

# **XXXII JORNADA NOTARIAL**

## **ARGENTINA**

### **LA FORMA EN 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: Not. Ilda Graciela Sian**

**Autor:** Not. Carlos Conrad

**T.E.** 0351-4257594

**Mail:** conrad\_190@yahoo.com

## **SUMARIO:**

I. Introducción

II. La convención matrimonial como acto jurídico familiar

III. La escritura pública como forma impuesta - Forma solemne absoluta.

IV. El inciso j) del artículo 420 del CCCN

V. Conclusiones

## PONENCIA

### LA FORMA EN 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”

**Autor:** Not. Carlos Conrad

- Las convenciones matrimoniales son actos familiares solemnes absolutos y el incumplimiento de la forma hace de ella un acto nulo, de nulidad absoluta.
- La forma solemne absoluta no es impuesta sólo en interés de los cónyuges, la tutela responde a intereses superiores y generales por regular un acto jurídico familiar de contenido patrimonial donde el orden público está especialmente comprometido.
- El artículo 448 del CCCN, no resulta suficientemente claro y, su falta de contundencia, permite interpretaciones dispares sobre el tipo de nulidad que provoca el incumplimiento de la forma. Ante futuras y eventuales reformas del CCCN, proponemos se incorpore al artículo 448 del CCCN la expresión “bajo sanción de nulidad” lo que arrojaría luz sobre la cuestión y así lo proponemos de *lege ferenda*, logrando así perfecta concordancia con el artículo 285 *in fine* del CCCN.

El régimen patrimonial por el cual los cónyuges o futuros cónyuges opten, principiará -únicamente- desde la celebración del matrimonio o la fecha de la escritura pública (dependiendo si la convención es pre o post nupcial). Con el matrimonio o el otorgamiento de la escritura pública que contiene la convención, los cónyuges o futuros cónyuges, recién allí quedan sometidos al régimen patrimonial y así surge de la interpretación armónica de los artículos 454, 463 y su remisión al 449 del CCCN.

- El inciso j) del artículo 420 del CCCN, no habilita a los futuros contrayentes, a optar por el régimen de separación de bienes ante el oficial del Registro Civil, una convención así formalizada, será también nula y de nulidad absoluta por defecto de forma.

## **I. Introducción:**

Los argentinos no teníamos por costumbre celebrar convenciones matrimoniales pues, la regulación contenida en el Código Civil subrogado, hizo de ellas un instituto de escasa utilidad práctica; sin embargo, desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), las convenciones cobran nueva fuerza, se revitalizan, al ampliarse sustancialmente su objeto y convertirse en el único medio por el cual los cónyuges o futuros cónyuges, pueden escoger o cambiar el régimen que regirá sus relaciones patrimoniales durante la vigencia de su matrimonio.

A casi un año de vigencia del CCCN, se advierte un creciente interés por el uso de esta figura con el fin de optar por el régimen de separación de bienes, en especial, si los contrayentes lo son de segundas o ulteriores nupcias y, dado que los efectos no recaerán solamente sobre los cónyuges, sino también sobre los terceros, creemos propicio su estudio y nos congratulamos con la elección de este tema en esta Jornada Notarial Argentina.

A lo largo de estas líneas, profundizaremos el análisis del requisito de la forma, enfocándonos únicamente en las convenciones celebradas a los fines de la opción o cambio de régimen patrimonial matrimonial, lo que nos permitirá mayor detalle en el tratamiento de la cuestión.

## **II. La convención matrimonial como acto jurídico familiar**

Creemos importante comenzar el análisis e interpretación de las normas relativas a la forma de las convenciones matrimoniales, teniendo en cuenta que el fin inmediato que ellas persiguen es adquirir, modificar o extinguir relaciones familiares. Por ello, y aún cuando son actos jurídicos genéricos en los términos del artículo 259 del CCCN, pertenecen a la especie de actos jurídicos familiares, cuyas características se encargó de delinear el Derecho de Familia, teniendo en cuenta su *“especificidad y el interés social comprometido tanto en la regulación de sus instituciones como en el afianzamiento, la estabilidad y cohesión del grupo primario”*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa FERRER, Francisco A.M. D'ANTONIO, Daniel Hugo *“Derecho de Familia”* Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe 2008, Tomo I p. 117

Belluscio sostiene que *“el acto jurídico familiar no constituye una categoría distinta de acto jurídico en general sino una especie de este género, caracterizada por la parte del derecho civil a la cual corresponden las relaciones jurídicas o los derechos subjetivos sobre los cuales versa. No hay, pues, diferencia sustancial o estructural entre acto jurídico y acto jurídico familiar.”* Sin embargo -continúa este autor- *“el carácter imperativo de la inmensa mayoría de las normas del derecho de familia influye decisivamente sobre el acto jurídico familiar, haciendo que en muchos casos sus efectos o consecuencias estén exclusivamente reglados por la ley, y que el juego de la voluntad humana se limite al otorgamiento o al no otorgamiento del acto.”*<sup>2</sup>

En igual línea de pensamiento Bossert y Zannoni expresan que *“la teoría general del acto jurídico -sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, etc.- es aplicable al acto jurídico familiar como fuente de relaciones de derecho de familia, aunque el contenido de esas relaciones esté predeterminado por la ley.”*<sup>3</sup>

La doctrina especializada en Derecho de Familia da ejemplos de cuáles son los típicos actos jurídicos familiares: los esponsales (para las legislaciones que les otorgan efectos), el matrimonio, el divorcio, la adopción, el reconocimiento de hijos, la constitución de bien de familia (hoy régimen de vivienda), los convenios sobre alimentos y tenencia de los hijos y, claro está, las convenciones matrimoniales<sup>4</sup>.

El acto jurídico familiar -y por serlo, las convenciones matrimoniales también- integra la teoría general de los actos jurídicos, siéndole aplicable todo lo relativo a sus elementos esenciales, a los vicios y a las ineficacias<sup>5</sup>,

---

<sup>2</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar *“Manual de Derecho de Familia”* Ediciones Depalma, Sexta Edición, Buenos Aires 1996, Tomo 1 p. 91 y 92

<sup>3</sup> BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A. *“Manual de derecho de familia”* Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, p. 13

<sup>4</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar *“Manual de Derecho de Familia”* Ediciones Depalma, Sexta Edición, Buenos Aires 1996, Tomo 1 p. 103; BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A. *“Manual de derecho de familia”* Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, p. 14; FANZOLATO, Eduardo *“Las capitulaciones matrimoniales”*, en Revista Derecho de Familia, n°. 19, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; FLORES, Martín Andrés *“Efectos personales y patrimoniales del matrimonio”* en *“Derecho de Familia”* GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia Directora, BÁEZ, José Luis, Coordinador, Advocatus, 1º Edición, Córdoba, 2016 p. 362 y ss.

<sup>5</sup> En contra, LOPEZ del CARRIL, Julio J., *“La filiación y la ley 23.264”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 43 y ss. donde sostiene: *“Que la influencia de la división normativa del Derecho Civil sobre los tratadistas y sobre la doctrina ha hecho que se haya omitido formular una teoría general del Derecho de Familia y fundamentalmente una teoría de ‘los actos jurídicos familiares’, quedando éstos subsumidos dentro del estado general de los actos jurídicos,*

destacándose como elementos diferenciadores, el carácter imperativo de la mayoría de las normas que rigen el derecho de familia, el objeto limitado pues no existe posibilidad de otorgar actos innominados ni modificar los efectos propios que establece la ley para el respectivo acto y, “*en lo que atañe a la forma, cabe apreciar un rigorismo formal que se corresponde con la trascendencia del contenido de los actos jurídicos familiares*”<sup>6</sup>.

A salvo las diferencias que muy brevemente hemos destacado, el acto jurídico familiar no escapa a la clasificación de los actos jurídicos en general<sup>7</sup>, interesándonos especialmente, la distinción entre actos solemnes y no solemnes; la forma en los primeros, es condición de existencia y, en los segundos, lo es al sólo efecto de la prueba. Típico ejemplo de los actos familiares no solemnes, es el reconocimiento de hijos y de los solemnes, el matrimonio<sup>8</sup> y, sin lugar a dudas, las convenciones matrimoniales.

La doctrina, al tratar la naturaleza jurídica de las convenciones, las denomina contratos *causa matrimonii*, acuerdos, pactos, convenios, etc. pues en definitiva -sostienen- se rigen por los principios de los contratos (sin perjuicio de las reglas especiales) puesto que siempre generan obligaciones.<sup>9</sup>

No obstante, y para nosotros, las convenciones matrimoniales se identifican más adecuadamente como acto jurídico familiar pues es una noción general que abarca todas las restantes posiciones y quedan regidas por la teoría general del acto jurídico, más amplia y completa que la teoría de los contratos.

---

*olvidando las características especiales de la institución “familiar”, sus derechos, deberes, obligaciones, consecuencias y efectos, y reglándolos con marcada deficiencia dentro de la gran división entre derechos personales y patrimoniales, colocándolo a la familia y sus formulaciones dentro de los derechos personales”*

<sup>6</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa FERRER, Francisco A.M. D’ANTONIO, Daniel Hugo “*Derecho de Familia*” Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe 2008, Tomo I p. 117

<sup>7</sup> Belluscio los clasifica en: personales o patrimoniales; unilaterales y bilaterales; solemnes y no solemnes; de emplazamiento en el estado de familia o reguladores de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares y constitutivos y declarativos. BELLUSCIO, Augusto Cesar “*Manual de Derecho de Familia*” Ediciones Depalma, Sexta Edición, Buenos Aires 1996, Tomo 1 p. 95 y ss.

<sup>8</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar “*Manual de Derecho de Familia*” Ediciones Depalma, Sexta Edición, Buenos Aires 1996, Tomo 1 p. 96; BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A. “*Manual de derecho de familia*” Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, p. 15

<sup>9</sup> Por un breve, pero completo panorama de las distintas posturas, puede consultarse MOLINA DE JUAN, Mariel “*Tratado de Derecho de Familia –según el Código Civil y Comercial 2014*” KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, Directoras. Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe 2014 Tomo I p. 566 y ss.

### III. La escritura pública como forma impuesta - Forma solemne absoluta.

El artículo 448 del CCCN, establece que las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública, lo que las convierte en un acto jurídico familiar solemne y por tanto, si tal formalidad no se cumple, la convención es nula.

No obstante, la norma no es clara y su falta de contundencia permite una interpretación ambigua sobre el tipo de nulidad que provoca el incumplimiento de la forma, de allí hay quienes sostienen que la nulidad es relativa y otros, que es absoluta. La cuestión dio lugar a una amplia discusión doctrinaria, sin que a la fecha, podamos afirmar que existe una posición mayoritaria. Tales posturas están bien divididas y ello trae consigo una mayor incertidumbre pues, las consecuencias que acarrea la falta o insuficiente cumplimiento<sup>10</sup> de la forma, son muy diferentes en una y otra.

Al hablar de la convención matrimonial como acto jurídico familiar, sostuvimos que son sus notas distintivas: el carácter imperativo de las normas que rigen el Derecho de Familia, el objeto limitado y su rigorismo formal. Todo ello, se justifica por el contenido propio de este clase de actos, cuya tutela -en la mayoría de los casos- responde a intereses superiores y generales como es la protección de la familia.

Al respecto, señala Kemelmajer de Carlucci: *“No debe extrañar, pues, que el Derecho de Familia esté hoy “contaminado” o, mejor dicho, presidido por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* y continúa esta autora, *“El Derecho de Familia pasa a ser un elemento del complejo entramado de relaciones que forman el sistema mixto del Estado social y democrático de Derecho; de allí que sus normas no pueden ser consideradas como elementos que afectan sólo el interés exclusivo de los particulares; por el contrario, muchas contienen un fuerte componente público”*<sup>11</sup> pues está en juego normas constitucionales y supranacionales

---

<sup>10</sup> El insuficiente cumplimiento, quedaría comprendido en los casos de nulidad instrumental de la escritura que contiene la convención.

<sup>11</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Capítulo Introdutorio en *“Tratado de Derecho de Familia –según el Código Civil y Comercial 2014”* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, Directoras. Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe 2014 Tomo I ps. 32 y 40.

La formalidad que la ley impone para la celebración de las convenciones matrimoniales, es condición de validez<sup>12</sup>, ante la falta o insuficiencia de ella, la convención será nula y, a nuestro entender, de nulidad absoluta<sup>13</sup>. La forma solemne absoluta no es impuesta sólo en interés de los cónyuges<sup>14</sup>, la tutela responde a intereses superiores y generales por regular un acto jurídico familiar de contenido patrimonial donde el orden público está especialmente comprometido.

*“Por estar regulando un contrato de contenido patrimonial especial que armoniza normas de autonomía de voluntad y principios de orden constitucional y supranacional de derechos humanos, como es la protección de la familia, que requieren de una regulación diferenciada a la de los contratos en general (...) cabe calificar a la convención matrimonial como un contrato solemne absoluto”<sup>15</sup>.*

En igual sentido concluyó la comisión del Tema III, de la XVIII Jornada Notarial Cordobesa, celebradas en Agosto de 2015: *“La forma exigida para la celebración válida de las convenciones, tanto prematrimoniales como matrimoniales es la escritura pública, forma que es impuesta como condición de existencia. La ausencia o defecto de esta formalidad acarrea su nulidad absoluta.”*

Una conclusión distinta implicaría aceptar que, a las convenciones celebradas en instrumento privado, se aplica lo dispuesto por el artículo 285 del CCCN y por tanto, los cónyuges o futuros cónyuges podrán exigirse, aún judicialmente, el cumplimiento de la formalidad impuesta, lo que viola -a todas

---

<sup>12</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel *“Tratado de Derecho de Familia –según el Código Civil y Comercial 2014”* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, Directoras. Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe 2014 Tomo I p. 577.

<sup>13</sup> En igual sentido BASSET, Ursula C. “La convención matrimonial” DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 3; LAMBER, Néstor D. en *“Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos”* CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aries, 2015 Tomo 2 p. 382; HERRERA, Marisa en *“Código Civil y Comercial de la Nación comentado”*, Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis, Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe Tomo III, p. 22;

<sup>14</sup> En este sentido y considerando que la falta o insuficiencia de la forma provoca la nulidad relativa de la convención SAMBRIZZI, Eduardo Antonio *“El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”* 1º Edición, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015 p. 43; KRASNOW, Adriana N. *“Tratado de derecho de familia”*, La Ley 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo II, p. 629

<sup>15</sup> LAMBER, Néstor D. en *“Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos”* CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aries, 2015 Tomo 2 p. 382



luces- los principios de libertad e igualdad previstos en los artículos 401 y 402 del CCCN.

Las convenciones celebradas con anterioridad a las nupcias (prematrimoniales), son actos de eficacia pendiente<sup>16</sup> por imperio del artículo 448 del CCCN, en tanto condiciona sus efectos a la celebración válida del matrimonio, resultando éste su “*causa, motivo y fin*”<sup>17</sup> no pudiendo escindirse la convención, de la celebración del matrimonio pues, la eficacia de uno depende de la existencia del otro. Al respecto, Fanzolato afirma que la capitulación, en sentido jurídico, configura una convención accesoria al matrimonio<sup>18</sup>.

De allí que, quien pretenda el cumplimiento de una convención prematrimonial celebrada en instrumento privado, invocando la obligación nacida en virtud de lo dispuesto por el artículo 285 del CCCN, también estará exigiendo (aunque tácitamente) la celebración de las nupcias, cuestión expresamente vedada por el artículo 401 del CCCN. Si al demandante ya no le interesara el matrimonio ¿cuál sería el interés en el resultado de la contienda? Nos encontraríamos así, y por efecto de la inescindibilidad arriba señalada, ante una demanda carente de contenido y sentido que debe ser rechazada<sup>19</sup>.

De allí que entendemos también, y junto con Lambert<sup>20</sup>, que el juez no puede otorgar la convención en sustitución del futuro cónyuge remiso en los

---

<sup>16</sup> RIVERA, Julio Cesar “*Instituciones de Derecho Civil*”, Parte General Tomo II, Tercera Edición Actualizada, p. 863

<sup>17</sup> BASSET, Ursula C. “La convención matrimonial” DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 3

<sup>18</sup> FANZOLATO, Eduardo “*Las capitulaciones matrimoniales*”, en Revista Derecho de Familia, n°. 19, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 26.

<sup>19</sup> En igual sentido y con argumentos similares, expresa Medina: “Consideramos que difícilmente se dé la posibilidad de exigir la transformación de un acuerdo prenupcial firmado en instrumento privado en escritura pública si no media conformidad de ambas partes, ya que si uno de los contratantes no está de acuerdo en el régimen pactado por instrumento privado se puede negar a celebrar el matrimonio. Piénsese por ejemplo que los novios por instrumento privado pactaran el régimen de separación de bienes, y después uno de ellos se negara a celebrar la escritura pública, por vía de hipótesis podría pensarse en un juicio destinado a transformar el acto celebrado en forma privada en escritura pública, pero el contratante que se niega a formalizar en escritura pública el régimen de separación de bienes que firmó en escritura privada, si es vencido en el juicio de transformación o de cumplimiento de promesa no podría ser obligado a casarse ya que la promesa de matrimonio no tiene efectos jurídicos. Por lo tanto no cabe admitir que la convención celebrada por instrumento privado sea válida como promesa. Por otra parte hay que recordar que el matrimonio es un acto jurídico familiar solemne, que no puede ser celebrado si no lo es en la forma establecida por la ley, consideramos que las convenciones matrimoniales también son solemnes e inválidas, si no fueran realizadas en la forma establecida”. MEDINA, Graciela “*Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil*” La Ley 1999-E-1050

<sup>20</sup> En igual posición se expresa LAMBER, Néstor D. en “*Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos*” CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aries, 2015 Tomo 2 p. 382

términos del artículo 1018 del CCCN, no siendo de aplicación esta solución para el caso.

Basset, citando a Terré Simler expresa: *“el consentimiento que se presta en las convenciones matrimoniales guarda analogía directa con el consentimiento matrimonial, que lo impregna”* y continúa la autora, *“de allí que el consentimiento que prestan los celebrantes para la convención esté calificado evocando aspectos del consentimiento matrimonial. La exigencia de la plena libertad de las partes es mayor que en la mayoría de los contratos, y tiene que subsistir al momento en que tal convenio se concluya”*<sup>21</sup>.

Lo mismo sucede si la convención fue celebrada en instrumento privado durante la vigencia del matrimonio. El artículo 402 del CCCN expresamente prohíbe que las normas se interpreten o apliquen en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, por tanto cualquier pretensión basada en el artículo 285 del CCCN correrá igual suerte.

No obstante, si la convención (sea pre o post matrimonial) fue “intentada” mediante instrumento privado y los cónyuges o futuros cónyuges, libre y voluntariamente, elevan dicho acuerdo a escritura pública, ello implica -ahora sí- la “celebración” de la convención lo que, a nuestro entender, nada tiene que ver con la obligación prevista en el artículo 285 del CCCN. Aquella convención contenida en un instrumento privado es nula y de nulidad absoluta y lo hecho por los cónyuges o futuros cónyuges, es reproducir el acto; en otras palabras: han celebrado una “nueva” convención respetando la forma impuesta.

No existe, por tanto, vinculación obligacional alguna con aquella convención intentada mediante forma privada y que ningún efecto produjo. El régimen patrimonial por el que opten principiará, únicamente, desde la celebración del matrimonio o la fecha de la escritura pública (dependiendo si la convención es pre o post nupcial) y, por ello, no existe posibilidad que la convención produzca sus efectos retroactivamente a la fecha del instrumento nulo. Con el matrimonio o el otorgamiento de la escritura pública que contiene la convención, los cónyuges o futuros cónyuges, recién allí quedan sometidos

---

<sup>21</sup> BASSET, Ursula C. “La convención matrimonial” DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 3

al régimen patrimonial y así surge de la interpretación armónica de los artículos 454, 463 y su remisión al 449 del CCCN.

Sin embargo<sup>22</sup>, es oportuno aclarar que las convenciones prematrimoniales, celebradas bajo forma privada, donde además se designan y avalúan bienes, o se enuncian deudas, a pesar de no producir ningún efecto como convención, son hábiles como medio probatorio. De allí que, ante un eventual divorcio, los cónyuges podrían esgrimir, como probanza, dicho instrumento y cuya eficacia convictiva determinará el juez.

El artículo 448 del CCCN, como ya lo afirmamos, no resulta suficientemente claro y, su falta de contundencia, permite interpretaciones dispares sobre el tipo de nulidad que provoca el incumplimiento de la forma. Claro está que, expresiones tales como: “bajo pena de nulidad”, o “bajo sanción de nulidad” hubieran evitado la discusión, sin embargo, su ausencia y, en virtud de los argumentos vertidos, no cambia nuestra conclusión: las convenciones matrimoniales son actos familiares solemnes y el incumplimiento de la forma provoca su nulidad absoluta.

Ante futuras y eventuales reformas, proponemos se incorpore al artículo 448 del CCCN la expresión “bajo sanción de nulidad” lo que arrojaría luz sobre la cuestión y así lo proponemos de *lege ferenda*, logrando así perfecta concordancia con el artículo 285 *in fine* del CCCN.

#### **IV. El inciso j) del artículo 420 del CCCN**

Finalmente queremos referirnos a lo previsto en el artículo 420 del CCCN en especial al inciso j) que prescribe: “*Acta de Matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: ... j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes.*”

Este inciso, trajo también interpretaciones dispares y permitió a alguna parte de la doctrina (aunque minoritaria) a sostener que sus previsiones habilitaban a celebrar la convención optando por el régimen de separación de

---

<sup>22</sup> Como excepción a nuestra advertencia arriba efectuada de enfocarnos, únicamente, en las convenciones celebradas a los fines de la opción o cambio de régimen patrimonial.

bienes por ante el oficial público del Registro Civil, en una suerte de convención celebrada mediante acto administrativo<sup>23</sup>.

No por ser una defensa corporativa de la escritura pública, es que nos expresamos en contra de esta interpretación, sino por argumentos más profundos que a continuación desarrollaremos.

El legislador claramente quiso, con la redacción final de todo el articulado,<sup>24</sup> que las convenciones matrimoniales fueran realizadas únicamente en escritura pública, por las lógicas ventajas que este particular instrumento público ofrece. La celebración de una escritura pública implica siempre la realización de actos previos y posteriores y, dentro de los previos, se encuentra la primera audiencia, preliminar o previa<sup>25</sup>.

En esta audiencia, las partes explican al notario su intención, su querer, y, si el notario admite la intervención, le da forma jurídica que se trasladará al texto definitivo de la escritura y, en acto solemne, contando con la presencia de todos -en respeto a la unidad de acto- (artículo 301 del CCCN), el escribano leerá la convención y, de estar en un todo de acuerdo, los futuros cónyuges o cónyuges la firmarán en su presencia, y el notario, dando fe de todo ellos, la autorizará con su firma y sello.

Todo este procedimiento, otorga a los contratantes el ámbito propicio para reflexionar sobre la conveniencia o no de la convención; el escribano, en su función asesora, precisará sus alcances y detallará las consecuencias, ventajas e inconvenientes del acto, siempre dentro de la discreción, privacidad

---

<sup>23</sup> LAMBER, Néstor D. en “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos” CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015 Tomo 2 p. 382; ROVEDA, Eduardo Guillermo y GIOVANNETTI, Patricia en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, Directores. 1º Ed. La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014 Tomo II p. 106.

<sup>24</sup> Recordemos que en los fundamentos del anteproyecto sus autores explican: “El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y admite cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio” pero esta posibilidad de ejercer la opción, a nuestro entender, no tuvo reflejo normativo. Si la intención final del legislador hubiese sido verdaderamente habilitar otras alternativas formales para la elección del régimen de separación de bienes, así debería haberlo prescrito, con contundencia y determinación, dentro del propio artículo 448 del CCCN.

<sup>25</sup> GATTARI, Carlos Nicolás “Manual de Derecho Notarial”, 2º Edición Abeledo Perrot p. 49 y ss.

y respeto que caracteriza el servicio notarial y todo debidamente resguardado por el secreto profesional y de protocolo.

La trascendencia del acto merece ese entorno, merece detenerse a pensar, tener un tiempo de intimidad –valioso por cierto- para resolver cuál será la manera en que los futuros cónyuges llevarán adelante sus relaciones patrimoniales y que claramente otorga la escritura pública, la opción por el régimen de separación de bienes llevado a cabo juntamente con la celebración del matrimonio, no lo satisface ni puede suplirlo.

Pero independientemente de ello, creemos además, que lo pretendido por el inciso j) es que los contrayentes declaren si han optado por el régimen de separación de bienes con anterioridad<sup>26</sup>. De allí el tiempo pasado utilizado en la norma, debiendo completarse tal requisito con lo dispuesto en el inciso i) del mismo artículo 420 del CCCN, dejándose constancia de la existencia de la convención, independientemente de su contenido.

En otras palabras, el inciso i) obliga a los contrayentes a declarar si celebraron una convención, cualquiera sea su objeto y el inciso j) -más específico- requiere que los contrayentes declaren si, además, se pactó el régimen de separación de bienes<sup>27</sup>.

Por tanto, entendemos que no puede interpretarse que el inciso j) del artículo 420 del CCCN, habilite a los futuros contrayentes optar por el régimen de separación de bienes por ante el oficial del Registro Civil; una convención así formalizada, será también nula y de nulidad absoluta por defecto de forma.

---

<sup>26</sup> Sobre el inciso j) del artículo 420 del CCCN opina Basset *“En realidad, entendemos que este requisito resulta superfluo, habida cuenta de que el inciso anterior indica que se debe dejar constancia de en el acta de las convenciones matrimoniales que hubieren realizado los contrayentes previo a la celebración del matrimonio y, justamente, uno de los supuestos que requiere de convención matrimonial es la opción por el régimen de separación de bienes, ya que según establece el art. 463 del Código Civil y Comercial, a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias”* BASSET, Ursula C. en *“Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”* Dir. ALTERINI Jorge H. Coord. ALTERINI Ignacio Ezequiel. Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015 Tomo III p. 87.

<sup>27</sup> Al respecto dice Herrera: *“en consonancia con el nuevo régimen regulatorio de los deberes y derecho patrimoniales y resguardo de derechos de terceros, el organismo administrativo deberá consignar los datos correspondientes a las convenciones matrimoniales (art. 446 y ss.). También se exige que los contrayentes presten declaración si han optado por el régimen de separación de bienes previsto en el artículo 505”* HERRERA, Marisa, en *“Código Civil y Comercial de la Nación comentado”*, Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis, Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe Tomo II, p. 635 (el resaltado nos pertenece)

Las legislaciones provinciales, las resoluciones generales, instrucciones internas de los Registros Civiles y Capacidad de las Personas de cada demarcación, o cualquier otra expresión legisferante, no pueden modificar la forma impuesta en la legislación de fondo y prevista –únicamente- en el artículo 448 del CCCN. Sin embargo, hay demarcaciones donde los Registros Civiles dejan constancia en las actas de matrimonio que celebran, que los cónyuges optaron por el régimen de separación de bienes, sin contar con la necesaria escritura pública.

No podemos dejar de advertir la dificultad existente en esta -para nosotros- mala praxis del Registro Civil, pues al ser nula la forma utilizada para la opción, el régimen patrimonial al que quedan sometidos los cónyuges es el supletorio; esto es, el régimen de comunidad y, claramente, completamente opuesto a la voluntad de los contrayentes. El artículo 463 es muy claro al expresar: *“a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias”*; ergo, si la opción se efectuó en el acto de celebración del matrimonio pretendiendo que el inciso j) del artículo 420 del CCCN lo permite, no hay convención, pues ella sólo puede celebrarse mediante escritura pública y, por ello, el régimen que regirá, será el supletorio.

Teniendo en cuenta lo dicho, podemos afirmar que, para la celebración de actos de disposición que tengan por objeto cualquiera de los bienes enumerados en el artículo 470 del CCCN, si el disponente afirma haber optado por el régimen de separación de bienes, el notario deberá contar con la partida de matrimonio actualizada, debidamente marginada y, además, contar con el primer testimonio inscripto de la correspondiente escritura pública donde consta la opción así efectuada.

De no aportarse dicha documentación, será necesario el asentimiento conyugal, pues el régimen patrimonial aplicable resulta el de comunidad de bienes; salvo, claro está, los supuestos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar donde el asentimiento es siempre requerido, independientemente del régimen patrimonial que el matrimonio tenga.

## V. Conclusiones:

Todas las convenciones matrimoniales cuyo objeto sea optar por alguno de los regímenes patrimoniales (sea ellas pre o post nupciales), por su trascendente contenido y efectos, son actos familiares solemnes absolutos que pueden celebrarse **únicamente** por escritura pública. La falta o defectuoso cumplimiento de este requisito, provoca la nulidad absoluta de la convención.

## BIBLIOGRAFÍA

**BASSET, Ursula C.**, “La convención matrimonial” DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 3

**BASSET, Ursula C.**, en “*Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*” Dir. ALTERINI Jorge H. Coord. ALTERINI Ignacio Ezequiel. Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015

**BELLUSCIO, Augusto Cesar**, “*Manual de Derecho de Familia*” Ediciones Depalma, Sexta Edición, Buenos Aires 1996

**BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A.**, “*Manual de derecho de familia*” Editorial Astrea, Buenos Aires 1988

**FANZOLATO, Eduardo**, “*Las capitulaciones matrimoniales*”, en Revista Derecho de Familia, n°. 19, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001

**FLORES, Martín Andrés** “*Efectos personales y patrimoniales del matrimonio*” en “Derecho de Familia” GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia Directora, BÁEZ, José Luis, Coordinador, Advocatus, 1º Edición, Córdoba, 2016

**GATTARI, Carlos Nicolás**, “*Manual de Derecho Notarial*”, 2º Edición Abeledo Perrot

**HERRERA, Marisa**, en “*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*”, Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis, Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe Tomo III

**KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**, Capítulo Introductorio en “*Tratado de Derecho de Familia –según el Código Civil y Comercial 2014*” KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, Directoras. Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe 2014 Tomo I

**KRASNOW, Adriana N.**, “*Tratado de derecho de familia*”, La Ley 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo II

**LAMBER, Néstor D.**, en “*Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos*” CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015 Tomo 2

**LOPEZ del CARRIL, Julio J.**, “*La filiación y la ley 23.264*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987

**MEDINA, Graciela**, “*Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil*” La Ley 1999-E-1050

**MÉNDEZ COSTA, María Josefa FERRER, Francisco A.M. D'ANTONIO, Daniel Hugo**, “*Derecho de Familia*” Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe 2008



**MOLINA DE JUAN, Mariel**, *“Tratado de Derecho de Familia –según el Código Civil y Comercial 2014”* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, Directoras. Rubinzal – Culzoni Editores 1º Ed. Santa Fe 2014 Tomo I

**RIVERA, Julio Cesar**, *“Instituciones de Derecho Civil”*, Parte General Tomo II, Tercera Edición Actualizada

**ROVEDA, Eduardo Guillermo y GIOVANNETTI, Patricia**, en *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*, RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, Directores. 1º Ed. La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014 Tomo II

**SAMBRIZZI, Eduardo Antonio**, *“El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial”* 1º Edición, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015