

XXXII Jornada Notarial Argentina
Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016

Tema 2. 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: **Esc. Ilda Graciela SIAN**

Título del trabajo: **“Estatuto de Disciplinamiento y Capitulaciones”**

Autores: **Not. Karen M. WEISS. (Pcia. Buenos Aires)**
karen@escribaniaweiss.com.ar. Te. 02241-481288.
Not. Gastón A. ZAVALA (Pcia. Río Negro)
escgaz@yahoo.com.ar. Te. 02946-443289.

Temario:

1. Introducción. 2. Orden público y autonomía de la voluntad. 3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero. 4. Estipulaciones capitulares. 5. Régimen patrimonial primario. 5.1. Deber de contribución. 5.2. Inejecutoriedad de la vivienda. 5.3. Asentimiento. 6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales. 7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial. 8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria. 9. Contratación entre cónyuges y ex – cónyuges. 10. Divorcio y régimen de comunidad. 11. Disolución de la comunidad *inter vivos* y *mortis causa*. 12. Eficacia del acuerdo particionario *conyugal* -previo al divorcio-. 13. Ponencias.

1. Introducción. La unión en matrimonio y la simple convivencia conllevan una noción sociológica fundamental, generadora de un sinfín de efectos económicos, culturales y normativos que caracterizan a la sociedad contemporánea. La sanción de la ley 26.618 modificó los requisitos del acto jurídico matrimonial tradicional que debía celebrarse entre hombre y mujer (172 C.C.) agiornándolo a *contrayentes* sin mención de género. El Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante el “Código” o “CCCN”- reitera que el consentimiento conjunto de ambos contrayentes es indispensable para la existencia del matrimonio y destaca dentro del capítulo de “principios de libertad e igualdad” del matrimonio que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes y los efectos que éste produce, y concluye con la aclaración que puede ser constituido por “dos personas de distinto o igual sexo” -debió decir *género*-.

Este encuadre liberador de los requisitos y efectos personales del matrimonio, e incluso de la familia, evidencia un desajuste con la regulación conservadora que se mantuvo en cuanto a sus efectos económicos. Para Basset, debería eliminarse toda regulación, asignar plena libertad a los cónyuges y establecer un sistema de separación cuyo único gravamen a las libertades individuales de disposición estuviera dado por la protección de los derechos de los niños.¹

El Código en esta temática evoluciona frente a su antecedente de 1869² diagrama en su metodología normativa del segundo Libro destinado a las relaciones de familia un título destinado al matrimonio, otro al régimen económico y otro a uniones convivenciales (además, otros 5 títulos que componen el Libro). Se destierra el desafortunado concepto de “sociedad conyugal”, brinda la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales *tasados* para el matrimonio y contempla un estatuto patrimonial de base, aplicable a cualquiera de los estatutos económicos o de disciplinamiento que rija al matrimonio. Este régimen imperativo fija las contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limita de diversas formas, la autonomía de la esfera de acción de los cónyuges.

Podemos definir al régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés- patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges y entre éstos y terceros.³

Con la sola celebración del matrimonio, ante la ausencia de convención matrimonial de manera subsidiaria rige el régimen de comunidad. En el Código originario este estatuto era imperativo, la voluntad de los cónyuges no incidía en su estructura ni en la fecha de entrada de vigencia, sólo se circunscribía a dar nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustentaba –sin perjuicio de los supuestos de excepción para cambiarlo-

¹ Basset, Ursula (2012). Régimen patrimonial del matrimonio [en línea]. *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Bs As: El Derecho. en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/regimen-patrimonial-matrimonio-basset.pdf>.

² El cambio era necesario, la sociedad contemporánea a Vélez Sarsfield, el contexto económico y las relaciones laborales y comerciales, son diametralmente diferentes a las actuales.

³ Para Santiago Fassi régimen patrimonial matrimonial es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio. En *Regímenes matrimoniales*. T. XXII, p. 242. Revista del Colegio de Abogados. 1944. En igual sentido Belluscio, Augusto C. *Regímenes matrimoniales*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, p. 410. Bs. As. 1967.

Sin importar el régimen económico que se adopte, dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceros. Internamente es esencial satisfacer los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial, contribución a los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes de cada uno de los cónyuges. En las relaciones con terceros, lo prioritario es mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes, con ellos, han establecido relaciones jurídicas de orden patrimonial.⁴

2. Orden público y autonomía de la voluntad.

Lejos del criterio restrictivo e imperativo sentado por Vélez, el X Congreso Internacional de Derecho de Familia consideró que “La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella”.

No se menoscaba el orden público, ni afecta la seguridad jurídica, por el sólo hecho de darse cabida a la autonomía de la voluntad y permitir optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites y principios (protección de la familia, hijos menores de edad o incapaces, derechos de terceros).⁵ Admitida la posibilidad de elección, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica o no.

La compatibilidad se presenta según que la ley posibilite elegir entre dos o más regímenes alternativos específicamente regulados hasta contraer nupcias, impidiéndoles luego cambiarlo o establecer modificaciones; o hacer combinaciones entre los regímenes tipo, para introducir variaciones o para pactar un régimen distinto a los ofrecidos por la legislación local; o que una vez casados, puedan mutar de un régimen a otro –sin introducir alteraciones-.

La última de las variables expuestas que conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público, es a la que adhirió el Código de 2014. La faz

⁴ Zannoni, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T.1, p. 377. 2ª ed. Astrea. Bs. As. 1993.

⁵ Según Guaglianone “el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate” y el grado de orden público del derecho matrimonial, está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad. Guaglianone, Aquiles H. *Régimen patrimonial del matrimonio*. T.I, p. 18. Ediar. Bs. As. 1968.

pública se encuentra en la determinación de la estructura legal que diagrama el Estado en la que podrá posicionarse patrimonialmente cada matrimonio, especificándose en cada uno de ellos los derechos, deberes, cargas comunes, etc. que imperarán en cada régimen económico y a través de la justicia evaluar el cumplimiento al marco de ejercicio.

La autonomía de la voluntad oscilará en los contrayentes permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro, o simplemente no optar por ninguno para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y a los cónyuges, variar de régimen por considerar que equivocaron en su decisión u omisión inicial, o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad, ahora son diferentes y consideran oportuno mutar de régimen.

Los cónyuges son los más capacitados para planear su futuro, organizarlo y proteger su patrimonio familiar. El Estado no puede contemplar en su espectro jurídico la vida interna de cada matrimonio, prever su organización o administración hogareña, o si uno solo o ambos cónyuges, sean los que aporten bienes para el mantenimiento del hogar, o evitar que ellos lo determinen pero sí puede imponer ciertos límites que van desde el respeto al orden público, las buenas costumbres, la igualdad de los cónyuges, hasta la elaboración de un estatuto patrimonial primario en protección de la familia y su hogar. Expresa Medina, “estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a la minoría arbitrariamente la regulación de sus derechos”.⁶

El estatuto económico del matrimonio debe adecuarse a la laxa disciplina que la ley impone a la institución pero el tono de imperatividad de sus normas debería sincerarse con la realidad de que el matrimonio civil, declinante por obra misma del legislador, no puede estar regulado respecto de sus aspectos económicos, como en los tiempos de su esplendor.⁷

⁶ Medina, Graciela - Kanefsch, Mariana. *Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial*. J.A. 1999-III-958.

⁷ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. T.I., p. 585, 5º ed. Astrea. Bs. As. 2006. Mazzinghi, Jorge Adolfo. R.N. 902, p.189. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Idem en Proyecto de la Comisión designada por el Decr. 468/92.

3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero.

Hasta la sanción de la ley 26.994, la República Argentina era el único miembro del Mercosur -y uno de los pocos en América- que vedaba la autonomía de la voluntad para escoger un estatuto de disciplinamiento matrimonial. El esquema de Vélez -según Ley 2393-, necesitaba una adecuación de las normas de derecho internacional privado a fin de evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas que ya se habían suscitado.⁸ La ley 23.515 incorporó un “punto de conexión” fundamental (art 163 C.C.), y unificó en el *primer domicilio conyugal* todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. Así fueron aplicables en nuestro país las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero, y también se posibilitó que esas convenciones sean celebradas aquí si el primer domicilio conyugal fijado en país extranjero las admitía y allí fuera aplicable la convención formalizada.⁹

El Código sancionado en 2014 prosigue con el lineamiento del art. 163 del Código Civil, en consonancia con los Tratados de Montevideo de 1889¹⁰ y 1940. El art. 2625 establece que el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, también aplicable para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio y que las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.¹¹ Si los cónyuges deciden cambiar su domicilio a este país, puedan hacer constar en “instrumento público” –el artículo no especifica cuál- su opción de aplicar el derecho argentino; pensamos que la escritura pública cumple acabadamente con la garantía que la norma requiere de que el ejercicio de esta facultad no afecte el derecho de terceros.

⁸ Goulart –ex presidente de Brasil- y su cónyuge, celebraron capitulaciones prematrimoniales, pactando separación de bienes. Ella, casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador capitalino denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como *propio* de la viuda (conf. Art. 6º ley 2393), lo que fue confirmado por la Sala F de la CNCiv., sala F, 2/2/82 (E.D. 99-676). Goldschmidt califica la resolución como visualmente acertada pero duda si el resultado es satisfactorio Goldschmidt, Werner. *Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio*. E.D. 99-676.

⁹ Mazzinghi destaca esta particularidad y califica de saludable la modificación. Mazzinghi, Jorge A. *Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable*. L.L. 2004-D-1300. En igual sentido Rapallini, L.E. *Rég. internacional del patrimonio conyugal en el Cód. Civ. Arg.* R.N. 951, p. 619.

¹⁰ El art. 40 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación; mientras que el art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado, de común acuerdo, *antes* del matrimonio.

¹¹ El art. 2625 señala que en caso que no hubiera convenciones matrimoniales el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal– debió decir que no hicieran opción de régimen, ya que la convención pre matrimonial puede contener otras previsiones-.

Ese primer domicilio es el hecho que condiciona la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que luego muden el lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. En virtud de esto, un matrimonio celebrado e instalado en nuestro territorio y que luego se radicara en otro país que tuviese un régimen único, podría celebrar convención matrimonial y cambiar de régimen económico.

El Tratado de Montevideo de 1940 aclara como límite al régimen de bienes convenido aplicable de fuente foránea según el primer domicilio conyugal, todo lo que sea de estricto carácter real que esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. Esto no implica una contradicción, sino que conjuga el estatuto patrimonial matrimonial con aspectos de los bienes inmuebles distintos de aquellos que considera el régimen económico, y respeta la normativa local cuando estuviese en contradicción con la ley extranjera aplicable, por ejemplo la determinación de la calidad de los inmuebles, la capacidad para adquirirlos, modo de transferirlos, solemnidades que deben acompañarlos, etc. (así no podrían constituir en nuestro país un derecho real no reconocido por nuestra ley).¹²

Con respecto a la forma de las convenciones, continúa vigente el principio *lex loci regit actum*, por lo que se aplica la ley del lugar del otorgamiento del acto por ser un acto jurídico, mientras no se viole el orden público internacional.

4. Estipulaciones capitulares.

4.1 Críticas. Vélez Sarsfield consideraba que en esta Nación nunca se habían visto contratos de matrimonio, que no aparecían como necesarios y podían conservarse las costumbres del país; eligió regular las convenciones matrimoniales con los contratos ordinarios (Sección III del Libro II)¹³. Pensamos que si

¹² Si los contrayentes celebran capitulación matrimonial en el extranjero, optan por el régimen de comunidad y además, convienen por ejemplo la asignación de bienes *post mortem* –de conformidad a la ley extranjera-, se plantea el interrogante si en nuestro país es factible declarar la nulidad parcial de la última estipulación. Consideramos la invalidez parcial (por lo dispuesto en el art. 389); la aplicación del régimen legal argentino limita como objeto de las convenciones “únicamente” los establecidos en el art. 446. No puede verse afectado el orden público interno.

¹³ El sistema del Código Civil limitó las convenciones al inventario de bienes propios, reserva de administración por la esposa, donaciones del marido a la mujer y donaciones entre esposos para después de su fallecimiento. Nada más podía pactarse y menos aún, luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219). Vélez estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio; lo cierto es que siendo un régimen imperativo no se aviene con la idea de contrato.

no hubo costumbre a favor de las convenciones es porque el marco legal no lo permitía.

La distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley, se trata de otorgar a las partes el derecho de convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta al momento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro.¹⁴

En el mismo sentido que el régimen anterior los futuros esposos sólo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten¹⁵, y no pueden prever cómo se solucionarán sus relaciones en caso de ruptura o fallecimiento (el art. 447 es determinante). Si los futuros esposos realizan una convención sobre otro objeto relativo a su matrimonio distinto a los autorizados por el art 446, se verá afectada de nulidad, aunque relativa (conf. art. 279, 386 y 388), ya que la sanción es en protección del interés de los esposos.¹⁶

Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales, acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato – como en el caso de los enumerados en los incisos c) y d) del art. 446-, o simplemente consistirán en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran –incisos a) y b) del mismo artículo. Más allá de las restricciones legales, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones contractuales, y en función de la definición del art. 957 CCCN, pueden caracterizarse como contratos. De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual.¹⁷

4.2. Convenciones atípicas. Las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico están prohibidas en el nuevo Código al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), ya que las convenciones

¹⁴ En España (art. 1381 Ley 11/1981) los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de la actividad económica que desarrollan. Es causal de disolución de la sociedad de gananciales su incumplimiento reiterado (art. 1393).

¹⁵ Basset, Ursula C. ob. cit. *Régimen ...*. “Dado que en las diversas subcomisiones se trabajó en forma separada, la regulación del matrimonio y sus consecuencias personales no responde en absoluto al perfil de matrimonio que subyace a la regulación de los efectos económicos. El desajuste es evidente.”

¹⁶ En el mismo sentido que lo establecía el Código Civil en los arts. 1218, 953 y 1044.

¹⁷ Su efecto vinculante, el principio de buena fe, la posibilidad de someterlas a condiciones o plazos. O también hacerles aplicables las normas sobre ineficacia, y en su caso declarar la nulidad parcial si alguna estipulación transgrede el objeto reservado para las convenciones, y si esta es separable del resto, manteniendo incólume el resto de la convención matrimonial.

antes del matrimonio únicamente pueden versar sobre determinados objetos (art. 446).

4.3. Objeto. El régimen vigente amplía -parcialmente- el objeto tradicional de las convenciones matrimoniales. Los futuros cónyuges pueden pactar:

A. *La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.* Es un medio para pre constituir la prueba con relación al carácter de los bienes inventariados, y así evitar cuestionamientos futuros.¹⁸

B. *La enunciación de deudas.* Es otra forma de acreditar su existencia, y así al momento de la extinción de la comunidad se transforma en el derecho de recompensa que tiene el cónyuge si una deuda personal del otro fue solventada con fondos gananciales (arts. 489, 490 y 468).

C. *Las donaciones que se hagan entre ellos.* Este tipo de donaciones se rige por las normas relativas al contrato de donación, y sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra.¹⁹ La convención pre matrimonial es la oportunidad que tienen los contrayentes para hacerse donaciones, ya que luego de celebrado el matrimonio rige para ellos la prohibición del art. 1002 inc. d) CCCN si quedan sujetos al régimen de comunidad. Esta limitación no rige si su régimen es el de separación.

Si el matrimonio no se celebra, todas las donaciones –contenidas en la convención o fuera de ellas, pero en miras al futuro matrimonio- podrán considerarse pagos sin causa y el donatario deberá restituir lo donado y sus accesorios.

Las donaciones que en razón del matrimonio futuro les efectuaron los terceros, también llevan implícita la condición de que el matrimonio se celebre y sea válido (452); y si no se celebra, deberán restituirse al tercero los objetos donados.

¹⁸ Principalmente en el proceso de liquidación de la comunidad- sobre la calidad propia de los bienes, en especial si son bienes no registrables (dinero, joyas, obras de arte), en la cuantificación de las recompensas, etc. De conformidad con el art. 466 se presumen gananciales los bienes al momento de la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario.

¹⁹ El art. 451 refiere a las donaciones efectuadas en la convención, y el 452 a las donaciones efectuadas por terceros o entre novios fuera de la convención, con respecto a los efectos de las mismas frente a la celebración o no del matrimonio. Consideramos que la referencia del art. 451 es innecesaria ya que el art. 448 aclara que las convenciones matrimoniales solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio, y en tanto no sea anulado.

El plazo de validez de la oferta de donación que un tercero haga a uno de los novios o a ambos se fija en un año, transcurrido el cual, queda sin efecto si el matrimonio no se celebra. La oferta puede ser revocada antes de ser aceptada.

D) *La opción que los futuros esposos hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos.* Los contrayentes sólo pueden optar como estatuto regulador de sus relaciones patrimoniales, por el de separación de bienes; si no celebran capitulación pre matrimonial quedarán sujetos al régimen de comunidad.

4.4. Capacidad. Para celebrar las convenciones prematrimoniales y matrimoniales la capacidad se determina por la aptitud nupcial, y la general para otorgar actos de administración y disposición. Los sujetos de la convención matrimonial son los esposos mayores de edad con vínculo vigente.²⁰ Como acto bilateral, es suficiente que uno de los cónyuges sea incapaz para impedir su celebración.

Los **menores de edad** pueden contraer nupcias con autorización de sus representantes legales si tienen más de 16 años o con dispensa judicial si falta la mencionada licencia o si no han alcanzado la citada edad (art. 404, 645).

El art. 28 es el que limita los actos que el menor emancipado puede realizar, enumera aquellos que no puede ni aún con autorización judicial y entre ellos, se encuentra el de hacer donaciones de los bienes que hubiere recibido a título gratuito (inc. b). Los menores que han sido autorizados judicialmente para casarse, no pueden hacer donaciones en la convención, ni optar por el régimen de separación de bienes (450). El Anteproyecto original preveía que todas las personas menores de 18 años debían solicitar autorización judicial para contraer matrimonio, pero en el trámite parlamentario se introdujo la modificación que estableció las dos categorías de autorizaciones según que el menor de edad no haya cumplido los 16 años y que para casarse requiere dispensa judicial, del menor de edad de 16 o 17 años, que podrá contraer nupcias con la sola autorización de sus representantes (404). Este último supuesto no se encuentra contemplado en la restricción del art. 450, por lo que cabría interpretar

²⁰ La edad de los contrayentes es una limitación tenida en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho codificado aunque con variantes. En algunos países se impide la opción a los menores sin distinción, en otros se les permite optar por intermedio de su representante, con homologación judicial, mientras que otros ordenamientos le impiden la opción a los menores de determinada edad. Medina, Graciela. *El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*. DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 3.

que podrían celebrar convenciones matrimoniales optando por el régimen alternativo o efectuar donaciones al otro contrayente.²¹

No obstante este criterio, la doctrina mayoritaria considera que la prohibición de efectuar la opción por el régimen patrimonial y efectuar donaciones en la convención matrimonial, lo es para todos los menores de edad que hayan contraído matrimonio, sea con autorización judicial o parental.

Dichas prohibiciones –taxativas- rigen hasta alcanzar la mayoría de edad, y si los menores hubieran obtenido la autorización judicial para casarse siendo menores de edad y se casaran luego siendo mayores, la restricción no operaría.²²

Ninguna limitación se ha previsto para los mayores de una determinada edad partiendo de la base que la capacidad es la regla en materia de derecho civil.²³

4.5. Pluralidad de regímenes.

Tanto el Proyecto de Reformas como el Proyecto de Código Civil mantuvieron como régimen legal el de comunidad de ganancias. En el primero se permitió elegir entre el de separación de bienes y el de participación en las ganancias; en el segundo la única opción es por el de separación de bienes.²⁴ Podemos tomar diferentes criterios para clasificar los distintos regímenes patrimoniales, y podrá serlo por la inmutabilidad, según la normativa, la propiedad o gestión y administración de los bienes. Nos limitaremos aquí a los siguientes:

²¹ El Código Civil (art. 1222) permitía que los menores de edad pudieran hacerse donaciones en las correspondientes convenciones matrimoniales, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesitaba para contraer nupcias.

²² En caso que los menores, no obstante la prohibición, hubieran optado por el régimen de separación de bienes, la opción devendrá nula, los esposos quedarán sujetos al régimen de comunidad, y una vez llegados a la mayoría de edad, podrán confirmar el acto. La única convención que pueden celebrar es para casos de avalúo de bienes y deudas.

²³ Si la capacidad de personas de edad avanzada se reduce por disposición judicial por insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, podrá ser interdicta y la sentencia que la declare determinará la extensión y límites de la interdicción; especificará los actos que pueda realizar por sí o con asistencia de apoyos, considerando el sistema de incapacidad gradual.

²⁴ Las reformas previas han agregado capas legislativas al texto originario del Código Civil muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilidad ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua de lograr. Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales, y como excepciones tenemos con régimen obligatorio único a Bolivia; Rusia, República Federal de Yugoslavia, Hungría, otros algunos países socialistas del Este; o Portugal que impone como régimen de separación a los matrimonios *in articulo mortis*; o por la edad de los contrayentes en el caso de Brasil cuando el hombre tiene más de 60 años o la mujer más de 50. En todos los países existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes, y termina por constituirse en cada país, en un régimen nacional, dominante y tradicional.

4.5.1. Comunidad de ganancias. El espíritu societario lo anima; se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos, quienes participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. En este régimen se forma una masa de bienes que al momento de la disolución se dividirá entre los cónyuges o entre uno y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición, no se trata de copropiedad o condominio sobre ellos, y según su extensión determina distintos tipos de comunidad. El principio de administración separada lo establece el art. 469 CCCN, y retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la comunidad. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que la componen.

Según la extensión de la masa común (los bienes que integran la comunidad, el porcentaje a dividir a su finalización y la administración de la misma) se describen diferentes tipos de comunidad: *universal*²⁵, *restringida de muebles y ganancias*²⁶ y *restringida de ganancias*²⁷, que es el vigente en nuestro país.

4.5.2. Separación de bienes. Existe independencia patrimonial entre los cónyuges, el matrimonio no modifica la propiedad de los bienes (no hay masa común partible) y no da a los consortes expectativas comunes sobre los mismos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y los que adquiriera con posterioridad, por título gratuito u oneroso. La administración y disposición es libre, salvo disposición de la vivienda familiar que forma parte del estatuto primario. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común; no hay calificación de los bie-

²⁵ Este régimen abarca todos los bienes que llevan los cónyuges al matrimonio y los que adquieran después, sin importar el origen. Hay responsabilidad común por las deudas que ellos contraigan. La proliferación de divorcios lo hace actualmente injusto e inaplicable.

²⁶ Los bienes muebles llevados al matrimonio, los frutos de los bienes propios y las ganancias o adquisiciones que realicen los cónyuges durante el matrimonio, son comunes. Los bienes propios son los inmuebles que cada cónyuge lleva al matrimonio y las adquisiciones gratuitas que realicen durante la unión. Se forman tres masas de bienes: los bienes inmuebles propios de la mujer; los bienes inmuebles propios del marido; y los comunes o gananciales formados por los bienes muebles llevados al matrimonio o adquiridos luego y los inmuebles que no sean propios. Los bienes comunes se dividirán al terminar la comunidad entre los esposos, sin atención a su origen.

²⁷ Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio, y los frutos de los bienes propios, son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.

nes, ni derechos sobre los bienes del otro ni derecho a las ganancias.²⁸ Es el sistema que más se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin la colaboración del otro.

El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del supérstite, lo mismo que el divorcio no involucra división patrimonial. Nuestro régimen sucesorio se encarga de otorgarle al supérstite un reconocimiento a la cooperación, el esfuerzo común y la solidaridad, al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante, o permitir mejorarlo vía testamentaria.

4.5.3. Participación de ganancias. Durante la vida del matrimonio cada cónyuge mantiene la libre administración y disposición de sus bienes, al igual que en el régimen de separación, pero es al momento de la disolución y a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas, quien tuvo menos ganancias tiene un crédito contra el otro, hay un reparto de ganancias.²⁹ Es el sistema que más prestigio ha adquirido en los últimos años, pero que no se ha impuesto por las dificultades que plantea el cómputo de los patrimonios inicial y final.

4.5.4. La opción de mutabilidad del régimen. El Código vigente³⁰ dispone que los contrayentes pueden elegir exclusivamente uno de los regímenes previstos, no pueden modificar el que eligen, crear uno o substraerse a régimen alguno.³¹

Las convenciones son facultativas, pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio en cualquier momento que consideren y las veces que lo deseen, siempre que se ajusten a las disposiciones pre-establecidas; como también dejarlas sin efecto y casarse sin convención alguna.

²⁸ En muchas legislaciones se han atenuado las consecuencias de la separación a los efectos de proteger el patrimonio familiar común, restringiendo el poder de disposición o el destino final de estos bienes. Nació en el derecho romano, luego se desarrolló en los países del *Common Law*. Hoy es el régimen opcional en algunos países y en otros el legal básico.

²⁹ Se valúan los bienes aportados al matrimonio, se comparan con los bienes del patrimonio al momento de la disolución y la diferencia entre esos valores da como resultado la pérdida o ganancia de cada uno durante el matrimonio, equiparándose las ganancias obtenidas.

³⁰ En Vélez los pactos prenupciales no podían ser modificados luego de celebrado el matrimonio (art. 1219 del C.C.). Los motivos de esta inmutabilidad eran evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas; para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original; y para que éstos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

³¹ En el derecho español está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen.

Luego de la celebración del matrimonio los cónyuges pueden cambiar el régimen patrimonial matrimonial aplicable –sea el de comunidad o el de separación- (conf. art. 449) pero debe transcurrir al menos un año desde la fecha de celebración del matrimonio (y no desde la fecha de la convención matrimonial anterior que incluyera la elección del régimen de separación de bienes, porque el artículo mencionado señala que dicho plazo se cuenta desde la aplicación del régimen, y ello ocurre recién cuando el matrimonio es celebrado), o desde la aplicación del elegido si fuera con posterioridad. Los efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte. El cambio de régimen lleva como consecuencia inmediata, la extinción y cese del régimen anterior debido al reemplazo por el nuevo.

Las convenciones están sujetas a la primera condición que es la celebración del matrimonio válido. También pueden establecerse condiciones distintas siempre que no sean prohibidas, contrarias a la moral o las buenas costumbres o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado (conf. art. 344 CCCN). Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona (v.gr. elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil, o cambiar o no de género –aunque esta última no esté incluida expresamente-). Las condiciones podrán ser suspensivas o resolutorias.³²

Los futuros esposos pueden acordar sujetar el régimen de comunidad como el de separación de bienes, a un plazo, que no podrá ser menor a un año, ya que es el mínimo de vigencia de cualquiera de esos regímenes.³³

Pensamos con Mazzinghi, que una convención podría contener un pacto relativo a la explotación o el destino de un establecimiento luego de la muerte de uno de los cónyuges en el marco del art. 1010 segundo párrafo y en tanto no se vieran afectados los derechos de algún heredero legítimo, aún cuando no

³² Consideramos aplicables cláusulas como en España, donde se aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos, por ejemplo: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

³³ En la doctrina Española enseña Castan Tobeñas que "no parece haber inconveniente para admitir la validez del término inicial o final,...; si los cónyuges han acordado determinado régimen por cierto tiempo de duración, habrá que entender que antes del vencimiento del plazo estarán obligados a pactar de nuevo, y si no lo hacen, que regirá el legal; por el contrario, si acuerdan antes de casarse que el régimen que convienen solo regirá a partir de tal año de su matrimonio, ello equivaldrá a acogerse al régimen de gananciales hasta que llegue tal momento". Citado por Medina, Graciela, ob. cit. "*El régimen patrimonial ...*".

fuere una estipulación permitida por el art. 446, puede ser considerada de naturaleza contractual como un pacto sobre herencia futura permitido.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se permite la imposición del cambio por uno solo de los esposos.

No existe límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen económico, únicamente que dicha modificación solo puede ser practicada luego de transcurrido el plazo legal. Para cierta doctrina³⁴ debió existir un límite de cambios expreso para evitar la inseguridad jurídica que provocaría frente a terceros acreedores de los cónyuges, opinión que no compartimos.³⁵

El cambio de régimen no es en sí fraudulento, aunque responda a la motivación de proteger razonablemente el futuro del patrimonio de los esposos. Para que pueda ser calificado de fraudulento, el acreedor debe ser de causa anterior a la convención salvo que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores y que la convención haya causado o agravado la insolvencia del deudor, conociéndolo el otro cónyuge.

Garrido de Palma³⁶ sostiene que el notario tiene una actuación cautelar, de protección preventiva, que ha de procurar que la modificación del régimen de capitulaciones *post nupcias* sea en aras del interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros.

Las causas que podrían llevar a los cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residencia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo que el consorte no los comparta

³⁴ Sambrizzi, Eduardo A. *Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial*. L.L. 04/11/2014. Roveda, Eduardo G. *El régimen patrimonial del matrimonio*, p. 349. Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Dtor. Julio C. Rivera. Abeledo Perrot.

³⁵ En igual sentido Solari, Néstor E. *La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial*. Revista del Colegio de Abogados de la Prov. de Bs. As., Edic. XLVI, año XXV, abril 2015, p. 18. Según Aída Kemelmajer de Carlucci, *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al código civil (Decreto N°468/92)*. JA 1993-IV-842, podrían darse varias posibilidades en la legislación: a) Plena libertad sin límites en cuanto al número de cambios, con régimen conveniente de publicidad (Dinamarca, Esocia, España, Finlandia, Francia, Israel, México, Noruega, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Polonia); b) elegido un régimen en la convención nupcial, sólo puede cambiarse por el legal supletorio; c) inmutabilidad del régimen oportunamente elegido (Bélgica, Brasil, Uruguay, Japón, Sudáfrica y países de la denominada "África negra").

³⁶ Garrido De Palma, Víctor M. *La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial* en Instituciones de Derecho Privado. T. IV, Vol. 1º p. 213. Civitas. Madrid. 2001.

o sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común, o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) la separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse.³⁷

El régimen patrimonial solo puede modificarse por escritura pública y anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para producir efectos frente a terceros (449). Justamente en miras a esa protección de los terceros, es que se prevé que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos, en el término de un año a contar desde que lo conocieron. Este plazo de caducidad puede generar una inseguridad importante, ya que no se cuenta desde la anotación marginal sino desde que el acreedor conoció efectivamente la modificación.

5. Régimen patrimonial primario.

La igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca da lugar a la aparición de un régimen primario, también llamado *estatuto patrimonial de base* o *estatuto fundamental*, en el que se pretende un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido. Es posible elegir éste último pero prohibido derogar el primero. Se contemplan una serie de pautas inderogables comunes a todos los estatutos de disciplinamiento matrimonial, con las que pretende concretar la protección mínimamente indispensable a la institución familiar.

Estas normas de naturaleza imperativa, permanente y de orden público, prevén un deber de contribución de los cónyuges a afrontar las cargas del hogar y los gastos propios de los hijos; la responsabilidad por la actividad de cada cónyuge, según que la obligación se haya generado o por el beneficio que produjo o pudo producir para la familia, etc.³⁸, advirtiéndose que fuera de los casos previstos –excepto disposición en contrario- ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

³⁷ Conf. Vallet De Goytisolo, Juan. *Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna*. Conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Sec. de práctica jurídica.

³⁸ El proyecto “Reformas al Código Civil” elaborado por la Comisión designada por Decreto 468/92 como el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio”, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, también proponían una regulación fundamental o base.

5.1. Deber de contribución.

5.1.1. Objeto de la contribución. El Código fija cómo contribuirán los consortes a las necesidades económicas de la familia (entendida en sentido restringido a cónyuges e hijos) y del hogar.

Hogar. Debe entenderse la sede de la familia, ya sea que resida en una vivienda construida sobre un inmueble propio de uno u otro cónyuge, o una edificación locada de manera constante u ocasional (habitación de un hotel o pensión); e incluso la residencia en una casa ambulante (circo o caravana).³⁹

Hijos. Se introduce expresamente la asistencia y obligación alimentaria no solo entre los cónyuges sino también hacia los hijos en común o a los hijos menores de edad, con discapacidad o capacidad restringida de uno de ellos que convivan en el hogar (676). La contribución en el caso de los hijos comunes se extiende, en el caso de los incapaces mientras dure la incapacidad, hasta los 21 años aún cuando no convivan con sus padres y siempre que no cuenten con recursos suficientes para proveérselos a sí mismo (658) y subsistirá hasta los 25 años si prosiguen sus estudios o se capacitan en un arte u oficio (663), siempre que no pueda sustentarse de manera independiente. El deber de contribución hacia los hijos de uno solo de los cónyuges, cesa si concluye la convivencia en el hogar común⁴⁰, y no se extiende al perfeccionamiento o estudios de los mayores de edad menores de 25 años.

Familiares. El estatuto fundamental no comprende la manutención de otros familiares, a cargo de uno de los cónyuges, pero destaca Medina que en el supuesto que transitoriamente se encuentren en el hogar común, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar.

Alimentos. El art. 659 establece una enumeración –que consideramos meramente enunciativa– de las necesidades de los hijos que incluye la manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio; pero que

³⁹ Medina sostiene que el hogar puede ser normal o transitorio. Por ej. Cuando se traslada por motivos laborales, de enfermedad o estudio y reside en un lugar que no es el habitual.

⁴⁰ Esta obligación se correlaciona con la obligación alimentaria instituida al progenitor afín que vive con el progenitor biológico que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (676) y el deber de cooperar en su crianza y educación, realizar actos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones en caso de urgencia. Conf. Lamber, Néstor D. en “Código Civil y Comercial”, t. 2, p. 409. Astrea – FEN. Bs. As. 2015.

ampliándolos a la familia comprende los bienes y servicios para cubrir las necesidades vitales como entretenimiento, transporte, suministros corrientes, servicio doméstico, reparaciones ordinarias.

5.1.2. Forma de la contribución. Basados en la igualdad entre los esposos se regula la obligación de los cónyuges de contribuir con todo su patrimonio a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos sin importar cual haya sido el origen de la deuda o el cónyuge contratante, y la forma de contribución lo será en proporción a sus recursos.⁴¹

El pasivo del régimen económico matrimonial tiene dos aspectos: Con qué *bienes* responden los cónyuges frente a sus acreedores (obligación o “pasivo provisorio”) y *quién* en definitiva soportará el peso de la deuda en la relación interna matrimonial (contribución o “pasivo definitivo”). En un principio la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración en cabeza del marido (art. 1275 C.C.). La ley 11.357 (arts. 5º y 6º), introdujo la regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores estableciendo su separación en función de la titularidad de los bienes; cada uno respondía por sus deudas con los bienes, propios y gananciales adquiridos y que administraba⁴², sin que los acreedores pudieran extender la responsabilidad a los del otro. Solo en ciertos casos podía extenderse en forma limitada a los frutos del patrimonio del que no contrajo la obligación (art. 6º), y este no podía impedir la ejecución íntegra de un bien ganancial de su cónyuge⁴³, limitación que hoy es superada por la solidaridad en la responsabilidad solo en cuanto a las deudas enmarcadas en el deber de contribución primario.

Extensión. El límite de hasta donde cada cónyuge responderá con todo su patrimonio en esta solidaridad familiar que impera en el estatuto fundamental frente a los acreedores, dependerá de evaluar y determinar una serie de elementos característicos sobre los que no hay uniformidad de opiniones. Medina sintetiza en el fin del gasto, su razonabilidad en relación al standard de vida de la familia, que se trate de necesidades ordinarias y sean gastos usuales.

Proporción de la contribución de cada esposo. El aporte de uno y otro consorte, no se regula desde el punto de vista económico, ni con la determinación de

⁴¹ El art. 1300 C.C. fijaba que la contribución era proporcional a los bienes de cada cónyuge.

⁴² CNCiv., sala C. 28/11/1995. LL 1996-C, 123. La responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio, sin importar el carácter de los bienes.

⁴³ CNCCom., en pleno, 19/8/1975. *Banco de la Prov. Bs.As. c. Sztabinski, Simón*. ED, 63-496.

una cuota, sino con el aporte con el que deben contribuir a diario para el sostenimiento de las erogaciones habituales y propias de la convivencia familiar. Cada cónyuge contribuirá en la medida de sus recursos económicos. Estos aportes pueden ser tanto económicos como mediante el trabajo en el hogar o personal en general (colaborar en la actividad del otro), aunque lo complejo aquí es cuantificar el trabajo personal en el hogar (en el que inciden las capacidades físicas, espirituales, disponibilidad de tiempo).

5.1.3. Exigibilidad. El deber de contribución puede presentarse en su faz externa (relación con acreedores) o subsistir en la órbita interna de las relaciones entre cónyuges. A diferencia de la legislación anterior donde cobraban vigencia al tiempo de la disolución de la comunidad, ahora la exigibilidad es constante, ya que el cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por su consorte a cumplir con su deber de contribución (455). No se establece el momento en el que puede ser pasible el reclamo, pero las características y naturaleza de la obligación harán a la inmediata y necesaria celeridad resolución judicial.

5.1.4. Responsabilidad solidaria. El art. 461 del CCCN. rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges respecto de los acreedores, determina como principio general que “ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro” sea cual fuere el estatuto económico. Pero también incorpora la *solidaridad* entre los cónyuges para responder con todo su patrimonio cuando las obligaciones sean contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes y no comunes que convivan con ellos, además del sustento propio.⁴⁴ Como se trata de una excepción al principio general, el criterio de interpretación es

⁴⁴ Atención de las necesidades del hogar se entiende: Asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones familiares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. El término hijos abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior, extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar. CNCiv., Sala C, diciembre 21-995. LL, 1996-D, 467. Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con respecto a conservación de los bienes comunes no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Fleitas Ortiz De Rozas, Abel y Roveda, Eduardo. *Régimen de Bienes del Matrimonio*, p. 136. 2º ed. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Bs.As., La Ley, 2006. En caso de reparación de bienes propios sólo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados expresamente. Estará a cargo del acreedor probar que la obligación asumida por uno de los cónyuges es para solventar cargas familiares.⁴⁵ Es un caso de responsabilidad por deuda ajena, y es concurrente; el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego realizar los bienes del otro.⁴⁶

5.2. Inejecutoriedad de la vivienda.

La protección de la vivienda habitual de la familia es uno de las novedades del nuevo código; supera al régimen de Vivienda del art. 244, ya que no solo se la protege de los actos de disposición que realice uno de los cónyuges o convivientes, sino que se la ampara de la agresión externa de los terceros acreedores. La razón de la protección es ponderar el derecho constitucional a la vivienda –incluido el matrimonio sin hijos-, presumiéndose el carácter familiar.⁴⁷ Esta protección legal, no requiere el previo registro ni publicidad jurídica alguna.

5.2.1. Aplicabilidad. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, excepto que la deuda haya sido generada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro (456, 522). Pero si la deuda de uno de los cónyuges se generó con anterioridad al 1 de agosto de 2015 –accidente automovilístico ocurrido el 1 de marzo de 2014- y el matrimonio se celebró en 2010, época desde la cual residen en su vivienda familiar ¿habrá de primar el derecho constitucional a la vivienda o el derecho del acreedor anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código que refleja específicamente la manda constitucional?. A nuestro criterio el derecho a la vivienda es un derecho constitucional fundamental del hombre de vital necesidad de disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad que debe ser protegido.⁴⁸ La claridad del precepto se empaña con la realidad

⁴⁵ Lamber, Néstor D., ob. cit., p. 461.

⁴⁶ El cónyuge no contratante sólo discutirá si la deuda encuadra dentro del *deber de contribución familiar*, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

⁴⁷ Coincidimos con Medina que el inmueble puede ser ejecutado por deudas que deriven de tasas, contribuciones, expensas, obligaciones por reformas en el inmueble, ya que se entiende que ambos han asentido la prestación o la mejora o se han beneficiado con ella, porque hacen al sostenimiento del hogar familiar y los cónyuges responden solidariamente con su patrimonio.

⁴⁸ En este sentido, predica Kemelmajer que el art. 456 también rige para las obligaciones contraídas antes del 1 de agosto de 2015, porque la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad. Kemelmajer de Carlucci, Aída: *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Segunda Parte, p. 136. Rubinzal Culzoni. 2016.

práctica que deberá dirimirse en una prudente apreciación judicial entre ambos derechos constitucionales.⁴⁹

5.2.2. Extensión dinámica de la vivienda común. El concepto de vivienda familiar debe interpretarse en sentido amplio, dinámico e integral, resguardando *ministerio legis* el derecho sobre la vivienda y también el derecho a la vivienda. Así se entiende como vivienda la propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal; el inmueble de propiedad de ambos o alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo; el mueble, casa rodante o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente; el lugar donde cada uno de ellos resida cuando han resuelto no cohabitar.⁵⁰

La singularidad de la protección no reside en que hayan de ser los cónyuges cotitulares de la propiedad o del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral. De modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo, cederlo en los casos que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etc.

Este criterio dinámico de vivienda familiar no alcanza a viviendas o residencias alternativas o secundarias, como la casa de fin de semana o de vacaciones.⁵¹

5.2.3. Cosas muebles. La inejecutoriedad de la vivienda familiar incluye los muebles indispensables –ajuar y mobiliario de uso ordinario siempre que subsista como tal- frente a deudas contraídas luego de celebrado el matrimonio.

5.2.4. Prueba. Las primeras interpretaciones notariales –posición en la que nos enrolamos- sostienen que no es causa de observación del título del bien transmitido la ausencia de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular del inmueble manifiesta que el mismo no constituye vivienda familiar.⁵² Si eventualmente el cónyuge no titular cuestionase el acto, estará a cargo del dispo-

⁴⁹ La Corte advierte que en la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica, además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia, procura que al percibir su crédito el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto. CSJN. *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra y otro s/ejecución hipotecaria*, 15/03/2007. t. 330 p. 855.

⁵⁰ Medina, Graciela: ob. cit. *El régimen patrimonial*

⁵¹ Kemelmajer de Carlucci señala que en la Family Home Protection irlandesa del 12/7/76, el término vivienda (*dwelling House*) incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil o parte de ellos, utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etc. unidos a la misma y utilizados usualmente con la vivienda. *La protección jurídica de la vivienda familiar*, p. 181. Hammurabi. 1995.

⁵² 38º Jornada Notarial Bonaerense (2013). XXXIX Convención Notarial de C.A.B.A. (2012).

nente probar que dicho bien prescinde del asentimiento por no afectado el interés familiar.

5.3. Asentimiento.

El Código prevé un tratamiento diferencial para el asentimiento según las circunstancias: el asentimiento del cónyuge para enajenar o gravar bienes gananciales, el asentimiento del cónyuge o del conviviente para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta o transportarlos fuera de ella y el asentimiento del cónyuge o del conviviente para desafectar y cancelar la inscripción del inmueble del régimen de vivienda (255). Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro, una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para la validez de él. Quien lo presta no co-dispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto, el único que dispone es el titular. Esto se advierte nítidamente en el art. 456 *in fine* cuando distingue según que el acto haya sido contraído "...por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro". El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio, no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer, ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues éste ingresará a la masa de administración del disponente. Sólo asiente o lo niega, o se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) que pretenda realizar el cónyuge titular del bien.⁵³

No hay imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento, podrá ser por instrumento público o privado, incluso verbalmente (262), pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con esa forma (1017). Puede ser otorgado simultánea o anticipadamente y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición (459 primer párrafo *in fine*).⁵⁴

El *asentimiento anticipado* requiere contener no sólo el acto para el que se otorga sino también sus elementos constitutivos -precio, plazos para el pago,

⁵³ C1ºCiv. Com. La Plata, Sala II, 13/6/72, ED, 44-543; CNCiv; Sala B, 7/5/96, LL, 1996-D-732. Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión.

⁵⁴ Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca. Cám. Apel. Civ y Com. Rosario, Sala II, 29/8/69. ED, 33-598.

entrega de la posesión, etc.- (457). Junto con la restricción impuesta para que un cónyuge otorgue poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento en los casos del art. 456 (459), se busca evitar el asentimiento general anticipado.⁵⁵

5.3.1. Asentimiento y vivienda familiar. Se protege imperativamente la sede de la vivienda familiar con los muebles que lo conforman, y se deja de lado la denominación de hogar conyugal por no abarcar las uniones convivenciales. No se permite **disponer** de los derechos sobre la vivienda familiar, y tampoco se admite transportar el mobiliario fuera de ella.

Disponer de los derechos sobre la vivienda, es más abarcativo que actos de disposición, dado que engloba tanto actos disposición de contenido real (venta, permuta, constitución de derechos reales de garantía), como también actos de disposición de tipo personal (locación, comodato, cesión de boleto).

Es intrascendente para proteger a la vivienda familiar la existencia de hijos menores o incapaces; es suficiente con el matrimonio –sin importar el régimen económico - o la unión convivencial inscripta y su habitación en el bien.

La protección de la vivienda procede sin importar que la titularidad del inmueble se encuentre en uno de los integrantes del matrimonio o de la unión o en un tercero. El fin tuitivo integral a la familia se centraliza en la garantía constitucional del derecho de acceso a la vivienda, extendiéndose a cada uno de los muebles indispensables que la integran. Se evita de esta manera que uno de los cónyuges disponga forzosamente del bien sede familiar, eludiendo la restricción a la facultad de disponer impuesta; como también de las deudas reales o simuladas contraídas con posterioridad a la celebración del matrimonio por uno de ellos.⁵⁶

Distinto es el supuesto cuando lo que se pretende es la desmembración del dominio (constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre), si bien se exige este asentimiento para cuando se pretenda gravar o enajenar el bien,

⁵⁵ Se sanciona la actitud fraudulenta de un cónyuge que pretende burlar las legítimas expectativas del otro cónyuge a participar en la división por mitades de los bienes gananciales. C.Apel.Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sala II. Gg.A.M. c/M.H.T. s/Ordinario. 1/2/2016. MJ-JU-M96924-AR.

⁵⁶ Medina plantea el interrogante si correspondería requerir este asentimiento cuando uno de los cónyuges va a vender el inmueble con reserva de usufructo, pronunciándose en forma negativa porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien. Medina, Graciela, ob. cit. *El régimen patrimonial ...*

consideramos que es extensivo para éstos casos si se afecta la vivienda familiar.

5.3.1.1. Nulidad. En aquellos actos en los que se disponga sin el asentimiento previsto en el art. 456, el Código prevé la posibilidad de demandar su nulidad o la restitución de los muebles dentro del plazo de seis meses de haber conocido la situación⁵⁷; aclarándose que ese término de caducidad no puede extenderse más allá de los seis meses de haberse extinguido el régimen matrimonial.

Preocupa la situación jurídica dinámica en la que quedarán los inmuebles objeto de un acto dispositivo (venta), cuando el vendedor no cuente con el asentimiento previsto en el art. 456, en particular cuando el primer adquirente, lo vuelva a transmitir. Este asentimiento está impuesto, no en protección del interés de un cónyuge regido por la comunidad de gananciales, sino en el interés supremo de la familia; por ello se impone la sanción de nulidad por sí sola, que en un primer momento queda bajo el contralor del cónyuge –o conviviente- no titular del bien pero que en los casos de omisión, negativa injustificada o imposibilidad, el Estado asume esa potestad y el órgano judicial pasa a desarrollar la función tuitiva.

El art. 392 incorpora una protección para ese sub-adquirente, al establecer que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. La autoridad judicial evaluará si la adquisición de ese tercero se realizó a título oneroso y de buena fe para conservarlo en su posición o si el acto fue a título gratuito o conocía que allí se encontraba la vivienda familiar –mala fe-, circunstancias por las que no se aplicará la protección del 392.

La omisión de prestar el asentimiento puede ser subsanada mediante la confirmación expresa que otorgue el cónyuge asintiente a través del acto instru-

⁵⁷ Art. 506 del proyecto de 1998 fijaba un plazo de un año. En este caso, tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables transcurridos los 6 meses contados desde la venta inicial, creemos que debe considerarse suficiente la publicidad registral prevista en el art. 1893 y la posesión pacífica otorgada al subadquirente.

mental que reúna las formas del acto que se sanea (394), con expresa mención de la causa de invalidez y de su voluntad de confirmarlo.⁵⁸

5.3.1.2. Venia judicial. En caso de negativa injustificada a prestar el asentimiento, o si el cónyuge está ausente, es persona incapaz o transitoriamente impedido de expresar su voluntad, se puede solicitar la venia judicial supletoria y el juez se limita a dar su autorización si no está comprometido el interés familiar.

La autorización judicial sólo puede ser dada para que el cónyuge titular disponga, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición. La jurisprudencia ha coincidido que cuando el acto prive al cónyuge o a sus hijos de la habitación contraría el interés familiar, y la autorización sólo procede si se otorga otro hogar de comodidad suficiente según el estándar de vida familiar.⁵⁹

El acto otorgado con esta autorización judicial, no requiere ratificación posterior ni suscripción por parte del cónyuge que debió prestar el asentimiento. Es un acto eficaz y oponible al cónyuge.

La distinción que opera entre el asentimiento requerido en relación a la vivienda familiar y su mobiliario con el previsto en el art. 470, radica en que en este último caso el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas a la participación común en los gananciales, a la disolución del régimen y prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente, bienes de significativo valor económico del haber común.

5.3.2. Asentimiento y bienes gananciales. Dentro del régimen de comunidad se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes, contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro; a diferencia del supuesto anterior analizado de la protección del interés familiar.

El art. 470 CCCN se presenta con un principio general, donde aclara que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Se requiere el asentimiento del otro para “enajenar o gra-

⁵⁸ Los actos de obligación no provocan por sí mismo la pérdida o gravamen de un derecho, sino que sólo obligan a ellos, sólo produce relaciones obligatorias. Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció el hecho de un tercero, sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura. CNCom, Sala A, 23/11/76, ED, 73-229.

⁵⁹ CNCiv. Sala C 27/5/86. *M.J.M c. M.D.M.*, JA 1986-IV-150.

var”: a) Los bienes registrables. b) Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824. c) Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior. d) Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. e) Las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.⁶⁰ Concluye el precepto con una remisión global a lo normado en los art. 456 a 459, lo que apareja incluso la sanción legal de invalidez para los actos que se celebren sin el asentimiento conyugal.

5.3.3. Asentimiento e indivisión postcomunitaria. Todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales enumerados, no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el *asentimiento* del cónyuge, aún extinguida la comunidad ya que durante la indivisión postcomunitaria si los ex cónyuges no acuerdan las reglas de disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad (482). Se impone -en esta etapa- la obligación de informar con antelación razonable la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

5.3.4. Asentimiento y poder. ¿Puede un cónyuge conferir poder especial al otro para que se otorgue a sí mismo el asentimiento previsto en el art. 470, cuando dicho poder contiene los elementos específicos y constitutivos del acto? La respuesta merece un análisis integral, aunque anticipamos nuestra respuesta afirmativa⁶¹. Literalmente el art. 470 *in fine* nos remite genéricamente a los art. 456 a 459. Una lectura apresurada del art. 459 nos conduciría a considerar la imposibilidad de admitirlo. Pero esta disposición se inicia admitiendo la posibilidad de otorgarse poderes –entre ellos- para ejercer facultades referidas al régimen matrimonial -permisión que corresponde sostener frente al art. 1002

⁶⁰ Queda cerrada así la discusión de si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compraventa. La C.N.Civ., Sala B, consideró al boleto como un acto de disposición. 14/12/71, ED, 42-608. Pero en realidad hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante quien deberá al momento de la transferencia del dominio, obtener el asentimiento, y si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación en este caso se resolverá. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene. Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego rehúse prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehúsa a darlo en la escritura, el adquirente tiene la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

⁶¹ En igual sentido Néstor D. Lamber –ob. Cit.-.

inc. d⁶²-con la restricción de que no se admiten para darse el asentimiento a sí mismo “en los casos en los que se aplica el artículo 456”. Es decir, fuera de este supuesto, el apoderamiento se encuentra admitido, lo que afirma el art. 375 inc. b CCCN.

Se establece la imposibilidad de otorgarse poderes irrevocables entre ellos en este sentido, ya que la facultad de revocación no puede ser objeto de limitaciones; pero en el supuesto de que exista un tercero –por ej. Comprador- se le puede conferir este tipo de poderes en virtud de lo previsto en el art. 380 inc. c. Finalmente, se concluye como regla, que el apoderado no está obligado a rendir cuenta de los frutos y rentas percibidos –salvo convención en contrario-.

6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales.

Se contemplan los efectos jurídicos de las uniones convivenciales otorgándoles una regulación específica para todo el país, reconociéndoles el carácter de familia a esos vínculos afectivos y también jurídicos, coexistiendo a la par del modelo matrimonial familiar, que ha dejado de ser la única forma relevante de desarrollo de un proyecto nacional.⁶³ La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer (2628).

Se posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes en base al principio de la autonomía de la voluntad consagrado.⁶⁴ Quizás el fundamento para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplina-

⁶² Alterini, argumenta que la restricción del art. 1002 inc. d) no puede ser aplicable para casos expresamente permitidos; fundamenta que en el antiguo régimen el contrato de mandato entre cónyuges era uno de los pocos permitidos y que ahora el Código Civil y Comercial lo regula expresamente, sea expreso o tácito y concluye que se trata aquí de un supuesto de representación voluntaria y no estrictamente de contrato de mandato. Alterini, Jorge, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. T. III. Comentario al art. 459. La Ley. Bs. As. 2015.

⁶³ La base o fundamento de la regulación de esta institución, ha sido la constitucionalización del derecho privado, asegurando el respeto a diferentes opciones de vida. Quienes optan por un sistema de organización familiar de tipo no matrimonial se autoexcluyen de la regulación legal derivada del matrimonio basando su vínculo familiar en la libertad y autonomía de la libertad.

⁶⁴ La unión convivencial podemos considerarla por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable, entre dos personas que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Implica la independencia patrimonial de cada uno, no están regidos por ningún régimen económico típico. El Tribunal Supremo español en 1997 rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio, y dijo: “no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve”.

rio patrimonial para una unión *more uxorio*, sea la eficacia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión, ya que es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos apartados de toda estructura formal.⁶⁵

Las uniones convivenciales registradas como aquellas que no se han registrado tienen la posibilidad de celebrar pactos y así diseñar su propio estatuto legal aunque con ciertas limitaciones impuestas (art. 513). El principio general lo encontramos en el art. 518 cuando señala que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. Estos pactos son contratos –bilaterales, consensuales, formales- destinados a regular las relaciones entre los convivientes; deben ser realizados por escrito y pueden prever un régimen de administración y disposición conjunta, separada o indistinta, todo lo relativo a la contribución de las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común –estos últimos en caso de ruptura-, ya sea por mitades o en forma desigual; podrán recurrir a las normas prescriptas para la división de bienes de la comunidad como los cónyuges (las que regulan la partición de herencias, art. 508), aplicarlos a todos los bienes, excluir otros de dicha regulación, etc.⁶⁶. La enumeración del art. 514 es enunciativa por lo que podrán incluir cuestiones que no sean solamente patrimoniales, gastos que sean ajenos a la vida familiar, ocupación de la vivienda común por el no titular luego de la ruptura por un plazo establecido, proporciones en la titularidad de

⁶⁵ El Alto Tribunal español en sentencia de 21/10/1992, cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

⁶⁶ Lamber, Néstor. En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si existiera un pacto de convivencia que hubiera adjudicado un inmueble al cónyuge supérstite, este provoca la exclusión del bien del acervo hereditario, y la posibilidad de adjudicación del bien por el supérstite sin necesidad de tramitación del proceso sucesorio, ya que la adjudicación opera por el hecho de la muerte que provoca el cese de la convivencia, sin ser considerada una donación –ya que proviene de un convenio que reconoce el esfuerzo y aporte común- por lo que tampoco es observable por no ser colacionable, y no estar sometido a ninguna condición resolutoria. Ob. cit., p. 601.

los bienes que se adquieran más allá del origen de la adquisición, compensaciones económicas, crear su régimen económico, etc.

La escritura pública no está prevista como forma impuesta, pero consideramos que es conveniente por sus bondades y necesaria en pactos que involucren bienes que requieran su registración -los registros públicos requerirán la escritura pública para cumplir con su rogación (art. 3 ley 17.801, DTR 11/2016⁶⁷ Pcia. Bs.As.) y sin ella no podrán producir efectos frente a terceros-; o conlleven restricciones a la libre disponibilidad⁶⁸ o derecho de oposición o asentimiento.

El régimen de estas uniones tiene un desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad mucho mas amplio que el régimen matrimonial, ya que podrían pactarse participaciones desiguales. El Código no contempla las consecuencias del incumplimiento de los pactos por lo que podría ser aconsejable una cláusula que indique que se intimará judicialmente el cumplimiento o se dará por finalizada la convivencia y la unión o indicar que la parte cumplidora dejará de cumplir sus obligaciones, etc.⁶⁹

Estos pactos podrían otorgarse cuando lo consideren oportuno, incluso antes del inicio de la convivencia –y lo será bajo condición suspensiva sujeto al reconocimiento de la unión convivencial, retrasando además la inscripción pertinente si hubiera bienes registrables, prever la inclusión de bienes adquiridos apenas iniciada la convivencia-; y luego más allá, registrada o no la unión convivencial. Los mismos podrán ser modificados durante el curso de la unión, sin requerir un plazo mínimo de vigencia del pacto para poder ser modificado. Se rescinden por acuerdo de ambos, aún sin cese de la convivencia, pero el cese de la convivencia implica la extinción de pleno derecho de los efectos del pacto para el futuro.

⁶⁷ El art. 13 de la DTR 11/2016 señala que serán susceptibles de registración las escrituras públicas o documentos judiciales que contengan pactos de convivencia, sus modificaciones, su rescisión y extinción, siempre que se refieran a bienes inmuebles.

⁶⁸ Roveda y Giovannetti se plantean la posibilidad que el pacto incluya restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de alguno de los integrantes de la pareja y que el mismo deba registrarse, y concluyen en la necesidad de la escritura pública. Róveda, Eduardo G. - Giovannetti, Patricia S. *Pactos de Convivencia* en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Rivera, Julio C. – Medina, Graciela (Directores), T II, p. 268. La Ley. Bs. As. 2014. En igual sentido Casabé, Eleonora, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, p. 139. Hammurabi, Bs. As. 2015.

⁶⁹ Róveda y Giovannetti consideran que también el deber de fidelidad recíproco podría ser incluido, incluso con cláusulas de resarcimiento por incumplimiento. Ob. Cit. p. 515.

A falta de regulación y como régimen supletorio el Código establece una administración y disposición separada de la propiedad de los bienes de cada uno de los convivientes, y la única restricción es la vivienda familiar (conf. art. 522).

Estos pactos no podrán ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de sus integrantes⁷⁰, ni dejar sin efecto las disposiciones del llamando régimen primario (art. 515) que está dado por la asistencia durante la convivencia (art. 519), la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros –en ambos casos igual que a los cónyuges- (arts. 520/521). Este marco obligatorio se aplica a todas las uniones convivenciales se encuentren registradas o no, a excepción de la protección a la vivienda que funcionará sólo ante las uniones convivenciales registradas. En caso que el pacto incluya cláusulas contrarias a este marco obligatorio, las mismas se tendrán por no escritas.

La eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, su modificación y su extinción, sería *inter partes*; ya que para desplegar efectos frente a terceros será necesaria la inscripción del art. 511 y en el registro de bienes en su caso.⁷¹ Creemos que esta previsión sólo tendrá trascendencia en aquellos casos que se impongan restricciones a la disposición de los bienes de titularidad de uno de ellos, o que hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión o cuando la titularidad de uno de ellos esté condicionada al cese de la convivencia.

Con respecto a los terceros, el ejercicio de buena fe de los derechos generará una apariencia y así quienes contraten con los convivientes lo harán como si fueran individuales sin importar los pactos, salvo su oponibilidad en caso que proceda su registración.

Las normas sobre uniones convivenciales rigen para las uniones vigentes al 1° de agosto de 2015, es decir que si la unión convivencial se extinguió antes, no serían aplicables las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación.⁷²

⁷⁰ Cláusulas que contraríen el art. 515 serían por ejemplo pactar el deber de fidelidad sólo para una de las partes o la prohibición de trabajar a uno de ellos.

⁷¹ Expresa Cantero Núñez que “las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería meramente interna”. Cantero Núñez, Federico J.: *Uniones de hecho*, en “Instituciones de Derecho Privado”, T. IV, Vol. 1º., p. 411. Edit. Civitas. Madrid, 2001.

⁷² Se resolvió en un pleito iniciado antes de la vigencia del CCyCN, que la normativa aplicable era la de una disolución de una sociedad de hecho entre quienes habían convivido, bajo el régimen del Código Civil. CNCiv., Sala J, 3-11-2015, “F., M.L. c/N., R. H.. s/Disolución de so-

Con respecto a la capacidad para celebrar este tipo de actos, el Código no le reconoce efectos a los pactos –ni a las uniones convivenciales- celebrados por menores de edad (art. 510 inc. a.). Los incapaces de ejercicio (art. 24) dependerán de la restricción que surja de la sentencia respectiva.

A falta de pacto los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, ya que no se establece un régimen supletorio. De allí la trascendental importancia de las previsiones en el pacto convivencial y que sean otorgados por escritura pública, ya que al cese de la convivencia y al momento de proceder a la distribución de los bienes, podrán las partes otorgar una escritura de adjudicación por cese de la unión convivencial cuya causa será el pacto previo donde haya sido previsto, requiriendo los certificados registrales correspondientes. Podrán asimismo reconocer el aporte o esfuerzo compartido al momento de la adquisición, mejoras, mayor valor en los bienes, etc. En caso que dicha distribución de bienes no hubiera sido prevista en el pacto - o no hubiera pacto-, las partes podrían otorgar escritura de adjudicación de bienes a los efectos de proceder a la distribución de los adquiridos durante aquella, ya que no existe límite de tiempo para efectuar esa convención, y podría ser otorgada en forma simultánea a la adjudicación.

Finalmente se unifican las soluciones jurisprudenciales construidas en torno al reclamo de los bienes posruptura y sienta la regla básica de adjudicación en cabeza del titular registral, sin perjuicio de dejar expeditas las vías que marcan los principios generales como enriquecimiento sin causa, interposición de personas, y otros como el fraude, la inoponibilidad de la persona jurídica, etc.⁷³

7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial.

Para la autorización de un documento que contenga una convención el notario interviniente habrá de interpretar la voluntad de los comparecientes, analizar

ciudad“, L.L. del 1-2-2016, AR/JUR/61316/2015. En otro caso se aplicaron las pautas del art. 518 CCCN para acoger la acción para dividir bienes que estaban en condominio, pero se rechazó el planteo respecto a los inmuebles que figuraban a nombre de uno de ellos, y dispuso que ante la inexistencia de pactos, se aplican las normas del 528 CCCN, y tuvo por cierto que existió entre ellos un acuerdo para proceder en el sentido de adquirir unos bienes a nombre de uno y otros a nombre de otro, ya que tener a los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, en partes iguales sin más, sería asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial matrimonial. C1° CCMPaz y Trib. de San Rafael, 9-9-2015, L.L. Gran Cuyo 2016 (febrero), p.95; AR/JUR/29558/2015.

⁷³ Marisa Herrera en Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo III, p. 371. Rubinzal – Culzoni. Editores. Bs. As., 2015.

las causas que los conducen hasta esa instancia y asesorarlos sobre las implicancias, efectos y consecuencias del acto a otorgar. Si el acuerdo se celebra entre contrayentes, corresponde denominarlos convenciones prematrimoniales, nupciales o entre contrayentes, mientras que las convenciones entre cónyuges, son aquellas que sólo modifican el régimen patrimonial que rige el matrimonio⁷⁴. El funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá en el acta de matrimonio (art. 420) dejar constancia si los contrayentes han celebrado capitulaciones matrimoniales, si han optado por el régimen de separación, y en caso afirmativo, fecha y registro notarial en el que se otorgó.⁷⁵ La convención prenupcial relativa al régimen patrimonial matrimonial debe realizarse por escritura pública (art. 446), al igual que su modificación. En caso de incumplimiento dicha convención es inválida por aplicación del art. 285 que establece que "el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad." Para Mazzinghi⁷⁶, postura que compartimos, el concepto de solemnidad relativa respecto a las convenciones, remite a lo prescripto en los arts. 1018 y 285 CCCN, por lo que si las partes extienden una convención en instrumento privado, la convención no es perfecta ni plena, pero tiene valor, y faculta a cualquiera de las partes a reclamar de la otra el cumplimiento de la forma legal. Si la convención es anterior al matrimonio, el firmante del instrumento privado, tiene la opción de no casarse o exigir cumplir la forma. Pero si esa convención se

⁷⁴ La designación y avalúo de los bienes, enunciación de deudas y donaciones no pueden formar parte de una convención posterior a la celebración del matrimonio.

⁷⁵ En el régimen de Vélez, la forma para la celebración de convenciones matrimoniales se regía por la que establecía la ley del lugar de su celebración (art. 1205 C.C.). El art. 1223 C.C. –conc. con el art. 1184 inc. 4º- establecía que las convenciones matrimoniales debían hacerse en escritura pública, *so pena de nulidad*, según el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces, sino era suficiente formalizarla por instrumento privado. Para un sector de la doctrina la forma notarial era constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir que no existía la convención si faltaba la escritura. También lo habían propuesto las Comisiones creadas por Decreto 468/92 y 685/95. Considerar a la escritura como forma *ad probationem*, podría haber significado la posibilidad de que los cónyuges pudiesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de celebrado el matrimonio, en violación al art. 1219 C.C.

⁷⁶ Mazzinghi, Jorge A. M *Las convenciones matrimoniales*. RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 41 Cita Online: AR/DOC/4259/2015. Sambrizzi, Eduardo A. *Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial*. LA LEY 04/11/2014, 04/11/2014, 1 Cita Online: AR/DOC/3941/2014 para quien la falta de otorgamiento de escritura pública, provoca la nulidad, aunque de carácter relativo, porque sólo está en juego el interés de las partes.

realiza durante el matrimonio para cambiar de régimen, la firma del instrumento privado obliga a las partes a extender la escritura respectiva. Con acierto el Código no exige homologación judicial de la convención otorgada en escritura notarial -el Proyecto de Reformas y Proyecto de Código Civil sí lo preveían.⁷⁷

Como causales de la nulidad de la convención *in totum* encontramos las siguientes: 1) Falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de algunos de los cónyuges o ambos; 4) otorgamiento de la convención antes del plazo de un año desde el principio de vigencia del régimen anterior, legal o convencional; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia).

No son causales de nulidad, sino de caducidad de contrato válido y no producirá efectos, la falta de celebración ulterior del matrimonio o si se lo declara nulo⁷⁸. Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin capitular.

El Código deja de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública de convención -como lo hacía el art. 1225 C.C.-, por lo que aquellos serán los de las escrituras públicas en general (art. 305).

8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria.

Las convenciones posteriores a la celebración del matrimonio que modifiquen el régimen, para que produzcan efectos frente a terceros, deben anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. El notario autorizante tiene la obligación de inscribirla en el Registro Civil y Capacidad de las Personas⁷⁹, mencionándose el número de escritura en que se instrumentó, la fecha, folio y registro notarial ante el cual pasó y el régimen patrimonial en el que se encuentra el matri-

⁷⁷ Se deja así de lado la posibilidad de modificar también las convenciones por medio de homologación judicial, con previa audiencia con el Juez en forma separada, quien debía oír a las partes, con asistencia letrada. Kiper, Claudio. *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*. Tomo I, p. 319. Ed. Rubinzal – Culzoni. Bs. As. 2015.

⁷⁸ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. *Las convenciones ... LA LEY 04/11/2014*, en cambio, interpreta que en el caso que los esposos fueran de buena fe y de conformidad con los arts. 428 y 429 CCCN, el matrimonio anulado produce todos los efectos del matrimonio válido con respecto al cónyuge de buena fe hasta el día que se declare su nulidad. Los arts. 1238 a 1240 del C.C. dejaban a salvo los derechos del cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo.

⁷⁹ En el mismo sentido se expidieron las 39 Jornadas Notariales Bonaerenses (Mar del Plata 2015). El art. 51 de la ley 26.413 establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas.

monio. El registrador solo habrá de calificar la forma pero no el contenido. Pensamos que podrían las partes asumir la responsabilidad de su inscripción.

En la convención anterior al matrimonio no se encuentra el notario obligado a efectuar los trámites inscriptorios porque existe imposibilidad material y jurídica de hacerlo y son los contrayentes quienes deben declarar al momento de contraer nupcias que han celebrado convención matrimonial y en su caso, si han optado por el régimen de separación (conf. art. 420 inc. -i, -j.). No se prevé que pudiera efectuarse la opción simultáneamente con la celebración del matrimonio.⁸⁰ Entre las partes y quienes hubieran participado del acto, produce efectos desde el momento de su celebración por el principio de buena fe que rige todas las relaciones patrimoniales.⁸¹

Debe anotarse por nota marginal el régimen patrimonial adoptado y su posterior mutación -convencional o judicial-. La publicidad cartular y la de las copias expedidas no es suficiente como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su oponibilidad. La implementación de un registro especial - como algunos países europeos⁸²- no consideramos sea el remedio más apto.⁸³

Esta publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención. La eficacia protectora de quien conf-

⁸⁰ Los fundamentos del Anteproyecto señalan que la elección entre los dos regímenes se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, lo que no surge del articulado sancionado.

⁸¹ Así se encuentra previsto en el régimen Francés que establece en su artículo 1397 que: "el cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha de la resolución judicial y frente a terceros tres meses después que el cambio sea inscripto en el margen del acta de matrimonio. En ausencia de esta mención el cambio no es opuesto a los terceros salvo que en el acto celebrado con los terceros los esposos manifiesten que han modificado su régimen".

⁸² Además de la inscripción de la convención en el acta de matrimonio otras legislaciones han previsto su inscripción en el Registro de la Propiedad o de Comercio, así por ejemplo el Código Civil español en su artículo 1333 dispone que "si las convenciones o sus modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad". Conf. Lasarte Alvarez, Carlos, "...después de la ley 1 de julio de 1959 Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código". *La publicidad en el régimen económico del matrimonio*, Rev. de Dcho. Privado, abril de 1984, p. 365. Madrid.

⁸³ El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: "las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica".

ía en las constancias del Registro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscripto.⁸⁴

El tercero tiene que ser de buena fe –desconocer el cambio de régimen- y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuges (con crédito a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del Registro Civil no es realmente adecuada, se justifica la anotación en el mismo por la naturaleza del acto⁸⁵ y el Registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, la forma de practicar los asientos, "ordenar sus índices"⁸⁶ para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros, la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional, significa que el régimen es el legal supletorio.⁸⁷ Se logrará así evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (*publicidad negativa*).⁸⁸

El tercero de buena fe es cualquier persona que entable una relación jurídica con los cónyuges, y por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales no tiene información de las alteraciones al régimen⁸⁹, y si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

Consideramos inadecuado al Registro de la Propiedad Inmueble o de bienes como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio por ser ajeno a su naturaleza; sólo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral como publicidad complementaria (ej.: DTR 11/2016 Pcia. Bs.As.) consignando en el asiento registral el régimen patrimonial que

⁸⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída: *Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio*. Rev. de Derecho Privado y Comunitario n° 12, Pág. 75. Edit. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 1996.

⁸⁵ Igual en España- Bello Janeiro, Domingo (citando a Rojas Montes), *Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial*. Rev. Jurídica del Not. n° 7, 1993, p. 39. Madrid.

⁸⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit. *Lineamientos* ... JA 1993-IV-842.

⁸⁷ Conf. art. 463, y art. 449 *in fine*.

⁸⁸ Zavala, Gastón A.: *Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial*. Ponencia presentada a la XV Jornada Nacional de Derecho Civil. Mar del Plata, 1995.

⁸⁹ Conf. Soto Bisquert, Antonio, *La publicidad del régimen matrimonial de bienes*, Rev. de Dcho. Privado Tomo 51, año 1967, p. 517. Madrid.

hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto⁹⁰; o toda capitulación que incida en el patrimonio del titular registral o de su cónyuge – según su régimen patrimonial - y la publicidad de la decisión (v.gr. adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de régimen).⁹¹

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el Registro de la Propiedad (*publicidad material*), es asignarle auto-suficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles –o muebles registrables- con efectos frente a terceros *registrales*); y agiliza la actividad del Registro de la Propiedad al prescindir de la presentación del documento cada vez que el titular registral otorgue actos dispositivos.⁹²

Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por apreciar que este Registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organización como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces. El asiento registral será eficaz protegiendo sólo al tercero - *registral*- interesado en ese bien, v. gr. el constituyente de un derecho real, pero no será eficaz frente al tercero ligado al cónyuge por derechos personales.

Sería oportuno⁹³ la exigencia de la previa inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a la toma de razón en el Registro de la Propiedad y así evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad por no haber sido mencionada la convención en el Registro Civil y sí en el de la Propiedad. Y en el caso inverso, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el Registro Civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el Registro de la Propiedad será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/os cónyuge/s la falta de toma de razón en el Registro de la Propiedad, pero si fuesen terceros registrales adquirirá tras-

⁹⁰ Se hace constar en el Registro de la Propiedad el régimen patrimonial matrimonial del titular registral en relación a ese bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior. El art. 1317 C.C. español dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402); si la capitulación afectare a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art.1333).

⁹¹ Magariños Blanco, Victorio: *Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores*, Rev. Crítica de Dcho Inmobiliario nº 548,p.52.Madrid.

⁹² Presa de la Cuesta, Alfonso, *Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad*. Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario Nº 564, p.1222.1984. Madrid.

⁹³ Art. 5 de la DTR 11/2016 de la Pcia. Bs. As. Art. 266/6 del Reglamento del Registro Civil español, desde 1986.

endencia la fecha del asiento de las convenciones en el Registro Inmobiliario.⁹⁴

No desconocemos la falta de practicidad de exigir una partida de matrimonio actualizada cada vez que un cónyuge desee realizar un acto que la requiera, sumado a que los registros que llevan estas inscripciones, son provinciales.

Tampoco ignoramos la validez temporal de estas partidas, la modificación del régimen actual patrimonial sólo podría modificarse luego de transcurrido un año desde el nacimiento o modificación del mismo, y esto sería un dato a tener en cuenta, pero pensemos que luego de ser expedida una partida y hasta que llega a manos de algún oficial interviniente, se podría registrar una modificación al régimen. Esto generaría conflictos que deben ser previstos estableciendo un sistema nacional registral de expedición en plazos breves y una vigencia temporal de dichas certificaciones que permita dar seguridad al tráfico jurídico.

9. Contratación entre cónyuges y ex – cónyuges.

En el Código Civil la regla general era la libertad de contratar de personas capaces y esto incluía a los cónyuges.⁹⁵ La incapacidad de derecho para contratar en ciertos contratos expresamente prohibidos se fundaba en la naturaleza que implicaba una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o que resultaban de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características de la relación matrimonial.

El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial adhiriendo a un sistema de gestión patrimonial *no imperativo*, permitía que los cónyuges eligieran el régimen que creyeran más conveniente y se eliminaban todas las prohibiciones específicas para contratar entre ellos. La limitación en la posibilidad de elegir sólo entre dos regímenes económicos se veía flexibilizada por esa libertad, ya que a través de contratos los esposos podían cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad, aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos o a la distribución de los bienes, con lo cual indirectamente se podían configurar regímenes intermedios. Al tratarse el

⁹⁴ Conf. Magariños Blanco, Victorio: ob. cit., p. 56.

⁹⁵ Dijo la Cámara Nacional Civil, sala D, que “si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos”. E.D. 57-567.

proyecto en el Congreso, si bien se mantuvo la posibilidad de pactar el régimen patrimonial, se agregó al art. 1002 el inciso d), que establece la prohibición de contratar en interés propio, a los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Flagrante contradicción si se lo evalúa con la facultad que el art. 449 brinda a los cónyuges de mutar al régimen de separación de bienes.

Coincidimos con Casabé⁹⁶ que frente a esta situación debemos interpretar que las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges, prevalecen sobre la inhabilidad especial consagrada en el art. 1002 inc. d), al igual que las marcadas en los arts. 459 –poder de un cónyuge a otro-, 474 –mandato tácito-, asimismo los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, incluso las reguladas en la Sección IV, Capítulo I LGS.

La restricción incorporada⁹⁷ marca un profundo retroceso basada en el temor infundado de la generación de fraude a los terceros, ya que la protección a éstos no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial de los cónyuges bajo el régimen de comunidad, sino en su publicidad y la de sus cambios.

El andamiaje jurídico posee mecanismos suficientes para combatir la mala fe de los cónyuges en el ejercicio de su derecho de contratación. En su caso, no se entiende por qué no fue incorporada esa restricción a todos los matrimonios independientemente del régimen matrimonial adoptado, ya que aquellos que se encuentran bajo el régimen de separación, tienen libertad en la contratación y también podrían generar actos fraudulentos en perjuicio de terceros.⁹⁸

10. Divorcio y régimen de comunidad.

Para transitar el camino hacia el divorcio, los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de comunidad tienen dos posibilidades: efectuar una propuesta en

⁹⁶ Casabé, Eleonora, ob. cit. *Incidencias ...*, p. 113.

⁹⁷ El predictamen presentado en noviembre de 2013 por el partido oficialista ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, justificaba sosteniendo: “la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión”. Publicado en <http://www.parlamentario.com/noticia-67689.html>.

⁹⁸ La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges es una línea legislativa seguida por los ordenamientos jurídicos más modernos que además adoptan remedios a los efectos de evitar los abusos y proteger a los terceros. Ejemplos de legislaciones: Alemania, Canadá (Quebec), Italia, Bolivia, Colombia, Francia, España, Código Civil Suizo, Panamá. En nuestro país, los proyectos de reforma de 1998 y 1993. Herrera, Marisa, “*El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo*”. Rubinzal Online RC D 351/2014. Kiper, Claudio, ob. cit. T. 1, p. 322.

el convenio regulador del art. 439 de la distribución de los bienes y resolverlo durante ese proceso. O pueden llegar a dicho momento con la cuestión de los bienes, adjudicación de la vivienda familiar y recompensas, ya resuelta. Como expresan Kemelmajer de Carlucci y Herrera⁹⁹, el contenido del convenio regulador no está impuesto por la ley y el mismo incluirá aquellas materias que han llegado al momento de la propuesta sin ser resueltas, por lo que quedarían afuera, aquellas cuestiones que sí han tenido resolución previa.

Consideramos adecuado que con anterioridad al trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión post comunitaria, que podría ser fuente generadora de conflictos. Se podrían evitar así todas aquellas cuestiones que se plantean en el manejo y disposición de los bienes durante el período de indivisión, donde la problemática de los bienes suele entorpecer el tráfico negocial, sobre todo frente a terceros.

11. Disolución de la comunidad *inter vivos* y *mortis causa*.

11.1. Principio general. Al cesar el estatuto de comunidad por su cambio o por la disolución del matrimonio, la partición de los bienes indivisos se realizará por el acuerdo entre los cónyuges o con los herederos, o en su defecto mediante la aplicación de las normas prescriptas para la partición de herencias.¹⁰⁰

11.2. Indivisión postcomunitaria. La comunidad se extingue por muerte, anulación del matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y cambio de estatuto económico (475). Se califica al estado de indivisión postcomunitaria como una universalidad jurídica similar a la hereditaria, aunque con particularidades que las diferencian. El régimen de comunidad luego de su extinción, convertirá los *bienes gananciales* en la masa indivisa postcomunitaria hasta su partición entre los cónyuges o excónyuges –según el caso-.

⁹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Herrera Marisa. *Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas*. L.L. 17/3/2015. AR/DOC/754/2015. “Si uno de los pilares sobre los cuales se edifica el régimen matrimonial es el de evitar conflictos y lograr que los divorcios sean lo menos destructivos posible, es innegable que no se puede obligar a los cónyuges a pactar todos los efectos que se derivan de su matrimonio siendo que ello podría ser un factor de disputa y enfrentamientos, cuando es lo que se pretende evitar.”

¹⁰⁰ En el régimen de separación de bienes al momento de cambiar de régimen o de cesar la unión matrimonial, podrá existir algún reclamo entre ellos en virtud de las obligaciones solidarias de los arts. 461 y 462, pero no a disolución alguna, ya que no existe una masa indivisa.

La ley 26.994 distingue la indivisión formada a partir de la muerte de uno de los cónyuges –o de los dos- situación que se regirá por las reglas de la indivisión hereditaria, o en vida de ambos la que estará enmarcada por las disposiciones de las secciones 6ª, 7ª y 8ª del capítulo destinado a “Régimen de Comunidad”. Durante la indivisión, se mantienen las dos masas formadas por las respectivas adquisiciones de los cónyuges, y cada masa soporta frente a los acreedores su propio pasivo, con excepción de las cargas definitivamente comunes, las que podrán ser reclamadas a uno u otro cónyuge. La liquidación de la masa indivisa requerirá separar bienes comunes suficientes para el pago de esas cargas y los acreedores podrán oponerse a la partición y entrega de los bienes liquidados hasta que no se satisfagan sus créditos, ya que no se puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores (arts. 487, 467, 461 y 462).¹⁰¹

11.2.1. Tratamiento normativo. La ley 26.994 es continuadora del sentido incorporado al Código de Vélez por las leyes 11.357, 17.711 y 23.515. En la separación judicial de bienes el interés tutelado ante la mala administración se refiere al “...peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”. Conserva el caso del concurso preventivo o la quiebra¹⁰²; incorpora la separación de hecho por parte de alguno de los cónyuges sin voluntad de unirse; y tipifica además al supuesto de que ante la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se le designe curador a un tercero.

El nuevo Código determina el momento en el que se produce la extinción de la comunidad y para ello fija tanto pautas precisas como elementos que merituará el juez en su resolución cuando su intervención sea imprescindible.

Los efectos de la anulación del matrimonio, divorcio o la separación de bienes se producen desde el día de notificación de la demanda o la petición conjunta de los cónyuges;¹⁰³ y le confiere al juez la facultad de modificar la extensión del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho.¹⁰⁴

¹⁰¹ Surgirán también las compensaciones entre los cónyuges (488, 491, 495). Si una deuda definitivamente común fue pagada vigente la comunidad con bienes gananciales de titularidad de un cónyuge, la cuestión queda agotada.

¹⁰² Interpretamos que no tendría efecto pedir la separación de bienes, porque con el desapoderamiento de los bienes del deudor, tanto propios como gananciales, quedan afectados al derecho de los acreedores. No habría ningún tipo de protección legal entonces.

¹⁰³ Se incorpora expresamente el reconocimiento de los **bienes gananciales anómalos**, los cuales podrán ser considerados privativos si se remontan los efectos de la sentencia al día de la separación de hecho sin voluntad de unirse. Decisión acertada, porque en estos casos está ausente el elemento común y coparticipativo con el que se erigen los bienes gananciales, el proyecto de unidad que le dio origen ya no está presente. “Los bienes adquiridos por uno de los

Si el matrimonio es putativo produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la fecha de anulación si ambos cónyuges fueran de buena fe (428); o si uno de los cónyuges es de buena fe el Código determina que esos efectos sólo se producen respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (429), asignándosele una serie de derechos. Si ambos contrayentes son de mala fe, el matrimonio anulado no produce efecto alguno y los bienes adquiridos hasta el momento de resolverse la nulidad se distribuyen como si fuese una sociedad no constituida regularmente, y queda sin efecto el régimen económico convenido sin perjuicio de los derechos de terceros.

La separación judicial de bienes decretada, sólo le pone fin al régimen de comunidad pero no al vínculo matrimonial, es por eso que el art. 480 determina simplemente que quedan sometidos al régimen de separación de bienes.

La extinción del régimen de comunidad no puede afectar los derechos de terceros adquirentes de buena fe que no sean a título gratuito. Para ello, esto se debe complementar con la publicidad específica prevista en el art. 1893.

11.2.2. Indivisión en vida de ambos cónyuges o excónyuges

La gestión de administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa, queda sometida al acuerdo que los cónyuges o excónyuges puedan celebrar, o en su defecto se establece la aplicación del régimen de comunidad (470 y cc.), en cuanto no se le determine un tratamiento específico.

En la relación interna se inicia un período de liquidación en el que se determinan las cargas entre ellos y la masa, sus eventuales recompensas (488 y cc.) para concluir con la partición de la comunidad, masa que estará integrada con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge (497), que se dividirá en partes iguales sin consideración al monto de los bienes propios ni

cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales *puros* en tanto están alcanzados por la regla del art. 1315 del C.C., en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales anómalos y no sujetos a división". C.N.Civ., sala B, 20/10/05. *H.,M.B. c. G. S., M.R. L.L.* 2006-A-679.

¹⁰⁴ La CNCiv. sostuvo que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación. Conclusión fundamentada en razones de equidad y de orden lógico y moral. C.N.Civ., en pleno, 29/9/1999, *C., G.T. c. A., J.O. L.L.* 1999-F-3. D.J. 1999-3-754.

a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales, aunque si los interesados son plenamente capaces se aplica el acuerdo arribado.¹⁰⁵

Durante este interregno perdura un régimen de comunidad sobre la universalidad con fines liquidatorios, pero con una variante sustancial según que la comunidad se haya extinguido por la disolución del matrimonio (divorcio) o perdurando éste, porque se encuentren sujeto al régimen de separación judicial de bienes o convenido otro régimen económico, y es que a partir de esta circunstancia ellos recuperarán la plena capacidad para contratar entre sí.

El Código determina que en la relación de ellos y sus bienes indivisos frente a los terceros se mantiene la integralidad del patrimonio del deudor frente a los acreedores anteriores a la indivisión (461, 462 y 467) y cada uno, la gestión separada de sus bienes, como también responde por sus deudas con el patrimonio de su titularidad, sin perjuicio del derecho de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor de requerir la partición de la masa común.

Si se dispone de bienes registrables indivisos de titularidad de uno –no habiendo pacto al respecto-, no habrá codisposición, aún cuando en la relación interna se tenga derecho a la mitad de la masa, sino que se requerirá el asentimiento del otro.¹⁰⁶ En este caso, el producido de la disposición –por ej. precio de la venta- ingresará a la masa indivisa con el carácter de ganancial. Si hubiese arribado a un acuerdo en relación a estos bienes, el mismo deberá estar formalmente otorgado y publicitado para ser oponible y eficaz a los terceros.

Cuando en el convenio regulador presentado al trámite del divorcio, se hubiese acordado la partición del acervo y la adjudicación de los bienes, una vez aprobado el mismo, ese acto procesal implica el cese del estado de indivisión aún cuando esté pendiente su reflejo registral –con las implicancias que esa omisión conlleva-. Ante la futura disposición de uno de esos bienes por parte del adjudicatario, éste deberá previamente inscribirlo o en su defecto disponer mediante la modalidad del tracto sucesivo abreviado.

¹⁰⁵ La indivisión postcomunitaria es una situación transitoria que se produce de pleno derecho y no es viable pacto alguno que tienda a prolongarla; característica que la diferencia del derecho hereditario (conf. art. 2380 a 2383).

¹⁰⁶ En este sentido se expidieron las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 1979) “...III. En cualquier caso el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal. V. Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges”. Participan de este criterio Belluscio, Guaglianone, Mazzinghi, Vidal Taquini –entre otros-.

La relación externa con terceros acreedores continúa rigiéndose por las normas de la comunidad de gananciales y éstos no pueden verse perjudicados por la situación de los cónyuges o excónyuges cuyo patrimonio sigue siendo la garantía común de sus créditos y les será inoponible toda alteración al respecto.

11.2.3. Indivisión por fallecimiento de alguno de los cónyuges.

Si fallece uno de los cónyuges el vínculo matrimonial se disuelve y finaliza *ipso iure* la comunidad (475), nace la indivisión postcomunitaria (481) coincidentemente con la apertura de la sucesión. Si el sobreviviente y los herederos del premuerto no proceden a liquidarla¹⁰⁷, se configura entre ellos una universalidad hereditaria, y el patrimonio del causante se transmite a sus herederos y nace la comunidad hereditaria.¹⁰⁸ Si el proceso de divorcio ya se hubiera iniciado –sin sentencia-, la disolución opera con el fallecimiento y la comunidad debe ser liquidada en el contexto de la sucesión universal del premuerto (481).¹⁰⁹

La remisión a las disposiciones hereditarias son constantes, como a la forma de hacer el inventario y partir (500, 2341). En caso de existir hijos menores, el progenitor supérstite debe dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o del conviviente, hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio o del progenitor conviviente fallecido y determinarse en él los que correspondan a los hijos, bajo pena de multa pecuniaria a ser fijada judicialmente (693). Los herederos del cónyuge fallecido reciben un derecho en la indivisión postcomunitaria, junto con la universalidad del patrimonio propio del causante, patrimonios que permanecen separados hasta que la *comunidad* se liquide.¹¹⁰

La liquidación y partición de la masa ganancial debe ser previa aritméticamente a la partición hereditaria; porque en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de la masa postcomunitaria que pase a integrar la herencia

¹⁰⁷ La DTR 8/2015 del RPI de Pcia. Bs.As. prevé la liquidación y partición del divorciado supérstite junto con los herederos del ex cónyuge, y además la codisposición a favor de un tercero, en el caso de disolución por divorcio sin liquidación de la masa ganancial.

¹⁰⁸ Fassi, Santiago Carlos. *Estudios de Derecho de Familia*, p. 349. Ed. Platense. La Plata. 1962.

¹⁰⁹ Se reconoce la vocación sucesoria de los cónyuges fundada en el matrimonio que surge de las sucesiones. (2433). Si el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los consortes, se distinguen los derechos del sobreviviente que nacen del régimen matrimonial preexistente, de los que le corresponda como heredero por el sistema de la transmisión *mortis causa*.

¹¹⁰ La comunidad hereditaria constituida en cabeza de los herederos es, al mismo tiempo, cuota de una indivisión mayor, en la que interviene alguien que no es necesariamente otro heredero, o por lo menos otro heredero en los bienes; y en parte un conjunto de bienes propios reunidos en la unidad del haber transmitido. Guaglianone, Aquiles H. *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*. p. 20. Ediar. Bs. As. 1965.

del fallecido y en tanto no se efectúe la partición del haber comunitario, se ignorará que bienes singulares, hayan quedado transmitidos a los herederos.¹¹¹

Los derechos de los acreedores del causante recaerán sobre la cuotaparte (mitad) que a éste le correspondería en la liquidación de los gananciales, siendo indiferente que los gananciales hayan sido adquiridos por uno u otro cónyuge.

El Código prevé que excepción dispuesta, es aplicable a la vivienda que ha sido la residencia de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales. Los herederos podrán convenir la indivisión del acervo hereditario y postcomunitario por un término que no podrá exceder los diez años, que pueden ser renovados una vez finalizado el lapso establecido como así cualquiera de los herederos puede solicitar la división de la universalidad si existen causas justificadas.

Algunos autores se han planteado el problema del momento en que la indivisión postcomunitaria puede ser oponible a los acreedores de los cónyuges y establecen para ello, la necesidad de una publicidad de tal indivisión como requisito de oponibilidad a terceros. Se impone aquí la aplicación de las normas de derecho sucesorio, ya que se trata de un tema propio de ese área del derecho, donde la transmisión de los bienes del causante opera *ipso iure* desde el momento de su muerte. Incluso contempla el ordenamiento jurídico que el acto escriturario con vocación registral que merecerá la inscripción en el registro público correspondiente, sólo tiene un efecto declarativo de la transmisión que se efectúa *ministerio legis*.¹¹² Para Pérez Lasala el estado de indivisión por muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente produce sus efectos *erga omnes* sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión postcomunitaria es oponible a terceros acreedores desde la muerte del causante.¹¹³

Forman el activo de la indivisión postcomunitaria los bienes gananciales existentes al momento de la extinción de la comunidad y los créditos gananciales de uno y otro cónyuge contra terceros (los frutos de los bienes gananciales del causante, integran la masa hereditaria). El pasivo de la indivisión postcomunitaria lo forman dos géneros de obligaciones, las deudas personales y las cargas

¹¹¹ El art. 4 de la DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de C.A.B.A. dispone que la publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos, no cesa la indivisión hereditaria ya que ésta sólo concluye con la partición”.

¹¹² Es lo que dispone la DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de C.A.B.A.

¹¹³ Pérez Lasala, José Luis. *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, p. 146. Depalma. Bs. As. 1993.

familiares. Las deudas nacidas durante la indivisión o con motivo de ella por causa de muerte, integran las cargas sucesorias.

11.3. Incidencia de la porción legítima hereditaria.

Los herederos legitimarios tienen un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, de la que no pueden ser privados sino por las causas que la ley ha juzgado bastante graves para declararlos indignos. En relación a los bienes propios le corresponderá al cónyuge supérstite igual parte indivisa respecto de la universalidad que cada descendiente; con respecto a los bienes que integran la masa postcomunitaria, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad del *saldo líquido* de esa masa, y la mitad restante tendrá como destinatarios a los descendientes, en partes iguales entre ellos (2433).¹¹⁴

El cónyuge nunca fue excluido por ningún otro orden sucesorio sino que concurre con ascendientes y descendientes (2424). Ante la ausencia de descendientes y ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los colaterales (2435) -como en el Código de Vélez-. Si concurre con ascendientes el cónyuge heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales del fallecido (2434).

El vínculo matrimonial debe estar vigente al momento del fallecimiento del causante. Pero si un cónyuge muriese de alguna enfermedad existente en el momento de la celebración y conocida por el otro consorte, que fuere de desenlace fatal previsible dentro de los treinta días de contraído el matrimonio, el cónyuge supérstite perderá la vocación hereditaria, salvo que ese matrimonio hubiese estado precedido de una unión convivencial (2436). La hipótesis cuenta con presupuestos determinados, algunos de tipo objetivo: *enfermedad* de uno de los cónyuges al momento de la celebración; *gravedad* de la afección que hiciera prever un desenlace fatal, *muerte* dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio. Pero también incorpora una faceta subjetiva como lo es requerir el *conocimiento* de la enfermedad por el cónyuge supérstite.¹¹⁵

¹¹⁴ Esto podría resultar injusto en el régimen de comunidad de gananciales, al considerar que en la gran mayoría de los casos, el patrimonio hereditario se integra con bienes gananciales.

¹¹⁵ La doctrina clásica interpretaba que el Código de Vélez suplía los argumentos del "desconocimiento" de la enfermedad perceptible con signos de la misma que hayan sido exteriorizados; además de sostener algunos que el *ánimo* de captar la herencia debía estar presente; criterio éste que no cuenta con uniformidad de opiniones y no ser un requisito legislado.

Si el vínculo matrimonial concluye por divorcio, los cónyuges pierden los derechos hereditarios,¹¹⁶ pero si ha sido excluido de la herencia conserva su derecho a disolver el régimen patrimonial matrimonial mantenido con el causante. Cesa también la vocación hereditaria, en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges (2437). La ley 26.994 se aparta del criterio que la ley 17.711 había asignado al art. 3575, retomándose el cauce jurídico de interpretar que la vocación hereditaria se resolvía ante el hecho objetivo de la separación.¹¹⁷ El CCCN de manera imprecisa determina que cualquier tipo de decisión judicial que implique cese de convivencia, excluye el derecho hereditario entre cónyuges.¹¹⁸

11.4. Partición privada de bienes gananciales.

El Código Civil no trató específicamente el tema. El nuevo Código incorpora una Sección dentro del capítulo de Régimen de Comunidad, donde deja plasmado que la partición puede ser solicitada en todo tiempo, y remite a las normas del derecho sucesorio aplicables a la división de la masa postcomunitaria. La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados. Es un negocio jurídico que pone fin a la comunidad postcomunitaria -y en su caso hereditaria- mediante la distribución del activo líquido entre los cónyuges o excónyuges y eventualmente entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro o sólo entre coherederos, determinando el haber concreto de cada uno.

¹¹⁶ "La disolución del vínculo matrimonial importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería al cabo, una pura especulación patrimonial". C.N.Civ., sala A, febrero 11 de 1988, *K. de P. A., I. E. c. P.A., A. L.L.* 1988-B-18. "Ante el fallecimiento del bígamo, la cónyuge putativa concurre a la sucesión con los herederos del causante". "Excluida la cónyuge supérstite como heredera de los bienes gananciales del causante (por su carácter de socia de la sociedad conyugal), la cónyuge putativa concurre a la sucesión del 50% restante de esos bienes juntamente con los demás herederos". C.N.Civ., sala G, abril 12 de 1988, *De O. P., C. E., suc.* L.L. 1990-B-135.

¹¹⁷ Conf. Segovia, Lisandro: *El Código Civil de la Rep. Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, p. 543. Pablo Coni editor. Bs. As. 1881. La XXV JNDC (Bahía Blanca, 2015) concluyó que "... resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal, es coherente con el régimen de divorcio incausado".

¹¹⁸ La XXV JNDC (2015) afirmó que esta es una causal autónoma de exclusión, con la aclaración que debe tratarse de una resolución judicial firme, efectivizada y definitiva. Si se dictan medidas transitorias que implican el cese de la convivencia durante un tiempo, o son provisionales, o resuelven coyunturalmente un conflicto conyugal, no puede interpretarse que exista separación de hecho, que cause la extinción de la vocación hereditaria.

Cualquiera de los cónyuges –como sus sucesores- *pueden* pedir en todo momento la partición, excepto disposición legal en contrario (496), o que un juez – a petición de un copartícipe- disponga su postergación total o parcial si su realización pueda redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos (2365).

Los bienes adjudicados entre cónyuges que acuerdan regirse en lo sucesivo por el estatuto de separación de bienes o entre excónyuges que concluyen con la indivisión de los bienes comunitarios, o al cónyuge supérstite, se juzgan extraños al otro cónyuge –eventualmente causante y herederos-, como si nunca hubiera tenido derechos sobre esas adjudicaciones y viceversa (2403).¹¹⁹

La división de bienes que integran la masa común no guarda formas sacramentales y puede hacerse por el acto que juzguen conveniente. El nuevo Código, luego de pregonar que se divide por partes iguales entre los cónyuges –sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a los gananciales- concluye de manera rotunda que “si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado” (498).¹²⁰

La partición puede acordarse de manera privada aunque debe instrumentarse por escritura pública cuando tuviese por objeto bienes inmuebles (art. 1017 inc. a); o judicial, si no acuerdan realizarla privadamente (2371).

La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta, ya sea en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias, pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria, resulte un beneficio para alguno, lo que no implica violación alguna cuando hubiese consenso. Una de las partes puede recibir una porción menor de la adjudicada al otro cónyuge –o sus herederos, si proviene de un acuerdo de voluntades-.¹²¹ Disuelto el vínculo nupcial, o si subsiste lo es bajo el régimen de separación de bienes, los cónyuges recobran su autonomía para reglar las re-

¹¹⁹ Cada cónyuge responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales (502).

¹²⁰ Cualquiera sea la naturaleza atribuible al conjunto de bienes y deudas resultantes de la disolución de la comunidad, rigen iguales procedimientos, formas y técnicas que en caso de herencia (arts. 500, 2369 y cc. CCCN) . “Una vez disuelta la sociedad conyugal, si no existe convenio entre los cónyuges, la liquidación se regirá por las normas de liquidación y división de las herencias. C.N.Civ., sala A, 2/8/1984. *M., J.M.A. c. R., E.M.A.* L.L. 1985-B-492. En el mismo sentido el despacho de la VII Jornada de Derecho Civil (Bs. As., 1979).

¹²¹ Por ejemplo: partición del único bien que compone el patrimonio ganancial en D’Alessio, Carlos M., Acquarone, María T., Benseñor, Norberto R. y Casabé, Eleonora R., *Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, T. II, p. 916, 2ª ed. La Ley, Bs. As. 2015.

laciones recíprocas, en un terreno que no permita sospechar que uno ejerza un dominio invencible sobre la voluntad del otro.

El cónyuge supérstite tiene amplia libertad para acordar la partición del acervo postcomunitario con los herederos del fallecido –siempre que éstos sean capaces-. Sin perjuicio de la acción pauliana de cualquier tercero perjudicado.¹²²

La jurisprudencia ha considerado que si la partición de bienes homologada judicialmente no está inscrita en el Registro de la Propiedad es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por éste con posterioridad a dicha homologación.¹²³ Este es el sentido conformado por el Código sancionado en 2014, en el que se dispone que la adquisición de derechos reales constituidos no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente (1893).

Nada impide que la partición se efectúe solo en cuanto a una parte del acervo (2367 y 2369). V.gr. que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos, conservando otros bienes dentro de la masa postcomunitaria.

El legislador estableció mediante una presunción *iuris tantum* (472 –similar al art. 1271 C.C.), que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas cuando ninguno de ellos pueda justificar la propiedad exclusiva.

La composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelve la comunidad, y a partir de ese momento, deja de ser una universalidad *abierta*, susceptible de enriquecerse con nuevas adquisiciones y se convierte en una masa indivisa *cerrada*, en la cual pueden producirse acrecentamientos y sustituciones, pero no aumentos por virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio.¹²⁴

A su vez, el pasivo se compone de las obligaciones nacidas durante la vigencia del régimen económico del matrimonio y no canceladas y por las nacidas durante la indivisión y con motivo de ella –originadas en la actuación conjunta de los dos copartícipes o dentro de los límites de la administración ejercida por uno de ellos con mandato, gestión de negocios o enriquecimiento incausado que obligue directamente a la masa común-.

¹²² C.N.C iv., sala B. 30/12/1970. *Yacone, Rosa M., suc.* L.L. 142-416.

¹²³ C.Apel. Junin 1/11/79. J.A. 1980-II-503.

¹²⁴ Guaglianone, Aquiles H. ob. cit. *Régimen ...* . T.I, p. 218.

Formalizada la escritura partitiva del acervo postcomunitario o firme el auto que aprueba la partición judicial, el título respectivo corresponde sea inscripto en el registro público pertinente, a fin de publicitar la nueva situación dominial.¹²⁵

11.5. Inscripción registral de la partición

La partición del acervo indiviso es meramente declarativa y no traslativa de derechos. Así se expide el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la partición hereditaria –a la que se remite-, al juzgar que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela – y en los que se le atribuyen por licitación- y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.¹²⁶

Sólo si el cambio de régimen implica el paso de comunidad al de separación de bienes, provoca la extinción de la comunidad (conf. art. 475 inc. e), y es necesaria la liquidación de los bienes, lo que conlleva la necesaria publicidad registral correspondiente a cada uno de los bienes que contenga.

Mientras no tenga publicidad suficiente la partición, no es oponible a terceros interesados y de buena fe. La disolución o cambio del régimen no publicitado no puede perjudicar los intereses de terceros que contratan con uno de los ex-cónyuges motivado por la titularidad registral de un bien y menos aún si la relación obligacional es anterior al cambio de régimen económico del deudor.

12. Eficacia del acuerdo particionario *conyugal* -previo al divorcio-

Varios son los pilares jurídicos sobre los que corresponde posicionarse para adoptar una posición fundada. Espontáneamente se afirma en la plataforma dispositiva la restricción genérica para contratar entre cónyuges bajo el régimen de comunidad (1002 inc. d). Se prevé la exigencia de acompañar a la petición de divorcio un “convenio regulador” que contenga las cuestiones relativas a la distribución de los bienes, compensaciones económicas, entre otros varios aspectos (438).¹²⁷ Si bien este convenio, es meramente una *propuesta* que será evaluada por el juez, evidencia el protagonismo que le corresponde a los

¹²⁵ Conf. Art. 10 DTR 11/2016, RPI Provincia de Buenos Aires.

¹²⁶ El XVI Congreso Nacional de Derecho Registral -2011- concluyó que son actos declarativos, entre otros, la partición de herencia y la cesación del estado de indivisión postcomunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por divorcio o separación personal.

¹²⁷ A pesar de la imperatividad del “debe” del art. 438 la doctrina considera que debe leerse como “puede”, y le da el verdadero sentido a la disposición y la autonomía de la voluntad.

cónyuges, concededores del acervo comunitario, autores de las negociaciones iniciales del acuerdo y principales interesados en la forma de distribuirlo.

En el otro margen jurídico se incorpora la posibilidad de que los cónyuges celebren una capitulación matrimonial en la que elijan empezar a regirse por el estatuto de separación de bienes, lo que implica a su vez liquidar y adjudicarse los bienes comunitarios (449). Esta innovadora alternativa en nuestro ordenamiento, no evidencia otra cosa que la capacidad y la facultad que poseen los cónyuges de celebrar un acuerdo liquidatorio de los bienes comunitarios, para en lo sucesivo regirse por otro estatuto disciplinario.

Consideramos que no se infringe el inc. d) de art. 1002 si, constante el matrimonio y antes de la sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, celebran un acuerdo particionario de los bienes gananciales, por escritura pública o por instrumento privado, aclarándose expresamente que esa convención queda sujeta a la posterior homologación judicial, para ser ejecutable un vez disuelto el matrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros.

El acuerdo es ineficaz hasta su homologación, salvo que decidiesen proseguir casados bajo el régimen de separación de bienes respetando el acuerdo partitivo precedente.¹²⁸ La esencia de dicha contratación está basada en transmitir a la autoridad judicial la voluntad liquidatoria de los cónyuges, reflejando el interés personal y familiar, como la conveniencia práctica de dividir y adjudicarse los bienes gananciales de la manera propuesta *condicionada* a la homologación judicial. Una vez homologado el acuerdo, adquirirá plena eficacia. De nada serviría no admitir este acuerdo partitivo a ser incorporado al proceso jurisdiccional, cuando paralelamente los cónyuges tienen la posibilidad de adoptar la vía exclusivamente notarial para la liquidación de los bienes matrimoniales.

¹²⁸ Guastavino consideraba durante la vigencia del Código de Vélez que el convenio privado sobre adjudicación de bienes comunitarios, reviste antes de la homologación, la fuerza de un acuerdo obligatorio asimilado a un contrato y no puede ser dejado de lado unilateralmente cuando el acuerdo se ha celebrado con posterioridad al pronunciamiento que lo declaró. Guastavino, Elías P. *Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales luego del divorcio*. L.L. 1985-II-492. La Cámara Nacional Civil en pleno sentó doctrina *-obligatoria* en aquél entonces- al sostener que “los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos”.

13. Ponencias.

1. Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales típicos, formales, facultativos y registrables; sujetas a la condición del matrimonio válido y a otras condiciones suspensivas o resolutorias, o un plazo pactado.
2. La escritura pública es el instrumento adecuado para convenciones matrimoniales, uniones convivenciales, y para quienes hayan capitulado o casado en el extranjero, trasladen su domicilio a la argentina y opten por este derecho.
3. La protección de la vivienda habitual de la familia es uno de los hitos significativos, no requiere registro ni publicidad jurídica para resguardar ese derecho.
4. No es causa de observación del título del inmueble la falta de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular manifiesta que no constituye vivienda familiar.
5. Es factible otorgar el *asentimiento anticipado* siempre que se consigne en el acto los elementos constitutivos: precio, inmueble, entrega de la posesión, etc.
6. Se diferencia el asentimiento para el otorgamiento de actos que afecten a la vivienda familiar (456) del que grave o enajene un bien ganancial. El poder especial entre cónyuges para dar el asentimiento respecto de bienes gananciales -que no sea sede de la vivienda familiar- se encuentra admitido expresamente.
7. Se posibilita la autorregulación de intereses patrimoniales para las uniones convivenciales –registradas o no-, a través de la celebración de un pacto escrito que regule su unión, régimen patrimonial, efectos jurídicos durante su vigencia y su finalización, división de bienes obtenidos por el esfuerzo común por escritura de adjudicación por cese de unión convivencial, cuya causa será el pacto previo, o el pacto que se efectúe simultáneo a la adjudicación de bienes.
8. La convención prenupcial y matrimonial no realizada por escritura pública es inválida y vale como acto en el que se obligan a cumplir con la forma (285). Las partes pueden asumir la responsabilidad de la inscripción de la convención.
9. Las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges, prevalecen sobre la inhabilidad consagrada en el art. 1002 inc. d).
10. Consideramos adecuado que antes del trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión post comunitaria.
11. La división del patrimonio postcomunitario puede realizarse de manera perfecta y también puede resultar un beneficio para alguno, si hay consenso.