

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

24, 26 y 27 de Agosto de 2016

TEMA II

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

TITULO: EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Coordinadora Nacional Tema II: Ilda Graciela SIAN

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Autoras:

Abogada y Escribana: Constanza CANZIO - Tel (0351) 157414414 –
mail:cotycazio@hotmail.com

Abogada y Escribana: María Belén LIRIA - Tel (0351) 153895300 –
mail:aldeaberna@hotmail.com

TITULO: EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Coordinadora Nacional Tema II: Ilda Graciela SIAN

TEMA II

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

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Abogada y Escribana: Constanza CANZIO - Tel (0351) 157414414 –
mail:cotycazio@hotmail.com

Abogada y Escribana: María Belén LIRIA - Tel (0351) 153895300 –
mail:aldeaberna@hotmail.com

PONENCIA:

Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación, como principal novedad en materia matrimonial, introduce la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes, o por el tradicional régimen de comunidad.

Así tenemos la posibilidad de que los futuros esposos opten, mediante la celebración de convenciones matrimoniales (las “Convenciones”), por un régimen de separación de bienes. Si no acuerdan un régimen en particular, se aplicará de manera supletoria el régimen de comunidad de bienes. Las Convenciones podrán tener por objeto únicamente: (i) la designación y avalúo de los bienes que cada uno de los futuros esposos lleva al matrimonio, (ii) la enunciación de las deudas, (iii) las donaciones que se hagan entre ellos y (iv) la opción elegida teniendo en cuenta los regímenes matrimoniales previstos en este Nuevo Código. Para que las Convenciones tengan validez, deberán cumplir con la formalidad de ser celebradas mediante escritura pública. Asimismo, para que las mismas sean oponibles a terceros, el acta matrimonial deberá contener una anotación marginal que especifique el régimen elegido. Para que el régimen elegido pueda modificarse debe haber transcurrido como mínimo un año de permanencia en el otro régimen. Esta modificación deberá realizarse por convención de los cónyuges, también mediante escritura pública. En caso de que haya acreedores perjudicados por el cambio, estos tendrán un año -desde la fecha en que tomaron conocimiento del mismo- para oponerse. Sin perjuicio de las diferencias existentes entre ambos regímenes, existen varias disposiciones en común, tales como: el deber de contribución y sostenimiento entre los cónyuges, del hogar y de los hijos comunes, la necesidad del asentimiento del cónyuge para disponer sobre los derechos

Autoras: Constanza Canzio – María Belén Liria – Coordinadora Nacional Tema II: Ilda Graciela SIAN.

Régimen Patrimonial del Matrimonio

relacionados a la vivienda familiar, los mandatos entre los cónyuges para representarse mutuamente, y la representación judicial cuando uno de los cónyuges está ausente o impedido de expresar su voluntad. El nuevo régimen de comunidad de bienes guarda similitud con el del código de Velez. Pese a algunos cambios, sigue siendo aquel caracterizado por la distinción entre bienes propios -de cada uno de los cónyuges- y bienes gananciales -adquiridos durante la vigencia del matrimonio-. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales. En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservan la libre administración y disposición de sus bienes personales, y cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, con excepción de aquellas contraídas por uno de los cónyuges para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. Sólo en estos casos los cónyuges responden solidariamente. Tanto en el régimen de comunidad de bienes, como en el de separación de bienes, el cese del mismo se producirá por la disolución del matrimonio, o bien por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges.

Índice

1.

Introducción.....
.....

2.

Antecedentes.....
.....

3.

Matrimoniales..... **Convenciones**

4. Tratamiento de las Convenciones Matrimoniales en el Código Civil y
Comercial de la
Nación.....
.....

5. Las convenciones matrimoniales permitidas en el
Código.....

6. Forma, comienzo de los efectos y modificación de las convenciones
matrimoniales.....

a) Las convenciones matrimoniales deben ser otorgadas por escritura
pública.....

Régimen Patrimonial del Matrimonio

b) Comienzo de los efectos de las convenciones matrimoniales.....

c) Modificación de las convenciones matrimoniales.....

d) Las convenciones matrimoniales pueden ser dejadas sin efecto.....

e) Condición de las Convenciones Matrimoniales; y plazo del Régimen Patrimonial.....

.....

7. El asentimiento Cónyugal a partir de las regulaciones de los artículos 456; 457; y 470

8. Conclusión final.

9. Bibliografía

1- Introducción:

En la actualidad, consideramos al Régimen Patrimonial del Matrimonio, uno de los principales protagonistas, en las relaciones vinculadas a los cónyuges. Vivimos en una sociedad por demás individualista, en donde los inconvenientes se ven en su gran mayoría, plasmados en su carácter socio – económico; dándole de esta manera una mera solución bajo la posibilidad de acordar los bienes personales bajo las convenciones matrimoniales, permitiendo de esta

Régimen Patrimonial del Matrimonio

manera esclarecer los derechos de resguardar los bienes personales en particular.

Los aportes de las modificaciones del nuevo Código Civil y Comercial, han esclarecido los conocimientos y ampliado la visión de los vínculos matrimoniales actuales; siendo uno de los casos el Asentimiento Conyugal, plasmado en nuestra Legislación, requiriendo en el siguiente trabajo, la necesidad de ahondar al respecto, tratando en su generalidad al Régimen del Matrimonio, hemos hecho hincapié en este particular punto del asentimiento.

Convenciones Matrimoniales. Régimen Patrimonial del Matrimonio

2-Antecedentes:

El tema de las convenciones matrimoniales ha tenido muy poco espacio en el derecho argentino, por una razón vinculada a las costumbres nacionales, que luego quedaron fielmente reflejadas en la legislación. Los novios, y las familias de las cuales ellos provenían no tuvieron nunca la preocupación de regular los efectos patrimoniales del matrimonio, a través de los "contratos", cuya celebración era frecuente en Europa. Sobre esa realidad social, el Código Civil previó un sistema de bienes uniforme, con escasísimo margen para las estipulaciones personales; algo así como un traje de confección que se tenía que adecuar a todos los casos, y que rigió, sin mayores problemas, hasta hoy. La sociedad argentina ha cambiado, -y en particular han cambiado las ideas vigentes sobre la familia-, y, en consonancia con ese cambio, se han alzado distintas voces que reclaman una mayor flexibilización del régimen de bienes del matrimonio. El Proyecto de Reformas al Código Civil y al Código de Comercio de 1998, ha constituido un avance firme hacia la posibilidad de que los cónyuges opten por uno de los dos regímenes que propone: comunidad o separación de bienes. En materia de convenciones matrimoniales, el artículo 438 del Proyecto se mantiene en una línea restrictiva de la libertad conyugal y agrega, a las dos convenciones sobrevivientes del art. 1217 (inventario y donaciones), otras dos, que son la enunciación de las deudas y la opción por un régimen de bienes. El art. 439 excluye toda otra convención matrimonial y sanciona con la nulidad a las que pudieran intentarse. De todos modos, la posibilidad de optar por la separación de bienes, otorgaría una libertad de

Régimen Patrimonial del Matrimonio

negociación notoriamente más amplia que la que pudiera ofrecer un régimen de comunidad, aunque se admitieran estipulaciones acordadas por los contrayentes. Lo cierto es que, por las razones dadas, mientras dure la vigencia del Código actual, los problemas que puedan plantear las convenciones matrimoniales, se reducen prácticamente, a las celebradas en el extranjero, y su eventual aplicación en el territorio nacional, pues las celebradas en el país, -cuya rareza ha sido destacada-, sólo pueden revestir algún interés cuando el primer domicilio conyugal se fije en el exterior, y por lo 2 tanto sea aplicable la legislación del país de dicho domicilio. Con referencia a tales convenciones, la ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535), que introdujo tantas novedades al régimen del matrimonio (la mayor parte negativas), renovó el marco normativo, en ese punto, con un sesgo que se puede considerar satisfactorio. II. El antiguo régimen El régimen argentino era complicado y deficiente, y sobre esa base no es extraño que el nuevo art. 163 implicara un acierto.

3- EXPLICACION DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

Las convenciones matrimoniales son **acuerdos entre los cónyuges** sobre cuestiones **vinculadas a su régimen patrimonial matrimonial**.

Conforme al artículo 446 del Código Civil y Comercial de la Nación, antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden hacer las siguientes convenciones:

1. La convención de **donaciones**.

Régimen Patrimonial del Matrimonio

2. La convención de **inventario**, incluida la posibilidad de inventariar las deudas que cada uno posee antes de contraer matrimonio.
3. La convención para optar por el régimen de **separación de bienes**. Solo se realiza la opción de este régimen, ya que a su silencio o ante la falta de opción, se aplica supletoriamente el régimen de comunidad.

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

Las convenciones matrimoniales consisten en los acuerdos que los futuros contrayentes pueden formular ya sea con respecto al régimen patrimonial del matrimonio, o en cuanto a los bienes que llevan al matrimonio, la enunciación de las deudas o las donaciones que se hagan entre ellos.

Zannoni afirma que las convenciones matrimoniales son “los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sea adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen”. Por su parte, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda sostienen que “se denomina convenciones matrimoniales o capitulaciones matrimoniales a aquellos contratos que los cónyuges celebran causa matrimonio destinados a regular el régimen de bienes”. Para María Josefa Méndez Costa, “las convenciones matrimoniales (contratos de matrimonio, convenciones nupciales o capitulaciones matrimoniales) son acuerdos entre futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que resuelven someterse durante su matrimonio o el de reglar alguno o algunos aspectos de sus relaciones patrimoniales una vez contraído el mismo” Fanzolato afirma que la capitulación matrimonial es un negocio jurídico bilateral que no configura propiamente un contrato, sino que es, dice, una convención, una especie de pacto normativo, o de estatuto acordado, en el que los esposos convienen una serie de cuestiones relacionadas con el régimen patrimonial del matrimonio .

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Las convenciones matrimoniales pueden constituir un contrato, —como en el caso de las enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 446—, aunque ello no necesariamente es así, como ocurre con las enumeradas en los incisos a) y b) de dicha norma, que en realidad consisten, simplemente, en una declaración efectuada por los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno de ellos lleva al matrimonio, o a las deudas que tuvieran.

4- TRATAMIENTO DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION:

TÍTULO II

Régimen patrimonial del matrimonio

CAPÍTULO 1

Disposiciones generales

SECCIÓN 1ª

Convenciones matrimoniales

ARTÍCULO 446.- Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- b. la enunciación de las deudas;
- c. las donaciones que se hagan entre ellos;
- d. la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

Convención matrimonial es el acuerdo celebrado entre los futuros cónyuges con el fin de determinar el régimen patrimonial al cual quedarán sometidos, o bien alguno de los aspectos de sus relaciones patrimoniales.

Las convenciones matrimoniales, previstas en el artículo 1217 del Código de Vélez sufre modificaciones, especialmente el convenio admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes.

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado civil y capacidad de las personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio.

El régimen legal supletorio es el de comunidad fundado en ser:

- a) el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan;*
- b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, en el este momento.*

Se regulan todos los detalles sobre el acuerdo inicial y el posterior modificatorio (contenidos admitidos, requisitos, forma, publicidad).

ARTÍCULO 447.- Nulidad de otros acuerdos. Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor.

Cualquier otro acuerdo fuera del objeto previsto en el artículo 446 es inválido.

ARTÍCULO 448.- Forma. Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Las convenciones matrimoniales son solemnes, la forma es exigida ad solemnitatem.

Las convenciones matrimoniales son condicionales. Su existencia y validez depende de la celebración del matrimonio y de la validez de éste.

Por lo tanto las convenciones matrimoniales y sus modificatorias deben realizarse por escritura pública y producen efectos a partir de la celebración. Se prevé la inscripción marginal a los fines de publicidad.

Régimen Patrimonial del Matrimonio

ARTÍCULO 449.- Modificación de régimen. 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 de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

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.

Esta disposición ordena el plazo prudencial para modificar el régimen de bienes del matrimonio y su publicidad y prevé un mecanismo de inoponibilidad para protección a los acreedores.

ARTÍCULO 450.- Personas menores de edad. Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d).

Se trata de una norma tuitiva patrimonial hacia los menores de edad que contrajeran matrimonio con autorización.

5- Las convenciones matrimoniales permitidas en el Código:

El artículo 446 del Código dispone que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges puedan hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

1. a) La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio

La designación de los bienes que los esposos llevan al matrimonio puede constituir un hecho de importancia, en especial como un medio de pre constitución de prueba con relación al carácter de los bienes inventariados, constituyendo la celebración de una convención en ese sentido, una manera de evitar cuestionamientos futuros sobre la calidad propia de esos bienes, en especial, si se trata de bienes no registrables, tales como muebles, obras de

Régimen Patrimonial del Matrimonio

arte, joyas, dinero, etc. . Ello tiene relevancia, si se advierte que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 466, salvo prueba en contrario, se presumen gananciales los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.

No obstante lo cual, nos parece que el supuesto contenido en el inciso a) del artículo 446 —similar al del inciso 1° del artículo 1217 de la anterior normativa— no constituye una convención en sentido estricto. Al analizar esta última disposición, Belluscio afirma que antes de la supresión por la ley 17.711 del artículo 1224 del Código , la contenida en el inciso 1° del artículo 1217 constituía una verdadera convención matrimonial, pues el inventario de los bienes muebles era una forma de optar por el régimen convencional de comunidad de ganancias, en lugar del —a juicio de dicho autor— legal de comunidad de ganancias y muebles aportados, por lo cual, sostenía Belluscio, la finalidad del inventario era la de evitar la presunción de ganancialidad que dispone el anterior artículo 1271 del Código Pero como en el nuevo Código no existe una norma similar al referido artículo 1224, la precitada convención ha perdido parte de la relevancia que tenía en el Código de Vélez.

1. b) La enunciación de las deudas

Al igual que en el supuesto que antecede, la enunciación de las deudas de los esposos constituye una forma de acreditar su existencia, lo que puede derivar al tiempo de la extinción de la comunidad, en un eventual derecho a recompensa a favor de la comunidad conyugal contra el esposo titular de la deuda.

1. c) Las donaciones que se hagan entre ellos

Se aplican las normas del contrato de donación:

Las donaciones que haga uno de los esposos al otro por medio de una convención matrimonial, se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación, y sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra (art. 451). Este último agregado es ciertamente innecesario, dado lo establecido en el artículo 448, sobre que las convenciones matrimoniales sólo producen efecto a partir de la celebración del matrimonio. Y curiosamente, en el artículo 452 se vuelve a reiterar dicha solución, al disponer que las donaciones hechas por uno de los

Régimen Patrimonial del Matrimonio

novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, lleven implícita la condición de que se celebre matrimonio válido.

En razón de las disposiciones proyectadas, si el matrimonio finalmente no se celebra, las donaciones en cuestión deben ser consideradas, según se ha dicho, como pagos sin causa

En el artículo 453 del Código se contempla el plazo de validez de la oferta de donación que uno de los futuros cónyuges haga al otro, que se fija en un año, tiempo al cabo del cual la misma queda sin efecto, pudiendo dicha oferta revocarse antes de haber sido aceptada.

Las donaciones prenupciales eran, en la arquitectura del anterior

Código, un resabio de la donación nupcial del Derecho Romano

Antes de la sanción de la ley 26.618, Azpiri afirmaba que estas donaciones no eran más que un resabio de la donación nupcial del Derecho Romano, que, a juicio de dicho autor, se encontraban justificadas como una especie de complemento de la dote, que debía ser restituida por el marido al fin del régimen matrimonial, lo que le permitía a la mujer solventar sus necesidades luego del matrimonio.

Sobre lo cual podemos afirmar que si bien ello podía ser así desde la primitiva redacción del Código hasta la sanción de la ley 26.618, período durante el cual la convención matrimonial consistía en las donaciones que el esposo hiciera a la esposa, dejó de serlo al ser dicha disposición modificada por el artículo 24 de la ley 26.618, que al igual que el nuevo Código, enunció como convención matrimonial las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro.

Antes de dicha reforma, por tanto, las donaciones permitidas sólo eran las que el esposo hiciera a la esposa, pero no al revés, habiendo expresado el codificador en la nota al artículo 1217 la razón por la cual no permitió la donación previa al matrimonio por parte de la esposa al esposo prohibición que, según ha sido señalado con razón, “no es discriminatoria contra la mujer por lo que no afecta la igualdad de los sexos consagrada constitucionalmente”.

- No todos los esposos pueden hacerse donaciones como convención matrimonial:

Régimen Patrimonial del Matrimonio

En efecto, ello es así, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 450, las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse, no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial...

Como se advierte, la solución es distinta a la del anterior Código, que en el artículo 1222 disponía que el menor que con arreglo a las leyes pueda casarse, puede también hacer convenciones matrimoniales sobre los objetos del artículo 1217, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita para contraer matrimonio. Dicha disposición requería, por tanto, que al otorgamiento de las convenciones matrimoniales celebradas por menores de edad debían concurrir las personas a las que se refería el artículo 168 de ese Código, o sea, los padres o quien ejerciera la patria potestad, o el tutor, los cuales debían prestar su asentimiento. La omisión del asentimiento por parte de dichas personas, hacía nula la convención, pero por tratarse de un acto en resguardo del menor, la nulidad era relativa, la que, por tanto, podía ser confirmada. Si por la falta o la negativa de los padres, la autorización para contraer matrimonio fuera otorgada por el Juez, debía concurrir un curador al otorgamiento de la convención, conforme resultaba de lo dispuesto por el artículo 1225. No obstante que la disposición del artículo 1222 nada expresaba al respecto, también se aplicaba a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito —aunque sí de otra manera—, por su carácter de incapaces relativos de hecho, conforme resultaba del inciso 4º del artículo 54 del Código

Y si bien nada se establecía tampoco en el artículo 1222 ni en alguna otra norma, con respecto a la concurrencia de los futuros cónyuges —sean menores o mayores de edad— al acto del otorgamiento de las convenciones matrimoniales, parece claro que todo aquel que tenía capacidad para contraer matrimonio, o, al menos, que se encontraba autorizado a ese efecto, podía celebrar por sí mismo convenciones matrimoniales, por tratarse de contratos accesorios a la celebración del matrimonio.

Las donaciones hechas por terceros en vista al matrimonio contemplada en los artículos 452 y 453 del Código, habiendo dispuesto el primero de ellos que las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos... en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se

Régimen Patrimonial del Matrimonio

celebre matrimonio válido. Por lo que, en definitiva, si el matrimonio no se celebra, se debe restituir al tercero donante el objeto de la donación.

Por su parte, el artículo 453 fija un plazo de validez a la oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos, al establecer que la misma queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada.

1. d) La opción que (los futuros esposos) hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código

Entre las convenciones matrimoniales admitidas, el nuevo Código —que concede a los cónyuges un mayor grado de autonomía que el Código de Vélez, aunque restringida — enumera en el inciso d) del artículo 446 la opción que hagan los esposos por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código, que son el de comunidad de ganancias, y el de separación de bienes. No obstante, el ejercicio de dicha opción no es, estrictamente, por alguno de los regímenes patrimoniales, como dispone dicha norma, sino únicamente por el régimen de separación de bienes, ya que en el supuesto de no haberse hecho la opción por dicho régimen, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias... (art. 463 del Código). Para encontrarse incurso en el cual, no debe efectuarse opción alguna.

No siempre los futuros cónyuges pueden efectuar la opción por el régimen de separación de los bienes conyugales, ya que de acuerdo al artículo 450, las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden... ejercer la opción prevista en el artículo 446, inciso d). Salvo, naturalmente, que no obstante haber sido autorizados para contraer matrimonio siendo menores de edad, se hubieran casado luego de haber cumplido dieciocho años. Si bien nada se dispone para el supuesto de que, no obstante la prohibición que resulta de la norma transcrita, los esposos hubieran optado por el régimen de separación de bienes, de darse esa situación, la opción devendrá nula, de nulidad relativa, quedando los esposos, en consecuencia, sujetos al régimen de comunidad, aunque pueden confirmar el acto al llegar los esposos a la mayor edad

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Señalamos asimismo, que con posterioridad a la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial aplicable —sea el de comunidad o el de separación de bienes— puede ser modificado por convención de los esposos, pudiendo dicha modificación ser practicada sólo luego de transcurrido un año o más de aplicación del régimen patrimonial convencional o legal. El año no se cuenta desde la opción efectuada en la convención matrimonial por el régimen de separación de bienes, sino desde la celebración del matrimonio, ya que como resulta de la norma recién referida, la modificación puede ser practicada luego de transcurrido un año de aplicación del régimen de que se trate, que sólo comienza su vigencia a partir de celebrado el matrimonio.

6- Forma, comienzo de los efectos y modificación de las convenciones matrimoniales:

- a) Las convenciones matrimoniales deben ser otorgadas por escritura pública

Tal como disponen los dos primeros párrafos del artículo 448 del nuevo Código, las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Y para que la opción ejercida por el régimen de separación de bienes produzca efectos respecto de terceros, debe ser anotada al margen del acta de matrimonio (art. 448). Adviértase que si bien la anotación al margen del acta no puede hacerse, como es obvio, hasta que el matrimonio se celebre, la norma requiere que la opción por el régimen de separación de bienes sea practicada antes de la celebración del matrimonio. Naturalmente que lo mismo sería si la escritura fuera otorgada en el momento mismo de la celebración, que es a lo que se hace mención en los Fundamentos del nuevo Código Civil, donde 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 proyectada, donde debió haberse explicitado.

El artículo 448 sigue la solución establecida por el anterior artículo 1184 inciso 4° del Código —reiterada en el artículo 1223—, debiendo la escritura pública

Régimen Patrimonial del Matrimonio

contener, según establece el artículo 305 del nuevo Código, entre otras constancias, además de la firma de las partes, del Escribano y de los testigos, si los hubiera: a) lugar y fecha de su otorgamiento; si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento; b) los nombres, apellido, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto...; c) la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto....

Debemos asimismo señalar que aunque nada se establece en la Sección sobre las convenciones matrimoniales, de no ser éstas otorgadas por escritura pública, la sanción que cabe es a nuestro juicio la nulidad, que entendemos que es relativa, ya que dichos actos se celebran en protección del interés de los cónyuges (arg. art. 386, 2ª parte del nuevo Código).

1. b) Comienzo de los efectos de las convenciones matrimoniales

En el primer párrafo del más arriba transcrito artículo 448 del nuevo Código se establece que las convenciones matrimoniales sólo producen efectos a partir de esa celebración (del matrimonio) y en tanto el matrimonio no sea anulado. En efecto, como dichas convenciones son para regir en el matrimonio, no pueden sino surtir efectos a partir de su celebración, como se dispone en la norma.

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

Régimen Patrimonial del Matrimonio

c) Modificación de las convenciones matrimoniales

Las convenciones matrimoniales pueden ser modificadas, siempre que la modificación sea hecha antes de la celebración del matrimonio, debiendo la misma ser también otorgada por escritura pública (art. 448, 2º párrafo).

Claro que ello es así con la salvedad de la modificación del régimen patrimonial vigente entre los esposos, que, como más arriba se recordó y resulta del artículo 449, puede ser modificado cuantas veces quieran los cónyuges, en las condiciones y requisitos que exige dicha disposición.

d) Las convenciones matrimoniales pueden ser dejadas sin efecto

Si bien nada se establece al respecto en el nuevo Código, no parece caber duda que contrariamente a lo establecido en el artículo 1240 del anterior, según el cual las donaciones matrimoniales son irrevocables, en aquél no se impide que los futuros esposos puedan dejarlas sin efecto por un acto posterior al acuerdo por el cual se convinieron, rigiendo al respecto el principio de autonomía de la voluntad.

e) Las convenciones matrimoniales pueden estar sujetas a una condición, y la del régimen patrimonial, a un plazo:

En efecto, además de estar las convenciones matrimoniales sujetas a la celebración del matrimonio, que constituye una condición —puesto que se trata de un hecho futuro e incierto que puede o no ocurrir—, también pueden los futuros esposos establecer otras condiciones distintas, siempre que no sean prohibidas, lo que ocurriría en el supuesto de que se tratara de un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado, como resulta del artículo 344 del Código. Ello sin perjuicio de señalar que de acuerdo a la última parte de dicho artículo, deben tenerse por no escritas las condiciones que afectan de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil.

Resulta por demás evidente que las condiciones a las que pueden estar sujetas las convenciones matrimoniales son de carácter suspensivo, cosa que, en

Régimen Patrimonial del Matrimonio

cambio, no quedaba claro en el contexto de la anterior normativa, por cuanto si bien si nos atenemos al contenido del artículo 1238 debía concluirse que la condición era suspensiva, por aplicación del artículo 1240, bien podría llegarse a la conclusión de que la misma era de carácter resolutorio. Por nuestra parte, oportunamente nos hemos inclinado por el carácter suspensivo de la condición del artículo 1240, ya que como bien ha señalado Méndez Costa, el propósito del legislador al redactar dicha norma parecería haber sido el de enunciar los casos del cese de efecto de las donaciones por causa de matrimonio

Fanzolato afirma que si bien la convención caduca si el matrimonio no es celebrado, la capitulación no es, a su juicio, un pacto sujeto a una condición, en el sentido jurídico que configura una convención accesoria al matrimonio

En cuanto al plazo, los esposos pueden acordar sujetar ya sea el régimen de comunidad como el de separación de bienes, a un plazo, que no podrá ser menor al de un año, y donde, como hemos visto, es el término mínimo de vigencia de cualquiera de esos regímenes (conf., art. 449).

En tal sentido, al analizar el anterior Código, Graciela Medina afirmaba la factibilidad de mutar el régimen patrimonial del matrimonio, supuesto en el cual, señalaba, podría convenirse que un determinado régimen de bienes —como podría ser, por ejemplo, el de separación— rija a partir de una determinada fecha y luego de la homologación judicial, hasta la cual regirá el de comunidad.

El artículo 449 no pone un límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen patrimonial, por lo que lo pueden hacer cuantas veces quieran, ya que una solución contraria hubiera requerido una disposición expresa al respecto, lo que no ocurre. Nos parece cuestionable que no se haya establecido un cierto límite al respecto, dado la inseguridad jurídica que ello puede acarrear, en especial con respecto a los terceros acreedores de los cónyuges.

7- El asentimiento Cónyugal a partir de las regulaciones de los artículos 456; 457; y 470:

- a. Actos que requiere Asentimiento Conyugal

Régimen Patrimonial del Matrimonio

El nuevo Código Civil y Comercial en su art. 456, establece aquellos *actos que requieren asentimiento*. 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. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

La conformidad del cónyuge no contratante es requerida a los efectos de la validez de ciertos actos. Así, es necesario contar con ella para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar como así también de los enseres que resultan indispensables para ella, los que a su vez tampoco podrán ser trasladados por fuera de la morada marital prescindiendo de la referida aprobación. Para el caso en que el negocio jurídico sea ejecutado sin observarse el asentimiento por parte del no disponente la segunda parte de la norma autoriza expresamente a solicitar por ante la instancia jurisdicción la nulidad del acto o la restitución de los muebles, estableciéndose como plazo de caducidad para tal propósito los seis meses luego de haber tomado conocimiento de la realización del acto, no pudiendo exceder nunca los seis meses de la extinción del régimen matrimonial. En el tercer párrafo se consagra el principio general de la inejecutabilidad del inmueble que constituyera la vivienda familiar por las deudas que hubieran sido contraídas tras la celebración de las nupcias, exceptuándose 'a aquellas adquiridas Por los cónyuges en forma conjunta, o por uno de ellos contando con la debida aprobación del restante.

Siendo por tanto pasible de ser demandado por su inejecución, ni debiendo responder por las garantías que del acto se desprenden. De tal forma, la nueva norma supera la redacción dispuesta por el artículo 1277 del código derogado, antecedente más próximo de la misma, el que requería el "consentimiento" del cónyuge no titular, lo que mereció el rechazo unánime por parte de la doctrina autora. El Código prohíbe la disposición de los derechos sobre la vivienda

Régimen Patrimonial del Matrimonio

familiar y de los muebles indispensables de ella sin la conformidad previa del miembro de la pareja no contratante, exigiéndose también aquélla para trasladar a esta última categoría de bienes por fuera de la morada en la que habita el matrimonio. Y lo que es importante resaltar es que el negocio concluido sin el asentimiento conyugal se encuentra afectado por una nulidad relativa, siendo que la sanción impuesta por la ley se encuentra pensada en la protección del cónyuge que no participare en el acto cuestionado. De ello se colige, a partir de la aplicación de las normas generales que rigen en materia de ineficacia de los actos jurídicos, que el vicio podrá ser saneado por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción (conf. art. 388), pudiendo la nulidad ser invocada por la parte en cuyo beneficio la nulidad se establece. Por su parte, es menester apuntar que la norma anotada .fija un plazo dual para el ejercicio de la acción de nulidad del negocio jurídico, los que pueden llegar a coincidir, toda vez que la misma deberá haber sido entablada dentro de los seis meses de haber tomado conocimiento del acto cuestionado, mas nunca más allá de los seis meses de concluido el régimen matrimonial. Para finalizar, en la última parte el dispositivo trae una solución que queda inscripta en el registro de los dispositivos tendientes a tutelarla vivienda familiar, al estipular como principio general su inejecutabilidad por deudas de causa anterior a la celebración de las nupcias. Sin embargo, tal enunciado admite dos excepciones, de carácter restrictivo, a saber: en cuanto aquéllas hayan sido contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, o bien por uno de ellos contando con el respectivo asentimiento del otro, la norma alcanza un adecuado equilibrio entre los intereses familiares y la previsibilidad en las relaciones jurídicas con la que deben contar terceros contratantes.

Actos que requieren asentimiento

El Código Civil y Comercial mantiene el principio general de gestión separada de bienes de los cónyuges en atención de su plena capacidad, pero al igual que el derogado Cód. Civil, se establecen límites a esa autonomía.

Entre esas fronteras, se cuenta lo referente a la protección de los derechos sobre la vivienda familiar a través del asentimiento conyugal exigido en el art. 456 que establece: "... ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles

Régimen Patrimonial del Matrimonio

indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella..."; este artículo no se refiere únicamente a la disposición de la vivienda familiar, sino a los "derechos" que recaen sobre la misma, esto quiere decir que el asentimiento se requiere para cualquier acto jurídico sobre la vivienda o muebles indispensables, siendo que los esposos pueden tener un determinado derecho sobre el bien a disponer, por ejemplo el derecho a escriturar un bien, o un derecho a ocuparlo con motivo de un contrato de locación, también se entienden comprendidos el usufructo, uso, habitación, comodato, etc.

Si efectuamos una breve comparación con el derogado Cód. Civil en el art. 1277 observamos que el Cód. Civ. y Com. amplía la protección del cónyuge no titular del bien, no solo al incorporar los bienes muebles indispensables a la vivienda, sino también al suprimir la necesidad en el caso de ser inmueble propio de uno de los esposos que quiera disponer del mismo, cuando en el inmueble hubiera hijos menores o incapaces. Este límite encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar, colocando a la vivienda familiar y a los muebles que la componen en un lugar central para las personas que integran la familia.

La norma se engloba dentro del catálogo de dispositivos de tutela del derecho humano a la vivienda familiar que lo detectamos claramente en las disposiciones previstas para el sistema de afectación legal de la vivienda familiar (art. 244 y ss. CCCN), la atribución de la vivienda frente la disolución del matrimonio (art. 443 CCCN), la atribución de la vivienda en caso de muerte del conviviente (art. 528 CCCN), el derecho real de habitación (art. 2383 CCCN), entre otros .La voluntad del cónyuge no titular del bien constituye un asentimiento, y no un consentimiento, ya que el único consentimiento que se requiere para disponer o gravar un bien, es el de su titular, y en consecuencia pasará a ser deudor o acreedor de las obligaciones que resulten del acto jurídico a practicar. El asentimiento no constituye un acto de disposición, pues quien dispone es el cónyuge titular del bien, limitándose el otro, a prestar su asentimiento al acto, el que constituye un requisito de validez, pues integra el negocio, por lo que el cónyuge que presta su asentimiento no es parte del acto y por ende no lo alcanzan sus efectos .

Régimen Patrimonial del Matrimonio

El Cód. Civ. y Com. prevé que ante la falta de asentimiento de uno de los cónyuges, se podrá demandar la nulidad del acto y la restitución de los bienes muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses desde que tomó conocimiento del acto, pero no más allá como dice el art. 456 última parte CCCN, de seis meses de la extinción del régimen patrimonial. Esta previsión debe ser concordante con el art. 470 CCCN que regula la gestión de bienes dentro del régimen de comunidad y establece el asentimiento conyugal para aquellos bienes gananciales.

También el Cód. Civ. y Com. Protege la vivienda familiar a través de su inejecutabilidad por deudas posteriores a la celebración del matrimonio, salvo que hubiese sido contraída por ambos conjuntamente o por uno de ellos si cuenta con el asentimiento del otro. Con ello se limita la posibilidad de ejecución de la vivienda familiar por parte de los acreedores de uno solo de los cónyuges.

El art. 457 del CCCN, establece los requisitos del asentimiento y dispone que el cónyuge no titular que deba prestar asentimiento; este debe recaer no solo sobre el acto en sí, sino también sobre todos sus elementos constitutivos, esto quiere decir que debe versar a demás sobre el contenido del acto, dígase su causa y objeto. Como ya dice la doctrina, se impone un conocimiento efectivo del contenido que solo se adquiere a través de la información y la transparencia que le permitan al cónyuge que asienta valorar la conveniencia del acto, particularmente en un contexto intrafamiliar en el cual puedan presentarse supuestos de influencia injusta o de abuso del derecho. Se ha interpretado esta norma dentro del paradigma protectorio de la persona concreta y no como un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital

Hay que tener presente, que ante la falta de asentimiento, el juez puede otorgar la debida autorización, cuando el cónyuge no disponente se encuentra ausente, sea persona incapaz, se encuentra transitoriamente impedido de expresar su voluntad o su negativa no está justificada por el interés familiar. El acto otorgado bajo estas últimas circunstancias es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, según el art. 458 última parte CCCN.

Régimen Patrimonial del Matrimonio

Respecto a la persona con capacidad restringida solo es necesaria la autorización cuando por esa restricción no pueda prestar el asentimiento.

En los supuestos de negativa a prestar el asentimiento el juez deberá analizar la razonabilidad, conveniencia del acto y que este no sea contrario al interés familiar, hay autores que afirman que en juicios de divorcio o en la separación personal los jueces deberían abstenerse de otorgar autorización porque habría suficiente justificación a la oposición ya que se puede producir alguna alteración en la composición de bienes gananciales, sobre todo cuando las disposiciones son a título gratuito; cabe aclarar que hay que considerar a cada caso en particular ya que puede suceder que exista una cantidad importante de bienes gananciales y un patrimonio suficiente y que esto no cause un perjuicio al cónyuge no titular .

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 sus elementos constitutivos.

El Código exige que el asentimiento del cónyuge no contratante para aquellos actos en que el ordenamiento positivo lo requiriese refiera tanto al acto sobre el cual se presta la conformidad como así también a todos sus elementos constitutivos.

El Código busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética llevándonos a un resultado harto positivo, al traducirse en una más acabada protección hacia el cónyuge no disponente, quien podrá así formar un juicio propio con la mayor cantidad de elementos posibles que le permitan decidir de un mejor modo respecto a la conveniencia de brindar el asentimiento que le es solicitado. Por todo ello, hay que ponderar su inclusión en el cuerpo legal sancionado. La norma marca un verdadero punto de inflexión respecto de la tradición jurídica heredada al poner coto final a una fuerte discusión sostenida entre encumbrados representantes provenientes del campo del derecho notarial y del Derecho Civil, quienes se encontraban divididos en cuanto concernía a la posibilidad de que uno de los cónyuges otorgue un asentimiento general anticipado por los actos que habrá de realizar el otro: en tal sentido, mientras los primeros reputaban posible la

Régimen Patrimonial del Matrimonio

anuencia brindada en forma genérica, por no existir norma alguna que la prohibiera, los segundos rechazaban este ordeño, entendiendo que la conformidad debía ser otorgada respecto de cada acto en particular. El texto aprobado se ha inclinado por este último, en lo que se puede juzgar como una apropiada decisión del legislador, al dotar de real sentido a la facultad de control que tiene cualquiera de los cónyuges respecto de las operaciones de enajenación de su pareja, con un inmediato impacto en el terreo de la práctica.

8-CONCLUSION:

La posibilidad de que los futuros esposos, tengan la facilidad de acordar la celebración de las llamadas convenciones matrimoniales, en un acto previo al de contraer matrimonio, con la finalidad de la separación de bienes, consideramos que en la actualidad, ha sido un aporte muy enriquecedor, ya que de esa manera se está brindando un derecho personal, de poder resguardar los bienes personales o bien aquellos bienes familiares que se encuentran en el patrimonio de alguno de los contrayentes, de este modo los conyuges conservan la libre administracion y disposicion de sus bienes perosnales, y cada uno de ellos responde por las deudas por el contraidas, con excepcion de auwllas contraidas por uno de los conyuges para solventar la necesidad ordinaria del hogar o el sostenimiento y la educacion de los hijos. Solo en estos casos los conyuges responden solidariamente.

Consideramos ademàs, que en cuanto a los acotos que requieren asentimiento conyugal, sigue generando una laguna, respecto a presatar asentimiento entre los conyuges, en donde la aclaracion del articulo hace referencia a que sera viable en el caso en que el objeto del acto no sea la vivienda familiar.

BIBLIOGRAFIA

- * Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba
- * Jorge Herrero Pons
- * Código Civil de Vélez
- * Código Civil y Comercial de la Nación
- * Código Civil y Comercial de la Nación de Lorenzetti
- * Fleitas Ortiz de Rozas
- * Roveda
- * Zannoni
- * Josefa Méndez Costa
- * Fanzolato
- * Belluscio
- * Graciela Medina