

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

“Abordaje Notarial del Régimen Patrimonial Matrimonial y 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 Nacional: Ilda Graciela Sian

Autor: Escribana Fernanda Almada Heredia

Contacto: mail: fernanda_almadaheredia@yahoo.com.ar

Teléfono: 03837-15473317

INDICE SUMARIO

Ponencia:.....	Pág.3
Introducción:.....	Pág.4
Régimen Patrimonial Matrimonial – Concepto:.....	Pág.4
Tipos de Regímenes:.....	Pág.4
Evolución histórica en Argentina:.....	Pág.6
Código Civil y Comercial de la Nación:.....	Pág.7
Régimen Primario:.....	Pág.9
Nulidad por falta de asentimiento:.....	Pág.10
Régimen de Comunidad:.....	Pág.12
Caso Práctico:.....	Pág.19
Régimen de Separación:.....	Pág.22
Cambio de Régimen:.....	Pág.23
Convenciones Matrimoniales:.....	Pág.24
Conclusión:.....	Pág.29
Bibliografía Consultada:.....	Pág.30

PONENCIA: “Abordaje Notarial del Régimen Patrimonial Matrimonial y 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: Escribana Fernanda Almada Heredia

- El C.C. y C.N. ha producido un verdadero cambio legislativo en lo atinente al régimen patrimonial matrimonial. Hoy se permite a los cónyuges optar entre el régimen de comunidad o el de separación de bienes. El Régimen Primario contempla normas de carácter imperativo aplicables a ambos regímenes que significan un límite a la autonomía de la voluntad. La vivienda familiar se encuentra protegida de manera tal, que ninguno de los cónyuges puede disponer de los derechos sobre ella sin el asentimiento del otro.
- El título nulo por falta de asentimiento puede ser saneado mediante el otorgamiento posterior; la prescripción de la acción declarada judicialmente o por el transcurso de los 20 años necesarios para la prescripción adquisitiva.
- El asentimiento conyugal debe ser específico para el acto que se pretende realizar y no está permitido dar mandato al cónyuge para prestarse a sí mismo el asentimiento que le permita disponer de la vivienda familiar. El mismo debe indicar: sujetos, objeto y causa del negocio jurídico.
- Producida la extinción de la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, divorcio o cambio de régimen patrimonial y antes de la partición, consideramos factible la cesión de los derechos gananciales.
- Se permite a los cónyuges utilizar todo medio de prueba para demostrar entre sí y frente a terceros, la propiedad exclusiva de un bien; por ello, consideramos útil en determinados casos, efectuar un Acta Notarial de Constatación, valiéndonos del soporte fotográfico que relevará gráficamente el estado del bien a fin de evitar cuestionamientos futuros sobre el estado o calidad de los bienes, e incluso pueden solicitarse informes según las circunstancias lo ameriten.

INTRODUCCION

El presente trabajo hace un análisis de la legislación aplicable al Régimen Patrimonial Matrimonial, a fin de dilucidar cuales son las nuevas incumbencias notariales y los recaudos que debemos tener al momento de asesorar, redactar y registrar los actos que nos sean requeridos, teniendo en cuenta lo sugerido por la doctrina, que hace muchos años intentaba lograr los cambios hoy plasmados en la nueva legislación.

DESARROLLO

REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

El Código Civil y Comercial de la Nación ha producido un verdadero cambio legislativo en lo atinente al régimen patrimonial matrimonial. Podemos definir a éste como el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio¹. Éste sistema comprende la regulación y administración de los bienes con que los cónyuges llegan al matrimonio y los que adquieren con posterioridad; la contribución al sostenimiento del hogar y la familia; la responsabilidad de los cónyuges por las obligaciones frente a terceros; las deudas que se generan entre sí y la liquidación de los bienes.

Tipos de Regímenes

Se conocen distintos tipos de regímenes con diversas variantes, es difícil encontrarlos en forma pura, no obstante ello, expondremos las características de los regímenes más sobresalientes en el mundo occidental.

- Régimen de absorción de la personalidad jurídica de la mujer por el marido: La consecuencia directa del matrimonio era la transferencia del patrimonio de la mujer al marido, sin que la esposa adquiriera a cambio, ningún derecho durante el matrimonio ni luego de la disolución del vínculo. Éste régimen fue el

¹ BELUUSCIO, Augusto César (2009), "Manual de Derecho de Familia", Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 277

que imperó en el derecho romano en el matrimonio *cum manu* y en el antiguo derecho anglosajón.

-Régimen de unidad de bienes: Aquí también se transfería el patrimonio de la mujer al marido, pero al disolverse el vínculo, se debía devolver a la mujer o sus herederos el valor de los bienes aportados por ella, sin consideración a los frutos percibidos por el marido durante el matrimonio. Es decir que el derecho real se transformaba por causa del matrimonio en un derecho de crédito a favor de la mujer. Éste régimen tuvo vigencia en el derecho germánico sobre los bienes muebles.

- Régimen de unión de bienes: En éste sistema no se transfería al marido la propiedad de los bienes de la mujer pero sí su administración y usufructo, debiendo restituirse al momento de la disolución, salvo los frutos percibidos que beneficiaban solamente al esposo. Éste régimen tuvo su origen y aplicación en el derecho germano, especialmente en relación a los bienes inmuebles y tuvo difusión en países como Suiza y Francia.

- Régimen de comunidad: Éste régimen, ampliamente difundido en las legislaciones, tiene la característica de producir la formación de una masa de bienes que se distribuye entre los cónyuges o sus sucesores al disolverse el vínculo. No existe cotitularidad de bienes, sino sólo un derecho en expectativa sobre el incremento o decremento producido patrimonialmente durante la unión, que se efectivizará al momento de la disolución sin consideración al esfuerzo de cada uno. Existen diversas variantes de éste sistema:

1) según la extensión de la masa, puede tratarse de una comunidad universal o restringida. La comunidad universal es formada por todos los bienes que los contrayentes llevan al matrimonio y los adquiridos durante la relación. Éste régimen fue el propiciado por la iglesia católica por reflejar económicamente la unidad espiritual que implica un matrimonio, aunque tiene la desventaja de producirse una verdadera transferencia patrimonial del más rico al más pobre ante la disolución. En la variante de la comunidad restringida, se forma una masa común que es integrada sólo con algunos bienes de los cónyuges, ya sea con los muebles y las ganancias o sólo con las ganancias producidas durante la unión, sean éstas muebles, derechos o inmuebles.

2) Según quien gestione la administración de los bienes, el sistema puede ser de gestión marital, separada, conjunta por ambos cónyuges o de gestión indistinta.

- Régimen de participación: Se caracteriza porque durante el matrimonio cada cónyuge es propietario exclusivo de sus bienes, es decir que no existen bienes comunes, y cada uno administra su patrimonio libremente pero, al momento de la disolución se genera un crédito contra el otro cónyuge a fin de igualar los aumentos patrimoniales producidos, generando una participación en las ganancias del que ganó menos con relación al que ganó más. Éste régimen fue adoptado, entre otros países, por Grecia y Suiza como régimen legal y por España y Francia como régimen convencional.

- Régimen de separación: La característica principal es que el matrimonio no altera en absoluto el régimen de propiedad, administración y disposición de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges ni antes ni durante el matrimonio, como tampoco en caso de divorcio. Tuvo su origen en el matrimonio *sine manu* del derecho romano y hoy es aplicado en muchos países debido a la evolución del rol que la mujer ocupa socialmente.

Evolución histórica en Argentina

Vélez Sarsfield, al redactar el Código Civil previó el régimen de comunidad restringida, llamado “sociedad conyugal”, dándole el carácter de único y forzoso, es decir, que no había ninguna posibilidad de cambiarlo. Además, en esa época era el marido quien administraba todos los bienes, incluso los bienes propios de su esposa, creando así una subordinación de la mujer al marido. Sin embargo, podía excluirse de la administración marital, mediante convención matrimonial, un bien inmueble propio de la mujer, cuya administración se reservaba. También se contempló el régimen de separación para casos concretos, como ser el divorcio a petición del cónyuge inocente; la mala administración o concurso del marido que ponga en riesgo el patrimonio de la mujer; la interdicción del marido y la ausencia con presunción de fallecimiento (recién con la sanción de ley 14394).

La ley 11.357 otorgó a la mujer la libre administración y disposición de los bienes propios de ella y la administración de los adquiridos por ella durante el matrimonio si los fondos provenían de su trabajo, oficio, profesión, comercio o industria, siempre que se dejara debida constancia en la escritura de adquisición de los bienes cuando se trate de inmuebles, aunque existía la presunción de un mandato de administración a favor del marido. Se mantuvo la administración del resto de bienes gananciales en cabeza del marido.

La reforma de la ley 17.711, otorgó a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes propios y gananciales por él adquiridos, con la necesidad del asentimiento conyugal para determinados casos: disponer o gravar inmuebles gananciales; derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes; hacer aporte de dominio o uso a sociedades, y si se trata de sociedades de personas, para la transformación o fusión de éstas; asimismo se necesitaba asentimiento conyugal para disponer del inmueble propio de alguno de los cónyuges en que estaba radicado el hogar conyugal si hubieran hijos menores o incapaces aún después de disuelto el matrimonio. Se consagró así, un régimen de comunidad de gestión separada con una limitación para la disposición de bienes de mayor valor. Éste es el régimen patrimonial matrimonial único y forzoso que nos rigió hasta el 31 de Julio de 2.015.- Ahora sigue vigente con algunas modificaciones, como régimen optativo y supletorio.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Manuel González Meneses², notario español, expresa de manera clara las causas por las que considera que el régimen patrimonial matrimonial entró en crisis, él dice: *“...en primer lugar, la propia crisis que afecta a la institución matrimonial en general en la sociedad occidental contemporánea; en segundo lugar, el fenómeno de la mundialización o globalización económica, social y cultural; y por último, el paso de una economía tradicional con patrimonios más estáticos basados en la posesión y disfrute de bienes corporales a una economía más dinámica y especulativa, con el consiguiente desajuste o*

² GONZALEZ MENESES, Manuel (2009) “La crisis del régimen económico matrimonial”, LVII seminario teórico práctico Laureano Moreira, 2 y 3 de julio de 2009.

desfase que ello supone a la hora de aplicar unas normas que nacieron en el marco de un contexto económico muy diferente al actual...". Cuando explica la primera causa, hace referencia a la realidad diaria, que nos demuestra que cada vez contraen matrimonio menos parejas y optan en cambio, por la convivencia. Los matrimonios duran menos y los divorcios contenciosos producen un fuerte desgaste económico y afectivo en la familia, recargando los Tribunales con largos juicios en caso de desacuerdo; sumado a ello, las personas divorciadas muchas veces vuelven a casarse con otras personas a su vez divorciadas y se forma lo que hoy llamamos familias ensambladas, en las que, por la experiencia vivida, ya no quieren volver a someterse al régimen matrimonial de comunidad de gananciales. Haciendo referencia a la segunda causa, hace notar el inconveniente que se produce ante la movilidad de las personas por diversos países del mundo, -característica de las migraciones modernas- donde además, tienen relaciones contractuales; en éstos casos se genera un obstáculo a la seguridad jurídica y al tráfico negocial por cuanto es difícil conocer con exactitud el régimen propio de cada país, por ello, la globalización impone la tendencia a la uniformidad de regímenes. Con respecto a la tercer causa, el régimen de sociedad de gananciales obstaculiza la agilidad en los negocios al necesitar en la mayoría de los casos, del cónyuge asintiente.

Lo que hemos compartido se ajusta a la situación actual de la Argentina y ello provoca que las parejas prefieran mantener separados el plano amoroso del económico.

En el campo jurídico, se viene sosteniendo hace muchos años en diversos cursos, jornadas y congresos, la necesidad de permitir cierto margen a la autonomía de la voluntad, así por ejemplo, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en 1.998, se concluyó que: *“El principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial matrimonial, y los conyugues deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio”* y que: *“La posibilidad de elegir el régimen del matrimonio respeta el principio de igualdad de los contrayentes, que se ve vulnerado cuando el Estado impone un régimen legal único y forzoso”*.

Los cambios socioculturales, se vieron por fin reflejados en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, permitiendo a los cónyuges optar entre dos regímenes: el de comunidad y el de separación de bienes. En los fundamentos al libro segundo del anteproyecto, los autores manifiestan haber seguido la evolución producida, en especial, la aparición de los nuevos principios como la “democratización de la familia”, para amparar a las familias generadas a partir de la unión convivencial o las generadas tras la ruptura de una unión anterior con o sin hijos. También recoge el principio constitucional de igualdad, vedando toda discriminación en razón de la orientación sexual de las personas y hace lugar al avance de la autonomía de la voluntad en el derecho matrimonial poniendo límites a la injerencia estatal y permitiendo a los cónyuges mayor determinación en cuanto a la construcción, vida y ruptura del matrimonio.

RÉGIMEN PRIMARIO

El Código Civil y Comercial de la Nación impone ciertas normas que deben aplicarse cualquiera sea el régimen que los contrayentes elijan sin poder ser dejadas de lado. Aquí la autonomía de la voluntad encuentra un límite con el que se pretende evitar prácticas abusivas de los conyugues y garantizar la cooperación familiar, núcleo básico donde los más fuertes deben ayudar a los más débiles, forjando así los principios de solidaridad que luego se verán reflejados en la sociedad.

Ambos cónyuges tienen la obligación de aportar, en la medida de sus recursos, para su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, ya sean éstos menores o con capacidad restringida y aún a los hijos incapaces o con capacidad restringida del otro cónyuge, siempre que convivan con ellos. Es destacable que el artículo 455 reconozca que el trabajo en el hogar implica contribuir a las cargas. El Código establece la responsabilidad solidaria de ambos respecto a las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos. Dejando en claro, que los esfuerzos y sacrificios deben ser compartidos en pos del proyecto de vida en común de acuerdo a los principios de solidaridad e igualdad.

La vivienda familiar se encuentra protegida de manera tal, que ninguno de los cónyuges puede disponer de los derechos sobre de ella sin el asentimiento del otro, así como tampoco respecto de los muebles indispensables de ésta, bajo pena de nulidad si el otro cónyuge lo demanda dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses desde la extinción del régimen. No interesa aquí, si el bien es propio, ganancial o personal. No es necesario que existan hijos menores o incapaces. Tampoco se limita a los actos de disposición por medio de derechos reales, ya que comprende tanto a derechos reales como personales. Graciela Medina³ sostiene que la protección es abarcativa de todo aquello que impida o restrinja el uso de la vivienda por parte de los cónyuges. Pero, ¿cómo sabemos si el inmueble propio o personal que se pretende disponer, es la sede del hogar conyugal? No es algo que podamos como Notarios aseverar, pues se trata de una situación de hecho, salvo que en el título de adquisición se haya dejado expresa constancia o el inmueble se encuentre afectado a Régimen de Vivienda, de lo contrario debemos estar a la declaración jurada del compareciente, tal como lo hacíamos en el régimen anterior y dejar constancia de ello en la Escritura.

Además de la protección respecto de los actos de los cónyuges, la vivienda está exenta de la posibilidad de ser ejecutada por deudas posteriores al matrimonio, a menos que hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con la conformidad del otro. La vivienda es parte de las necesidades vitales del ser humano, es donde desarrolla su personalidad y goza de su intimidad, hace a la dignidad humana y por ello, éste Código hace especial hincapié en su protección a través de diversos institutos.

Nulidad por falta de asentimiento

Una cuestión interesante de analizar es la nulidad con que se sanciona la falta de asentimiento. Ante todo, debemos tener en claro que se requiere de la interposición de una demanda (art.383) por el cónyuge no asistente, acción que además, tiene un corto plazo de caducidad y fácil de computar en los

³ MEDINA, Graciela. "Régimen Patrimonial Matrimonial primario y la reforma del Código Civil" E.D. 184-1306.

supuestos de extinción del régimen, por lo tanto, en un eventual estudio de títulos, deberíamos estar a la bondad del mismo, si se omitió el asentimiento y por ejemplo, contamos con sentencia de divorcio o escritura de cambio de régimen patrimonial matrimonial que tenga ya seis meses de otorgada. Además de ello, estamos frente a un acto de nulidad relativa (art.388) que puede ser saneado mediante el otorgamiento posterior del asentimiento con la misma formalidad del documento principal o por la autorización judicial y debemos tener presente que el plazo de prescripción de la acción es de dos años conforme surge del art. 2562, por lo que consideramos viable a los fines de sanear un título con éstas características y cuando no se logre obtener el asentimiento voluntariamente; la posibilidad de interponer de una **acción declarativa de certeza o meramente declarativa**, a los fines de constatar que la acción ha prescrito sin que haya sido interpuesta en tiempo y forma y de ese modo, no tener que esperar veinte años desde que se conoció o pudo ser conocido. *“La acción declarativa tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio suficiente para satisfacer el interés de la actora que se agota en una mera declaración de certeza (conf. ED 131-353)”*. Carlos Colombo⁴, define a tal acción como *“el medio de obtener directamente y únicamente la declaración por el Poder Judicial de que existe un derecho del actor (acción positiva), o de que no existe un derecho del demandado (acción negativa)”*. Existen además, antecedentes jurisprudenciales que entendieron procedente la acción declarativa en casos de nulidades absolutas *“...ya que incluso cuando se trate de un acto nulo de nulidad absoluta que emerja patente del acto siempre se hace necesaria la declaración judicial para aventar cualquier duda y otorgar certeza a la relación jurídica comprometida”*⁵.

El Código establece además la necesidad de que el asentimiento conyugal, sea específico para el acto que se pretende realizar y prohíbe dar mandato al cónyuge para darse a sí mismo el asentimiento que le permita disponer de la

⁴ COLOMBO, Carlos J. “Código Procesal Civil y Comercial comentado”, Tit.III, pag. 78 citado por Castiglione, Antonio en “Acción meramente declarativa”, La Ley 1991-C733.

⁵ C3°Civ., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza 29/08/94, Ferrer, María C. c. López Díaz, L.S.71-327, citado por CIANELLA, Horacio C. y otros en “Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza” Comentado, anotado y concordado con los códigos procesales de LA Nación, San Juan y San Luis, TT I, Pág.16, La Ley, Bs. As, 2009.

vivienda familiar. Ello confirma lo que parte de la doctrina venía sosteniendo en contra de la aceptación del asentimiento general anticipado. Por lo tanto, si uno de los cónyuges no puede asistir al otorgamiento del acto, debemos redactar por imposición legal, una escritura de asentimiento determinando con precisión el negocio y sus elementos constitutivos o bien, un poder específico a favor de un tercero. Como elementos del acto consideramos suficiente consignar sujetos, objeto y causa, sin que sea un requisito de validez consignar el monto si se trata de un contrato oneroso.

El asentimiento, como en el código civil anterior, puede ser suplido por el juez cuando el interés familiar así lo demande.

REGIMEN DE COMUNIDAD

Al referirse al régimen patrimonial matrimonial, los redactores del anteproyecto justifican la elección del régimen legal supletorio de comunidad por ser el más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges; por ser el más aceptado en la legislación comparada y por ser el que más se adapta a la realidad socioeconómica actual de la Argentina.

El régimen elegido por los legisladores entre las diversas variantes analizadas al principio de éste trabajo, es el de **comunidad restringida de ganancias**, que regirá en caso de que los cónyuges así lo pacten o ante la falta de opción efectuada al momento de la celebración.

Éste régimen se caracteriza por la formación de una masa con algunos bienes que debe dividirse por partes iguales entre los esposos, o entre uno de ellos y los herederos del otro al momento de la disolución. Hasta ese momento, cada uno tiene la libre administración y disposición de los bienes gananciales adquiridos por él, salvo algunos supuestos en los que se requiere el asentimiento conyugal; sin embargo, aquellos actos efectuados por uno dentro del marco legal, pero con el fin de defraudar al otro, son inoponibles al cónyuge afectado. Se respeta y mantiene la libre administración y disposición de los bienes propios en cabeza de cada cónyuge a quien les pertenece, con la salvedad efectuada en el régimen primario sobre la vivienda familiar. Mientras

de la comunidad, los conyugues no pueden contratar entre sí por imperio del artículo 1002 inciso d), lo que ha sido ampliamente criticado y encuentra una excepción en el contrato de mandato.

El asentimiento conyugal se impone obligatorio para disponer o gravar de los bienes registrables; las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, excepto las permitidas para la oferta pública; las participaciones en sociedades, salvo las que se oferten públicamente; los establecimientos comerciales, industriales y agropecuarios y las promesas de todos los actos antes mencionados. La necesidad de contar con el asentimiento del otro cónyuge tiene su razón de ser en la necesidad de resguardar el eventual derecho al 50% sobre los bienes gananciales al momento de la disolución.

Se determinan como bienes propios, los siguientes: a) Los bienes sobre los cuales los cónyuges tienen cualquier derecho real o la posesión al inicio de la comunidad; b) los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, salvo los cargos soportados por la comunidad que genera derecho de recompensa y las donaciones remuneratorias cuando el servicio se prestó durante la comunidad. c) Los que ingresan por subrogación de bienes propios, ya sea por permuta, compra con dinero propio o reinversión del producido de un bien propio, a menos que el saldo sea superior al valor del aporte propio, en cuyo caso es ganancial, siempre sin perjuicio de las recompensas correspondientes; d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio; e) los productos de los bienes propios con excepción de las canteras y minas; f) Las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa; pero si se ha mejorado la calidad del ganado, la sociedad debe recompensa por el valor del ganado propio aportado y las crías son gananciales; g) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso si el derecho a incorporarlo ya existía al momento de su iniciación; h) los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa y confirmado durante ella; i) los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico; j) los incorporados por accesión a las cosas propias; k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario

de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad; l) la plena propiedad cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad así como otras cargas reales; m) Las ropas, los objetos de uso personal y laboral o profesional; n) indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales o por daños físicos causados a su persona, salvo el lucro cesante de ingresos que hubiesen sido gananciales; ñ) el derecho a jubilación, pensión, alimentos y todo derecho inherente a la persona; o) la propiedad intelectual, artística o industrial si la obra ha sido publicada o interpretada, terminada o patentado antes del comienzo de la comunidad.

Los bienes gananciales son: a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad; b) los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas o hallazgo de tesoro; c) los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad; d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad; e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio; f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales; sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio; g) los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial; h) los productos de los bienes gananciales y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad; i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original; j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella; k) los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquélla; l) los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico; m) los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al

cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios; n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad; ñ) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla. Además establece que no son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro.

Este código aunque reiterativo, se ocupa de dejar siempre a salvo el derecho de recompensa a fin de evitar el enriquecimiento sin causa a favor de uno de los cónyuges, debiendo formarse al momento de la disolución de la comunidad, una cuenta específica para determinar lo que cada uno debe a la comunidad y viceversa.

Con la enumeración exhaustiva que hemos transcripto parcialmente, los redactores del C.C.y C.N. han receptado, aclarado y completando los casos por los que la doctrina y jurisprudencia discutió durante mucho tiempo. Así, por ejemplo, ahora queda claro que es propio el bien adquirido por prescripción adquisitiva si la posesión es anterior al matrimonio; ello no contradice lo normado en el artículo 1905 que establece que no hay efecto retroactivo de la sentencia al tiempo del inicio de la posesión, sino que se limita a resolver la calificación del bien adquirido. Por otro lado, el Código no acepta la clasificación de bienes duales y por ello determina que, cuando se han adquirido partes indivisas con fondos propios y luego se adquieren otras partes indivisas con fondos gananciales o viceversa, lo que determina la clasificación del bien, será el aporte de la parte adquirida en primer término, sin perjuicio de las recompensas debidas, inclinándose así por la teoría del origen de la adquisición. En cambio, en el caso de que la adquisición se hubiese efectuado con fondos de origen propio más fondos de origen ganancial, el bien será propio o ganancial según sea la clasificación del monto mayor utilizado para su adquisición, dejando nuevamente a salvo el derecho a recompensa, adaptando en éste caso el criterio económico del mayor valor.

Salvo prueba en contrario, se presume que son gananciales todos los bienes que existan al momento de la disolución del matrimonio. No es suficiente la confesión de los cónyuges para probar el carácter propio de un bien adquirido por inversión o reinversión de bienes propios durante la comunidad, respecto de terceros. Para ello, es necesaria su debida constancia en el instrumento de adquisición más la conformidad del otro cónyuge. Los requirentes deberán determinar de forma clara y precisa el origen de los fondos o bienes utilizados en caso de permuta si ello no surge del título antecedente, todo lo cual, el Notario dejará asentado como una manifestación de partes en el documento que instrumente el acto de adquisición. En el caso de automotores, por ejemplo, recomendamos incluir la leyenda en el rubro “observaciones” de la solicitud tipo correspondiente y el Registro debiera publicitarlo en el título del automotor y los informes o certificados que expida. En caso de no poder obtener la conformidad del otro cónyuge, ésta puede ser suplida por el juez, en cuyo caso deberemos transcribir la parte resolutive en el instrumento si el requirente nos la presenta al momento de la celebración del acto. Ante la falta de manifestación en tiempo oportuno, ésta puede hacerse cumpliendo los mismos requisitos (conformidad del otro cónyuge y determinación del origen) por instrumento complementario o bien por declaración judicial.

En relación a las deudas, cada cónyuge responde frente a terceros con sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Con respecto a los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales, responde también el cónyuge que no contrajo la obligación, pero sólo con sus bienes gananciales. En cuanto a las cargas de la comunidad, el Código menciona expresamente las siguientes: las obligaciones contraídas durante la comunidad que no sean personales de alguno de los cónyuges; el sostenimiento del hogar, los hijos y los alimentos a los que cada uno está obligado a dar; las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes y aún de bienes propios si están destinados a su establecimiento; los gastos de reparación y conservación de los bienes propios y gananciales. Por el contrario, son obligaciones personales de los conyuges: a) Las contraídas antes del matrimonio; b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges; c) las contraídas para adquirir o mejorar los bienes propios; d) las que resultan de

garantías personales o reales otorgadas por uno de los cónyuges a favor de un tercero sin que se hubiese beneficiado la comunidad y e) las derivadas de la responsabilidad extracontractual y sanciones legales. Todas ellas deberán ser tenidas en cuenta al momento de calcular las recompensas.

La comunidad se extingue por: a) La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio; d) la separación judicial de bienes; e) la modificación del régimen convenido. Producido el hecho desencadenante, la comunidad dinámica de bienes se convierte en una comunidad estática, pendiente de liquidación y partición de todos los bienes gananciales existentes a esa fecha y los que los subroguen. Una vez extinguida la comunidad por fallecimiento y mientras subsista la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Si la comunidad se extingue en vida de los cónyuges, éstos pueden acordar la manera de poner fin a la indivisión o pueden ponerse de acuerdo respecto de la manera de administrar los bienes durante la indivisión, debiendo notificar con antelación al otro, la intención de realizar actos que excedan la administración ordinaria. A falta de acuerdo, regirán de las reglas del régimen de comunidad. Es decir, que el propietario dispone y el ex conyugue asiente. Ambos cónyuges gozan del derecho de usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme su destino y en la medida que sea compatible con el derecho del otro cónyuge. En caso de desacuerdo, debe acudir a la vía judicial. También se contempla la posibilidad a favor de ambos cónyuges, de solicitar al juez medidas protectorias como ser: a) La autorización para realizar algún acto si el otro cónyuge se niega injustificadamente y b) que se designe al solicitante o a un tercero como administrador de la masa del otro.

Extinguida la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges y antes de la partición, el cónyuge superviviente puede disponer de sus derechos gananciales mediante el contrato de cesión, pues ello está expresamente previsto en el artículo 2308 y ya no quedan dudas acerca de su validez. El instrumento debe ser incorporado al expediente sucesorio a fin de ser oponible a terceros, pues ello surge de la remisión hecha por el artículo 2308 en consonancia con el 2302 inc. b). Sin embargo, debemos tener presente que los derechos pueden ser cedidos desde el momento mismo de la muerte del cónyuge sin que sea

exigible abrir el juicio sucesorio, siendo plenamente oponible entre partes desde ese momento; por lo cual, aconsejamos acreditar el hecho de la muerte con la respectiva partida de defunción y colocar una cláusula en la cesión, por la que el cesionario tome para sí la responsabilidad de presentar el instrumento en el expediente sucesorio una vez abierto el mismo, desobligando a todo evento, al Notario interviniente. Recordemos que el mismo cesionario se encuentra habilitado para iniciar el juicio sucesorio y resguardar así su derecho hasta la partición.

Cabe ahora preguntarnos si es posible ceder los derechos gananciales cuando la comunidad se extingue por divorcio o cambio de régimen patrimonial, es decir, en vida de los cónyuges; consideramos que ello es posible en virtud de lo dispuesto en el artículo 1616, pues no existe prohibición que surja de la ley y tampoco consideramos que sea contrario a la naturaleza del derecho. Se trata de derechos puramente patrimoniales. El artículo 478 veda a los acreedores la posibilidad de promover la acción de separación de bienes; pero una vez extinguida la comunidad, el artículo 486 permite a los acreedores subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común, consideramos que si se permite que terceros acreedores soliciten la partición de modo coactivo, con mayor razón se debe permitir en caso de que el tercero haya recibido el derecho de modo voluntario directamente del titular, en cuyo caso seguramente el cesionario querrá partir y liquidar la comunidad inmediatamente a fin de evitar la responsabilidad por deudas prevista en los artículos 461, 462 y 467. Podría darse así, el caso de liquidación y partición de la comunidad en que las partes sean uno de los cónyuges y el cesionario del otro, o un cesionario de ambos. Claro está que sigue tratándose de un contrato aleatorio, pues debe determinarse el pasivo y las recompensas exigibles. Otro argumento válido a favor de la cesión de gananciales, es la remisión que hace el artículo 508 a las normas de la partición de herencia cuando no existe acuerdo entre los ex cónyuges para partir bienes indivisos en el régimen de separación, lo que nos permite interpretar por analogía, que la cesión de gananciales es posible aún en vida de los ex conyuges y el cesionario es el legitimado para pedir la partición en virtud del artículo 2364, pues si fuese contrario a la naturaleza del derecho, ésta remisión no debería existir, aunque

reconocemos que en éste caso sólo sería aplicable a la disolución por divorcio, no así a la extinción de la comunidad por cambio de régimen patrimonial. Si bien para la cesión de los derechos gananciales, no sería exigible la presentación del instrumento al expediente del divorcio, por no disponerlo así norma alguna al no estar regulado éste contrato, consideramos conveniente que se lo haga a los fines de lograr publicidad. Desde luego, recomendamos que la cesión sea hecha por Escritura Pública.

CASO PRÁCTICO

PARTICIÓN DE BIENES POR DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y ADJUDICACIÓN otorgada por JOSÉ CARRIZO. ESCRITURA NÚMERO QUINCE

En la Ciudad de Tinogasta, Provincia de Catamarca, a los veinticuatro días del mes de Agosto del año Dos Mil Dieciséis, ante mi **TIFFANY PEREYRA**, Escribana Pública Nacional, Titular del Registro Número 20; **COMPARECE:** el señor **JOSÉ CARRIZO**, argentino, Documento Nacional de Identidad Número 76.994.398, CUIL N° 20-76994398-6, nacido el día 25 de Diciembre de 1976, soltero, con domicilio en calle Copiapó 483 de ésta Ciudad, quien justifica su identidad en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial. **INTERVIENE:** por sí y **MANIFIESTA: PRIMERO: ANTECEDENTES DEL ACTO: 1)** El señor Jason Mamaní es propietario de los siguientes inmuebles ubicados en el Distrito Palo Blanco, de éste Departamento y Provincia, que según título y plano se describen así: **Primero:** una finca que mide.... Superficie....., dentro de los siguientes linderos:..... Registrado en Catastro con la **MATRÍCULA CATASTRAL: 15-26-33.7798.** **Segundo:** mide.... Superficie....., dentro de los siguientes linderos:..... Registrado en Catastro con la **MATRÍCULA CATASTRAL: 15-26-33.7799.** **2)** Los inmuebles descritos fueron adquiridos por Jason Mamaní siendo de estado civil casado con Yesica Lorelei Pérez, siendo tales bienes, gananciales. **3)** El divorcio de los nombrados anteriormente fue declarado mediante sentencia definitiva número 17 de fecha 12 de Agosto de 2.015, recaída en autos caratulados “Mamani Jason c/ Perez, Yesica Lorelei– Divorcio Vincular” que tramitaron en Expediente número 01/15 por ante el Juzgado de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción Judicial de Tinogasta- Catamarca y que en su parte pertinente textualmente dice: Tinogasta, 12 de agosto de 2015.....RESUELVO: Declara el divorcio vincular..... Creando así el estado de indivisión post comunitaria respecto a los bienes gananciales. El matrimonio no tuvo descendencia. **4)** En fecha 01 de Septiembre de 2.015, por escritura número cincuenta, otorgada por ante la Escribana Marta Pelosi, titular del registro número 50 de ésta Provincia; la señora Yesica Lorelei Pérez, cedió a favor de José Carrizo, todas las acciones y derechos que le correspondían como consecuencia del divorcio antes referido. La escritura se encuentra agregada al expediente del Divorcio a fojas 54 a 57. **5)** El 10 de septiembre de 2015, Jason Mamanì contrajo segundas nupcias con Carina Olga Gómez. **6)** Fallecido el titular registral, tramitó su juicio sucesorio en autos caratulados “Mamaní Jason s/ Sucesorio Ab- Intestato”, Expte. 01/16 por ante el juzgado de primera instancia en lo civil de la quinta Circunscripción Judicial de Tinogasta- Catamarca; donde a fojas 41 se dicta sentencia declaratoria de herederos, la que en su parte pertinente expresamente dice: “Tinogasta, 5 de Marzo de 2.016, Y VISTOS:.... Y CONSIDERANDO:...RESUELVO: 1) Declarar que, en cuanto ha lugar por derecho, por el fallecimiento del sr. Jason Mamanì , DNI N° 6.845.032, le sucede como única y universal heredera, sin perjuicios de terceros: su conyugue supérstite, la Sra. Carina Olga Gómez, DNI N° 35.578.398, CUIL 27-35578398-9, ésta en cuanto a los bienes propios del causante – si los hubiera- sin perjuicio de los derechos que la ley acuerda en cuanto a los gananciales, siendo la nombrada la única que se presentó en autos invocando derechos hereditarios. II) Cese la intervención del....” . **7)** El día 23 de Mayo de 2.016, mediante escritura número 118 pasada por ante mí, en el protocolo a mi cargo; la Señora Carina Olga Gómez cedió a favor de José Carrizo, todas las acciones y derechos hereditarios y gananciales que le corresponden por el fallecimiento de su esposo. La cesión se encuentra agregada a fojas 30 a 35 del expediente judicial sucesorio. Todos documentos que tengo a la vista para este acto. **8)** José Carrizo, declara que NO existe pasivo alguno; que los declarados son los únicos bienes que partir y que no existen terceros interesados presentados en los autos relacionados. **SEGUNDO:** En consecuencia, en su carácter de cesionario de los derechos invocados y

conforme la acreditación precedente, con la documentación que tengo a la vista y que en testimonios debidamente expedidos agrego a la presente, el señor José Carrizo viene por éste acto a liquidar, partir y ADJUDICAR en plena propiedad, posesión y dominio, a su favor, los inmuebles descriptos precedentemente, quedando de éste modo extinguida la indivisión post comunitaria. CONSTANCIAS NOTARIALES: Yo, Escribana autorizante hago constar que de acuerdo a la documentación presentada por el compareciente resulta: 1) Que los inmuebles adjudicados LE CORRESPONDEN: al señor Jason Mamani, siendo de estado civil casado en sus primeras nupcias con Yesica Lorelei Pèrez, por compra que efectuare a Don Abraham Quintar, mediante escritura N° 19 de fecha 06 de Junio del año 1996 pasada por ante el Escribano Nicolas Nieto, titular del Registro Notarial número uno de Catamarca, Documento inscripto en el Registro de la Propiedad con relación a la matrícula de folio real N° 55 y 56 del Departamento Tinogasta con igual fecha, documento que tengo a la vista para éste acto Doy fe. DE LOS CERTIFICADOS ADMINISTRATIVOS: 1) Que se agregan bajo el número de la presente escritura resulta: De los expedidos por el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y de Mandatos que llevan los Números XXX de fecha, constan en Matricula N° y N°. a nombre de Jason Mamani y No registran gravámenes, restricciones e interdicciones. Con los informes expedidos por el mismo registro en igual fecha, se acredita que Yesica Lorelei Pèrez y Carina Olga Gomez NO se encuentran inhibidas como tampoco lo estuvieron al momento de efectuar las citadas cesiones de derechos conforme surge de las constancias notariales obrantes en las mismas. 2) De los Certificados Catastrales surge que..... 3) De los certificados libre deuda de la Municipalidad de Tinogasta, Obras Sanitaria del Interior y Rentas Catamarca.... ZONA DE SEGURIDAD DE FRONTERAS:..... Leo ésta Escritura al compareciente, quien la acepta en todas sus partes y firma de conformidad por ante mí, doy fe.

La partición de la masa ganancial implica la conversión del derecho en expectativa en una suma de valores actuales de propiedad absoluta. Para ello deben sumarse todos los bienes gananciales; los créditos gananciales y el valor de las mejoras colacionables de acuerdo al artículo 495, a dicho monto,

se le restan las deudas y cargas. El código prevé la división del valor resultante por mitades; principio que puede ser dejado de lado si los cónyuges así lo convienen, siempre y cuando ambos sean capaces y no exista oposición fundada de terceros con interés legítimo. Ésta modalidad tiene gran aceptación en la práctica social, especialmente los acuerdos partitivos celebrados por Escritura Pública, debido a que el procedimiento es más ágil y menos costoso que otras formas partitivas. Reafirmamos la innecesariedad de homologación judicial cuando la partición ha sido hecha en sede Notarial, siendo sólo necesaria su toma de razón en los Registros de la Propiedad correspondientes, según la naturaleza de los bienes, a fin de que sea oponible a terceros. La partición puede ser total o parcial. Si los cónyuges no están de acuerdo o alguno es incapaz, la partición debe ser judicial y por mitades sin consideración al aporte efectuado por cada cónyuge.

REGIMEN DE SEPARACIÓN

Este régimen es la novedad en la legislación argentina. Los cónyuges pueden optar por él, plasmando su voluntad en una convención matrimonial efectuada por Escritura Pública, cuyos datos serán anotados mediante nota en el acta de matrimonio. La convención puede otorgarse de forma previa a la celebración del matrimonio o después de transcurrido un año de aplicación del régimen de comunidad. Los menores de edad casados mediando autorización judicial no pueden optar por éste régimen.

En éste régimen, tal como lo explicáramos anteriormente, cada cónyuge conserva para sí la libre administración y disposición de sus bienes personales y responde exclusivamente por las deudas por él contraídas, salvo las que enumeráramos en el régimen primario. Los cónyuges pueden contratar entre sí.

Se permite a los cónyuges utilizar todo medio de prueba para demostrar entre sí y frente a terceros, la propiedad exclusiva de un bien; por ello, consideramos de gran utilidad las Actas de Inventario y Avalúo, e incluso de Constatación del estado de los bienes a los fines de preconstituir la prueba; en caso de no poder demostrarse, se considerará que pertenece a ambos por mitades con el

agravante de que la acción de división de condominio entablada por un cónyuge, estando vigente el matrimonio, puede verse frustrada si el juez determina que se ve afectado el interés familiar (art. 506).

Ante la disolución del régimen por disolución del matrimonio o cambio de régimen, no se produce ninguna alteración en el patrimonio de cada cónyuge. Si existen bienes indivisos y el régimen cesa por disolución del matrimonio, los cónyuges o uno de ellos y los herederos del otro pueden partírselos de la forma en que libremente dispongan, salvo oposición fundada en interés legítimo de terceros, incapacidad o ausencia de uno de los conyugues; en caso de desacuerdo, debe estarse a la forma y modo prescripto para la partición de herencia conforme lo dispuesto en el art.508.

Grosman⁶, señala que el régimen de separación puede ser la mejor solución cuando se trata de parejas en segundas o ulteriores nupcias que quieren mantener incólume su patrimonio para seguridad suya y de sus hijos, y también es el régimen adecuado si se trata de *“una pareja capacitada e idónea para decidir su trabajo, actividad o profesión, ya que no parece necesario imponer obligatoriamente un vínculo económico mediante un esquema uniforme que brinda adecuada solución a un tipo de conformidad familiar pero no a otros”*.

Consideramos que éste régimen es una herramienta útil para ser contemplada en el ámbito de los protocolos familiares, reduciendo la incidencia de los conflictos familiares en el desenvolvimiento de la empresa.

CAMBIO DE RÉGIMEN

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce a los cónyuges, la posibilidad de efectuar mediante común acuerdo, el cambio de régimen patrimonial, siempre y cuando haya pasado un año de la aplicación del régimen que se sustituye. No se establece un límite en cuanto a la cantidad de veces que los cónyuges pueden variar de régimen, sin embargo, los acreedores

⁶ GROSMAN, Cecilia y MARTINEZ ALCORTA, Irene (2000) “Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio”, Universidad de Buenos Aires.

anteriores al cambio que sufran un perjuicio, podrán hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año de haberlo conocido.

El régimen patrimonial inicia al momento de la celebración del matrimonio ya sea por elección expresa o tácita. Una vez efectuado el cambio de régimen, el anterior se extingue y comienza a regir el optado. El artículo 463 establece que no puede estipularse que la comunidad comience antes o después de la celebración del matrimonio, salvo el cambio de régimen cuyos efectos se producen desde el otorgamiento de la Escritura Pública. Sin embargo, Graciela Medina⁷, opina que en caso de que el régimen vigente al momento de convenir el cambio, sea el de separación de bienes, es posible estipular la retroactividad del régimen de comunidad de ganancias al momento de la celebración del matrimonio. Claro está, que dicha modificación no puede afectar los derechos de terceros, so pena de ser requerida la declaración de inoponibilidad; para la autora, éste efecto retroactivo no constituye un desplazamiento patrimonial gratuito ni puede interpretarse así a los efectos fiscales.

CONVENCIONES MATRIMONIALES

Las convenciones matrimoniales son acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones entre los contrayentes o los cónyuges, relativos al régimen de relaciones patrimoniales aplicable a la unión conyugal⁸.

Vélez Sarfield solamente permitió las convenciones matrimoniales respecto a los siguientes objetos: 1) La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2) La reserva a favor de la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva el matrimonio, o que adquiriera después a título propio; 3) Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa; 4) Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento. Los supuestos contemplados en los ítems 2 y 4 fueron derogados con la sanción de la ley 17.711. El codificador manifestaba su pensamiento en las notas al título de la sociedad conyugal, luego de hacer referencia a la libertad de pactos en

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros (2014) "Tratado de Derecho de Familia" Tomo I, pág. 691, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros (2014) "Tratado de Derecho de Familia" Tomo I, pág. 566, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

otros países, diciendo que: *“Esas leyes no han sido necesarias en la Republica, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices a los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país; cuanto por otra parte las leyes no alcanzarían a variarlas, y quedarían estas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora...”*

Como lo hemos señalado a lo largo de este trabajo, la sociedad argentina, inmersa en un mundo globalizado, ha cambiado. El Código Civil y Comercial de la Nación ahora permite celebrar convenciones matrimoniales en dos momentos distintos:

- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros contrayentes pueden convenir únicamente sobre los siguientes objetos: a) La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) La enunciación de las deudas; c) Las donaciones que se hagan entre ellos; d) La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el código. Ésta convención quedará sujeta a la condición suspensiva de que el matrimonio efectivamente se celebre.

La designación y avalúo de los bienes y las deudas es beneficiosa a los fines de probar el origen de aquellos bienes cuyo registro no han impuesto las leyes como así también del pasivo. Consideramos que sería útil en determinados casos, efectuar un Acta Notarial de Constatación, valiéndonos del soporte fotográfico a fin de evitar cuestionamientos futuros sobre el estado o calidad de los bienes, e incluso pueden solicitarse informes de deudas ante los organismos pertinentes; claro que el alcance de nuestra labor será determinada por las circunstancias del caso en particular y la importancia o valor de los bienes en cuestión.

Las donaciones entre los cónyuges efectuadas en la convención prenupcial quedará sujeta a la condición de que el matrimonio se realice. Consideramos factible, en el caso de ser requerida, el otorgamiento de una escritura que tenga por objeto acreditar el cumplimiento de la condición, en éste caso, la celebración del matrimonio, a fin de publicitar el perfeccionamiento del derecho. Caso contrario, previo a todo acto de

disposición por parte del donatario, deberá acreditarse el cumplimiento de la condición.

La posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes es el gran avance legislativo de este nuevo código que reconoce y destaca el importante papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia.

Los menores de edad autorizados judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni optar, como ya se ha dicho, por el régimen de separación de bienes.

- Durante la vigencia del matrimonio, la única convención matrimonial permitida es la que tiene por objeto modificar el régimen patrimonial matrimonial. En caso de que se opte por pasar del régimen de comunidad de gananciales al régimen de separación de bienes, es aconsejable cumplir con los actos partitivos y su correspondiente inscripción en los registros pertinentes a fin de evitar que continúe el estado de indivisión poscomunitaria. Para la Escritura de Partición debemos solicitar los certificados de dominio e inhibiciones por cada cónyuge, el certificado de dominio, catastral y los libre deuda de impuestos según corresponda. Además, para el caso de que existan automotores, es necesario dejar constancia de que la sentencia de divorcio se encuentra firme (DNTR. TIT II, CAP.II, SECC.2º, art.2º) y se recomienda contar con la verificación física del automotor. D'állessio⁹ indica que por ser un acto partitivo no tributa impuesto a las ganancias ni a la transferencia de inmuebles. La partición y adjudicación debe ser publicitada en el Registro previsto según la naturaleza de los bienes, en el caso de automotores se debe presentar el testimonio de la escritura en original y una copia certificada, más un formulario Solicitud Tipo 02 suscripto por el Notario interviniente.

En base a lo expuesto podemos deducir la importancia y conveniencia de consignar en la escritura pública de adquisición de bienes, no solo el estado civil del compareciente, sino también el tipo régimen optado en caso de ser

⁹ D'ALESSIO, Carlos Marcelo (2.015) "Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y Privados", Tomo I, Pág.525, La Ley, Buenos Aires.

casado. Asimismo se propugna dejar constancia del mismo en las solicitudes tipo del Registro de la Propiedad del Automotor en el rubro “observaciones”.

Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por Escritura Pública. Armella¹⁰ y otros sostienen que la forma impuesta es solemne y bajo pena de nulidad. Aida Kemelmajer de Carlucci¹¹ sostiene que la trascendencia del acto y la posible afectación de los derechos de terceros hacen necesaria la forma Notarial a fin de garantizar el asesoramiento de los futuros contrayentes. La convención así celebrada no tiene un plazo de caducidad y producirá sus efectos a partir de la celebración del matrimonio en cualquier tiempo que ello ocurra o a partir de su celebración en caso de tener por objeto el cambio de régimen.

Para brindar seguridad a terceros, el Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto que las convenciones matrimoniales sólo producen efectos frente a terceros si están anotadas marginalmente en el acta de matrimonio. En la práctica el procedimiento se lleva a cabo mediante la presentación del Primer Testimonio de la Escritura de convención ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas. En la Provincia de Catamarca, no se archiva copia de la convención en el Registro Civil, sino que sólo se anota en el acta de matrimonio la fecha de celebración, número de Escritura, nombre del Escribano y Registro Notarial.

Las convenciones prematrimoniales deberán ser registradas en forma simultánea a la celebración del matrimonio y será conveniente dejar constancia en la Escritura Pública de que las partes asumen la responsabilidad de comunicar su otorgamiento al oficial público, o bien, podrá presentarla el Notario, una vez que los futuros contrayentes le informen que las diligencias preliminares han comenzado. Del mismo modo, ante la convención matrimonial, podrán ser los cónyuges quienes asumen la diligencia de informar al Registro Civil su otorgamiento o delegar dicha tarea en el Notario, quien desde luego, debe inscribir el Primer Testimonio en el Registro de la Propiedad

¹⁰ ARMELLA, CRISTINA y otros: “Aspectos de régimen patrimonial matrimonial” XVIII convención notarial del colegio de escribanos de Capital Federal, Buenos Aires 1989.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros (2015) “Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

Inmueble correspondiente a la naturaleza de los bienes si efectúa la partición por extinción del régimen.

Un tema que interesa especialmente al notariado es el relativo a la inscripción de la convención al margen del acta de matrimonio en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, única registración exigible para publicitar el régimen elegido por los cónyuges.

Esta cuestión reviste importancia por cuanto se ha buscado con ello un medio para abarcar todos los bienes en un sentido amplio, sin embargo, no se tuvo en cuenta que estos registros son de carácter local, que no otorgan bloqueo registral y no existe un medio que permita a los notarios contar con información en el preciso instante de celebrar el acto. Zulma Dodda¹² propone que la anotación del régimen matrimonial elegido sea asentado en el Registro Nacional de las Personas, al igual que las restricciones a la capacidad y las inhibiciones, de modo tal, de contar con un registro único para todos los casos; sugiere éste registro por cuanto considera que es el que más ha avanzado, desde el punto informático, en los últimos años para poder llevar a cabo dicha tarea. En caso de no lograr centralizar la información, podrán generarse casos de inexactitudes registrales, ya no con el negocio o la realidad en sí, sino entre dos registros del mismo Estado, el Registro de la Propiedad y el Registro Civil, por ello señala Néstor Lamber¹³ que *“...lo más relevante en materia de bienes registrales será la toma de razón que haga el registro de bienes en particular, aun sobre la anotación al margen de la partida de matrimonio. El carácter meramente declarativo de la inscripción de la convención matrimonial o prenupcial en el Registro Civil hace que, pese a no haberse registrado la opción del régimen de separación al margen del Acta de matrimonio, con la Escritura Pública que contiene el convenio y el acta de matrimonio que acredita el cumplimiento de la condición de su celebración, podrá así calificarlo en la actuación notarial y registral. Dejando constancia de esta opción convencional en el acta notarial inscripto, se obtiene la oponibilidad a terceros con relación a ese bien en particular como sucede hoy en día cuando los excónyuges*

¹² DODDA, Zulma: “Curso de Capacitación Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994”, Modulo II, Colegio de Escribanos de Catamarca 15-05-15.

¹³ LAMBER, Néstor D.: “Convenciones matrimoniales y su oponibilidad a terceros en el proyecto de unificación de los códigos civil y comercial.” Revista del notariado n°912, pp. 59 a 69.

acreditan su divorcio solo con el testimonio judicial de la respectiva sentencia, aún no inscripta al margen del acta de matrimonio". Compartimos plenamente éstas opiniones y sugerencias que contribuyen a brindar la tan ansiada seguridad jurídica.

CONCLUSION

Pensamos que el cambio legislativo en general ha sido bueno, sin embargo no estamos conformes por cuanto debió preverse el matrimonio en Sede Notarial y esperamos que éste cambio se refleje pronto, teniendo en cuenta los proyectos de reforma al CCCN que se han presentado.

Creemos que desde los Colegios Notariales se debe hacer especial hincapié en estos años venideros, para que los Notarios de todos los rincones del país estén capacitados y puedan cumplir acabadamente con los requerimientos que nos incumben, especialmente al momento de asesorar y plasmar en el documento la voluntad de las partes.

A su vez, debe estar unido el Notariado Argentino y luchar por lograr que desde el Estado, se implemente un sistema registral informático nacional que esté permanentemente actualizado para así brindar seguridad jurídica, causa fin de nuestra función.

Éstos cambios son un verdadero desafío para los profesionales del derecho y el Notariado viene hace muchos años preparándose para enfrentarlos. Esperemos que tengan buena acogida en la sociedad y permitan evitar juicios innecesarios.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- * ALVAREZ, ESTEFANIA, M. y AMOR AIELLO, GISELLE, D. “Análisis de algunos cambios en la relación de familia en el proyecto de unificación de los Código Civil y Comercial, desde la perspectiva Notarial y Registral”, Revista del Notariado, núm. 911, pp.35-69.
- *ALTERINI, Jorge H. y otros (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. 3° tomos, La Ley formato digital, Buenos Aires.
- * BELLUSCIO, AUGUSTO, CESAR. (2009) “Manual de Derecho y Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- * BOSSERT, GUSTAVO,A. y ZANNONI, EDUARDO, A. (2008) “Manual de derecho de familia”, Astera, Buenos Aires.
- * BOSSERT, GUSTAVO,A. y ZANNONI, EDUARDO, A. (2016) “Manual de derecho de familia”, Astera, Buenos Aires
- * CAPPARELLI, JULIO, C. “¿Es bueno que existan contratos prenupciales en Argentina?, Revista del Notariado, núm. 909, pp.91-97.
- *CASABÉ, Eleonora, (2015) “Incidencias del Código Civil y Comercial”, Derecho Notarial, registral e inmobiliario, Hammurabi, Buenos Aires.
- * CLARIAN, EDUARDO, “Régimen de bienes del matrimonio en el derecho internacional privado. Convenciones matrimoniales. Legislación comparada”, Revista del Notariado, núm. 873, pp. 59-72.
- * CLUSELLAS, Eduardo Gabriel y otros (2015) “Código Civil y Comercial- Comentado, anotado y concordado por Escribanos” Tomo II, Astrea, Buenos Aires.
- * D’ALESSIO, Carlos Marcelo y otros (2.015) “Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y Privados”, Tomo I, V y VII, La Ley, Buenos Aires.

- * DAMILANO DE MOSCONI, MARIA, ADELINA, BEATRIZ, “Breves consideraciones sobre el régimen patrimonial del patrimonio en el proyecto de reforma del Código Civil – Decreto 685/95”, Revista del Notariado, num.866, pp.33-42.
- * DORADO, CLAUDIA, R.” Las convenciones matrimoniales”, Revista del Notariado, núm. 909, pp. 121-133.
- * DREYZIN DE KLOR, ADRIANA y SARACHO CORNET, TERESITA, (2001), “Las convenciones matrimoniales en el derecho internacional privado – Un importante precedente jurisprudencial”, Revista LA LEY 1998-C, núm. 1125, pp.1-8.
- *FALBO, Santiago, “El orden público y la autonomía de la voluntad del sistema patrimonial en el proyecto de Código Civil”, XXX Jornada Notarial Argentina, Mendoza, 2012- Tema III
- * GIRALT FONT, JAIME, “Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal”, LVII Seminario Teórico Practico Laureano Arturo Moreira ,2 y 3 de Julio de 2009.
- * GONZALEZ MENESES, MANUEL, “La crisis del régimen económico matrimonial”, LVII Seminario Teórico Practico Laureano Arturo Moreira, 2 y 3 de Julio de 2009.
- * HERRERA, MARIA, MARTA, LUISA, y QUARANTA COSTERG, JUAN,PABLO, “Régimen de las convenciones matrimoniales en el derecho internacional privado desde la perspectiva notarial”, Revista del Notariado, núm. 901, pp.43-75.
- * KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y otros. (2014) “Tratado de derecho de Familia” Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe.
- * LAMBER, RUBEN, A. “Convenciones matrimoniales anteriores y posteriores a la celebración del matrimonio”, Seminario Teórico Practico “Laureano Arturo Moreira”,18 y 19 de Noviembre de 1999.

- * LAMBER, NESTOR, D. “Convenciones matrimoniales y sus oponibilidad a terceros en el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial”, Revista del Notariado, núm. 912, pp.59-69.
- * LAMBER, NESTOR, D. “Convenciones matrimoniales y el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial”, XXX Jornada Notarial Argentina, Mendoza, 2012- Tema III.
- * LORENZETTI, RICARDO, L. (2012) “Proyecto de código civil y comercial de la nación”, La ley, Buenos Aires.
- * MAZZINGHI, JORGE, ADOLFO (H), (2004), “Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable, Revista LA LEY2004-D, núm. 1300, pp.1-6.
- * MEDIA, Graciela. “Régimen Patrimonial Matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, Revista jurídica El Derecho, 184-1306.
- * ORELLE, JOSÉ MARÍA, “Régimen Patrimonial Matrimonial”, en seminario teorico-práctico Laureano Arturo Moreira, Córdoba, 5 y 16 de Octubre de 2.015.
- * SAMBRIZZI, EDUARDO, A. (2014), “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial “, Revista LA LEY 2014-F, num.757, pp.1-9.
- * SIERZ, SUSANA VIOLETA (2015), “Temas y soluciones en el nuevo Código Civil y Comercial, Técnicas de redacción escrituraria”, Dilla Dalla, Buenos Aires.
- * SOLARI, NESTOR, E. (2005), “Acerca del proyecto sobre convenciones matrimoniales”, Revista Doctrina Judicial 2005-2, núm. 448, pp. 1-5.
- * VAZQUEZ CUESTA de ARIAS, MARIA, ESTER, y ARIAS VAZQUEZ, GELANOR, HORACIO “Convenciones matrimoniales”, XI Jornada Notarial Cordobesa, Córdoba 15 al 17 de Agosto de 1996.