORA NELLY MYNYERSKY en Revista Notarial 823 de 1990

Desarrollo

Concepto

Es bueno partir desde puntos en común, que mejor que empezar entonces por definir a las convenciones matrimoniales. “Castán Tobeñas define las convenciones como un contrato celebrado entre los futuros esposos antes del matrimonio, con el fin exclusivo de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo”.² Esta definición es cierta pero se queda corta para definir las realmente y más en nuestro régimen legal, como veremos más adelante. Así también se pueden hacer por los cónyuges durante el matrimonio, y en nuestro caso se opta por un régimen patrimonial, ya que no se puede convenir nada en relación al mismo.

Para Zannoni las convenciones matrimoniales son "los 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"³ Esta definición tampoco se condice con nuestro sistema, es una definición más universal y esto sucede porque las convenciones son muy distintas en los diferentes países.

En relación a estas convenciones matrimoniales podemos decir que pueden tener mayor o menor amplitud, dependiendo de la relación y posibilidad de establecer el Régimen patrimonial de los bienes del matrimonio, así hablamos de un sistema, a- legal, donde el régimen está establecido y no se puede modificar, b- legal convencional, donde se conviene optar por uno de los distintos regímenes establecidos ya de manera definida, y sin posibilidad de cambiarlos; y c- Convencionales, donde las partes establecen el régimen imperante o modifican alguno de los establecidos.

² ANGELINA ROSSI, MARÍA JULIA DEMARCO, SILVIA PRATO, RICARDO A. PAURICI, OSVALDO DEVOTO, RICARDO A. PAURICI (h), EDUARDO A. CLARIÁ, HORACIO FORN, ARIEL W. SOSA MOLINÉ, CARLOS D. ZADOFF, RUBÉN GARCÍA COLOMBO, GEORGINA TILKIN, NORBERTO E. CACCIAR, “Valor y eficacia de las Sentencias Extranjeras”, Revista Notarial N°725 de 1972.

³ Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 1, págs. 488 y sig, parágr. 377.

Así podemos decir que el sistema del Código de Velez era legal, donde las partes no podían modificar en nada el régimen establecido, ni optar por alguna de entre varias opciones, solo se podía a tenor del art 1217 realizar designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y 2) establecer las donaciones que el esposo hiciera a la esposa. Por lo tanto las convenciones matrimoniales no eran verdaderas convenciones, eran pactos que influían en la relación futura de esos patrimonios, pero no regulaban nada concreto en relación al régimen patrimonial del matrimonio.

En relación al nuevo Código podríamos decir que entra dentro de un sistema legal-convencional, puesto que ley permite optar a los futuros cónyuges o cónyuges por uno de los dos regímenes establecidos por la ley, pero no permite modificar el régimen elegido, deberá seguirse al pie de lo que establece la ley. Son entonces verdaderas convenciones matrimoniales. Podemos decir que según nuestro ordenamiento legal las convenciones matrimoniales son acuerdos entre los cónyuges o futuros cónyuges, sobre el régimen patrimonial que les será aplicado y en el caso de los futuros cónyuges se le agrega además la posibilidad de establecer ciertas disposiciones con incidencia en la relación de dichos patrimonios.

Naturaleza Jurídica

Antes el antiguo código regulaba esta institución dentro de lo que era la Sociedad Conyugal, estábamos en la Sección III del libro segundo, o sea dentro de los contratos. Ahora paso a estar regulado dentro del libro segundo que habla de las Relaciones de Familia, a continuación de la regulación del Matrimonio (que es el título primero) y dentro de las disposiciones generales de la del título dos (que es el que regula el Régimen patrimonial del matrimonio). Puede verse en esto un cambio de visión sobre el tema, o sea como que ya no es un contrato, sin embargo esto no es así, la ubicación no nos cambia la naturaleza de la institución, pero si nos puede ayudar a ver que este acto jurídico, contrato en algunos casos, tiene un marco especial. Su ubicación nos hace ver que ciertas normas deberemos analizarlas a la luz de lo que son las relaciones de familia y principalmente lo que significa el matrimonio y el régimen patrimonial del mismo.

Algunos dicen que en algunos casos es un contrato o como dice Zambrizzi “las convenciones matrimoniales pueden constituir un contrato, — como en el caso de las enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 446—, aunque ello no necesariamente es así, como ocurre con las enumeradas en los incisos a) y b) de dicha norma, que en realidad consisten, simplemente, en una declaración efectuada por los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno de ellos lleva al matrimonio, o a las deudas que tuvieran”.⁴ El Art. 957CCC dice que contrato es un acto jurídico en que dos o más personas prestan su consentimiento para crear, modificar, transferir o extinguir, relaciones jurídicas patrimoniales, y esta definición puede entenderse en realidad en la tesis amplia que afirma “que son contratos todos los actos jurídicos bilaterales patrimoniales” por oposición a la tesis restrictiva que “circunscribe el uso del término a los negocios bilaterales creadores de obligaciones, denominando a los demás convenciones”⁵ Efectivamente en estos últimos supuestos casos hay una declaración, pero lo más importante no es la misma, sino el reconocimiento de la otra parte a esa declaración, que tendrá efectos en la relación que se va a crear, y por lo tanto entra dentro de la definición de contratos que da la ley o sea una tesis amplia.

Es importante destacar que las convenciones matrimoniales no son esponsales⁶, o sea que no son una promesa de futuro matrimonio, sino que

⁴ Sambrizzi, Eduardo A, “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley 04/11/14,

⁵ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J “Teoría de los contratos – Parte General” Ed Victor P de Zavalia, 2da Edición Buenos Aires 1975.

⁶ “Antes del matrimonio podía realizarse un acuerdo preliminar mediante el cual los futuros cónyuges, o sus respectivos padres, se comprometían a celebrar justas nupcias. Era una promesa mutua de futuro matrimonio. Esta convención se llamó esponsales o “sponsalia” y los contrayentes recibían el nombre de esposos.

Según la tradición, en épocas primitivas los esponsales consistían en un contrato verbal. Asimismo, las fuentes nos hablan de que hasta la época en que sus habitantes adquieren la ciudadanía romana, estos convenios tienen plena obligatoriedad jurídica y están garantizados por la “actio sponsu”, con el objeto de obligar al cónyuge que no cumple, al pago de una suma de dinero.

En el derecho romano del período histórico, los esponsales no obligan a celebrar la boda y se prohíbe la estipulación de una cláusula penal (“stipulatio poenae”) en caso de incumplimiento. Este último criterio surgió al considerarse deshonesto cualquier tipo de coacción para celebrar un matrimonio.

Sólo ciertos efectos secundarios dan importancia a los esponsales en el orden jurídico; ellos generaban una quasi - afinidad entre los contrayentes. Los novios no podían contraer otras bodas, bajo pena de infamia, antes de la disolución de los esponsales ya existentes. Si la novia era infiel se la consideraba como adúltera. La muerte de los esposos o de los futuros suegros estaba castigada de acuerdo con las prescripciones legales de la ley “Pompeia de parricidiis”. También podía el novio, al igual que el esposo, ejercer la acción por injurias en caso de ofensas hechas a la novia.

En la época romano - helénica se mantuvo la nulidad de la cláusula penal por incumplimiento, pero surgió la institución de las “arrhae sponsaliciae”, es decir, el cambio de arras, y que establecía que aquel que sin justa causa dejaba de cumplir su promesa, perdía las arras que hubiese dado y además debía devolver las recibidas a razón del cuádruplo. Posteriormente Justiniano redujo al duplo esta especie de pena. En épocas de Constantino se estableció que los regalos o donaciones entre los novios, denominados “sponsalicia largitas”, se consideraran hechos bajo promesa de matrimonio, puesto que si no, se podía exigir su devolución a la parte que no cumpliera. El cónyuge que no cumplía no podía exigir nada. En caso de que la novia hubiese sido besada durante la ceremonia de los esponsales, debía devolver sólo la mitad de lo recibido. Este caso se daba cuando el novio fallecía antes del matrimonio, y se denominó “interveniente ósculo”. ROSENFELD Carlos, “El matrimonio en el Derecho Romano”, Revista del Notariado N°763 del año 1979

La capacidad para contraer esponsales estaba regida casi por las mismas normas que para contraer matrimonio, y ellos podían realizarse antes de la pubertad. Esta edad quedó fijada por Justiniano en siete años. En el derecho clásico se exigía el consentimiento de los contrayentes, y el silencio de la novia se consideraba como aceptación.

regula la relación patrimonial de los contrayentes para el caso de que se celebre el matrimonio, pero no obliga a realizarlo y no puede hacerlo. Dice específicamente el art 401CCC “Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera”.

Objeto

“El nuevo Código Civil y Comercial recientemente sancionado admite la celebración de convenciones matrimoniales, pero al igual que en el anterior, los futuros esposos sólo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten, ya que su objeto se encuentra limitado a las enumeradas en el artículo 446”⁷

Este objeto en las convenciones matrimoniales a diferencia de otros contratos no es único, puede tener objetos diferentes, siempre con la finalidad de establecer efectos jurídicos en relación a los patrimonios de estos sujetos que se unen en matrimonio. No es necesario que se den todos los objetos posibles en un solo instrumento, ni tampoco exige la ley que se establezcan en documentos por separados cuando haya distintos objetos que persigan esta convenciones. Así podemos tener un instrumento en que los futuros contrayentes opten por el régimen de separación de bienes, solamente sin más, o que además de la opción realicen donaciones, o solo que realicen donaciones, etc, o sea todas la combinaciones posibles, o las hagan en instrumentos por separado, primero hagan en un instrumento la opción y luego en otro las donaciones. Todos ellos son considerados convenciones matrimoniales.

El art 447 establece que toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor.

Los esponsales se resuelven por la muerte de cualquiera de los contrayentes, por la aparición de algún impedimento, por mutuo acuerdo o por declaración de una de las partes (repudio).

⁷ Sambrizzi, Eduardo A, “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley 04/11/14,

Fuera de contexto esta norma parecería establecer una incapacidad de derecho para contratar entre novios, evidentemente no es así.

Se entiende que ha querido plantearse una convención matrimonial con distinto objeto, o sea un convenio con miras a la relación de estos dos patrimonios durante el matrimonio, de lo contrario, si tiene efecto inmediato, más que nulidad estimo que habría una errónea calificación del acto jurídico y habrá que ver que contrato realizaron, puesto que antes del matrimonio no tienen ninguna prohibición de contratar entre si y luego del matrimonio solo existe la prohibición general para los que se encuentren bajo el régimen de comunidad de bienes (art 1002CCC). El proyecto de 1998 que tiene un artículo prácticamente igual dice “toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su **matrimonio** es de ningún valor” Art 439 del proyecto, se ha cambiado la palabra matrimonio por patrimonio, y para mi no se puede hacer una interpretación literal, hay que unir las dos palabras patrimonio y matrimonio, o sea que cuando se quiera acordar algo en relación a sus patrimonios en relación a su futuro matrimonio. Si el contrato quisiera ser sujeto a la condición de contraer matrimonio, estaríamos en el supuesto del 344 y se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertad de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su **estado civil**.

Todo esto también es más fácil analizarlo cuando la convención matrimonial contiene, como único objeto, solo una regulación fuera de lo que es el objeto, de estos no hay dudas es nula, con la norma así interpretada

Lo mismo pasaría si se superpusieran en la misma escritura dos contratos, uno la convención matrimonial y otro (contrato), bien distinto pero con efectos inmediatos entre los dos sujetos.

Veamos específicamente ahora entonces, lo que trata de regular la ley, o sea cuando se quiere establecer una relación jurídica que produzca efectos luego del matrimonio, con un objeto distinto a los establecidos.

Si se trata solo de una cláusula que vaya más allá de lo que establece la ley, es más difícil, porque además tendremos que hacer jugar el art 389CCC y o sea se podrá considerar inválida o nula la misma y se tendrá por no escrita siempre que sean separables. El ejemplo no es fácil, para no entrar en otro supuesto de nulidad, así si las partes convienen optar por el régimen de

separación de bienes, y por otro lado establecen que los hijos del matrimonio en caso de divorcio vivirán con el padre, sin dudas es nula la cláusula, no por el 447 sino por el objeto mismo -art 279-, pero se ve claramente su separación para cumplir con el 389CCC. El Art 447 habla de cualquier otra cláusula relativa al patrimonio de los cónyuges, y aquí es mucho más difícil su desvinculación, porque los casos que uno se imagina no serían nulos por este artículo sino por ir en contra del Régimen que no pueden modificar, supongamos por ejemplo si las partes convienen optar por el régimen de separación de bienes, y por otro lado establecen que uno de ellos no responderá por las obligaciones que surjan de la educación de los hijos (porque la “desquisiada” de su novia quiere llevarlos a los colegios privados más caros), sin dudas es nula la cláusula, pero no por el 447 sino por art 454CCC que establece la inderogabilidad del régimen. Es difícil entonces pensar en un ejemplo de un acto que tenga efectos recién cuando se celebre el matrimonio y no afecte el régimen. Yo me quise plantear un caso, supongamos que se establece un régimen de separación de bienes pero con la obligación de una renta vitalicia en caso de divorcio a favor de uno de los cónyuges y el problema es decir en estos casos si hay una nulidad parcial, puesto que el acto no cumple la finalidad de las partes parcialmente, podían haberlo entendido como un intercambio de concesiones, o sea como que ambos estaban renunciando o concediendo algo a cambio de la renuncia o concesión del otro.

También hay que mencionar que el 447 habla de los futuros cónyuges pero las convenciones matrimoniales pueden ser celebradas también durante el matrimonio, pero con la salvedad de que allí el objeto es menor puesto que solo pueden cambiar el régimen imperante, dice el 449 que “después del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges”, este convenio sin dudas es una convención matrimonial, y debemos aplicarle a ella todas sus normas, no solo por el lugar donde se establece esta posibilidad (Sección 1 Convenciones matrimoniales) sino por la naturaleza jurídica de ellas y su objeto. Por esa razón se le exige la misma rigurosidad formal (escritura pública) y la misma publicidad (anotación marginalmente en el acta de matrimonio)

También existe la posibilidad de realizar una donación con un cargo, o sea con una obligación accesoria, en favor del mismo donante o en favor de un tercero

Forma

Las convenciones matrimoniales deben ser realizadas por escritura pública a tenor del artículo 448CCC, al igual que sus modificaciones, no solo por el principio general en materia contractual Art 1017 inc c del CCC, sino también porque específicamente lo dice el 448CCC para las modificaciones antes del matrimonio y 449CCC para las realizadas luego.

Ahora habría que analizar qué pasa con las celebradas en instrumento privado (o lo que es lo mismo instrumento privado con firmas certificadas). En este caso no se ha cumplido con la forma establecida. Tendremos que analizar entonces, si la forma exigida a ese convenio por la ley es de tal magnitud, que lo haga un acto formal absoluto o solemne, y por lo tanto no produce ningún efecto, o su imposición solo lo hace un acto formal relativo o no solemne y por lo tanto si bien no produce los efectos que le son propios produce otros, como son la obligación de hacer, que significa otorgar el instrumento escritura pública.

Como dijimos la naturaleza jurídica de las convenciones matrimoniales es la de ser un contrato, por supuesto que en un marco especial por su relación con el matrimonio que es un acto totalmente solemne, sin embargo las convenciones matrimoniales parecieran escapar a esa solemnidad, y más allá de que podemos pensar que es un error, que debiera ser un acto formal absoluto, para darle un ámbito y un tiempo que permitan mayor reflexión, no podemos escapar a la normativa que se le debe aplicar o sea al régimen general de los contratos que dice que *Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad” (art 969CCC)*. Aun dejando de lado esta norma, no

podemos dejar de ver cuál ha sido la intención del legislador que insiste con la misma solución en relación a los actos jurídicos en general, que establece que *“El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”*. (art 285CCC). Por lo tanto al no haber establecido una sanción de nulidad específica como lo ha realizado en otros casos, la convención matrimonial realizada en instrumento privado no produce sus efectos propios, pero produce otros efectos, el de ser un instrumento válido como precontrato del que surge la obligación de otorgar la escritura pública (obligación de hacer), con lo cual el legislador se ha metido en un embrollo, del que hubiera sido librado de haber claramente establecido el mismo como acto formal solemne o absoluto.

El anterior art 1223 del Código de Velez también exigía la escritura pública y luego de una coma establecía “so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos o si constituyeren derechos sobre bienes raíces”, también permitía hacerla ante el juez de paz y dos testigos si no había escribano en la zona y por último sino había bienes que alcanzaran los mil pesos, podían hacerse en instrumento privado con la participación de dos testigos. Por lo tanto ante el reducido objeto que tenían, podíamos decir que casi siempre teníamos un acto formal solemne, y la ley, pese a no haber sido simple para su redacción, se entendía en este aspecto, por haber establecido de manera clara la pena de nulidad. Velez lo reforzó, pese a tener el art 18CC y así quedó como un acto formal solemne pese a estar incluidas en el 1184CC.

Una de las situaciones que se puede plantear, en cuanto al objeto de las convenciones matrimoniales es realizar la donación de un inmueble al otro futuro cónyuge, y en este caso tendremos un problema, serio si realizo la convención matrimonial por instrumento privado, puesto según el mismo régimen de las convenciones matrimoniales en el Art 451 CCC dice que le son aplicables a estas donaciones todas las normas del contrato de donación, (*“Las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación Art 451CCC*). Si la convención no tuviera más que una donación (o varias) como contenido de la misma, el problema sería resuelto fácilmente y la misma no produce efecto alguno. Esto

en virtud de que aunque se haya realizado como convención matrimonial, se le aplican a las donaciones su normas y en cuanto a la forma de las donaciones de inmuebles hay una exigencia mayor por exigir la escritura bajo pena de nulidad (*“Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias”* Art 1552CCC).

El problema va a surgir cuando tengamos disposiciones en esa convención matrimonial de distinto tipo, por un lado la opción de un régimen y por otro la donación de un inmueble o un auto. Como dijimos anteriormente, está la posibilidad de separar cláusulas de un contrato y poder establecer la nulidad parcial de alguna disposición, siempre que puedan considerarse como independientes y que no afectan la voluntad de llevar adelante el resto del contrato. Sin embargo aquí estamos hablando no solo de nulidades parciales y totales, sino también de otra división que hace la doctrina en nulidades sustanciales y nulidades formales. En este caso indudablemente estamos ante una nulidad formal, ahora ¿podemos establecer una nulidad formal parcial?, o mejor dicho en este caso ¿podemos hablar de una nulidad formal que por un lado no produce efecto alguno y por otro lado si produce ciertos efectos? ¿Se podrá exigir llevar a escritura parcialmente este convenio? En general la doctrina se inclina a pensar que no hay posibilidad alguna de una nulidad formal parcial⁸ por considerar al instrumento como una unidad, pero algunos autores plantean la posibilidad de la existencia de una nulidad parcial instrumental⁹ y sobre todo cuando cabría la posibilidad de separar dos negocios jurídicos distintos en el mismo instrumento¹⁰.

⁸ PELOSI Carlos “El Documento Notarial” En revista del Notariado 758 de 1978 “En los actos jurídicos se distingue la nulidad total de la parcial, según que el vicio se extienda a todo el acto o a parte del mismo. Esto último, admitido por el art. 1039 del Código Civil, es posible cuando el contenido del acto pueda dividirse sin que se destruya la esencia del conjunto. La nulidad formal es siempre total. El documento es considerado como una unidad y si está viciado alguno de sus elementos o requisitos, la invalidez afecta a todo el documento sin poder rescatarse partes válidas.

En España la legislación notarial expresamente reconoce la nulidad formal parcial del documento. El art. 26 de la ley del notariado de 1862 dispone que serán nulos las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al final de éstas con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento. También se consideran nulos las abreviaturas y guarismos utilizados en la expresión de fechas y cantidades, salvo las abreviaturas que exceptúa el art. 151 del reglamento notarial.

En nuestro derecho, para el primer caso, según el art. 989 del Cód. Civil es anulable todo el documento”

⁹ CARMINIO CASTAGNO, José Carlos “Teoría General del acto notarial”, en Revista del Notariado N°727 de 1973 “Cada "instrumento" constituye una unidad, que contiene otra: el denominado "acto total".

Por mi parte participo de la idea de que las nulidades formales son totales, el instrumento es uno solo y las solemnidades y requisitos establecidos para el mismo no pueden ser asignados a un aspecto o a un negocio particular contenido en el mismo. Sin embargo hay que tener en cuenta dos aspectos, uno es que no tenemos una norma general que establezca esto, sino que se deduce de las normas que nuestra legislación establece en distintos supuestos, y por la naturaleza misma de la omisión. Este caso que se nos plantea es de difícil resolución porque no estamos hablando de una solemnidad específica a

Pero hemos afirmado, asimismo, que el "acto total" comprende plurales actos singulares que se conforman en virtud de cada "hecho - objeto". Y que cada "acto singular" debe cumplir todos los requisitos de validez para producir el efecto "autenticante" con relación al "hecho" a él referido. De así no ser, el "acto singular" es inválido, y el "acto total" parcialmente nulo. ¿Y el "instrumento"? La letra de algunas normas del Código Civil parecería excluir - a su respecto - tal posibilidad. Así los artículos 980, 986 y, especialmente, el 988 (del que habremos de ocuparnos más adelante). La "validez" o "invalidez" in totum serían las únicas alternativas. A pesar de ello, pensamos que también el "instrumento" es pasible de nulidad sólo "parcial". El fundamento es obvio y se halla en la propia naturaleza que le asignamos: "continente" del acto. Es éste - el "contenido" - quien le transmite su propio valor. El núcleo primario de validez o invalidez - total o parcial - está en el interior del instrumento. De allí que el "acto total" parcialmente nulo produzca en su continente similar consecuencia..., a tenor del artículo 988 del Código Civil: "El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado." No tenemos duda que, en tal supuesto, el "negocio" es nulo (o no existe, según las circunstancias). Pero tampoco hesitamos en rechazar la invalidez total del "acto" y, por consiguiente, del "instrumento". Se comprende que el codificador asigne a éste una finalidad exclusivamente "configuradora negocial" - "Son instrumentos públicos, respecto de los actos jurídicos", consigna en el encabezamiento del artículo 979 - y que, por ello, lo considere inútil toda vez que ese fin no se logre. Pero - "utilitarismo" aparte - otra es la cuestión a la luz de un encuadre sistemático, como creemos haberlo demostrado: cada "hecho - objeto" del acto notarial queda autenticado en virtud de cumplimentarse, a su respecto, los requisitos de validez correspondientes, con absoluta exclusión de los propios del "negocio". En consecuencia, estamos convencidos que la comparecencia, declaraciones y firmas de "todos los que lo hubiesen firmado", son "hechos" que se tienen por verdaderos. La razón, obviamente, está en la "fe pública" que los respectivos "actos singulares" válidos del escribano les imprimen. Y, por ende, el "acto total" y el "instrumento" sólo son parcialmente nulos. Y esto es lo que preceptúa - acerca de ciertas cláusulas del testamento público - el artículo 3664 del Código Civil: "El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor." No cabe duda que el "acto singular" es inválido por "ilegitimación del agente" (artículo 985), y el "acto total", el "instrumento" y el "negocio" sólo lo son en forma parcial. Para una mejor comprensión, repárese en lo que Vélez consigna en la "nota" pertinente, luego de afirmar que en tales casos el Código Napoleón dispone que "es nulo todo el testamento": "Nosotros decimos con Goyena, que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente (léase "totalmente") nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en algunas de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano, o testigos."

¹⁰ SOLARI COSTA, Osvaldo "Falta de firma en las escrituras" En revista del Notariado 837 de 1994 Por mi parte no estoy de acuerdo con la interpretación que hace Solari Costa en este caso que analiza, que trata que es el asentimiento conyugal. La falta de firma es un elemento más del Rito, la ley lo exige anteriormente en el 988CC y 1004CC y aunque hable de partes se entiende que es de parte instrumental (sino caeríamos en la ridiculez de sancionar la nulidad de una escritura firmada por su representante) y que se explica aunque sean dos actos distintos contenidos en la misma escritura, por el solo hecho físico de no poder hacer firmar a todos los intervinientes en la audiencia notarial al mismo tiempo, es lógico que la ley prevea que la voluntad de cada uno se daba en virtud de entender esos negocios conexos en algún punto, sino no hubieran realizado un solo instrumento, darle validez a un negocio y a otro no sería no respetar la voluntad de las partes al otorgar su consentimiento.

llevar a cabo en el instrumento, o sea no estamos hablando aquí del RITO que sería la forma de la forma instrumental requerida, la cual no me quedan dudas influye en todos los actos contenidos (como puede ser en una escritura la falta de fecha, la falta de la firma del escribano), sino la forma establecida para realizar un acto, lo que nos plantea un escenario más difícil para interpretar la ley. No estamos ante un defecto del instrumento mismo, sino que no es la forma idónea para que haga producir los efectos a uno de los actos contenidos en el instrumento y, si es posible separar a ambos actos, es difícil entender porque ir en contra de la validez de uno de ellos, más si tenemos en cuenta el principio de conservación hoy establecido en el art 1066CC o sea *“si hay dudas en cuanto a la eficacia del contrato o algunas de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efectos”*.

Para interpretar la ley correctamente aquí, vamos a tener que hacer un enlace necesario entre lo sustancial y lo formal, y para eso me gustaría explicarlo en base a la solución que ha establecido la ley en relación a las firmas en los instrumentos públicos, (en el código de Velez en el 988CC y 1004CC y hoy en los art 290CCC y 305CCC), y que exige la firma de todas los intervinientes, aunque sean dos actos distintos contenidos en la misma escritura, presumiendo su conexidad por estar en un mismo instrumento y que la realidad práctica hace necesaria su imposición, por el solo hecho físico de no poder hacer firmar a todos los intervinientes en la audiencia notarial al mismo tiempo. Por eso decimos, en ese caso, es lógico que la ley prevea que la voluntad de cada uno, se da en ese instrumento, en virtud de entender esos negocios como conexos en algún punto, sino, no hubieran realizado un solo instrumento. Y por el contrario, si la ley previera la posibilidad de establecer una nulidad parcial, cuando puedan separarse los negocios instrumentados y darle validez a un negocio y a otro no, sería no respetar la voluntad de las partes al otorgar su consentimiento, por lo menos de los primeros que firman que lo hacen en virtud de entender que ambos negocios van a nacer de ese instrumento.

Esta presunción de conexidad sustancial (que puede no existir), por esta conexidad formal que se da por formar parte de un único instrumento, la vemos también, y más claramente, en el caso de las donaciones mutuas (1560CCC),

donde la nulidad de una afecta a la otra, sin ver por ello una permuta. O sea, sabiendo de ante mano que no son contraprestaciones las que se establecen, sino dos negocios distintos, cada uno con sus prestaciones, la ley, como están en el mismo instrumento, los conecta sustancialmente, en realidad presume esa conexión sustancial, a manera de la que se establece en el art 1073CCC “de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro” por esa conexidad formal.

Pero volvamos a analizar las convenciones matrimoniales ahora, y específicamente este instrumento que contiene la opción por el régimen de separación de bienes y una donación de un inmueble, podríamos decir que es un solo contrato que no tiene un único objeto o sea tiene dos objetos, o podemos decir que es un instrumento que tiene dos contratos, ambos contratos con objetos diferentes, pero que son los dos convenciones matrimoniales, no importa. En el primer caso tendremos que analizar si la donación es una clausula más del contrato o es esencial para poder separarla a tenor del art 389CC, y como es el objeto mismo del contrato no puedo declarar su nulidad por separado sin declarar la nulidad del contrato todo. Y si razono que hay dos contratos en un mismo instrumento, al declarar uno de los contratos nulos por defecto de forma no puedo darle plena eficacia al otro, por conexidad sustancial (art 1073 a 1075CCC), presumida (por analogía con otros institutos) por haber sido realizada en un mismo instrumento. Creo que esta interpretación no solo es la que más se condice con nuestro sistema jurídico, sino que es la más se condice con la justicia y el principio de buena fe que debe reinar en los contratos. Por lo tanto, cuando el objeto de la convención, incluya la donación de un inmueble o muebles registrables, la forma de escritura pública tendrá el carácter de solemnidad absoluta, sea cual fuere cualquier otro objeto que incluya la convención.

Tiempo de realización

Si analizamos el tema anterior por si solo, podemos decir que es cierto que si este problema se presentara antes de matrimonio, nadie se casaría y por

ende no habría conflicto judicial alguno. Sin embargo no lo puedo asegurar, hay parejas de todo tipo, y si bien el caso puede ser de laboratorio nos ayuda un poco entender la figura.

El problema que si se puede plantear en la realidad, es la combinación de un defecto de forma, con su presentación a posteriori del matrimonio o sea si se presentara luego, del mismo para exigir su formalización por escritura pública o para dividir los bienes en un divorcio.

El principio es que deben hacerse antes del matrimonio y solo tiene efectos con la celebración de este 448CCC, siendo remarcado esto de los efectos específicamente en cuanto a las donaciones, por si quedaban dudas, en el art 451CCC. Luego del matrimonio se pueden hacer las convenciones matrimoniales, pero con un solo objeto, el cambio del régimen. Entonces podemos agregar también la posibilidad de haber hecho una modificación por instrumento privado, o una nueva convención luego del matrimonio por instrumento privado.

Hay una limitación en cuanto a las nuevas convenciones luego del matrimonio y es el plazo de un año como mínimo a partir del mismo, y también de un año como mínimo entre una y otra modificación del régimen luego del matrimonio.

Volviendo a lo patológico, en el tema de la forma, la realizada por instrumento privado tiene también un aspecto más a considerar que es el de la fecha cierta, ya que no son válidas las convenciones luego del matrimonio fuera del objeto del cambio de régimen. Para analizar la situación hay que diferenciar que en relación a las partes la fecha establecida en el convenio es la verdadera, para ellos no existe otra fecha, pues es la que ambos reconocieron, pero esa fecha mencionada en el convenio no tiene validez erga omnes por si sola, para que la tenga debemos leer en el nuevo Código el art 317 CCC que dice: "Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta."

Pareciera en principio que tenemos muchas situaciones diferentes que se pueden plantear, sin embargo vamos a tratar de descartar algunas. Así, hay que tener en cuenta que, con relación a los terceros, para que produzcan efectos debe haber publicidad y para lograr esa publicidad, como veremos más adelante, tiene que estar la forma exigida por ley.

Vemos entonces que el problema del defecto de la forma nos queda reducido en principio a lo que sucede con ese instrumento privado, entre las partes pues solo para ellos puede producir efectos.

También para tener menos supuestos hay que recordar que dijimos que si contienen una donación (ya sea como único objeto o con otros objetos de los establecidos por ley) no produce ningún efecto.

Pero veamos que pasa en relación a los otros objetos. Si vale como un precontrato (969CCC) o pre-acto jurídico (285CCC) surge la obligación de hacer, de llevarlo a escritura pública como lo establece el art 1018CCC que dice que “otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento”. Si las convenciones solo son de opción de régimen, se podrán elevar a escritura cualquiera sea su fecha, respetando lo establecido para las convenciones posteriores al matrimonio. Como no podríamos establecer el efecto retroactivo del cambio de régimen, en este caso es sumamente necesario hacer la partición conjuntamente la convención, porque si hay problema en la división de los bienes, se deberá recurrir a la justicia y ver qué efecto se le da a este instrumento privado.

Si incluye declaración de los bienes y deudas que se llevan al matrimonio, tenemos un problema para realizar esa escritura, puesto que nuestra ley no permite convenciones matrimoniales luego del matrimonio con dicho objeto, por lo tanto nosotros no podremos hacer la escritura. Podría pensarse, que estaríamos habilitados a hacerlo, si existiera una orden judicial, para hacerla basada en la necesidad de que se estableciera judicialmente la fecha cierta, porque esta debe ser apreciada “rigurosamente por el juez”. Pero en este caso, hacer la escritura, perdería sentido para las partes, puesto que el carácter del bien estaría reconocido ya judicialmente, en un instrumento

público. Además sería mejor recurrir a lo regulado en el art 466 para solicitar la declaración judicial del carácter del bien, y se podría solicitar a la justicia entonces también que haga nota marginal en el título de adquisición. Esta declaración judicial, al no ser una simple declaración de los cónyuges, interpretando a contrario sensu lo establecido en el mismo 466, hace prueba en relación a terceros.

Sin embargo suponiendo que no se realizara nunca la escritura y exista ese instrumento privado que han firmado los cónyuges, entre ellos ¿produce efectos? ¿Es necesaria la escritura? Estimo que llegado el caso de un divorcio y la presentación de un documento de este tipo, el juez, le daría efectos a este instrumento (siempre entre las partes). Evidentemente es un error del legislador haber posibilitado todas estas situaciones y seguimos remarcando, la exigencia formal debería haber sido mayor, y establecerla bajo pena de nulidad, a los efectos de contar con un acto solemne en el que las partes tengan si o si antes de tomar esta determinación un asesoramiento previo, un momento de reflexión, un impacto de solemnidad que lo moviera a tomar más seriamente el convenio a firmar.

Publicidad

Se exige, con la finalidad de que la opción por uno de los regímenes patrimoniales, prevista en el inc d del art 446, tenga efectos respecto de terceros su anotación marginal en el acta de matrimonio (art 448CCC), como se ha establecido en otros países¹¹. De allí se podría colegir

¹¹ “La oponibilidad del régimen patrimonial matrimonial opera en forma similar a la argentina en las legislaciones en que es único e imperativo (Bolivia, Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, Perú, Rumania, URSS, China).

Es muy distinta la situación en aquellas legislaciones en que se ofrece la posibilidad de que los cónyuges pacten el régimen matrimonial a que se someterán en el futuro, ya sea con plena libertad convencional o eligiendo entre los regímenes que la ley propone. Entonces es absolutamente indispensable la publicidad del sistema preferido. Y la opción entre dos o más regímenes, con régimen legal supletorio, predomina en el derecho actual de los países europeos.

En Francia, conforme a la ley de 1965, los contrayentes pueden elegir entre cuatro sistemas, a saber, comunidad de gananciales, comunidad convencional, separación de bienes y participación en las ganancias. El art. 1394 dispone que: "todas las convenciones matrimoniales deben redactarse por acto notarial, en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que son parte o de sus mandatarios. Al momento de la firma del contrato, el notario debe entregar a las partes un certificado que contenga sus nombres y lugar de residencia, el nombre, apellido, cualidades y domicilios de los futuros esposos así como la fecha del contrato. Este certificado indica que debe ser entregado al oficial del estado civil antes de la celebración del matrimonio. Si el acto de matrimonio menciona que no se ha hecho contrato, los esposos serán considerados, con respecto a terceros, reputados casados bajo el régimen de derecho común, a menos que, en los actos celebrados con estos terceros, no se haya declarado que existe un contrato matrimonial. Además, si uno de los esposos es comerciante desde antes del matrimonio o lo es después, el contrato de matrimonio debe ser publicado en las condiciones y bajo las sanciones previstas por los reglamentos relativos al registro de

que si las convenciones matrimoniales tienen otro objeto, no es necesaria su anotación en el Registro Civil, sin embargo en la celebración del matrimonio se exige que los esposos declaren si han realizado convenciones matrimoniales y en ese caso la fecha y registro notarial en las que han sido realizadas, y es evidente que no es solamente cuando se ha hecho opción del régimen sino también en otros casos, porque a continuación en el mismo art 420CCC inc “j” se les exige declarar si han realizado opción por el régimen de separación de bienes. Todo esto dejando a salvo que en relación a las donaciones de inmuebles o de otras cosas registrables, deberá hacerse la publicidad que corresponda a la naturaleza del objeto de las mismas.

La publicidad en el acta de matrimonio es evidente que solo podrá hacerse luego de celebrado este, pero en relación a la publicidad de las donaciones, si hace falta aclarar que corresponde hacerla luego del matrimonio, puesto que antes las convenciones no producen efecto alguno, como veremos más adelante, las consideramos actos bajo la modalidad de condición suspensiva.

Las convenciones luego del matrimonio es lógico que sean publicitadas por nota marginal (art 449CCC), pero las anteriores al matrimonio, ¿hace falta también publicitarlas por nota marginal? No basta la declaración que hacen los cónyuges al celebrar el matrimonio (Art 420 inc “i” y “j”) y que queda asentado como contenido mismo del acta. Aún así ¿el registrador deberá colocar los datos como nota marginal?. La redacción del art 420 solo hace referencia a la declaración de los esposos, y aunque se solicite declarar la fecha y registro en el que fue realizada, no le pide al registrador que corrobore esos datos, o sea no es el registrador el que tiene contacto directo con la escritura, solo deja constancia de las declaraciones de los contrayentes. En cambio en la nota marginal es el propio registrador el que tiene que tener el instrumento a la vista para hacer la anotación pertinente, esta anotación es la que establece la ley produce efectos contra terceros y no la simple declaración de los contrayentes. Parecieran ser de distinta entidad ambas anotaciones, lo que se podría solucionar, si el oficial del Registro Civil dejara constancia, en el acta de matrimonio, que tiene a la vista la escritura correspondiente, que por otro lado

comercio.” MENDEZ COSTA María Josefa, “Oponibilidad a terceros del Régimen Patrimonial Matrimonial y su mutaciones”, Revista Notarial N°794 de 1984.

podría haber sido así solicitado por la ley directamente para evitar tener esta doble referencia. Por supuesto que si se le presentara al oficial del Registro Civil a posteriori del matrimonio, las realizadas antes del mismo no le quedaría otro camino que la nota marginal.

La redacción del art 420, en este sentido, nos puede traer problemas cuando sucedan cosas distintas entre lo declarado y lo que realmente sucede. Por ejemplo: si los esposos hubieran declarado que no hay convenciones matrimoniales o que las hay pero no han hecho opción por el régimen de separación de bienes, y en realidad si lo han hecho por escritura pública y antes del matrimonio. Lamentablemente en este caso la anotación al margen de la existencia del instrumento, va a dejar patente la declaración falsa de los contrayentes, que aparentemente no quisieron que los concurrentes a la celebración del matrimonio lo supieran, pero el oficial del Registro Civil no va a poder dejar de asentarla, puesto que la publicidad es por ese medio, porque tiene ante si un instrumento público del cual no puede desconocer su autenticidad y su fecha cierta. Si fuera a la inversa y hubieran declarado que hay convenciones, o que en las mismas si hizo opción por el régimen de separación de bienes, y nunca se hizo la nota marginal, o mejor dicho no se dejó constancia cierta por parte del oficial del Registro Civil de la existencia de ese instrumento, porque en realidad no hay posibilidad de hacerla, ¿tiene efectos contra terceros esa declaración? No, porque la simple declaración, ni siquiera tiene efecto entre las partes, esto se debe a que la forma exigida para realizarlas es la escritura pública, como vimos. Sin embargo si realmente existe la convención matrimonial, se declaró su existencia y nunca se hizo la nota marginal, como veremos más adelante si produce efectos contra terceros.

Forma y Publicidad

El primer punto a destacar en esta relación, es que por el principio de legalidad, no se puede proceder a dar publicidad a las convenciones matrimoniales que no tengan la forma adecuada, por lo tanto, surge de ello

como vimos que las realizadas en instrumento privado no van a tener acceso al Registro, y por ende sus consecuentes efectos contra terceros.

El art 420 inc i y j exige que los futuros esposos declaren si han realizado convenciones matrimoniales y si han hecho opción por el régimen de separación de bienes, pero esta manifestación realizada frente al oficial público no supe la forma de escritura requerida por ley. La ley no les pide que opten en ese momento, sino que declaren si lo han hecho con anterioridad, por eso el tiempo de verbo utilizado es pasado, y por eso mismo tampoco se prevé otro instrumento público para la realización de las mismas en la correspondiente sección de las convenciones matrimoniales. Cuando la forma de un instrumento público es exigida no puede ser suplida por otro instrumento público, además en este caso no se está haciendo opción por el régimen sino que se está declarando si se ha realizado la opción al realizar la convención matrimonial, porque podía no haber tenido dicho objeto. La finalidad de exigirlo por escritura antes del matrimonio, entiendo es que no se discuta este tema durante la celebración del matrimonio, ante la presencia de toda la familia y amigos, sino que quede esta discusión y asesoramiento en un ámbito más reservado y luego si, tenga publicidad plena, no solo con la nota marginal en el acta de matrimonio, sino con la declaración de los contrayentes ante todos los presentes de haber optado por este régimen de separación de bienes.

Esto también queda claro con la redacción del art 463CCC en las disposiciones generales del régimen de comunidad de bienes, cuando dice “A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de la comunidad de gananciales...” o sea la única posibilidad o la única excepción para quedar excluido del régimen de comunidad es la opción hecha en convención matrimonial, y esta es realizada en escritura pública, sino hubiera dejado abierta la posibilidad, diciendo simplemente “a falta de opción”, o hubiera establecido las dos posibilidades para hacer la opción.

Producción de efectos

Necesitamos remarcar aquí un tema, que estuvimos estudiando en otros puntos tangencialmente, y es el tema de los efectos de estas convenciones. La

regla principal es que no se producen efectos sino a partir de la celebración del matrimonio, o sea, hay un diferimiento en la producción de los efectos. Esto es en cuanto a las realizadas antes, puesto que las realizadas a posteriori, evidentemente no tienen que esperar hecho alguno, ahora ¿podemos decir que se producen inmediatamente? Aquí vamos a tener que diferenciar entre las partes y los terceros, para los primeros, si producen efectos inmediatamente, pero para estos últimos la ley dice que producen efectos recién con la anotación marginal en el acta de casamiento, no importa la fecha de celebración, no hay efecto retroactivo alguno. Sin embargo en el último párrafo del art 449CCC dice que “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”, o sea, ya no habla aquí desde la fecha de anotación, sino desde el conocimiento efectivo, al que puede llegar por otro medio, como una notificación que le hagan los esposos, o la declaración que realizaron en la celebración del matrimonio sin la nota marginal correspondiente. Vamos a interpretar esta norma, no como que cambia todo el sistema establecido, sino que solo acelera los tiempos en estos casos, puesto que se debería entender como conocido el cambio de régimen, por la anotación en el Registro correspondiente, de lo contrario, qué efectos se producirían para terceros desde la anotación.

También en cuanto a la donación realizada en la convención matrimonial, dice la ley que se producen efectos recién con la realización del matrimonio y lo remarca el Art 451CCC que dice que solo tienen efecto si el matrimonio se celebra, de esa redacción entendemos que estas donaciones son actos bajo la modalidad de una condición suspensiva, o sea tienen su plena eficacia recién luego del matrimonio, recién allí surge la obligación de entregar efectivamente la cosa donada, la de inscripción de la escritura, etc. Así también lo plantea la Dra Armella¹², y no estamos de acuerdo con la

¹² “Celebrada en la convención antes del matrimonio. El art. 451 establece palmariamente que las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones del contrato de donación (arts. 1542 a 1573) y solo tienen efecto si el matrimonio se celebra, por lo que se trata de donaciones sujetas a una condición suspensiva. Si el matrimonio se celebra, la donación causa todos sus efectos. Su fuente directa es el art. 443 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, de 1998. Por su parte, encuentra su correlatividad en el art. 1217, inc. 3º del Código Civil que solo se refiere a las donaciones que el esposo hiciere a la esposa, luego modificado por la Ley 26.618.

interpretación que se presenta en el Código Comentado del Dr Lorenzetti¹³ en el sentido de ser donaciones bajo condición resolutoria todas las donaciones realizadas en vistas del futuro matrimonio, sin hacer distinciones. Esa interpretación deviene de analizar conjuntamente el art 401CCC que dice “Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera.” Sumado esto al Art 452CCC que dice: “Las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido. Estamos hablando aquí de distintas donaciones, unas hechas en las convenciones matrimoniales, en un marco especial, con una forma especial, y en virtud de regular las relaciones patrimoniales en vista al matrimonio próximo, no solo que se presente como una simple posibilidad futura. Además todo lo que es objeto de las convenciones matrimoniales está realizado con una mirada a futuro y por eso es lógico interpretar que el efecto es suspensivo. Aclarando que el efecto suspensivo no es de orden público, se podría pactar claramente el efecto resolutorio, pero estamos en este caso ante normas supletorias para interpretar las convenciones para casos en que no se ha dejado clara la voluntad de los contrayentes. Pero estas no son las únicas donaciones que se pueden hacer los futuros cónyuges, puede haber otras, que al no estar en este marco de la convenciones matrimoniales, tendrán otra regulación. Así si nada dicen acerca del matrimonio se entenderán como puras y simples, como también lo son “los simples obsequios o presentes de uso, inspirados en sentimientos afectivos”¹⁴, ahora si se las realiza en consideración a un matrimonio futuro, (y esto sirve también para las realizadas por un tercero) serán condicionales en forma resolutoria, al interpretar conjuntamente el art 452CCC con el art 401CCC. Incluyendo aquí a todas esas donaciones

Ésta es la única referencia a las donaciones formalizadas en las convenciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, ya que los otros dos casos normativizados en la Sección 2, de donaciones por razón del matrimonio, regulan supuestos diferentes.” ARMELLA Cristina, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 430 Cita Online: AR/DOC/1132/2015LORENZETTI, Ricardo Luis (director), tomo III, Pág 31

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis (director), tomo III, Pág 31

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis (director), tomo III, Pág 31

manuales, sin instrumento alguno, que la jurisprudencia para dejarlas sin efecto aplicaba distintas teorías como las del depósito, enriquecimiento sin causa, o sociedad de hecho. Sin embargo el 452 no establece un plazo para evaluar esta condición por lo tanto sería importante hacerlo, o sea hay que establecer una fecha para evaluar la condición, y específicamente declarar que se lo hace bajo esta condición. No siendo tampoco de orden público, recomendaría que se hicieran en forma suspensiva.

Vale la pena aclarar aquí estas donaciones, así realizadas, no son hechas bajo la condición prohibida del art 344CCC que afecten las libertades del sujeto, porque no imponen mudar su estado civil simplemente, sino que son realizadas en virtud de la relación ya existente entre dos sujetos, y que el devenir lógico de esa relación sería el futuro matrimonio.

Por último hay que mencionar el art 453CCC fija un plazo de validez a la oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos, al establecer que la misma queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año. O sea no produce efectos si al año de realizada no hay celebración del matrimonio, pero tendríamos que agregar la posibilidad de aceptar dicha oferta, y en ese caso, pasa a tener el régimen de las donaciones en vistas al futuro matrimonio. Se presume esta aceptación cuando el matrimonio se celebra.

Efectos y la buena o mala fe del cónyuge.

Ya vimos que los efectos de las convenciones matrimoniales se producen recién con la celebración del matrimonio, pero la norma aclara “y en tanto el matrimonio no sea anulado” (art 448CCC) por lo tanto si se celebra el matrimonio y luego es anulado, tampoco producen efectos, ya que se considera como que nunca hubiera existido.

Sin embargo hay supuestos especiales que no están aclarados y que bien nos lo hace saber la doctrina, en relación al cónyuge de buena fe, dice así Eduardo Zambrizzi “ En efecto, como dichas convenciones son para regir en el matrimonio, no pueden sino surtir efectos a partir de su celebración, como se dispone en la norma. No estamos de acuerdo, en cambio, con lo dispuesto en el sentido de que las convenciones matrimoniales sólo produzcan efectos si el

matrimonio no es anulado, ya que de conformidad a lo establecido en los artículos 428 y 429, en el caso de que los esposos fueran de buena fe, el matrimonio anulado produce todos los efectos del matrimonio válido con respecto al cónyuge de buena fe, hasta el día en que se declare su nulidad. Por lo que el (o los) cónyuges de buena fe pueden alegar la existencia y validez de las convenciones que hubieran sido convenidas en vistas a la celebración del matrimonio. Llama la atención el error incurrido, si se advierte el contenido de los artículos 1238 a 1240 del anterior Código, que se ocupaban de dejar a salvo los derechos del esposo de buena fe en el matrimonio putativo”¹⁵

Específicamente también aclara con relación a las donaciones, que como esas convenciones al ser un matrimonio anulado, no producirían efectos sino solo en relación al de buena fe y las donaciones efectuadas a su favor serían, eficaces y se entendería cumplida la condición. Para que no haya dudas en relación al cónyuge de mala fe, por si se entendiera que también son cumplidas las realizadas en relación a él, establece la posibilidad de “Revocación de donaciones del cónyuge de buena fe en relación al de mala fe, inc b del 429CCC. Lo que a mi entender no hacía falta y pareciera necesaria la expresión de voluntad en tal sentido.

Convenciones de los menores de edad

En cuanto a los menores de edad autorizados judicialmente a casarse, pueden hacer convenciones matrimoniales, pero les está prohibido hacer donaciones u optar por el régimen de separación de bienes, o sea tienen restringido su objeto. Entiendo que no es una incapacidad de hecho establecida (incapacidad de ejercicio), sino una incapacidad de derecho, o sea no puede ser suplida por la actuación de representantes legales, ya que la ley les está reconociendo la capacidad de hecho para realizarlas, pero con esta limitación.

Anteriormente el Código de Velez decía que el menor que de acuerdo a las leyes puede casarse, puede hacer convenciones matrimoniales, sin limitarles el objeto (en ese momento reducido a las donaciones y la designación

¹⁵ Sambrizzi, Eduardo A, “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley 04/11/14,

de los bienes que se llevan al matrimonio) pero imponiéndoles la presencia que concurrieran a dicho otorgamiento de las personas cuyo consentimiento necesitaban para contraer matrimonio.

El problema que se nos presenta es que el art 450CCC habla solo de los menores autorizados judicialmente, pero tenemos otros menores que pueden casarse. Debemos recordar que la edad mínima para casarse (art 403CCC) es de 18 años, (lo que coincide con la edad para ser mayor de edad), pero no siempre es necesaria la autorización o dispensa judicial para casarse de los menores de edad, puesto que si tienen 16 años cumplidos, solo necesitan la autorización de sus representantes legales, solo en ausencia de esta autorización necesitan dispensa judicial (art 404CCC). Por lo tanto en estos casos, o sea estos menores de edad, mayores de dieciséis años, no entrarían en lo dispuesto en el artículo. ¿Qué entendemos con esto? ¿No podrían hacer convenciones matrimoniales, siendo que los menores de dieciséis si? Entiendo que pueden efectivamente hacer convenciones matrimoniales, no pueden estar en situación peor que los que tengan una dispensa judicial. Pero con relación a si el objeto puede ser mayor, estoy en la duda, porque no surge claramente del artículo. La Dra Armella dice que “Si interpretamos el art. 450 a la luz del art. 403 y 404 afirmamos que los únicos menores de edad que no pueden hacerse donaciones en las convenciones matrimoniales anteriores a la celebración del matrimonio son los que contraen nupcias con dispensa judicial por ser menores de dieciséis años o mayores de dieciséis años que no cuentan con la autorización de sus representantes legales. Por su parte, los menores mayores de dieciséis años que cuenten con la autorización de sus representantes legales para contraer nupcias podrán hacerse donaciones en la convención matrimonial que celebren.”¹⁶ Agrego que sería también de interpretar que podrían optar por el régimen ya que el artículo de donde saqué el párrafo solo está dedicado al tema donaciones.

Sin embargo, yo me inclinaría en contra de esta posibilidad, porque la norma no es clara, y es difícil así poder vencer la regla general que prohíbe realizar una donación a un menor de edad. A favor de la interpretación de Armella hay que decir que aunque pudiéramos entender que no entra dentro

¹⁶ ARMELLA Cristina, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 430 Cita Online: AR/DOC/1132/2015

del objeto de las convenciones las donaciones y opción por el régimen de los mayores de dieciséis años, y aún más suponiendo que los menores de dieciséis años hubieran realizado convenciones con este objeto, podríamos decir que la prohibición, establece una incapacidad de derecho como dijimos anteriormente pero que está establecida en beneficio del menor. Esta normativa “gira en torno a los derechos de los niños y adolescentes, por lo cual, ellos no son iguales a los adultos, sino que su carácter de personas en desarrollo deben tener una protección especial”¹⁷ por lo cual decimos que de todas maneras si se excedieran en su objeto los menores, hay nulidad relativa, pese a ser incapacidad de derecho, lo cual sin duda es muy discutible pero la doctrina ve la posibilidad de que haya casos de incapacidad de derecho que la causen¹⁸.

A tener en cuenta en la realización de la escritura

En vista de todo lo expuesto podemos hacer un pequeño resumen de elementos que son importantes a la hora de realizar la escritura que tenga como contenido convenciones matrimoniales.

Primero debemos tener en cuenta las diligencias previas. Antes de hacer las convenciones matrimoniales debemos ver que documentación pedir, más

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis (director), tomo III, Pág 31

¹⁸ Borda, Guillermo A. - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL Abeledo-Perrot 1999 “CUESTIÓN ACERCA DE SI LA NULIDAD SURGIDA DE UNA INCAPACIDAD DE DERECHO ES ABSOLUTA O RELATIVA.- La jurisprudencia de nuestros tribunales es, en esta materia, muy contradictoria. Mientras algunos fallos sientan el principio general de que todas las nulidades derivadas de una incapacidad de derecho son absolutas (ver nota 9), otros, por el contrario, han resuelto no ya con carácter general, sino referido al caso, que ciertos actos celebrados por incapaces de derecho adolecen de nulidad simplemente relativa (ver nota 10). La tendencia jurisprudencial citada en primer término, parte del criterio de que todas las incapacidades de derecho obedecen a una razón de orden público, lo cual nos parece sin duda exagerado. Cuando se prohíbe a los mandatarios comprar, aunque sea en pública subasta, los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes, es evidente que lo que está en juego es más que nada un interés de orden privado. No se ve razón alguna para que tal acto no pueda ser confirmado por el demandante, si le conviniera, ni por qué el juez ha de obligarlo a dejar sin efecto una operación que él reputa ventajosa (ver nota 11). Ello está demostrando que no siempre los incapaces de derecho determinan una nulidad absoluta. Concluimos, pues, en que no es posible dar una solución única a este problema; en cada caso concreto el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y, según ello, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa (ver nota 12).

allá de la que corresponda en general a cualquier escritura como la documentación personal para identificar a los comparecientes.

En primer lugar la documentación habilitante, ya que como cualquier otro acto jurídico patrimonial, puede ser celebrado por los representantes legales, si bien la doctrina lo menciona como un contrato accesorio¹⁹ al matrimonio, son dos actos distintos (o en todo caso relacionados pero autónomos) y no lo entendemos como un acto *intuitu personae*. Los poderes deberán ser especiales para el acto, al menos cuando tenga como objeto hacer opción por un régimen o hacer donaciones (en este último caso ya no será necesario como era en el código de Velez un poder específico, o sea que se determine la cosa a donar, puesto que no hay norma que lo exige como era el antiguo 1807 inc 6).

En cuanto a los menores de edad autorizados judicialmente a casarse, deberán traer la resolución judicial correspondiente. Y si fueran mayores de dieciséis años (como vimos sin necesidad de contar con una resolución judicial de este tipo) deberán concurrir también los representantes legales, a los efectos de tener la seguridad de que tienen la autorización de ellos para casarse, o un instrumento público donde conste la misma. Sin embargo salvo el caso de la donación cuando le demos efecto resolutorio a la condición de celebrarse el matrimonio, los demás casos no es importante, puesto que se va a exigir la conformidad al realizarse el matrimonio si o si, y sino lo dan no se podrá celebrar el matrimonio hasta que sean mayores, teniendo siempre la posibilidad de cambiar su voluntad en cualquier momento antes del mismo”

Para los casos de convenciones matrimoniales, de cambio de régimen, o sea las posteriores al matrimonio, la partida de casamiento a los efectos de poder constatar, que ya llevan más de un año de matrimonio o que por lo menos, llevan un año con el actual régimen. Si bien lo mejor es pedir una partida lo más próximo a la escritura, la exigencia que corresponde a un escribano diligente es pedir al menos una no muy antigua, para evitar, hacer una convención que cambie el régimen antes del plazo de un año exigido legalmente, por esa razón la partida no podrá ser mayor a un año de

¹⁹ Sambrizzi, Eduardo A, “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley 04/11/14,”... parece claro que todo aquel que tenía capacidad para contraer matrimonio, o, al menos, que se encontraba autorizado a ese efecto, podía celebrar por sí mismo convenciones matrimoniales, por tratarse de contratos accesorios a la celebración del matrimonio”

antigüedad, ya que pasado el año podría haberse realizado una convención matrimonial y aunque sea en el mismo sentido (opción por el mismo régimen), nuestro trabajo es no crear conflictos, confusiones, que se pueden generar por tener dos fecha diferentes de realización de la convención. También debemos pedirla para saber donde inscribir la escritura, allí están los datos que necesitamos.

Con relación a la escritura, tenemos que poner el énfasis en ser muy claros con el régimen por el cual se optó, si se hacen donaciones dejar claro si son bajo condición suspensiva o resolutoria.

Los trámites postescriturarios, van desde la expedición de un primer testimonio para cada contrayente, hasta la inscripción de la escritura en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas. Todavía no está reglamentada la forma de realizarse esta inscripción, pero tenemos experiencias de anotaciones en dicho registro de las antiguas escrituras que hacíamos para la emancipaciones dativas. Esta obligación de inscripción de los actos que autorice el notario, estaba en forma expresa en la antigua ley que regía a los notarios, cuando dependían del poder judicial, actualmente no está en forma expresa en la ley 4183 (ley orgánica del notariado de Córdoba), pero se entiende que esta obligación todavía existe en virtud de la costumbre, que pasa a ser ya una norma, y por una interpretación de la ley, puesto que existe la obligatoriedad de anotar en el margen del protocolo (art 63) los datos de la inscripción, y si no lo hiciera el escribano, quien lo haría, con relación a los inmuebles es aún más clara porque tenemos además el art 6 dela 17801 que nos dice que la situación registral solo variará a petición del autorizante o su representante legal. Por su parte la doctrina y jurisprudencia nacionales acuerdan que es deber del escribano el inscribir, pero no se ponen de acuerdo si este es un deber funcional o contractual²⁰

²⁰ ARMELLA, Crisitina (directora), “Tratado de Derecho Notarial, Registral e inmobiliario”, 3 Tomos, Ed Ad-Hoc, Bs AS 1998, Tomo I pag 265

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

ALGUNOS TEMAS A DEFINIR EN RELACIÓN A LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

Tema II: Régimen patrimonial del matrimonio

Coordinadora: Ilda Graciela Sian

Autor: Esc Augusto Luis Piccon

PONENCIAS

Las convenciones matrimoniales son un contrato

Las convenciones matrimoniales deben ser realizadas por escritura pública y al no haber establecido una sanción de nulidad específica, la convención matrimonial realizada en instrumento privado no produce sus efectos propios, pero produce otros efectos, el de ser un instrumento válido como precontrato del que surge la obligación de otorgar la escritura pública

Cuando el objeto de la convención, incluya la donación de un inmueble o muebles registrables, la forma de escritura pública tendrá el carácter de

solemnidad absoluta, sea cual fuere cualquier otro objeto que incluya la convención.

Luego del matrimonio, aunque consten en instrumentos privados previos al mismo, solo se podrán hacer por escritura pública convenciones de opción de régimen. Como no podríamos establecer el efecto retroactivo del cambio de régimen, en este caso es sumamente necesario hacer la partición conjuntamente con la convención.

Por el principio de legalidad, no se puede proceder a dar publicidad a las convenciones matrimoniales que no tengan la forma adecuada, por lo tanto, las realizadas en instrumento privado no tienen acceso al Registro.

El art 420 inc i y j exige que los futuros esposos declaren si han realizado convenciones matrimoniales y si han hecho opción por el régimen de separación de bienes, pero esta manifestación realizada frente al oficial público no supe la forma de escritura requerida por ley. La ley no les pide que opten en ese momento, sino que declaren si lo han hecho con anterioridad. Esto es concordante con lo establecido en el art 463CCC donde establece que única posibilidad o la única excepción para quedar excluido del régimen de comunidad es la opción hecha en convención matrimonial (y esta es realizada en escritura pública)

Las convenciones prematrimoniales no producen efectos sino a partir de la celebración del matrimonio. Las convenciones matrimoniales producen efectos para las partes inmediatamente, para los terceros, recién con la anotación marginal en el acta de casamiento, no importa la fecha de celebración, no hay efecto retroactivo alguno. El art 449CCC no cambia este sistema, sino que solo acelera los tiempos para los que conocieran el cambio de régimen antes de la anotación marginal.

Las donaciones realizadas en la convención pre-matrimonial, son actos bajo la modalidad de una condición suspensiva, o sea tienen su plena eficacia recién luego del matrimonio. Nada impide celebrar estas donaciones bajo

condición resolutoria pero deberá constar en forma expresa, para dejar de lado la norma supletoria.

Las convenciones matrimoniales producen efectos aún cuando el matrimonio es anulado, respecto al cónyuge de buena fe.

Los menores de edad autorizados judicialmente a casarse y los autorizados por sus representantes, pueden hacer convenciones matrimoniales, pero les está prohibido hacer donaciones u optar por el régimen de separación de bienes. Esta es una incapacidad de derecho, o sea no puede ser suplida por la actuación de representantes legales, pero acarrea una nulidad relativa.