

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Tema II: EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Coordinadora Nacional: Ilda Graciela Sian- Email

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN¹

Autores:

- **CERNIELLO, Romina Ivana** (Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires). Correo Electrónico: escribania.cerniello@gmail.com. Teléfono: 1161905257.
- **GOICOECHEA, Nestor Daniel** (Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires). Correo Electrónico: escribanogoicoechea@live.com. Teléfono: 1155797722.

¹ La versión original del presente trabajo fue presentado por los autores en el XXVI Encuentro nacional del notariado Novel, celebrado en la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, el 24, 25 y 26 de septiembre de 2015.

SUMARIO: 1) Ponencias; 2) Introducción; 3) Convenciones Matrimoniales, elección y cambio de Régimen; Donaciones en Razón del Matrimonio; 4) Disposiciones Comunes a ambos regímenes; 5) Asentimiento Conyugal; 6) Régimen de Comunidad: Carácter Supletorio. Calificación de los bienes. Administración y Disposición de los bienes; 7) Indivisión Postcomunitaria: Administración y Disposición de los Bienes indivisos; 8) Liquidación y Partición de la Comunidad; 9) Régimen de Separación de Bienes; 10) Contratación entre cónyuges; 11) Conclusión; 12) Bibliografía.

1) PONENCIAS:

- La opción por el Régimen de Separación de Bienes debe hacerse por escritura pública en todos los casos, incluso cuando se realiza anterioridad al matrimonio, no siendo posible optar con la simple manifestación ante el oficial del Registro Civil.
- El plazo de un año al que se refiere el artículo 449 para poder mutar de régimen patrimonial, debe computarse desde la celebración del matrimonio para aquellas parejas que hubiesen contraído nupcias con anterioridad a la vigencia del CCCN.
- En los casos de enajenación de bienes propios o de encontrarse en un régimen de separación de bienes, la simple manifestación del transmitente casado de que el bien no reviste la calidad de vivienda alcanza para efectuar la escrituración, sin que el notario deba verificar ningún otro requisito. En estos casos, la buena fe del comprador implica haber visitado el bien, y que no fuese evidente el carácter de vivienda de la misma.
- El boleto de compraventa de un bien ganancial requiere asentimiento conyugal en todos los casos. No así sus sucesivas cesiones, en las cuales solo será exigible si el bien reviste la vivienda familiar del cedente, conforme art. 456.
- La omisión del asentimiento conyugal genera la nulidad relativa del acto, siendo el cónyuge no titular el único legitimado para accionar. En los supuestos del art. 456, el título podrá considerarse saneado transcurrido el plazo de seis meses.
- El asentimiento anticipado requiere que se consigne la naturaleza del acto autorizado (venta, donación, etc.), la designación del bien, y en su caso el precio de la operación, siendo suficiente establecer un precio mínimo.
- El poder para otorgar el asentimiento conyugal sólo requiere la designación del bien, conforme al art. 375 inciso “b”, no siendo aplicable a este los requisitos del art. 457.
- Los cónyuges no pueden otorgarse poder para darse el asentimiento conyugal en el supuesto del artículo 456 CCC. No hay acuerdo respecto a los supuestos del art. 470.

- La indivisión post comunitaria matrimonial genera respecto de los bienes gananciales una universalidad jurídica asimilable a la comunidad hereditaria, sin importar cuál haya sido la causa de disolución de la comunidad.
- Durante el periodo de indivisión post comunitaria, es correcto que ambos cónyuges co-dispongan de los bienes gananciales, independientemente de quien sea el titular registral, pues se trataría de un pacto admitido por el art. 482 del CCCN, ya sea expresa o tácitamente.
- Los cónyuges tienen plena autonomía para realizar la partición, sin necesidad de respetar la igualdad en las hijuelas.
- El régimen de separación de bienes puede ser siempre invocado por el titular del bien frente a terceros, acreditando la existencia del régimen con la documentación respectiva, sin que sea asimilable al supuesto del 466.

DE LEGE FERENDA:

- Modifíquese el artículo 457 del CCCN por el siguiente: “Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y la identificación de los bienes que comprende.”²
- Modifíquese el artículo 459 del CCCN por el siguiente: “Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye. Para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456 se requiere poder especial que individualice el bien. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas.”³
- Agréguese como tercer párrafo del art. 466 del CCCN el siguiente: “La conformidad a la que hace referencia el párrafo anterior podrá ser conferida por el cónyuge del adquirente por escritura complementaria siempre que se cumpla con el resto de los requisitos allí expuestos.”
- Modifíquese el artículo 2369 del CCCN por el siguiente: “Si todos los coparticipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede

² Academia Nacional del Notariado - Memorial presentado ante la Comisión Bicameral por la Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, publicado en Revista del Notariado N° 909, pág. 21.

³ Ídem 1.

hacerse en forma privada si existe unanimidad. En dicho caso la partición puede ser total o parcial, y debe otorgarse en escritura pública.”

2) INTRODUCCIÓN:

Es nuestra intención en el presente trabajo efectuar un análisis sucinto del régimen patrimonial matrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), deteniéndonos en algunas normas que a nuestro entender resultan relevantes porque implican la incorporación de nuevos institutos, o la adopción de una postura manifiesta respecto de cuestiones que en doctrina y jurisprudencia eran controvertidas, contribuyendo a la seguridad jurídica en esos supuestos.

No obstante, también se analizarán las cuestiones sobre las cuales el Código no se expide, y las disyuntivas que la nueva legislación de fondo trae aparejadas.

Entre las novedades en la materia, se destaca sin lugar a dudas la facultad de optar por un régimen de separación de bienes, posibilitando por primera vez salir del régimen único legal y forzoso de comunidad de gananciales previsto por Vélez. Esto resulta un avance fundamental para los tiempos que corren, pues la vida de los matrimonios actuales poco tiene en común con la de los matrimonios del siglo XIX. No obstante, tampoco implica una total apertura a la autonomía de la voluntad, pues sólo versa sobre la posibilidad de elegir entre el régimen de comunidad y el régimen de separación de bienes, y sobre la posibilidad de mutar entre ellos una vez transcurrido cierto tiempo; pero las reglas propias de cada uno de los sistemas siguen siendo de orden público. Esto puede resultar criticable, especialmente teniendo en cuenta que en la regulación de las uniones convivenciales prevalece la autonomía de la voluntad de los convivientes (arts. 513, 514 y conc.); no adherimos a esas críticas, por entender que tal regulación imperativa del régimen patrimonial del matrimonio hace a la seguridad jurídica.

3) CONVENCIONES MATRIMONIALES:

El CCCN regula las convenciones matrimoniales en los arts. 446 a 450, pero no brinda una definición, sino que se limita a enumerar los supuestos admitidos en el art. 446. Son las convenciones previas al matrimonio que, al igual que en el código derogado, deben efectuarse con anterioridad al matrimonio, por escritura pública, sólo pueden referirse a los contenidos taxativamente permitidos, y se consideran sujetas a la condición suspensiva de que se celebre un matrimonio válido. En el art. 449 se autoriza la modificación de

régimen, también mediante una convención, en este caso formalizada durante el matrimonio, también mediante escritura pública.

Se trata de acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones entre los contrayentes o los cónyuges, relativos a los efectos económicos de su matrimonio.⁴

3.1) OBJETO: pueden referirse únicamente a los objetos siguientes (art. 446):

a) “*Designación y Avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.*” Este inciso guarda relación con el inciso primero del art. 1217 CC, agregando el avalúo a la posibilidad de la simple designación. Teniendo en cuenta la presunción de ganancialidad del art. 466, este inventario constituye un medio para preconstituir la prueba de la calidad de propios de los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio, especialmente respecto de bienes muebles no registrables (dinero, obras de arte, joyas, etc.) y derechos personales (ej. boletos de compraventa sin fecha cierta).

b) “*La enunciación de las deudas.*” Es la contrapartida del inc. a), puede realizarse un "inventario del pasivo", es una posibilidad que resulta relevante para determinar que dichas deudas no quedarán encuadradas en los supuestos de responsabilidad de los arts. 461 y 467, cuando carezcan de un título que permita identificar la fecha cierta en la cuales fueron contraídas. Fuera de esto, estimamos que la opción no será utilizada, por implicar además un reconocimiento de las obligaciones.

c) “*Las donaciones que se hagan entre ellos.*” Son las donaciones realizadas por uno de los contrayentes al otro por razón del matrimonio, y se analizarán en el ítem 3.5.

d) “*La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.*” Como se expuso en la introducción, esta es la gran modificación en materia de efectos patrimoniales del matrimonio. No obstante, reiteramos, no se puede elaborar libremente el régimen patrimonial matrimonial sino que la ley únicamente admite que los interesados opten por uno de los dos regímenes que regula: comunidad de gananciales o separación de bienes. Es por esto que se habla de una “autonomía de la voluntad restringida”⁵, a

⁴ Molina de Juan, Mariel F., “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges”, La Ley Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 17.

⁵ Petrinelli, Ludmila, “Las convenciones matrimoniales en el proyecto de reforma del Código Civil, en “En Letra Digital”, enlace <http://enletra.com/2013/04/14/las-convenciones-matrimoniales-en-el-proyecto-de-reforma-del->

diferencia de lo que ocurre en otros países, donde son los propios contrayentes o cónyuges como interesados quienes estructuran el régimen de bienes que mejor se adecue a su situación particular.⁶ A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias (carácter supletorio, art. 463). Y los menores de edad autorizados judicialmente para casarse no pueden optar por el régimen de separación ni hacerse donaciones en la convención matrimonial (art. 450).

Toda disposición patrimonial que exceda el contenido delimitado por estos cuatro incisos carecerá de validez, en virtud de lo normado por el art. 447. Entendemos que, de incluirse cláusulas que refieran a otros temas patrimoniales, ello no implicará la nulidad de la convención sino que sería una nulidad parcial (art. 389).

3.2) FORMA:

Conforme a los arts. 448 y 449, tanto las convenciones matrimoniales como la convención referida a la modificación de régimen patrimonial después de celebrado el matrimonio, deben efectuarse por escritura pública. Asimismo, para que produzcan efectos frente a terceros, las convenciones deberán anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. En las pre matrimoniales serán los contrayentes quienes se encargarán de manifestarlo ante el oficial del Registro Civil para que éste lo asiente, y en las convenciones posteriores al matrimonio, será el escribano el encargado de rogar dicha anotación. Creemos que las convenciones también deberían inscribirse en los registros de bienes.

[codigo-civil/](#) citado por Casabé, Eleonora en la colección "Incidencias del Código Civil y Comercial" Volumen 12 Derecho notarial, registral e inmobiliario. Dirección Alberto J. Bueres, Hammurabi, 2015, pág. 116.

⁶ "El examen de la legislación comparada nos permite apreciar que siempre la ley es la que brinda o no la posibilidad de concertar las convenciones, el modo y tiempo de realizarlas. Es decir que la autonomía de la voluntad está subordinada al postulado legal y al interés familiar, fórmula propia del orden público en el derecho de familia. Observamos que existe una mayor o menor libertad en la elección y aun la posibilidad de introducir cambios en el régimen por el que se ha optado; antes o durante el matrimonio es otro matiz que también se nos presenta. Esta diversidad legislativa hace que algún país, como México, imponga obligatoriamente que los cónyuges elijan un régimen antes del matrimonio, mientras que Bolivia desconoce totalmente las convenciones, al igual que los países donde rige el derecho soviético; u otro... en que se encuentran tan restringidas, que las hace inexistentes, incluso legalmente. También en los países regidos por el comon law se desconocen las convenciones matrimoniales. En Inglaterra, como excepción, se permiten los marriage settlements y en los Estados Unidos se admiten en los Estados de Luisiana, Texas, Arizona, Carolina del Norte, Virginia y Tennessee. Dentro del marco de las legislaciones de libertad contractual, están aquellas que permiten una amplia elección de regímenes y la posibilidad de introducir cláusulas modificatorias, como las de Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Brasil, Grecia, entre otras; mientras que en Alemania, Suiza, Turquía, México, Italia, Paraguay y Perú la elección del régimen no puede ir más allá de los establecidos por la ley. Empero, existen cláusulas que se prohíbe estipular y que son precisamente aquellas en que el interés familiar quedaría comprometido. A su vez, en Alemania, Inglaterra, Francia, Austria, Suiza, Dinamarca, Noruega, Siam, Chile, Uruguay, Italia, España, Paraguay, Perú y Aragón se pueden celebrar convenciones o modificar las efectuadas durante el matrimonio.". Moreda, Liliana Alicia, "Convenciones matrimoniales. Hacia la flexibilización del régimen patrimonial", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, 2010 (julio), pág. 9.

Respecto del carácter de la solemnidad impuesta, debemos concluir que la misma es relativa, por no haberse impuesto expresamente la escritura pública bajo sanción de nulidad (arts. 285, 969, 1018 y conc.). Entendemos que se trata de una omisión importante e involuntaria del legislador, pues por su contenido, estas convenciones no deberían quedar sujetas a la posibilidad de posteriores acciones de escrituración, lo cual resultaría un ridículo, y podría afectar derechos de terceros.

3.2.1) Forma de optar por el Régimen de Separación: Algunos autores interpretan que la opción puede efectuarse directamente ante el oficial público que celebra el matrimonio, sin necesidad de una convención previa por escritura pública, requisito que si sería ineludible para el caso de querer modificar el régimen con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 449).

Quienes opinan que esta vía es posible, fundan su opinión en la letra del art. 420, el cual dice *“Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener:... i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial, y en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes...”*. Así, entienden que el tratamiento separado de las convenciones en el inciso “i” y la opción de régimen en el inciso “j” brinda la posibilidad de efectuar la opción por el régimen de separación tanto en una convención previa conforme al art. 446, como por una simple declaración ante el oficial del registro civil.

No compartimos esta opinión. Si bien la lectura del art. 420 puede dar lugar a dudas, hay varios argumentos para negar dicha posibilidad. En primer lugar, debe estarse al principio de especialidad. El art. 420 sólo trae una enunciación respecto a los requisitos formales del acta de matrimonio, mientras que los arts. 447 y 448 regulan expresamente el contenido de las convenciones matrimoniales y la forma impuesta a éstas.

En segundo lugar, el art. 463, relativo al carácter supletorio del régimen de comunidad, resulta categórico al establecer que *“A falta de opción hecha EN LA CONVENCIÓN MATRIMONIAL, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de gananciales...”*.

Si bien en los Fundamentos del CCCN se afirma que la elección del régimen "se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Estado Civil y Capacidad de las Personas..." De más está señalar que esta última opción no resulta de la disposición *sancionada*, donde debió haberse explicitado.⁷

Por último, la escritura pública no sólo se exige por la presencia de un oficial público que recepta dicha declaración de voluntad, supuesto que estaría cumplido con el oficial del registro civil; sino que la exigencia responde a la necesidad de garantizar que dicha elección, por su trascendencia en la vida futura del matrimonio, sea realizada en un acto reflexivo, luego de ser debidamente asesorados por el escribano interviniente sobre su alcance y consecuencias. Estos requisitos mal podrían darse en el acto matrimonial, sin un profesional idóneo, donde la consulta respecto a este tema podría resultar intempestiva, y la respuesta basada o inducida por un error de uno o ambos cónyuges, o aún peor, por dolo de uno de ellos.

Por lo expuesto, reiteramos, sostenemos que no es posible que los contrayentes opten por el régimen de separación de bienes ante el oficial del registro civil.

3.3) MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN PATRIMONIAL:

Expresa el art. 449: *"Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio produzca efectos, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio..."*.

Esta norma amplía posibilidad de elección de los cónyuges, pues, además de poder elegir con anterioridad al matrimonio por alguno de los regímenes, brinda el derecho a variar de régimen con posterioridad a la celebración de las nupcias, y cuantas veces lo deseen, siempre que se respeten las condiciones señaladas por la norma. Esto resulta importante, porque da a los cónyuges la posibilidad de elegir con la tranquilidad de que esa decisión no resultará definitiva; y fundamentalmente porque brinda el derecho de variar de régimen a

⁷ Sambrizzi, Eduardo A., "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", La Ley 2014-F, pág. 757.

todas aquellas parejas que han contraído nupcias con anterioridad a la vigencia del CCCN.

3.3.1) Requisitos para el cambio de Régimen:

De la lectura de la norma, surgen los siguientes requisitos:

a) Acuerdo de ambos cónyuges: Es imprescindible la voluntad de ambos integrantes del matrimonio, no siendo posible variar de régimen por decisión unilateral.

b) Plazo: Debe haber transcurrido UN AÑO de aplicación del régimen patrimonial que se está variando, o sea un año desde la celebración del matrimonio, o desde el otorgamiento de la escritura de mutación de régimen patrimonial.

Debemos dilucidar cómo computar el plazo de un año para aquellos matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia del CCCN; creemos que aquellas parejas que ya cuenten con un año de casados a partir de la entrada en vigencia del código unificado pueden optar inmediatamente por variar al régimen de separación. No obstante, hay autores que sostienen debe esperarse un año a contar desde el 1 de agosto de 2015. La aplicación de los plazos en tiempos de transición normativa siempre resulta conflictiva, y la redacción del artículo 7 del CCCN para resolver esta situación no es del todo clara, y puede dar lugar a discusiones.

c) Escritura Pública: Nuevamente debe recurrirse a la intervención del notariado para otorgar estos actos tan trascendentes en la vida conyugal. No debemos perder de vista que en caso de mutar del régimen de comunidad al de separación de bienes, se producirá la disolución de la comunidad de gananciales, generándose la indivisión postcomunitaria, con todas las consecuencias que esto conlleva, inclusive la necesidad de proceder simultánea o posteriormente a la liquidación de la misma.

d) Inscripción en el Registro Civil: Para producir efectos frente a terceros, esta convención también debe ser inscripta en el registro civil, mediante nota marginal en la partida de matrimonio. Si bien la publicidad en esta materia resulta necesaria, el hecho de tratarse de registro locales y no existir un registro federal, resta eficacia y practicidad al sistema, pues siempre deberá anotarse en el registro donde los cónyuges hayan contraído nupcias, sin importar el lugar de radicación del matrimonio al momento de otorgar la

escritura de modificación de régimen, y al problema de la distancia de los registros, se suma el de la validez temporal de las partidas extendidas por los mismos.

3.4. CAPACIDAD⁸

El CCCN suprime el requisito del asentimiento de los representantes legales de las personas menores de edad, pero como contrapartida, niega a los adolescentes la posibilidad de celebrar pactos por los cuales efectúen donaciones o elijan el régimen patrimonial del matrimonio. La solución es acertada, antes de los 18 años no parece apropiado permitirles tomar decisiones económicas de entidad tal que requieren una deliberación propia del mayor de edad. Máxime cuando el sometimiento al régimen de comunidad no afecta su interés, en tanto es el que mejor protege a las personas en situación de vulnerabilidad.

La norma se refiere específicamente a las personas menores de edad. No comprende el caso del matrimonio celebrado con dispensa por falta de salud mental (art. 405). En estos supuestos podrían aplicarse los mismos argumentos, sin perjuicio de remitirse a los términos de la sentencia de dispensa, y eventualmente, de la resolución que se haya pronunciado sobre la restricción de la capacidad de la persona que contrae matrimonio.

3.5. DONACIONES EN RAZÓN DEL MATRIMONIO:

Están reguladas en los arts. 451 a 453 del CCCN. Se simplifica su tratamiento en comparación con el Código de Vélez, que incluía normas relativas a las donaciones y a la dote de la mujer, desde el art. 1230 hasta el 1260, muchas de las cuales se consideraban tácitamente derogadas. La realidad actual torna innecesaria mayor cantidad de normas, y con muy buena técnica se remite al título de las donaciones para todo lo que no se regule especialmente en estos artículos (art. 451).

Conforme al art. 452, entendemos por donaciones en razón de matrimonio aquellas “... *hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro...*”. Estas donaciones

⁸ Molina de Juan, Mariel F., “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges”, La Ley Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 17.

se consideran implícitamente sometidas a la condición suspensiva de que se celebre un matrimonio válido.

A diferencia del art. 1240 CC, no se dispone la irrevocabilidad de las donaciones por causa de matrimonio, siendo aplicables las normas generales para la revocación de las donaciones, sin perjuicio de la protección del cónyuge de buena fe si el matrimonio fuera anulado, quien puede revocar las donaciones realizadas al de mala fe (art. 429 inc. b).

Asimismo, por el art. 453, las ofertas de donación hechas por terceros caducan si el matrimonio no se celebra dentro del término de un año, y se consideran tácitamente aceptadas desde la celebración del matrimonio, si antes no fueron revocadas. No expresa qué sucedería con la oferta hecha por un tercero que fallece antes del año y de la celebración del matrimonio, puede entenderse que por aplicación de las reglas generales, también caduca.

4. DISPOSICIONES COMUNES A AMBOS REGÍMENES:

Las normas dispuestas entre los arts. 454 y 462 constituyen un estatuto inderogable para el matrimonio, con independencia del régimen patrimonial aplicable (conf. art. 454). Es un "régimen primario", existente en otros países, que se encuentra destinado a la protección de los intereses familiares comprometidos. Son, según se ha dicho, normas demostrativas de la solidaridad familiar⁹.

Dentro de estas normas, resalta el requisito del asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda, y los muebles indispensables de ella. Este tema, que junto con el art. 522 -uniones convivenciales inscriptas- constituye un verdadero sistema de orden legal e inderogable de protección de la vivienda familiar, será analizado en el acápite siguiente. Si bien el código regula un régimen de protección de la vivienda entre los arts. 244 y 256, este régimen es de carácter voluntario, y la protección operará en tanto se cumplan los requisitos de afectación, y éstos continúen vigentes. Por el contrario, la protección dispuesta en el art. 456 es legal y de aplicación inmediata y forzosa. La protección no deriva solamente del requisito del asentimiento para disponer, sino fundamentalmente del último párrafo del 456, al disponer la

⁹ MEDINA, Graciela, "Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012", en AA.VV., Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Buenos Aires, 2012, pág. 303, nro. 14.2 citada por Sambrizzi, Eduardo A. en "Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto de reformas", LA LEY 2014-D, 688

inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges, o por uno con el asentimiento del otro.

Asimismo, el asentimiento se requiere para disponer de los derechos personales sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ésta, y respecto de estos últimos para trasportarlos fuera de ella.

Además, son normas aplicables a todo matrimonio el deber de contribución regulado en el art. 455; la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos (art. 461); la posibilidad de autorización judicial normada en el art. 460 para el caso de ausencia o impedimento para expresar la voluntad de uno de los cónyuges; y las reglas para la disposición de las cosas muebles no registrables (art. 462).

5. ASENTIMIENTO CONYUGAL:

Se ha definido al asentimiento como *“una declaración unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles y derechos registrales”*¹⁰.

El requisito del asentimiento conyugal fue incorporado a nuestro derecho positivo por la ley 17.711 en el art. 1277 CC, el cual se entendió como una potestad de control otorgada al cónyuge no titular, en aras de la protección de los intereses familiares, y en tanto la propia ley 17.711 fue la que puso punto final a los resabios del sistema de administración marital previsto por Vélez.

El CCCN amplía la protección, pues exige asentimiento no sólo a los cónyuges -en ambos regímenes patrimoniales matrimoniales-, sino también a los convivientes, y porque incorpora actos que ahora requieren asentimiento y que antes no lo exigían o eran dudosos. Asimismo, presenta normas específicas en cuanto a los requisitos del asentimiento, poderes para otorgarlo, y efecto en caso de omisión.

5.1. Casos que requieren Asentimiento Conyugal:

¹⁰ Martínez, Karina A. y Massone, M. C., “Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal”, en Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 901, julio-septiembre 2010, pp. 87-99, citadas por Ezernitchi, Darío J. y Pacheco de Ariaux, María I. en “Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del Proyecto de unificación del los códigos Civil y Comercial”, en Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 911, enero-marzo 2013, pág. 88.

El juego de los arts. 470 y 456 del CCCN viene a reemplazar al antiguo art. 1277 CC en sus dos párrafos, con las modificaciones que se analizarán.

El art. 470 CCCN establece que, respecto de los bienes gananciales, será necesario el asentimiento del cónyuge no titular para enajenar o gravar: a) los bienes registrables, b) Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública...; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Este artículo equivale a las disposiciones del primer párrafo del art. 1277 CC. En comparación con dicha norma, podemos decir que se mantiene el requisito del asentimiento respecto de los bienes registrables y participaciones societarias, precisando el supuesto de las acciones de sociedades anónimas, que había sido objeto de amplio debate en la doctrina. También se incorpora de modo expreso el supuesto de los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, y se requiere el asentimiento para las *promesas* de dichos actos, lo cual es importante en materia de boleto de compraventa y juicio por escrituración. Respecto a la cesión de los boletos, creemos que en los casos en que no se trate de la vivienda familiar, no debería requerirse el asentimiento del cónyuge del cedente.

El art. 456 CCCN se corresponde con el segundo párrafo del art. 1277 CC que requería el asentimiento para disponer del inmueble propio cuando fuera sede del hogar conyugal, y vivieran hijos menores o incapaces. El nuevo art. 456 CCCN mantiene y amplía dicha protección, al expresar: *“Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella...”*. Este artículo se ubica dentro de las normas aplicables a todo matrimonio, con independencia del régimen patrimonial elegido, lo que implica que el asentimiento se requiere sin atender al carácter propio o ganancial del bien, y aún encontrándose en un régimen de separación de bienes. El legislador ha extendido el requisito para todo acto de disposición de derechos sobre la vivienda. Como vemos, ya no será necesario que tengan hijos menores o incapaces que vivan en el inmueble para requerir el asentimiento. Además, abarca la disposición de todo tipo de derechos, pues no se limita a los

derechos reales¹¹; y más aún, el legislador extendió la protección a los bienes muebles indispensables de la vivienda, de los que no se podrá disponer ni ser transportados fuera de ella sin asentimiento, lo cual resultará sin dudas una prerrogativa de difícil aplicación.

5.2 Requisitos del asentimiento – Asentimiento Anticipado:

El art. 457 dispone: *“En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento del acto, aquel debe versar sobre el acto en sí, y sus elementos constitutivos”*. Estos requisitos se refieren tanto al caso del art. 456, como a los supuestos regulados en el art. 470, por remisión expresa de este último.

Esta norma trajo una pronta y adversa reacción por parte del notariado¹². En primer lugar, se advierte un uso vago del lenguaje al referirse a “el acto en sí”, y sus elementos “constitutivos”. La alusión al “acto en sí” implica el reconocimiento normativo de la doctrina que interpretaba improcedente el asentimiento general anticipado, tema que ha sido un punto de desacuerdo en doctrina y jurisprudencia¹³, siendo la posición predominante dentro del notariado la validez y defensa de dicha figura, en virtud de la confianza que existe entre los esposos.

Respecto de la mención a los elementos constitutivos, una primera lectura parece indicar que al momento de otorgar el asentimiento el cónyuge no titular deberá conocer todos los elementos esenciales del acto jurídico que otorgará

¹¹ Por ejemplo la cesión del contrato de locación requerirá el asentimiento del cónyuge del cedente si el bien locado se destina a vivienda familiar del locatario.

¹² En el Memorial presentado ante la Comisión Bicameral por la Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, publicado en Revista del Notariado N° 909, pág. 21, la Academia Nacional del Notariado propuso la siguiente redacción del art. 457: “Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y la identificación de los bienes que comprende.”. Con el siguiente fundamento de la propuesta: La mención de los elementos constitutivos del acto o negocio pareciera exigir no solo la identificación de los bienes sobre los cuales se expresará el asentimiento, sino también la descripción de las condiciones de realización de la contratación (precio, plazos, modalidades, etc.). No puede desconocerse que en más de una oportunidad estos elementos constitutivos dependerán del resultado de la negociación que al respecto se desarrolle, la cual puede variar en más de una oportunidad hasta tanto se instrumente. La exigencia imposibilitaría resolver casos hartos frecuentes cuando cualquiera de los cónyuges requiera anticipar el asentimiento frente a eventualidades como viajes, traslados laborales, de estudios o cualquier otra circunstancia especial.

¹³ “Opiniones en contra de la validez del asentimiento general: Augusto César Belluscio, Raúl J. Cornejo, Guillermo A. Borda, José Ignacio Cafferata, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. Vidal Taquini, Aquiles Horacio Guaglianoni, Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert, Félix Alberto Trigo Represas, Jorge Joaquín Llambías, V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971). Opiniones a favor de la validez del asentimiento general: Alberto G. Spota, Jorge Rodolfo Mazzinghi, Néstor Cichero, Fernando López de Zavalía, Oscar A. Borgonoso, XII Jornadas Notariales Argentinas (Resistencia, 1968), Instituto Argentino de Cultura Notarial, hoy Academia Nacional del Notariado.” Giralt Font, Jaime “Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal. Evolución del régimen patrimonial de la sociedad conyugal”, Revista del Notariado N° 903, pág. 93.

su consorte, esto es: sujeto, objeto y causa. Dicha interpretación haría prácticamente imposible el otorgamiento de un asentimiento anticipado. La interpretación que hace operativo un asentimiento anticipado es la que entiende que sólo deben enunciarse aquellos elementos que resulten relevantes a efectos de realizar el control que la ley le otorga de forma irrenunciable al cónyuge no titular; en el supuesto de la disposición de un inmueble, estamos de acuerdo con aquellos autores que sostienen alcanza con describir la naturaleza del acto a otorgar, el bien, y en su caso, el precio mínimo que debería obtenerse. En definitiva, la persona que resulte compradora no es relevante a efectos del control que debe cumplirse.

5.3 Poder para asentir:

Respecto a este tema, cabe una aclaración previa: el asentimiento anticipado, ya sea especial o general, no es igual que el otorgamiento de un poder para que el apoderado, en uso de la representación conferida, otorgue el asentimiento en el caso concreto. La diferencia es fundamental, pues en el asentimiento anticipado el cónyuge ya prestó la conformidad requerida, mientras que en el apoderamiento el cónyuge no asiente, sino que encomienda al apoderado que otorgue el asentimiento en un caso concreto.

Durante la vigencia del código derogado la diferencia no resultó tan relevante, en tanto los requisitos para el asentimiento anticipado y para el poder para asentir eran los mismos -conforme a la doctrina mayoritaria-: individualizar el bien objeto del acto.

La diferencia vuelve a tomar relevancia a raíz del juego del citado art. 457 y el 375. Este último artículo, relativo a los apoderamientos, dispone que serán necesarias facultades especiales para “... *b) otorgar el asentimiento conyugal, si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere*”. Frente a esto, la discusión gira en torno a interpretar si al requisito del art. 375 deben sumarse los requisitos del art. 457 sobre los elementos constitutivos del acto.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien. Nótese que el inciso “b” del art. 375 es el único supuesto en el que este CCCN solicita el llamado poder específico o especialísimo, requisito que no ha sido mantenido ni siquiera en materia de donación inmobiliaria. Imponer al apoderamiento los

requisitos del asentimiento es un sinsentido, pues de contarse con todos los requisitos para otorgar el asentimiento anticipado, no sería necesario otorgar el poder.

Por otro lado, en el supuesto del apoderamiento, será el apoderado quien otorgue el asentimiento al cónyuge del poderdante, y dicho acto será imputable al poderdante como si hubiese actuado él mismo. La diferencia radica en la relación que se entabla entre el poderdante y el apoderado: si el poder se otorga en base a un contrato de mandato, y el mandatario actúa en contra de las indicaciones del mandante, esa desobediencia permanece en la faz interna de la relación contractual entre mandante y mandatario, y dará lugar al reclamo del primero al segundo, pero resultará inoponible al tercero contratante de buena fe, en tanto el poder cumpla los requisitos legales.

5.4. Mandato entre cónyuges y asentimiento conyugal:

El art. 459 CCCN, luego de establecer como regla general la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí contrato de mandato, expresamente dispone que dicho mandato **no podrá ser “para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456”**.

En primer lugar, la prohibición responde a la dinámica general adoptada en la materia de asentimiento, esto es, se adoptó una postura en la cual se desalienta la confianza en el cónyuge. Desde ese punto de partida, resulta coherente que si no puede otorgarse un asentimiento general anticipado, y ya ni siquiera especial si no se cuenta con “los elementos constitutivos del acto”, tampoco pueda otorgarse mandato al otro cónyuge, pues en definitiva estaría entregando el control del acto al sujeto pasible de control.

La discusión en torno a este tema deriva de la remisión que el art. 470 - referente al asentimiento de los bienes gananciales- hace a las disposiciones comunes a todos los regímenes, las que para algunos sólo se refieren al asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda.

Como vimos, el art. 459 prohíbe dar el mandato al cónyuge para asentir “en los casos en que se aplica el art. 456”, es decir, para la disposición de la vivienda. Asimismo, el último párrafo del art. 470 dispone que “Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los arts. 456 a 459”. Contrapuestas las dos normas, lo que hay que interpretar es si la prohibición alcanza a los supuestos

en que se dispone de bienes gananciales que **no** sean el inmueble que constituye la vivienda familiar.

Quienes opinan que en este caso no es aplicable la prohibición, fundan su opinión en la letra del propio 459, que dice que se aplica a los casos del 456, y expresan que la remisión sólo tiene por fin ratificar la regla general que permite a los cónyuges celebrar el contrato de mandato.

Respecto de este argumento, se opina que la remisión expresa del art. 470 al 459 no puede tener como objetivo la repetición de una regla general, que de todas formas se aplicaría justamente por encontrarse entre las normas aplicables a todos los regímenes, sino que dicha remisión se torna trascendente si se entiende que se refiere a la prohibición de que el mandato verse sobre el asentimiento conyugal. Esta interpretación es la que, lamentablemente¹⁴, más se adapta a la idea global adoptada por el legislador. También es válido el argumento vertido respecto al art. 459, de que se estaría delegando el control en el sujeto que debe controlarse, que parece ser lo que buscó evitar el legislador.

No hay acuerdo respecto de la interpretación de esta remisión, ni siquiera entre los autores de este trabajo. Sí podemos decir que en la 39 Jornada Notarial Bonaerense se concluyó que la prohibición de dar poder a favor del otro cónyuge para otorgar el asentimiento, sólo es aplicable a los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables. Asimismo, la DTR 11/2016 del RPI de la provincia de Buenos Aires dispone “Será susceptible de calificación registral la existencia del asentimiento del cónyuge no titular en los documentos que tengan como objeto: a) La disposición o gravamen de bienes gananciales (art. 470 CCCN); b) La disposición o gravamen de un bien propio que constituya la vivienda familiar (art.456 CCCN). En este último supuesto el asentimiento no podrá ser prestado por el otro cónyuge en virtud de un poder especial al efecto (art.459 CCCN).” Si bien la norma toma postura respecto a la discusión planteada, comete un error al pretender que el artículo 456 sólo se aplica a los bienes propios, ya que se aplicará tanto a los propios como gananciales, y aún al caso de régimen de separación, con el único requisito de que sea la vivienda del disponente.

¹⁴ Decimos lamentablemente porque consideramos excesiva la prohibición absoluta de que un cónyuge confiera poder al otro para otorgarse el asentimiento.

5.5. VENIA JUDICIAL SUPLETORIA:

El art. 458 mantiene la posibilidad de solicitar la venia judicial supletoria y amplía los casos en que puede aplicarse, en comparación con la norma anterior, pues se refiere a cualquier supuesto en que no pueda obtenerse el asentimiento, ya sea por negativa injustificada, ausencia, incapacidad, o impedimento transitorio.

5.6 OMISIÓN DEL ASENTIMIENTO. EFECTOS. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN:

Desde la sanción de la ley 17.711 se ha discutido qué ineficacia afectaba al acto en el cual se había omitido el asentimiento del art. 1277 CC. Para algunos era un caso de nulidad relativa, para otros el acto era inoponible al cónyuge.

El CCCN termina con la discusión, optando por la nulidad relativa a favor del cónyuge no titular, en el art. 456. Esto nos dará una base normativa sólida sobre la cual trabajar, especialmente al momento de calificar antecedentes en los cuales se haya omitido el asentimiento, pues la omisión podrá ser confirmada por el cónyuge que debió asentir.

Respecto al plazo de caducidad de seis meses, resulta muy útil desde el punto de vista práctico. No obstante, debemos ser muy precavidos al momento de considerar el transcurso de dicho plazo como como un supuesto de subsanación, por cuanto la determinación del momento en que el cónyuge pudo conocer el acto de enajenación no siempre es certero. En principio, los supuestos del 456 parecieran ser más claros, pues tratándose de la vivienda familiar difícilmente pueda alegarse que desconocía la situación luego de los seis meses de otorgado el acto. No obstante, el vendedor pudo haber continuado en posesión del bien, sin que su cónyuge tomara conocimiento de la venta efectuada.

5.7. ACREDITACIÓN DE LA INNECESARIEDAD DEL ASENTIMIENTO:

Ante la existencia de tantas normas nuevas en la materia, lo que resulta relevante para el notario será como manejarse respecto a aquellos bienes propios (o sujetos al régimen de separación de bienes) que no constituyan la vivienda familiar.

Estimamos que seguirá siendo una manifestación del enajenante, que requerirá para la buena fe del adquirente la previa visita del bien, para verificar

que el inmueble no constituya la vivienda familiar del disponente, sin necesidad de solicitar ninguna constancia adicional.

6. RÉGIMEN DE COMUNIDAD¹⁵:

Este régimen, adoptado por Vélez como sistema único e inderogable, continúa en el CCCN con algunas modificaciones, pero ahora con carácter de supletorio, ya que en el supuesto de no haberse hecho la opción por el régimen de separación de bienes "los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias..." (art. 463).

Al igual que en el régimen del CC, el régimen de comunidad actual implica que los bienes que integren la comunidad sean denominados o calificados como "gananciales", los cuales por ser el producto del esfuerzo común de la pareja, serán liquidables por partes iguales al momento de la disolución de la comunidad, por cualquiera de las causales posibles. Continúa en consecuencia, la existencia de las cuatro "masas" de bienes, esto es, los bienes propios y los bienes gananciales de cada uno de los cónyuges.

6.1. Calificación de los bienes:

La enumeración de las reglas para calificar a los bienes se encuentra en los arts. 464 (propios) y 465 (gananciales), a cuya lectura nos remitimos. Se mantienen los principios generales planteados por el código velezano, solucionando a su vez las grandes discusiones doctrinarias que se plantearon por falta de regulación expresa, fundamentalmente en materia de los denominados "bienes mixtos".

Los tres grandes principios rectores para la calificación continúan vigentes, es decir: a) El tiempo: Los bienes adquiridos antes de la vigencia de la comunidad son propios; y los adquiridos con posterioridad se presumirán gananciales (se mantiene asimismo la regla de la causa anterior, conforme art. 464 inc. "g" y 465 inc. "j"); b) El título de adquisición: Aquellos adquiridos por herencia, legado o donación serán propios, y en principio aquellos obtenidos a título oneroso serán gananciales; c) La subrogación real: los bienes que se adquieran por intercambio de bienes propios mantendrán ese carácter, y a la inversa cuando sean gananciales. Debemos sumar a estos principios el de Adhesión o Acrecentamiento. La adhesión por acrecentamientos naturales, materiales,

¹⁵ Cabe aclarar que las normas relativas al régimen de comunidad serán aplicadas ipso iure a los matrimonios que se hayan celebrado durante la vigencia del código civil, por aplicación del artículo 7 del CCCN.

construcción y demás supuestos, implican que el bien mantiene su carácter originario, sin perjuicio del derecho de recompensa en caso de corresponder.

En virtud de no haber grandes modificaciones en este punto, nos detendremos solo en el análisis de supuestos que han generado conflicto.

6.1.1. Bienes Mixtos:

Los denominados bienes mixtos siempre han sido motivo de conflicto atento a la falta de regulación expresa en la regulación velezana, por lo que su normativización constituye una novedad. Al referirnos a bienes mixtos, hay dos supuestos a analizar:

a) Aquél en el cual un bien es adquirido con dinero en parte propio y en parte ganancial, casos en que la doctrina mayoritaria ha otorgado al bien el carácter de la mayor cantidad de dinero invertido. Esta regla se receptó en el nuevo código¹⁶, imponiendo las recompensas que correspondan.

b) Y el supuesto que ha generado mayores contradicciones, el caso de las adquisiciones de partes indivisas que resulten de títulos distintos¹⁷. Para estos supuestos se generaron dos corrientes doctrinarias, la “monista” y la “dualista”¹⁸. Para los primeros, los bienes debían calificarse siempre y en su totalidad como propios o como gananciales, jugando en caso de aportes mixtos la regla de las recompensas al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Por el contrario, para la postura dualista, no existía inconveniente en sostener que un bien de titularidad de un solo cónyuge pudiera ser en parte propio y en parte ganancial, atento a la diferente calificación de los bienes o fondos utilizados para su adquisición. Dichas posturas enfrentadas durante décadas, fueron sostenidas por respetadísimos juristas.

¹⁶ “Art. 464. Bienes Propios: Son bienes propios de cada uno de los cónyuges ... c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario...”

“Art 465. Bienes Gananciales: son bienes gananciales ... f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la reinversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad...”

¹⁷ El caso típico en esta materia es el supuesto de una persona que posee un parte indivisa de carácter propio, por ejemplo por herencia o donación, y luego adquiere el resto de las partes indivisas del bien mediante la compra a sus coherederos o condóminos, utilizando dinero ganancial.

¹⁸ “SANZ, Gregorio Oscar s/Recurso Contencioso Administrativo”, Cámara Nacional en lo Civil en Pleno. LA LEY, 1992-D, 260 - DJ, 1992-2-501.

El desarrollo y fundamento de ambas posturas excede el objetivo de este trabajo, por cuanto el CCCN ha tomado una decisión categórica a favor de la postura monista, eliminando de esta forma la posible discusión¹⁹. La solución podrá ser compartida o no, pero tiene el valor de haber finalizado una discusión que implicaba una gran inseguridad en el tráfico inmobiliario, por cuanto el resultado de tomar una u otra postura traía resultados muy diversos en algunas situaciones, como por ejemplo la necesidad o no de asentimiento, o de realizar el juicio sucesorio del cónyuge no titular.

Vale aclarar que dichas discusiones continuarán por el debate en torno al derecho transitorio, decidiendo qué reglas aplicar a los bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia del CCCN²⁰.

6.1.2. Acciones en Aumento de Capital por “Capitalización de utilidades”:

En art. 491 toma postura en una discusión doctrinaria que ha dado lugar a amplios debates. Se trata del supuesto de quien posee acciones (u otra participación societaria) de carácter propio, y luego la cantidad de acciones o participaciones acrece en virtud de la suscripción realizada en oportunidad de un aumento de capital por capitalización de utilidades. La doctrina se dividió en torno a calificar dichas acciones o participaciones como propias o gananciales²¹.

El citado artículo ofrece una solución al calificarlas como propias, estableciendo una recompensa a favor de la comunidad²². Esta solución nos parece parcial e incompleta. Sin embargo, el análisis de las teorías relativas al tema exceden las posibilidades brindadas para el desarrollo del presente, por lo cual nos limitamos a mencionar la solución adoptada.

6.1.3. Bienes Gananciales Anómalos:

¹⁹ “Art. 464: Bienes Propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ... k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición...”

“Art. 465: Bienes Gananciales. Son bienes gananciales... n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición...”

²⁰ Ver Orden de Servicio Nro. 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia. de Bs. As.

²¹ Belluscio, Augusto C. “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”. Director: Belluscio, Augusto C., Coordinador: Zannoni, Eduardo A., Editorial Astrea, Ed. 1992, Tomo VI, Pag. 145.

²² Art. 491: “... Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad...”

Al igual que en art. 1306 CC, el art. 480 CCCN establece que la extinción de la comunidad tiene efecto retroactivo, ya sea al día de la notificación de la demanda o petición conjunta de los cónyuges para los casos de divorcio, anulación de matrimonio o separación de bienes. Asimismo, y manteniendo las similitudes, establece que en caso de haber existido separación de hecho sin voluntad de unirse previamente a la anulación, divorcio o separación de bienes, la sentencia tiene efectos retroactivos a la fecha de esa separación.

Tengamos en cuenta que hay un nuevo criterio en materia de divorcio, en donde no sólo desapareció la noción de culpa, sino que directamente desapareció la noción de causa. Esto explica que haya desaparecido la vieja distinción del 1306 CC en torno a que la no participación sólo beneficiaría al cónyuge inocente, distinción que había dado lugar a un amplio debate para los supuestos de presentación conjunta²³.

Aclarado esto, podemos definir a los bienes “gananciales anómalos” como aquellos que el cónyuge separado de hecho adquiere a título oneroso, y que una vez dictada la sentencia de divorcio, deberán considerarse fuera de la comunidad, en virtud del efecto retroactivo que estipula el citado art. 480. Lógicamente, dicho principio deberá ser conjugado con el principio de la subrogación real, por lo cual si el cónyuge separado de hecho adquiere el bien con dinero o a cambio de bienes gananciales adquiridos antes de la separación, los nuevos bienes no quedarán excluidos de la comunidad al momento de la disolución.²⁴

6.1.4. Prueba del carácter frente a Terceros:

Como sabemos, entre los cónyuges siempre podrán alegar y probar por cualquier medio que un determinado bien es propio o ganancial. Pero frente a terceros deben establecerse reglas claras para evitar inseguridad en el tráfico de bienes.

²³ C. Nac. Civ. en pleno, 29/9/1999 - C., G. T. v. A., J. O.)

²⁴ Esto tiene un gran impacto en la práctica notarial, básicamente en dos situaciones: 1) Al calificar aquellos títulos en los cuales la persona que adquirió siendo casada viene luego a disponer estando divorciada: si de las constancias del proceso de divorcio resulta que ya se encontraba separada de hecho al momento de comprar, podremos autorizar el acto dispositivo si necesidad de intervención del ex cónyuge si no resulta evidente la adquisición con dinero ganancial; y 2) Al asesorar a la persona que adquiere estando separada de hecho: debemos advertirle que si cumple con los requisitos mencionados, podrá adquirir dejando constancia de estas circunstancias, y una vez dictada la sentencia de divorcio ese bien no integrará la masa partible si lo manifestado coincide con las constancias que resulten del juicio.

Al respecto, y en torno del art. 1246 CC fue tejiéndose toda una doctrina y jurisprudencia que fue avanzando y desarrollándose en la medida que el régimen original previsto por el codificador fue mutando por las reformas parciales²⁵.

Desde hace varias décadas, el notariado tenía como postura casi unánime que al momento de adquirirse un bien con dinero propio, para hacer ese carácter oponible a terceros debía dejarse constancia de ello en la escritura, y justificar cómo el dinero utilizado era propio, no bastando la simple declaración del adquirente. De allí que siempre debíamos remitirnos a documentos que resultaran prueba suficiente, como la escritura de venta de un bien propio, o la donación del dinero instrumentada en escritura o instrumento privado con firma certificada, etc. Ante estas remisiones, la manifestación del cónyuge del adquirente ratificando esta circunstancia resultaba innecesaria, aunque por práctica se la incluía cuando era posible por la invocación de la teoría de los actos propios.

Asimismo, ante la omisión en la escritura de adquisición, admitíamos la “escritura complementaria de recalificación”, lo cual podía efectuarse incluso simultáneamente con la disposición del bien.

El art. 466 CCCN receptó parcialmente esta teoría²⁶. La innovación poco feliz para el notariado fue la incorporación como requisito de la conformidad del cónyuge del adquirente, la cual no podrá ser suplida ni complementada posteriormente sin recurrir a la vía judicial, lo cual nos parece un error merecedor de modificación.

6.2. Gestión de los bienes de la Comunidad:

Respecto a este tema, los arts. 469 y 470 mantienen los principios de los arts. 1276 y 1277 CC (ley 17.711). Esto implica que cada cónyuge tiene la libre administración de sus bienes propios y gananciales, con las limitaciones que impone el 470 respecto a la disposición y gravamen de los bienes gananciales,

²⁵ La evolución de esta doctrina está brillantemente tratada en: Belluscio, Augusto C. “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”. Director: Belluscio, Augusto C., Coordinador: Zannoni, Eduardo A., Editorial Astrea, Ed. 1992, Tomo VI, Pag. 94 a 107.

²⁶ **Artículo 466:** “... Para que sea oponible a terceros el carácter propio de bienes registrales adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia de la adquisición.”

y el 456 respecto a la vivienda, tema sobre el cual no remitimos a su comentario en el punto 5.

La novedad respecto del tema la da el art. 471²⁷ en materia de bienes que pertenecen en condominio a ambos cónyuges, en donde la ganancialidad implica un apartamiento parcial del régimen de condominio, pues las decisiones deberán ser tomadas por ambos sin importar la parte indivisa que cada uno posea.

6.3. Extinción de la comunidad:

Los supuestos de extinción de la comunidad están indicados en el art. 475 CCCN, a saber: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio; d) la separación judicial de bienes; y e) La modificación del régimen matrimonial convenido.

Como vemos, los últimos dos supuestos son los únicos en los cuales se extingue la comunidad manteniéndose el vínculo matrimonial. Respecto a la separación judicial de bienes, los supuestos para solicitarla se encuentran regulados en el art. 477, al cual nos remitimos. Respecto a la modificación de régimen, nos remitimos al comentario realizado en el punto 3.

Todos los supuestos de disolución de la comunidad provocarán que la masa de bienes gananciales de ambos cónyuges pase a integrar la indivisión postcomunitaria matrimonial, tema que trataremos a continuación.

7. INDIVISIÓN POST COMUNITARIA:

Al igual que con el sistema anterior, en el CCCN una vez extinguida la comunidad por cualquier causal, surge la indivisión postcomunitaria y los bienes gananciales pasan a integrar la masa indivisa hasta que se concreta la partición y adjudicación de los bienes al patrimonio individual de los ex cónyuges. La discusión acerca de la naturaleza jurídica de esta indivisión ha sido materia de intenso debate en la doctrina, desde aquellos que piensan que se trata de una universalidad de hecho, un condominio, o, la que consideramos

²⁷Art. 471: "Bienes adquiridos conjuntamente. La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del art. 458.- A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los dos artículos anteriores.- A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar."

acertada, una universalidad jurídica, cuyas características son asimilables a la comunidad hereditaria.

Respecto a las reglas aplicables para la administración y disposición de los bienes gananciales durante este periodo de indivisión postcomunitaria, el código estipula dos principios en el art. 481: a) Si la extinción se da por muerte de uno de los cónyuges, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Es decir, respecto a este supuesto, reitera la remisión que efectuaba Vélez Sarsfield. En dichos casos, deberán oportunamente liquidarse conjuntamente la indivisión post comunitaria matrimonial y la indivisión hereditaria. Y b) Para el resto de los supuestos, es decir, aquellos en los cuales la disolución de la comunidad se da en vida de ambos cónyuges, se aplicarán las reglas del art. 482. Este artículo deja de lado la postura mayoritaria, que requería la “co-disposición”, sin importar quien fuera el propietario antes de la disolución²⁸, y adopta la postura minoritaria encabezada por el Dr. Eduardo A. Zannoni, que sostiene la aplicación de los arts. 1276 y 1277 CC hasta tanto se efectuara la partición, por lo cual cada cónyuge seguía administrando y disponiendo libremente de sus bienes gananciales, con la sola limitación de requerirse el asentimiento en los casos del art. 1277 CC, y solicitarse certificado de inhibiciones también por el cónyuge no titular (extremo que el propio Zannoni debió reconocer en un fallo²⁹).

Es decir, con anterioridad a la reforma y sin importar la postura que se adoptara, si al acto habían comparecido ambos cónyuges, y se habían solicitado inhibiciones por ambos, el título no resultaba objetable.

Hoy el **art. 482** dispone: *“Si durante la indivisión post comunitaria los ex cónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección.- Cada uno de los coparticipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.”*

²⁸ Esta postura, la que consideramos acertada, encontraba su fundamento en que la disolución de la sociedad conyugal generaba una masa indivisa de bienes, por lo cual ya ninguno de los ex cónyuges seguía siendo propietario exclusivo, por lo cual resultaba aplicable el art. 3451 del Código Civil, relativo a la disposición en materia de comunidad hereditaria. No creemos acertado hablar de la existencia de un “condominio”.

²⁹ CNCiv. Sala "F" R 474.067, 31-5-2007 "Aguirre, Eduardo D. c/ Registro de la Propiedad Inmueble" Expte. 349/06.

No obstante haberse adoptado la postura minoritaria, sostenemos que nada ha cambiado desde el punto de vista práctico, a excepción del posible pacto entre los cónyuges –que se analizará más adelante-, esto es, si al acto dispositivo concurren ambos cónyuges, y se pide certificado de inhibiciones por los dos, nada habrá que objetar respecto del título, por lo cual la conclusión anterior se mantiene³⁰. Si dispone el cónyuge titular con el asentimiento del otro, el acto estará correctamente otorgado; y para quienes consideramos que la indivisión post comunitaria sigue siendo una universalidad jurídica, el mismo art. 482 nos da la llave para seguir otorgando las escrituras recurriendo a la codisposición, pues las reglas relativas a la comunidad se mantienen en tanto los cónyuges no hayan acordado algo distinto. Ello implica que si recurrimos a la codisposición, debemos entenderla como un pacto implícito de los cónyuges para disponer del bien de esta manera.

En este sentido, tanto el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante la Instrucción de Trabajo 3/2016, como el de la Provincia de Buenos Aires mediante la Disposición Técnico Registral 11/2016, receptan la posición descripta, otorgando la posibilidad de recurrir a cualquiera de los dos procedimientos. Asimismo, la norma de C.A.B.A. aclara expresamente que NO es necesario solicitar inhibiciones por el cónyuge no titular cuando dispone el titular registral con el asentimiento de aquél. Si bien esto último resulta técnicamente correcto con la posición a utilizar en dicho supuesto, puede generar inconvenientes con los acreedores del cónyuge no titular, pues éste ya tiene un derecho actual y exigible en su patrimonio (a diferencia del caso de asentimiento durante la vigencia de régimen de comunidad, momento en el que sólo tiene un derecho “en expectativa”).

Respecto del pacto entre cónyuges al que refiere el art. 482, además de la función expresada anteriormente, entendemos que estos pueden importar una nueva incumbencia notarial, además de nuestra función calificadora y asesora en los mismos. Especialmente, estos pactos pueden resultar interesantes para aquellas parejas que tengan un establecimiento comercial o industrial en común, que sea el sustento de la familia. En este caso, el interés familiar podría justificar que ambos acuerden prorrogar este estado de indivisión para el

³⁰ Consideramos que los mismos argumentos que llevaron a la postura minoritaria a sostener que debía pedirse inhibiciones por ambos cónyuges siguen siendo válidos.

beneficio común, estableciendo por ejemplo qué rol y qué decisiones tomará cada uno, y qué actos deberán ser otorgados por ambos. Fuera de estos supuestos, no creemos que los pactos sobre administración y disposición de los bienes indivisos sean muy utilizados, puesto que en caso de existir acuerdo se procederá a la liquidación y partición de la comunidad, sin prolongar innecesariamente este estado de indivisión, pues siempre se tiende a su extinción más que a su continuidad.

8. LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD:

8.1. Liquidación de la Comunidad:

Se define a la liquidación como el proceso mediante el cual se procede a *“establecer con precisión la composición de la masa por dividir. Para ello es necesario concluir los negocios pendientes, determinar el carácter de los bienes y fijar su valor, pagar las dudas a favor de terceros, ajustar las cuentas entre la sociedad conyugal y los cónyuges, y separar los bienes propios de cada cónyuge, para finalmente establecer el saldo partible. Todo este conjunto de operaciones es lo que configura la liquidación de la sociedad conyugal (hoy comunidad)”*³¹.

La regulación de la liquidación de la comunidad se encuentra en los arts. 488 a 495 CCCN. Las reglas desarrolladas en base a la legislación y la doctrina anteriores han sido mantenidas en el nuevo cuerpo legal, lográndose el pleno reconocimiento del sistema de recompensas. De esta forma, todas las obligaciones que haya soportado un cónyuge a favor de la comunidad, o viceversa, serán compensadas mediante un cálculo aritmético al momento de la liquidación, restándose o sumándose a las hijuelas respectivas. Lo mismo ocurrirá con las recompensas para los supuestos de bienes mixtos, o de mejoras en bienes propios con fondos de la comunidad, o viceversa, conforme ha sido expuesto en el punto 6.

Los arts. 489 y 490 disponen cuáles son las cargas de la sociedad conyugal, y cuáles son obligaciones personales de los cónyuges, debiendo tenerse en cuenta el art. 468 que establece el citado sistema de recompensas.

En caso de no existir acuerdo entre los cónyuges, la liquidación, así como la partición deberá efectuarse por vía judicial.

³¹. Belluscio, Augusto C. “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”. Director: Belluscio, Augusto C., Coordinador: Zannoni, Eduardo A., Editorial Astrea, Ed. 1992, Tomo VI, Pag. 240.

8.2. Partición de la Comunidad:

El CCCN incorpora una regulación integral y sistemática de la partición de la sociedad conyugal. Al ser una incumbencia notarial, tenemos especial interés.

Los arts. 496 a 498 mantienen vigentes las reglas de la legislación derogada, es decir, que todos los bienes gananciales conforman la masa partible sobre la cual cada cónyuge tiene derecho a una mitad³². El art. 498 es la piedra angular del sistema de comunidad de ganancias, (1315 CC), es decir, el derecho a la partición por mitades de los gananciales, sin importar los aportes de cada uno a la adquisición de los mismos.

Asimismo, también queda expresamente establecido que en caso de disolución por fallecimiento, los sucesores del causante ocupan el lugar de éste con relación a los derechos sobre la masa partible. En este supuesto, la indivisión postcomunitaria matrimonial deberá liquidarse y partirse junto con la comunidad hereditaria conformada por la herencia del causante, en el marco del juicio sucesorio.

No obstante, si la liquidación y partición se efectúa en vida de ambos cónyuges, por remisión expresa del art. 500 los cónyuges también deberán utilizar las formas prescriptas para la partición de las herencias, con lo cual se mantiene la remisión que efectuaba el código derogado.

En el sistema derogado, la partición podía ser judicial, mixta o privada. La llamábamos judicial cuando se efectuaba totalmente por los partidores designados judicialmente, lo cual se daba en caso de no existir acuerdo entre los comuneros, o haber menores o incapaces; mixta cuando el acuerdo celebrado por los comuneros en instrumento privado era presentado ante el Juez para su homologación (art. 1184 inc. 2 CC); y privada cuando la efectuaban sin ningún tipo de intervención judicial, para lo cual debía recurrirse a la escritura (arts. 1184 inc.2, 1313 y conc. CC).

³² "Art. 496. Derecho de Pedirla. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario. Art. 497. Masa Partible. La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge. Art. 498. División. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenció libremente acordado."

El CCCN establece en el art. 2371 los supuestos en que la partición debe efectuarse judicialmente³³. Fuera de los casos allí establecidos, los cónyuges podrán recurrir a la partición privada dispuesta en el **art. 2369**, el cual textualmente expresa: *“si todos los copartícipes están presente y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial”*.

El sistema ya no contempla expresamente la partición mixta, pues la regla del art. 1184 inc. 2 in fine del Código Civil no ha sido replicada. Será discutible en el marco de los procesos sucesorios la procedencia o no de ella. Respecto a la disolución de la comunidad por sentencia de divorcio, la procedencia de dicha vía parece inferirse del juego de los arts. 439 y 440³⁴, los cuales establecen el convenio regulador que debe presentarse con la petición de divorcio. Para los supuestos de extinción de disolución por modificación del régimen patrimonial o por separación judicial de bienes pareciera que los cónyuges deberán recurrir exclusivamente a la partición privada o judicial, según sea el caso.

La novedad en materia de partición privada es que la forma instrumental ya no requiere en todos los casos la escritura pública. Lógicamente, esta será necesaria cuando verse sobre bienes inmuebles, conforme al art. 1017. Esto implica que, con las críticas que inevitablemente merece por el notariado, los convenios celebrados por instrumento privado deban considerarse plenamente válidos sin nigua otra formalidad cuando no versen sobre bienes inmuebles o se dé algún otro supuesto que imponga a la escritura como formalidad.

Respecto a la posibilidad de los cónyuges de resolver libremente como dividir los bienes, creemos que la última parte del art. 498 adoptó la posición doctrinaria según la cual los cónyuges pueden acordar libremente como partir la masa indivisa, sin necesidad de cumplir expresamente con la partición por mitades³⁵. En efecto, la liquidación de la comunidad implica un negocio no solo

³³ Art. 2371. Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) Si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

³⁴ Art. 439. Convenio Regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a ... la distribución de los bienes ...- Art. 440. Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

³⁵ *“Las razones que, durante vigencia de la sociedad conyugal mediaban para prohibir toda renuncia, o pacto referente al derecho a los gananciales a que alude el art. 1218, deja de tener aplicación cuando aquella se encuentra ya disuelta y los cónyuges – o sus herederos- han recobrado plena capacidad para acordar el modo de partir, aunque éste pudiese implicar renunciaciones a los gananciales o actos de disposición del uno a favor del otro. Como agudamente*

patrimonial, sino también extrapatrimonial, en donde lo que se resuelve no es solamente la partición de una masa de bienes, sino como reasignar el patrimonio de una familia luego de una ruptura por divorcio, (o por las nuevas causales introducidas). En este tipo de actos pueden jugar diversas situaciones cuya valoración económica escapa al contenido del negocio, y que deben permitirse en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Quién podría decirle a un cónyuge que no puede adjudicar totalmente un inmueble al otro, si allí es donde el adjudicatario continuará criando a los hijos, o en el caso de que el patrimonio adjudicado a un cónyuge resulte la compensación por haber abandonado el mercado laboral para dedicarse a la crianza de los hijos.

Como dijimos, la infinidad de situaciones que pueden rodear la decisión de los cónyuges en estos casos impide que podamos analizarlo como un simple contrato de cambio, y la falta de equivalencia en las hijuelas no debe llevarnos a efectuar ningún tipo de observación al acto.

Como último comentario respecto del tema, siempre se ha sostenido la posibilidad de que los cónyuges compensen las hijuelas con sus respectivos bienes propios. Esta opinión continúa vigente hoy, y puede encuadrarse perfectamente en el art. 441 para el caso de disolución por divorcio³⁶, aclarando que dicho artículo puede también aplicarse en caso de divorcio de cónyuges con régimen de separación de bienes.

9. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

9.1. Concepto y Caracterización del sistema.

Como hemos dicho, la posibilidad de los cónyuges de optar por éste régimen patrimonial ha sido la gran novedad en la materia que introduce el CCCN. Respecto a la importancia de la apertura y su valoración nos remitimos a lo dicho en la introducción del presente trabajo.

El régimen de separación de bienes está regulado en los arts. 505 a 508. El **art. 505** establece la regla general del sistema cuando establece: “*En el*

señalan Fassi y Bossert, las pautas del art. 1315 (Cod. Civil) no son, después de la disolución de la comunidad, de orden público, y los cónyuges están facultados para formar lotes iguales o desiguales en calor y composición. Belluscio, Augusto C. “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”. Director: Belluscio, Augusto C., Coordinador: Zannoni, Eduardo A., Editorial Astrea, Ed. 1992, Tomo VI, Pag. 280.

³⁶ Art. 441. Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales...". Esto implica que cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que cada uno adquiera, y que los mismos no se encuentran sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad. En este orden de ideas, no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino, como dice el artículo, de bienes "personales" de cada uno de los cónyuges.

Asimismo, en caso de cotitularidad o condominio, no es aplicable lo dispuesto por el art. 471, por lo que las decisiones deberán tomarse atendiendo a la porción que cada uno posea en el bien, no siendo aplicable la excepción citada. En este régimen, la libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge sólo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (art. 456).

Asimismo, la separación de bienes respecto de los activos de cada cónyuge también tiene su correlato desde el punto de vista de los pasivos o deudas, al no existir la noción de "cargas"; conforme al art. 505 cada cónyuge responde por las deudas por él contraídas, con la sola limitación de la responsabilidad solidaria a que refiere el art. 461, y, agregamos nosotros, el deber de contribución que estipula el art. 455, ambas normas dispuestas para todos los regímenes.

9.2. Acreditación del régimen en los actos notariales.

Debemos distinguir dos momentos en la práctica notarial. En las escrituras por las cuales adquiera una persona casada bajo el régimen de separación, estimamos que será de buena práctica dejar constancia de la manifestación del adquirente, y de que nos ha exhibido la respectiva partida de matrimonio con la nota marginal pertinente, solicitando la inscripción de esta situación en el registro de la propiedad. Esta aclaración en el título de adquisición resulta sólo una cuestión de buena práctica, y en nada altera la situación, pues la prueba frente a terceros e incluso entre cónyuges será siempre la citada acta de matrimonio. No resultan aplicables en este régimen los requisitos del art. 466, y la ausencia de dicha mención en el título de adquisición no impedirá que el titular pueda acreditarlo por escritura complementaria, o incluso en forma simultánea con el acto de disposición del bien.

En el supuesto de disposición, podremos remitirnos a la manifestación efectuada en la adquisición, o como dijimos, aclararlo en dicho acto si se omitió anteriormente. Estimamos que la escritura de convención prematrimonial o matrimonial, por la cual se optó por éste régimen, deberá ser materia del estudio de títulos.

9.3. Cese del régimen y Disolución del matrimonio:

El art. 507 establece que el cese del régimen se da por la disolución del vínculo matrimonial (ya sea por divorcio o fallecimiento), o por la modificación de régimen acordado por ambos cónyuges, conforme lo expuesto en el punto 3.3. Es el art. 508³⁷, referido a los efectos en caso de la disolución, el que estimamos debe ser objeto de críticas, pues resulta contradictorio con el régimen mismo, ya que no logra determinarse correctamente a que se refiere con “bienes indivisos”. Al no existir comunidad, no existe indivisión post comunitaria matrimonial, y en caso de disolución por divorcio, nada debería cambiar respecto a la titularidad de los bienes y cosas³⁸; y en caso disolución por fallecimiento, los únicos bienes que integrarán el acervo sucesorio y serán “partibles”, son los que eran de titularidad del cónyuge fallecido³⁹.

10. Contratación entre Cónyuges.

Respecto a los contratos entre cónyuges Vélez había optado por un sistema intermedio, donde se admitía la validez de determinados contratos, y se establecía ciertas incapacidades para otros⁴⁰, con el fin de evitar el fraude a terceros y al propio sistema patrimonial matrimonial, fundamentos que han sido también materia de crítica. La discusión se encontraba en determinar en qué situación se encontraban los contratos que no eran expresamente prohibidos, entendiéndose mayoritariamente que aquellos se encontraban permitidos, pues las incapacidades de derecho deben interpretarse en forma restrictiva. En términos generales, no se discutía la viabilidad del comodato, el mandato,

³⁷ Art. 508: “Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias.”

³⁸ Ello sin perjuicio de los efectos económicos que pueden derivar de la ruptura y del proceso de divorcio, conforme los artículos 439 y 441, en cuanto a la atribución de la vivienda y eventuales compensaciones económicas. Pero incluso en estos casos, si un cónyuge compensa con bienes suyos al otro, habrá allí un verdadero acto traslativo y no una partición (salvo supuestos de división de condominio).

³⁹ El patrimonio del supérstite no se ve afectado por el fallecimiento, más allá de su propia vocación hereditaria sobre el acervo del fallecido, conforme al art. 2433, 2434 y 2335.

⁴⁰ Lagomarsino, Carlos A. (con la colaboración de Cifuentes, Santos). “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”. Director: Belluscio, Augusto C., Coordinador: Zannoni, Eduardo A., Editorial Astrea, Ed. 1992, Tomo VI, Pag. 2447.

sociedades de capital y responsabilidad limitada (art. 27 ley 19.550). La intención de los autores del anteproyecto del CCCN fue eliminar la discusión, adoptando un sistema plenamente permisivo, en el cual no se establecía prohibición alguna. No obstante, el poder ejecutivo varió el criterio de la comisión redactora del anteproyecto, y en el proyecto definitivo que se envió al parlamento y resultó aprobado, se incluyó una prohibición genérica de contratar para los cónyuges en régimen de comunidad⁴¹. Esto invirtió la situación proyectada, e impuso en el cuerpo del CCCN un sistema prohibitivo, en el cual deberá considerarse prohibido todo contrato que no esté expresamente autorizado, salvo caso de separación de bienes. Las únicas excepciones a esta regla en el nuevo sistema son, el mandato (art. 459)⁴²; las sociedades (art. 27 LGS)⁴³; y la modificación de régimen patrimonial, expuesta en el punto 3.

11. CONCLUSIÓN: Más allá de las distintas opiniones y críticas, las modificaciones introducidas por el CCCN ponen fin a varios debates tradicionales y tienen un impacto inmediato en el quehacer del notariado, por lo cual el estudio profundo y pormenorizado de las mismas resulta un requisito ineludible para ejercer la función con la probidad que la ley nos exige.

⁴¹ Art. 1002: *“inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: ... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”*.

⁴² El artículo debió referirse al apoderamiento y no al contrato de mandato, respetando la división técnica que con buen criterio se efectuó en la parte general. Respecto al mandato y el asentimiento conyugal, ver punto 5.

⁴³ El artículo fue modificado, aceptando ahora que ambos cónyuges forman parte de cualquier tipo de sociedad, incluso de las incluidas en la sección IV, eliminando la vieja distinción que solo aceptaba su co participación en sociedades de capital y de responsabilidad limitada. Esta norma guarda coherencia con el sistema previsto en el anteproyecto, el cual, como dijimos, eliminaba toda incapacidad entre cónyuges.

12) BIBLIOGRAFÍA:

- Academia Nacional del Notariado - Memorial presentado ante la Comisión Bicameral por la Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, publicado en Revista del Notariado N° 909, pág. 21.
- Belluscio, Augusto C. “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”. Director: Belluscio, Augusto C., Coordinador: Zannoni, Eduardo A., Editorial Astrea, Ed. 1992, Tomo VI.
- Casabé, Eleonora en la colección “Incidencias del Código Civil y Comercial” Volumen 12 Derecho notarial, registral e inmobiliario. Dirección Alberto J. Bueres, Hammurabi, 2015
- Giralt Font, Jaime “Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal. Evolución del régimen patrimonial de la sociedad conyugal”, Revista del Notariado N° 903.
- Molina de Juan, Mariel F., “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges”, La Ley Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), pág. 17.
- Moreda, Liliana Alicia, “Convenciones matrimoniales. Hacia la flexibilización del régimen patrimonial”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, 2010 (julio).
- Pacheco de Ariaux, María Ivana, Ezernitchi, Darío José, "Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", Revista del Notariado N° 911, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, pág. 87.
- Sambrizzi, Eduardo A., “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2014-F.