

Voces: SOCIEDAD CONYUGAL ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONYUGE ~ DERECHOS DEL CONYUGE ~ ADMINISTRACION DE BIENES ~ ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ~ CONVENCION MATRIMONIAL ~ CONTRATO ~ MATRIMONIO

Título: Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges

Autor: Molina de Juan, Mariel F.

Publicado en: Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 17 - LA LEY2014-F,

Cita Online: AR/DOC/4328/2014



Sumario: I. Una aproximación al tema. — II. Antecedentes. — III. Sociedad conyugal vs. constitucionalización del derecho familiar. — IV. Principios rectores del derecho patrimonial matrimonial en el Código Civil y Comercial. — V. Manifestaciones de la autonomía personal en el régimen patrimonial matrimonial del Código Civil y Comercial. — VI. Síntesis. — VII. Contratos entre cónyuges. — VIII. Conclusiones.

(*)

I. Una aproximación al tema

Las consecuencias económicas del matrimonio, están contenidas en el Título II del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, que regula las relaciones de familia. El nuevo diseño legal procura asegurar el interés patrimonial de cada uno de los esposos y la protección del grupo familiar y de los terceros que contratan con ellos —del mismo modo que lo hacía el Código derogado— pero incorpora un cambio importante: reconoce a los cónyuges la facultad de adoptar algunas decisiones sobre los efectos económicos de su matrimonio. En otras palabras, en la nueva ley existe una esfera real y concreta de libertad permitida para los esposos, que antes no existía.

Reflexionar sobre la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el régimen de bienes del matrimonio, implica enfocar un tema que trasciende la propia reforma del derecho familiar y desborda lo jurídico. Involucra lo cotidiano y lo doméstico, y envuelve la concreción del proyecto de vida personal y familiar que se pone en marcha con cada matrimonio.

La nueva regulación pasa revista a la realidad de las actuales familias argentinas, a la democratización creciente de sus estructuras (1) y a sus diversas formas de organización económica, así como también se engarza con el sistema de valores y principios que atraviesa toda la reforma, los que han alcanzado un ansiado correlato en el mundo del derecho patrimonial matrimonial.

A partir del respeto por la capacidad de cada uno para comprender y decidir sobre aspectos centrales de su vida, el Código Civil y Comercial confiere algunos permisos a las parejas matrimoniales, que tienen su anclaje en la concepción igualitaria y en la dignificación de las personas.

La esencia de la reforma consiste en la apertura al ejercicio de la autonomía personal, que se manifiesta mediante:

(a) la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales por las cuales los cónyuges o futuros cónyuges opten por uno de los dos regímenes autorizados por la ley (art. 446, 449); y

(b) la facultad de modificar el régimen elegido inicialmente o el legal supletorio (art. 449) (2).

II. Antecedentes

Desde su formulación originaria hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, el régimen patrimonial del matrimonio en Argentina fue objeto de sucesivas modificaciones dentro de una estructura normativa y funcional sumamente compleja.

El diseño de Vélez Sarsfield (que se mantuvo prácticamente incólume durante varias décadas), respondió a un estilo patriarcal de familia que se estructuraba a partir de relaciones jerárquicas entre sus miembros, con una dinámica basada en la distribución dicotómica de roles de la pareja matrimonial. Esta distribución aseguraba la dependencia recíproca aunque uno de ellos estuviera en una posición de debilidad. Mientras la mujer se concentraba en la organización del consumo, las labores domésticas y la atención de los hijos, el marido era el sostén económico que desempeñaba tareas remuneradas fuera del hogar (3). Como correlato jurídico, la mujer casada era incapaz de hecho —por ende excluida de toda posibilidad de decidir cuestiones patrimoniales— y el marido tenía la administración de los bienes del matrimonio y de los pertenecientes a los hijos (4).

Con el correr del tiempo, este sistema comenzó a resquebrajarse por la fuerza de la realidad, y las sucesivas reformas del siglo pasado (leyes 11357; 17711 y 23.515) y de este siglo (leyes 25.781 y 26.618), alteraron su diseño, aunque complejizaron aún más su interpretación. El fundamento filosófico e ideológico que impulsó esas transformaciones jurídicas fue el avance de la igualdad, primero entre el hombre y la mujer, y después entre los matrimonios del mismo y diferente sexo. En líneas generales, se pretendió suprimir toda forma de

discriminación en las relaciones económicas derivadas de la vida matrimonial, cualquiera sea su causa.

En cambio, durante todas estas décadas se desconoció a los esposos la libertad de regular las relaciones económicas que tienen su origen en las nupcias, existiendo entonces una deuda pendiente con la autonomía personal.

El régimen que ahora se deroga era único y forzoso, impuesto por la ley y sin margen de modificación (5), (conf. art. 1218 Cód. Civil y 1219). Con ello se pretendían asegurar los fines éticos y morales de la familia, evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros, proteger a la mujer (parte débil de la relación) y a los terceros (6).

La imperatividad del sistema comprendía la imposibilidad de modificar las pautas de calificación de bienes (7) y se completaba con la prohibición de celebrar algunos de los contratos de mayor trascendencia, tal el caso de la compraventa, la cesión de créditos, la permuta, la donación, etc.

III. Sociedad conyugal vs. constitucionalización del derecho familiar

El régimen derogado tenía dos grandes problemas:

a) Desconocía la realidad y por ello, estaba signado por profundas contradicciones. Si bien durante largos años se aceptaron pacíficamente las razones dadas por Vélez para imponer un sistema imperativo, las radicales transformaciones sociales de los últimos tiempos ponían en evidencia que los fines para los que había sido concebido ya no existían (8).

b) Había caído en una suerte de inconstitucionalidad sobreviniente. Aunque nació perfectamente válido, muchas de sus disposiciones adolecían de invalidez material, en tanto su contenido se encontraba en infracción con las pautas, principios y valores delineados por el bloque de constitucionalidad. Es decir, existía una ruptura con el sistema axiológico imperante, pues seguía sujeto a parámetros rígidos impuestos, y estaba imbuido de un supuesto orden público que impedía el ejercicio de la libertad personal.

El concepto de orden público matrimonial al que respondió el sustrato normativo originario fue sustancialmente modificado por el derecho constitucional familiar, quedando constreñido a aquellos aspectos que hacen a la protección de los derechos humanos de los miembros de la familia. Por eso en importantes áreas del derecho económico matrimonial ya no se justificaban las disposiciones imperativas. No podía seguir sosteniéndose dogmáticamente que el régimen de sociedad conyugal era de orden público porque la ley no permitía que los cónyuges lo modifiquen. Era la ley la que debía reformarse para concretar un avance hacia la apertura de la autonomía de los esposos en la regulación de sus relaciones económicas (9).

Durante los últimos decenios se instaló entre la doctrina una productiva discusión sobre posibilidad de adoptar un régimen convencional que permita a los cónyuges regular sus relaciones económicas. Unas y otras voces se manifestaron en importantes trabajos de la doctrina y fueron recogidas en eventos académicos, congresos y jornadas.

1) Voces a favor del régimen único, legal y forzoso.

Los partidarios de mantener el régimen legal y forzoso esgrimían, entre otros los siguientes argumentos (10):

* El matrimonio es un acto de amor en el que debe primar lo espiritual frente a lo económico, y no se aviene con ninguna especulación patrimonial.

* El régimen único es el que mejor responde a la realidad socio cultural y a la idiosincrasia del pueblo que "no merece que en nombre de la autonomía se avasallen pautas arraigadas" que pueden llegar a comprometer la paz social y familiar. No existen motivos de peso para apartarse de la tradición argentina (11).

* La libertad de elección es "peligrosa" para la sociedad porque pone en riesgo la estabilidad familiar.

* Es el sistema que mejor protege los derechos de la mujer, (perjudicada en el aspecto patrimonial respecto del hombre (12)).

* El régimen único tutela mejor a los terceros que establecen relaciones jurídicas con los esposos, porque evita el fraude y permite conocer de antemano las reglas aplicables.

2) Voces que bregaban por la apertura del régimen.

Del otro lado, se entendió que debía permitirse la autonomía personal de los esposos en este terreno (13). Esta posición, recogida por el Código Civil y Comercial, se sustenta en los argumentos sociológicos, económicos, filosóficos y jurídicos que se sintetizan a continuación:

Argumentos sociológicos y económicos:

* La modificación de las funciones económicas de las familias. El régimen de comunidad es propio de un modelo social en que predomina la empresa productiva familiar bajo la dirección del padre y en el que la mujer queda recluida a la vida doméstica y al cuidado de los hijos. Los cambios familiares han llevado a considerar justo que ambos esposos mantengan su autonomía patrimonial, y no dependan de las ganancias del otro, sin que ello implique liberarse de las responsabilidades económicas del hogar (14).

* El pluralismo en las formas de organización familiar. Desaparecido el monopolio de la familia para la que fue concebido el régimen de comunidad, no es posible pensar en una única regulación para todas las familias. Las distintas realidades sociales, culturales y económicas (diversidad de ingresos y de educación, matrimonios en segundas nupcias, matrimonios de personas del mismo sexo, etc.) hacen imposible que idéntico estatuto sea apto para todas. Así por ejemplo, el régimen de separación suele presentarse como la mejor solución cuando se trata de segundas o ulteriores nupcias, a las que la comunidad de ganancias no da una respuesta satisfactoria (15).

* El rechazo al régimen imperativo estimula las uniones "extramatrimoniales" (no solo de parejas jóvenes, sino también de segundas o ulteriores uniones)

* El efecto positivo que tiene en las personas la adopción de decisiones. Nada más eficaz que las soluciones que los propios interesados encuentran a sus problemas, las que, garantizada la tutela de los derechos impostergables, siempre son preferibles a las respuestas heterónomas e impuestas coactivamente (16).

* Aunque la opción sea ejercida sólo por una minoría, ello no resulta suficiente fundamento para negarles la posibilidad a quienes así lo requieren (17).

Argumentos filosóficos y jurídicos:

* La libertad para vivir el proyecto de vida personal en forma digna exige un ámbito de autonomía en la sociedad. Este concepto clave dentro del paradigma de los derechos humanos explica la necesidad de limitar los poderes externos, especialmente del Estado, que debe abstenerse de interferir en los planes de vida elegidos libremente (18).

* No cabe restringir su autonomía sobre el fundamento de viejos prejuicios ni sospechar que todo aspecto patrimonial de la unión conspire en contra de su perdurabilidad o autorice abusos en perjuicio de terceros o de los propios cónyuges. La mera negación de la libertad no es el medio idóneo para evitar los peligros de su ejercicio (19).

* La libertad para celebración de las convenciones matrimoniales es un corolario de la igualdad jurídica de los cónyuges (20).

* La autonomía no desampara a la familia. Sea cual sea el régimen elegido, siempre existirá un piso mínimo inderogable que tiene por fin proteger los derechos fundamentales de sus miembros (21).

* La experiencia de los otros países de la región. En el contexto regional, los únicos países que no autorizaban la posibilidad de celebrar acuerdos matrimoniales eran Argentina y Bolivia.

* Las razones de seguridad jurídica y la protección de terceros esgrimidas en contra, no tienen entidad suficiente para prohibir el ejercicio de los derechos fundamentales cuando existen otros mecanismos para garantizarlas (22). El medio resulta irrazonable para el fin buscado, debiendo encontrarse otro modo de protección menos lesivo de los derechos fundamentales de los cónyuges. En rigor, la verdadera tutela de los terceros no depende tanto de la existencia de un régimen único, como de un adecuado sistema de publicidad que les permita conocer el régimen elegido por los cónyuges y de inoponibilidad en caso de perjuicio. En otras palabras, no sortea el principio de "proporcionalidad" eliminar la autonomía de la voluntad de los cónyuges porque así se protege a los terceros acreedores (23).

Estos argumentos sostuvieron las propuestas de los antecedentes legislativos del nuevo Código. El Proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 486/92 (Proyecto de 1993) introdujo un régimen de carácter opcional que permitía optar entre el separación de bienes o participación en las ganancias y, establecía con carácter supletorio, el régimen de comunidad (24). El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de la Comisión designada por el decreto 685/95, (Proyecto de 1998) siguió los lineamientos del anterior, aunque suprimió el régimen de participación.

IV. Principios rectores del derecho patrimonial matrimonial en el Código Civil y Comercial

Pensar en un derecho económico familiar inclusivo para todas "las familias" implica pensar en un sistema asentado en los principios fundamentales de derechos humanos. Su regulación encuentra justificación en tanto procura garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la solidaridad. Estos postulados jurídicos no constituyen categorías axiológicas cerradas, estáticas o independientes, sino que interactúan entre sí y se hallan abiertas a las sucesivas necesidades que los hombres asumen en el devenir de la historia.

La igualdad de los cónyuges, reconocida y consagrada no solo por el sistema internacional, sino también por las últimas reformas operadas en el régimen patrimonial del matrimonio, exige idéntica protección de los derechos económicos de los miembros del matrimonio. El principio tiene una aplicación dual: por un lado prohíbe toda forma de discriminación tanto directa como indirecta (sea por razones de sexo, sea por razones de orientación sexual con, art. 402), y por el otro protege el derecho a la diferencia. Ambas son restricciones insuperables para el legislador.

La autonomía involucra la protección de la vida privada y la intimidad (25). Exige que el orden jurídico garantice la posibilidad de cada uno para diseñar y concretar su propio proyecto de vida sin injerencias arbitrarias por parte del Estado. La igualdad proclamada confiere razonabilidad al ejercicio de la libertad para

acordar cuestiones patrimoniales, pues presume que ambos miembros de la pareja están en paridad de condiciones para realizar acuerdos, en tanto parten de una situación jurídica y fáctica semejante (26). En otras palabras, el reconocimiento de la igualdad es el terreno propicio para desterrar uno de los tradicionales argumentos en su contra: la debilidad de la mujer. El fantasma del aprovechamiento de uno de los esposos sobre el otro ya no tiene razón de ser, aunque ello no implique caer en la ingenuidad de creer que la mera formulación de normas sea suficiente para lograr que los derechos humanos alcancen plena vigencia sociológica y que con ella se haya "esfumado" completamente la discriminación de género de la vida real, que tanto ha marcado la historia de la humanidad.

Por eso la solidaridad aparece con el contrapunto del sistema axiológico.

Desde la perspectiva del paradigma de los derechos humanos, la solidaridad familiar se redefine como "responsabilidad" con el otro, y especialmente, con aquellos con los cuales se comparte la vida familiar. Este principio incide estrechamente en el ejercicio de la autonomía y en la igualdad, las vivifica y completa, aunque tiene su ámbito de actuación propio (27). La solidaridad tiene que ver con una cuestión de contribución y de colaboración en beneficio del otro, que responde a la búsqueda del bien común (28). Es una categoría con una profunda relación con la igualdad y la protección de cada uno en función de las propias necesidades (29) que actúa como un mecanismo de articulación hacia la igualdad real y verdadera, a pesar de las naturales diferencias individuales de las personas. Por eso el Código Civil y Comercial prevé un conjunto de disposiciones inderogables, aplicables cualquiera sea el régimen patrimonial vigente, que operan como límite al ejercicio de la libertad. Garantizan la protección de la vivienda y de los muebles indispensables, la contribución al sostén del hogar proporcional a los recursos, el reconocimiento del trabajo doméstico como aporte, y la solidaridad por las deudas del hogar y los hijos (arts. 455 a 462).

V. Manifestaciones de la autonomía personal en el régimen patrimonial matrimonial del Código Civil y Comercial

1) Las convenciones

El cauce específico para ejercitar la autonomía personal son las convenciones matrimoniales. Se trata de acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones entre los contrayentes o los cónyuges, relativos a los efectos económicos de su matrimonio.

El Código Civil y Comercial no brinda una definición; se limita a enumerar los supuestos admitidos en el artículo 446 (convenciones previas al matrimonio) (30). En el artículo 449 autoriza el cambio de régimen, también mediante una convención, en este caso, matrimonial (31).

2) Apuntes sobre su naturaleza.

Un sector de la doctrina ha sostenido que son contratos realizados con "causa matrimonii", es decir, contratos cuya eficacia futura queda diferida a la celebración del matrimonio (32).

Para otros no es apropiada la calificación de "contratos" en el sentido de causa eficiente de obligaciones. Una autora española ha postulado que la normativa contractual no es trasladable por la ausencia de intereses contrapuestos y por las especificidades y finalidades típicas de las convenciones (33). Para Fanzolato son un negocio jurídico bilateral que no configura propiamente un contrato, sino una especie de pacto normativo o de estatuto acordado. No obstante, como sostuvo Vaz Ferreira, no hay inconveniente en reconocer que se rigen por los principios generales de los contratos (sin perjuicio de las reglas especiales) (34).

3) Clases de convenciones.

Según el momento en que se celebran, las convenciones pueden ser pre-matrimoniales o matrimoniales.

A. Convenciones pre-matrimoniales.

El art. 1217 del Código Civil sólo permitió las convenciones previas al matrimonio y limitadas a los siguientes objetos: 1) inventario de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, y 2) acuerdos por los que los futuros esposos se realizan donaciones por causa de matrimonio (donaciones propter nuptias) (35).

Aunque no constituyeron una práctica frecuente, podían tener relevancia práctica en supuestos de segundas nupcias de uno o ambos contrayentes (36). Mazzinghi sostuvo que ninguno de estos dos casos constituía una convención propiamente dicha por cuanto carecían de incidencia en las relaciones patrimoniales entre esposos, siendo ello diametralmente opuesto a la esencia de toda convención matrimonial (37).

El Código Civil y Comercial reconoce a los cónyuges la facultad de realizar convenciones antes de la celebración del matrimonio, ampliando el contenido de los acuerdos permitidos. Toma como fuente directa, el artículo 438 del Proyecto del año 1998 y el 495 del Proyecto de 1993.

a) Objetos permitidos.

El art. 446 enuncia los objetos susceptibles de convención. La enumeración es taxativa, toda vez que el artículo 447 invalida cualquier otro acuerdo (38). En consecuencia, no está permitido modificar las reglas establecidas por la ley ni alterar sus efectos.

(i) Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.

Este supuesto retoma el texto previsto en el artículo 1217 inc.1 CC. Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 17.711, una parte de la doctrina consideraba que se refería a un simple inventario para probar la calidad propia de los bienes (39). Otros sostuvieron que el inventario (conforme lo permitía el art. 1224 CC), tenía por finalidad ejercer la opción por el régimen convencional de comunidad de ganancias. Para estos autores, el Código de Vélez establecía un régimen legal de comunidad de ganancias y muebles aportados y otro régimen convencional de comunidad de ganancias. Suprimido el artículo 1224 CC por la reforma de 1968, la designación de los bienes llevados al matrimonio no podía ser un medio de modificar parcialmente el régimen. En consecuencia, ya no cabía discutir que el inventario operaba a modo de pre-constituir prueba del carácter propio de los bienes (40).

La designación y avalúo de bienes de los futuros esposos es una herramienta importante para evitar cuestionamientos sobre la calidad propia de los bienes, especialmente en relación con los no registrables (joyas, obras de arte, etc.). No debe olvidarse que al igual que el art. 1271 CC, el nuevo artículo 466 recoge la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.

La norma incluye una útil solución pregonada por la doctrina: el avalúo de los bienes inventariados (41).

(ii) Enunciación de las deudas.

Como contrapartida de la enumeración de los bienes, puede realizarse un "inventario del pasivo" y con él, facilitar la prueba del carácter propio de las obligaciones de los esposos contraídas antes de la celebración del matrimonio.

Su inclusión había sido sugerida desde hace largo tiempo por Belluscio, quien sostuvo que aunque la ley no la contemple, no estaba prohibida y era útil para complementar la situación patrimonial de los cónyuges al contraer matrimonio (42).

(iii) Las donaciones que se hagan entre los futuros esposos.

El Código Civil y Comercial simplifica significativamente las normas referidas a las donaciones por causa del matrimonio existentes en el Código Civil, muchas de las cuales se consideraban tácitamente derogadas en razón de los cambios operados en el régimen de gestión de los bienes (vgr. Art. 1.235 a 1.237).

El artículo 451 se refiere a las donaciones hechas entre los esposos en las convenciones matrimoniales, es decir a aquellas realizadas por uno al otro por razón del matrimonio.

No establece distinciones entre marido y mujer superando definitivamente toda rémora de discriminación por razones de sexo que traía el Código Civil originario y que subsistió hasta el año 2010. En efecto, en el Código Civil sólo se admitía que el marido hiciera estas donaciones a la mujer (Conf. art. 1217 Inc. 3); en el marco del régimen de administración marital, no estaban permitidas a la esposa (art. 1231 Cód. Civil). Sin embargo, como acertadamente afirmó Belluscio, nada impedía que la mujer efectuara actos a título gratuito en beneficio del novio, solo que en ese caso la donación no se sujetaba a la condición suspensiva que las nupcias efectivamente se celebren, sino que tenía efecto inmediato (43). En consonancia con la prohibición impuesta a la cónyuge, el artículo 212 CC confería la posibilidad de revocar las donaciones realizadas por convención matrimonial al marido que "no dio causa a la separación personal y que no la demandó en los supuestos de los artículos 203 y 204 Cód. Civil". Esta disposición, insertada en el estereotipo del "divorcio sanción", importaba una suerte de "reparación punitiva" y una forma de reprobación ejemplar de la "ingratitude" cometida por el culpable de la ruptura matrimonial, pero exclusivamente cuando esta falta era cometida por la esposa (44).

La ley 26.618 que consagró el derecho a contraer matrimonio con independencia de la orientación sexual, contempló varias reformas con la finalidad de adecuar la terminología para su aplicación a matrimonios integrados por personas del mismo sexo; entre ellas, modificó la redacción del artículo 1217 CC —haciendo desaparecer la discriminación de la mujer— que pasó a referirse a "las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro." Como correlato de ello al regular la revocación de las donaciones prenupciales por parte del cónyuge inocente del divorcio, sustituyó la formulación "esposo" y "mujer" por "cónyuge".

En el nuevo Código Civil y Comercial, resultan aplicables dos sistemas normativos: a) El de las convenciones prematrimoniales (art. 448 y 450), y el del contrato de donación, en cuanto sea compatible (conf. art. 451)

La donación prenupcial es condicional, su eficacia depende de la celebración y validez del matrimonio (45). El artículo 451 establece que las donaciones celebradas por causa de matrimonio "Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra" y el artículo 452 exige la celebración de un matrimonio válido (46).

A diferencia del régimen derogado (art. 1240 CC), no se dispone la irrevocabilidad de las donaciones prenupciales. Resultan 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 (conf. art.429 inc. b).

(iv) La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos.

El cambio más importante en el derecho patrimonial familiar del Código Civil y Comercial (47) se encuentra contenido en el inciso d) del art. 446, que autoriza a optar por uno de los regímenes regulados por la ley.

En rigor, solo prevé dos: la comunidad de ganancias, (art. 464 a 504), y la separación de bienes (art. 505 a 508). Aunque se contemplen solo estas posibilidades, la decisión es significativa porque abre la puerta de una vez por todas al reconocimiento de la capacidad de los cónyuges para tomar decisiones y allana el camino para que con el tiempo puedan incorporarse mayores o más amplias posibilidades.

La apertura de la autonomía personal en esta materia engarza con todo el sistema del Código Civil y Comercial que reconoce el papel de la libertad de autodeterminación en las relaciones familiares, sea entre adultos (restricción de los deberes matrimoniales, flexibilización del divorcio, regulación de los efectos de la ruptura conyugal), sea en relación con los hijos (por ejemplo, el plan de parentalidad).

La incorporación del régimen de separación de bienes era una necesidad para dar respuesta a la dinámica cotidiana de muchas estructuras familiares contemporáneas, en las que la mujer se ha colocado a la par del hombre en la vida laboral y productiva, compartiendo las responsabilidades domésticas y de sostén del hogar.

Naturalmente, ello no implica pensar que la separación de bienes sea la mejor opción para todos los matrimonios. Razones culturales o ideológicas, el anclaje al viejo estereotipo patriarcal, la menor capacitación, los peores empleos o los ingresos más bajos de la mujer, son todavía una realidad en muchos sectores de la población. En estos casos la separación de bienes la coloca en una condición de desigualdad pues, no obstante los esfuerzos compartidos, a la postre el hombre se ve enriquecido con un aumento patrimonial más importante, y (48) la mentada libertad solo beneficia al cónyuge económicamente fuerte, sin responder a la igualdad real ni a las modernas ideas de colaboración y participación de ambos en el seno de la pareja (49). En estos casos no será justa la ausencia de participación de uno en la prosperidad del otro con quien colaboró (50). Pero ello no excluye su admisión por la ley, sino que confirma que frente a la diversidad y dinamismo de la realidad actual, no debe existir un régimen único que resulte aplicable a todos los matrimonios.

Si nada se ha dicho, el régimen supletorio es el de comunidad (art. 463) que brinda mayor seguridad no solo al miembro más débil de la relación sino también a los terceros, y es un sistema económico matrimonial de larga trayectoria en nuestro país y en los países que comparten su tradición jurídica con el nuestro.

En consecuencia, el ejercicio de la autonomía personal se encuentra limitada a elegir entre un menú de opciones. No se autoriza a elaborar las reglas para su propio régimen patrimonial, ni a modificar la estructura del sistema legal. Esta solución ha respondido a la preocupación por no abandonar la protección de los terceros ni de los propios cónyuges. Se entendió que la realidad argentina hacía aconsejable resguardar estos intereses mediante la regulación clara y precisa de esos dos sistemas legales, evitándose así los efectos posibles indeseados de un sistema que no estipule reglas previsibles.

b) Forma.

En el régimen originario, el artículo 1223 dispuso: "Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos testigos. Si los bienes no alcanzaren la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos". La doctrina había interpretado que a partir de la reforma del art. 1184 inc. 4 (ley 17.711), siempre debían celebrarse por escritura pública, que era exigida "ad solemnitatem" (51) y que solo un olvido del legislador justificaba que el último párrafo no haya sido derogado (52). Aunque para Fassi y Bossert, el inventario de los bienes llevados al matrimonio en instrumento privado resultaba válido entre los cónyuges como prueba del carácter propio de esos bienes (53).

El Código Civil y Comercial exige que la convención se realice por escritura pública (54). Sigue la fuente del artículo 440 del Proyecto de 1998 al que mejora en su redacción (55), que a su vez se fundó en el artículo 497 del Proyecto de 1993.

La falta de cumplimiento de la forma exigida vicia de nulidad la convención. La trascendencia del acto, y la posible afectación de los derechos de terceros propician tomar las precauciones necesarias para garantizar el adecuado asesoramiento de los futuros contrayentes y un estricto control al momento de su celebración. Además, un documento privado puede ser fácilmente destruido, obteniéndose en la práctica un cambio de régimen que afecte la voluntad de alguno de los esposos; por otra parte, por su falta de fecha cierta, puede plantear dudas respecto de la época de su celebración (56).

A diferencia del sistema derogado, el artículo 448 no precisa los requisitos para celebrar las convenciones, que responden a las mismas disposiciones que las escrituras públicas y que la doctrina anterior a la reforma había considerado innecesarios.

La manifestación de la opción por el régimen patrimonial del matrimonio, debe incluirse en el acta de matrimonio (art. 420), operándose de esta forma la necesaria publicidad para la oponibilidad a terceros.

c) Capacidad para celebrar convenciones matrimoniales. Antecedentes.

El Código Civil se apartó de las reglas generales de la capacidad para realizar actos jurídicos (57), y exigía a

los contrayentes menores de 21 años, la concurrencia al acto de otorgamiento de quienes debían dar su asentimiento para el matrimonio (art. 1221 CC). La doctrina interpretó que la convención realizada sin ese asentimiento era nula, de nulidad relativa, y por consiguiente solamente podía ser invocada por el menor, quien estaba facultado para ratificar el acto al llegar a la mayoría de edad. Si para contraer matrimonio se hubiera requerido la venia judicial, la convención podía celebrarse con la intervención del curador especial designado por el juez (58). Esta solución se mantuvo aún después de la reforma de la mayoría de edad mediante la ley 26.579, que implicó la equiparación de la edad núbil —cualquiera sea el sexo de los contrayentes (59)— con la edad para contratar.

El Código Civil y Comercial 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 (conf. 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.

d) Condicionalidad a la celebración del matrimonio.

Las convenciones prematrimoniales son condicionales, su validez depende de la celebración del matrimonio y de la validez de éste (60). Solo producen efectos a partir de las nupcias, caso contrario la convención caduca porque este proyecto en común no se ha concretado y han desaparecido los presupuestos para su aplicación. Si el matrimonio es anulado, también se produce la caducidad de la convención, tal como lo expresa el artículo 430.

El Código Civil y Comercial no estipula un plazo para la celebración del matrimonio como sí lo hacen otros cuerpos normativos (61). De este modo, si los futuros esposos desean dejar sin efecto la convención, ambos deben manifestarlo expresamente, con las mismas formalidades exigidas para su realización, de lo contrario, los pactos conservan su fuerza cualquiera sea el tiempo transcurrido entre ellos y la celebración del matrimonio (62).

B. Convenciones matrimoniales. Mutabilidad del régimen

Otra de las novedades más significativas, es la autorización para cambiar el régimen patrimonial vigente (63) siempre y cuando exista acuerdo de ambos cónyuges (ya que el cambio se realiza mediante una nueva convención matrimonial).

La solución parece apropiada porque en la actualidad no existen razones sociológicas ni jurídicas que obliguen a los esposos a permanecer con un estatuto económico invariable durante toda la vigencia de su matrimonio. Contrariamente, hay argumentos de peso a favor de autorizar el cambio: las transformaciones sociales, la extensión de la expectativa de vida, la irrupción de la mujer en el mundo del trabajo, las fluctuaciones económicas personales y generales, las diferentes necesidades y posibilidades de los miembros del matrimonio en las distintas épocas de la vida, la existencia de legítimas aspiraciones de protección patrimonial de uno de los cónyuges frente a los actos del otro, etc. (64).

a) Plazo

Se establece como requisito para el cambio, el transcurso de un plazo de vigencia del régimen anterior, pues la mutación solo puede concretarse después de un año de la aplicación del régimen patrimonial antes elegido (sea convencional o legal). La solución reduce el plazo fijado por los proyectos antecedentes a la mitad. El mantenimiento de este mínimo de tiempo responde a la necesidad de garantizar a los cónyuges la puesta en marcha del sistema dentro del marco de una cierta estabilidad, para que puedan detectar adecuadamente los beneficios o perjuicios de su funcionamiento, y evitar ciertas complicaciones prácticas que la implementación del nuevo régimen puede generar. No se fija límite cuantitativo para el cambio de régimen, por lo que puede realizarse tantas veces como lo decidan los cónyuges.

La modificación debe realizarse mediante escritura pública y no requiere homologación judicial.

b) Protección de los terceros.

Los derechos de terceros se dejan a salvo por medio de los mecanismos de publicidad, consistentes en la inscripción marginal en el acta de matrimonio, que causa oponibilidad (65), sin perjuicio que entre los esposos la convención produce efectos desde su celebración (66).

Además, el artículo establece que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo, pueden hacerlo declarar inoponible. Se trata de una facultad que la ley confiere a los acreedores perjudicados, quienes pueden accionar para obtener la declaración de inoponibilidad del cambio, siempre y

cuando acrediten los perjuicios sufridos. La acción para reclamarla caduca al año de haber conocido la modificación operada.

Se ha sostenido que la norma será aplicable exclusivamente a los acreedores de los cónyuges bajo el régimen de comunidad que pasan al de separación y exclusivamente para las deudas reguladas en el artículo 467 del Código Civil y Comercial (conservación y reparación de los bienes comunes), ya que éste sería el caso donde el perjuicio puede eventualmente producirse (67).

VI. Síntesis

A modo de síntesis, las semejanzas y diferencias entre las convenciones pre-matrimoniales y las matrimoniales pueden visualizarse en el siguiente cuadro:

VII. Contratos entre cónyuges

Otra manifestación de la autonomía personal en cuestiones económicas es la posibilidad para realizar contratos entre cónyuges.

Aquí debe hacerse una aclaración: El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en la regulación de los contratos especiales del Código Civil. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el art. 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales que dice: "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV (68). En consecuencia, en la propuesta originaria no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos.

La visión constitucional del derecho familiar y el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges coadyuvaron a que ninguno de los argumentos esgrimidos en favor de las viejas restricciones (la incapacidad civil de la mujer casada, la necesidad de evitar vicios de la voluntad y la protección de terceros) puedan ser sostenidos. Era incongruente mantener un sistema que por un lado reconozca a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes y por el otro limite la posibilidad celebrar contratos entre sí (69), argumento que se potencia, además, desde la perspectiva del matrimonio de personas del mismo sexo. En consecuencia, aunque no se había incorporado una regla expresa al estilo del Código Civil español (art. 1321 (70)), la supresión de las prohibiciones en los contratos especiales debía entenderse como la superación de toda limitación para contratar fundada en la condición de cónyuge.

El sistema así pensado, sufrió una importante modificación poco antes de ser aprobado por la Cámara de Senadores que afecta su coherencia interna, y resulta de difícil interpretación, más allá del viejo prejuicio de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a los terceros. En efecto, el artículo 1002, que regula las inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incorporó en el inc. d) la prohibición de contratar a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad.

Este agregado es desafortunado. Ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad. Nótese que no sería posible realizar ni siquiera contratos que actualmente se consideran permitidos (depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.). Por otra parte, la solución legal es contradictoria con la facultad de realizar todo tipo de sociedades, y probablemente tenga un efecto indeseado: forzar a aquellos esposos que necesiten o pretendan realizar contratos entre sí, a optar por el régimen de separación de bienes en el que sí les está permitido contratar.

VIII. Conclusiones

A diferencia del resto del Libro de las relaciones familiares, el derecho patrimonial matrimonial siguió mucho más de cerca a los anteriores proyectos de unificación, especialmente el de 1998.

Sin dudas, la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes es la mejor respuesta para muchas familias argentinas, en las que la comunidad de ganancias imperativa resulta contraria a su funcionamiento e intereses. Más allá de la lamentable restricción a la capacidad contractual, la nueva ley representa un avance importante. Es un primer paso hacia el respeto por las decisiones libremente asumidas por quienes contraen matrimonio en materia patrimonial, y abre un nuevo camino para que la sociedad contemporánea comience a transitar por él.

(*) Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Docente de grado y de posgrado.

(1) Resulta de gran interés la consulta de un estudio comparativo y evolutivo realizado por Simó Santoja, que demuestra una clara tendencia de las legislaciones modernas a reconocer la independencia económica de la mujer casada equiparándola al marido, dando derecho a uno y otro a participar en las ganancias obtenidas durante el matrimonio y asegurando la intervención de ambos en la defensa y gestión de sus intereses comunes,

aunque este movimiento no revista la misma dinámica ni la misma rapidez en todos los países. (ampliar en SIMÓ SANTOJA, Vicente, Compendio de regímenes matrimoniales, Valencia, Tirant Lo blanch, 2005, p. 15).

(2) Con algunas dudas sobre la solución legal, Roveda sostiene que la reforma propuesta puede ser perjudicial y acarrear más inconvenientes que beneficios. (ROVEDA, Eduardo, El régimen patrimonial del matrimonio en RIVERA (Dir) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación," Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 297).

(3) MIZRAHI, Mauricio, Familia Matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 61.

(4) Conf. la originaria redacción de los artículos 55; 169; 185 a 189; 195 del Código Civil.

(5) La excepción a este postulado fue sostenida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, 31/05/2012 N., V. y C., G. E. RDF 2012-VI-207, con nota de Paula Grondona.

(6) Las razones dadas al elegir este régimen patrimonial y no otro, están suficientemente explicadas en la extensa nota al título II "De la sociedad conyugal", Libro II, sección III del Código Civil: "la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros"

(7) Sobre el carácter imperativo de las pautas para la calificación de bienes, la Corte Suprema de Santa Fe sostuvo: "cuando lo que se pretende es la recalificación de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, debe estarse a la realidad de los fondos aportados para la adquisición del inmueble, con independencia de lo afirmado por las partes, ya que así lo exige el orden público comprometido en el régimen patrimonial matrimonial, insusceptible de verse modificado por convenciones entre los cónyuges (CS Santa Fe, 05/09/2006, "C., R. v. A., M" Doc. Jud. 2007-1-914 - Abeledo Perrot N°: 1/70035088).

(8) Compulsar MEDINA, Graciela, Las diez grandes reformas al derecho de familia, DFyP 2012 (febrero), p. 11.

(9) En este mismo sentido, LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009, p. 313.

(10) Entre otros, pueden compulsarse BELLUSCIO, Augusto: "La elección del régimen matrimonial por los esposos", LL 1994-A-799; BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 p. 392. Ver también BASSET, Ursula, La calificación de bienes en la sociedad conyugal; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 303/304.

(11) En este sentido, BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil. Familia T. I; 10 ed. Buenos Aires, La Ley, 2008 p. 210 N° 265 y 267.

(12) Ver FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo; Régimen de bienes del matrimonio, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 14.

(13) Numerosos eventos científicos proponían el cambio. Entre otros: (a) El II Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia (1983) recomendó que cada país flexibilizara sus normas acogiendo un margen de libertad para optar por uno o más regímenes; (b) Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires 1987) en las que se aprobó un despacho de lege ferenda con el siguiente texto: "debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros". La posición no fue unánime pues el despacho de minoría se pronunció por el mantenimiento del régimen patrimonial organizado por el Código Civil como sociedad conyugal sin admitir regímenes alternativos convencionales; (c) Las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Civil en Bs. As (año 1992), propiciaron la opción por uno o más regímenes patrimoniales alternativos; (d) las Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1994), propiciaron una pluralidad de regímenes patrimoniales; (e) El X Congreso Internacional de Derecho de Familia (1998) por despacho de mayoría propició la "admisión del principio de la autonomía de la voluntad entre los cónyuges, es decir, para contar con cierta libertad de pactar el régimen patrimonial de su matrimonio", debiendo el legislador decidir si esa es una opción libre o bien, solo puede elegir entre regímenes que se le ofrezcan, y en su defecto el de comunidad. Tanto antes de la celebración cuanto luego de la misma; (f) las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe sostuvieron que los cónyuges debían tener facultad de optar por un régimen distinto del legal supletorio (comunidad de gananciales).

(14) Compulsar ZANNONI, Eduardo; Derecho Civil. Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 2006, T. 1, p. 466.

(15) Ampliar en GROSMAN, Cecilia; MARTINEZ ALCORTA; "Familias ensambladas. Nuevas uniones

después del divorcio," Buenos Aires, Universidad, 2000 p. 327 y ss.

(16) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reforma; JA 8-12-93.

(17) X Congreso Derecho de Familia; Setiembre de 1998; Mendoza, Conclusiones Comisión III KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dir); El derecho de familia y los nuevos paradigmas III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 304.

(18) Conf. SISINNI, Julio Nicolás, "El valor autonomía personal: privacidad e intimidad en la Constitución nacional" en Bidart Campos, Germán, Gil Domínguez, Andrés; Los valores en la Constitución Argentina; Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 237.

(19) Conf. GIMÉNEZ, Jorge Osvaldo, Cuestiones patrimoniales del matrimonio, 3ª ed. actualizada; Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 2009, p. 36.

(20) ZANNONI, Eduardo A; Derecho Civil. Derecho de Familia;, Buenos Aires, Astrea, 2006, T 1, p. 467. Ver también AZPIRI, Jorge, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 50.

(21) Compulsar MEDINA, Graciela, Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del código civil, LL 1999-E, 1050 sec. doct.

(22) DE LOS MOZOS, José Luis; "Régimen Patrimonial y Autonomía de la Voluntad" en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (Coord) El derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, T. II, p. 47.

(23) Para un análisis del principio de proporcionalidad, compulsar BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; 3ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007.

(24) Para ampliar los argumentos, compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reforma; JA 8-12-93.

(25) Puede consultarse un trabajo de ESCOBAR DE MONFERRER, Silvia, La autonomía de la voluntad y el orden público en los convenios regulados por el artículo 236 del Código Civil. Primera parte, 5-dic-2011, MJ-DOC-5627-AR | MJD5627

(26) Conf. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, ROVEDA, Eduardo Régimen de bienes del matrimonio, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 12.

(27) Compulsar PECES BARBA, con la colaboración de R De Asís y otros; Curso de derechos fundamentales Teoría general, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 261 y ss.

(28) Conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa; Los principios jurídicos en las relaciones de familia; Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 287.

(29) BASSET, Úrsula; Calificación de los bienes en la sociedad conyugal, Buenos Aires Abeledo Perrot, 2010, p. 363.

(30) El alcance limitado de su objeto torna inaplicables al nuevo régimen argentino, algunas de las definiciones dadas por la doctrina: Zannoni las definió como "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." (ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, cit. p. 488) Méndez Costa, como los "acuerdos entre futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que resuelven someterse durante el matrimonio o el de reglar alguno o algunos aspectos de sus relaciones patrimoniales una vez contraído el mismo." (MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial cit. p. 13.) Para Vaz Ferreira, son acuerdos que pueden realizarse antes de la celebración del matrimonio mediante los cuales "los futuros cónyuges determinan su régimen matrimonial" o bien "alguno de los aspectos de sus relaciones patrimoniales" regulando sus intereses pecuniarios, sea para el tiempo de duración del matrimonio, sea para el de su disolución. (VAZ FERRERIA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979 p. 159)

(31) Se aparta de la experiencia de otros países, por ejemplo, el Salvador en el artículo 84 y el Código español, en el artículo 1325.

(32) Compulsar ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de familia, Buenos Aires, Astrea, 2006, T. 1,

p. 489.

(33) Ampliar en GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa, La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales, Madrid, Dykinson SL, 2002, p. 114 a 117.

(34) VAZ FERRERIA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1979 p. 159; ver también FANZOLATO, Eduardo, Las capitulaciones matrimoniales, RFD 2001-19, p. 25

(35) Compulsar ESCOBAR DE MONFERRER, SILVIA, La autonomía de la voluntad y el orden público en los convenios regulados por el artículo 236 del Código Civil. Segunda parte, 6-dic-2011, MJ-DOC-5629-AR | MJD5629

(36) Compulsar MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo; "Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, t II, p. 67.

(37) MAZZINGHI, Derecho de Familia T. 2, Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio. La ley, 4ª ed. 1ª Reimpresión, Buenos Aires, 2006, p. 332. Ver también SAMBRIZZI, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 99

(38) Conf. ORTELLI, Ana, Las convenciones matrimoniales y los convenios reguladores de crisis matrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, eldial.express 11 de Julio de 2012 - Año XV - N° 3551 <http://www.eldial.com>

(39) Conf. SAMBRIZZI, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 92. Ver también MÉNDEZ COSTA, María Josefa (Dir) Código Civil Comentado Derecho de familia patrimonial. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía Artículos 1217 a 1322 Buenos Aires, Rubinzal Culzoni; p. 13.

(40) BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 393.

(41) Conf. ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil, Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 2006, T I, p. 491. Ver también MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo; "Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, T. II, p. 67.

(42) BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 p. 394.

(43) BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 p. 394

(44) Compulsar FANZOLATO, en Bueres (Dir) Highton (Coord) Código Civil y normas complementarias. T. I-B, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 192.

(45) Ampliar en MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, T. II, p. 71

(46) De este modo se adhirió a la posición de la doctrina mayoritaria. Compulsar BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Familia, I, 10ª Ed; Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 213; BELLUSCIO, Augusto; Manual de derecho de Familia Depalma, Buenos Aires, 1989, T. II, p. 31, ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, T. I, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 492.

(47) SOLARI, Néstor, El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de reforma, Suplemento especial de Jurisprudencia Argentina, 2012-II, 20/06/2012, Buenos Aires Abeledo Perrot, p. 11.

(48) Ampliar en VAZ FERREIRA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 18. Ver también GONZÁLEZ - MENESES GARCÍA VALDECASAS, Manuel, "El régimen económico matrimonial en el Código Civil;" en AAVV, El nuevo derecho de familia; Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales. Navarra, Aranzadi, 2006, p. 55.

(49) Conf. HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, "El régimen patrimonial del matrimonio, el rol de la autonomía de la Voluntad "en Rev. Derecho Privado y Comunitario. Sociedad Conyugal II; Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 15. La autora critica este régimen; sostiene que no se apoya en una igualdad efectiva de los esposos, porque en verdad no hay condiciones iguales de ingresos laborales o profesionales entre ambos sexos.

(50) CARBONNIER, Jean; Ensayos sobre leyes; traducción de Luis Díez - Picazo, Madrid, Civitas, 1998, p. 141.

(51) MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Buenos Aires, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, T. II, p 70.

(52) HERNÁNDEZ, Lidia, Comentario al artículo 1222 en BUERES (Dir), HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3-C, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 p. 98.

(53) FASSI, Santiago; BOSSERT, Gustavo, Sociedad conyugal, Comentario artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Astrea Buenos Aires, 1977, T. 1, p. 154.

(54) La escritura pública es la forma generalmente aceptada por los Códigos que admiten la opción por un régimen matrimonial; entre ellos, el Código Civil español (artículo 1357), el Código Civil francés (art. 1394, 1395 y 1396), el Código belga (artículos 1391 y 1392), el Código Civil de Brasil (artículo 1653). En Paraguay, "Las capitulaciones matrimoniales se consignan en escritura pública y los contrayentes deben presentar ante el Oficial Público mencionado copia auténtica de la misma. Dicha circunstancia constará expresamente en el acta de matrimonio respectivo, salvo que efectúen dicha manifestación ante el Oficial Público, en una acta suscripta por él mismo, los contrayentes y los testigos" (art. 26). El Código de Familia del Salvador dispone que la convención puede realizarse mediante escritura pública o acta realizada ante el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales (Art. 85).

(55) "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 invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública." (Proyecto 1998).

(56) VAZ FERREIRA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 168.

(57) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, ROVEDA, Eduardo, El régimen de bienes del matrimonio en el derecho argentino; Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 31.

(58) HERNANDEZ, Lidia, Comentario al artículo 1222 en BUERES (Dir), HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3-C, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 p. 97.

(59) Poco tiempo antes, la ley 26.446 del 3/12/2008 equiparó la edad núbil del hombre y la mujer a los 18 años.

(60) HERNANDEZ, Lidia, Comentario al artículo 1222 en BUERES (Dir). HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3-C, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 90.

(61) Por ejemplo, el Código de Familia del Salvador, en su artículo 87 exige la celebración del matrimonio dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su otorgamiento.

(62) Ampliar en VAZ FERREIRA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979 p. 212.

(63) Alguna doctrina, enrolada en los beneficios del orden público en esta materia, ha cuestionado la solución que este artículo brinda, por entender que resulta disfuncional a la vida matrimonial (Ampliar en ROVEDA, Eduardo, El régimen patrimonial del matrimonio en RIVERA (Dir.) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación," Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 303).

(64) Conf. SEOANE SPIELBERG, José, "La protección del acreedor en la sociedad legal de gananciales" AAVV, Temas de actualidad en derecho de familia. Madrid, Dykinson, 2006 p. 256; ver también Simó Santoja, Vicente, Compendio de regímenes matrimoniales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 26 y ss.

(65) Conf. BASSET, Úrsula, Modificaciones al régimen económico del Matrimonio en el Proyecto; Rev. Derecho Privado y Comunitario, 2012 - 2 Proyecto de Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni 2012, T. II p. 517.

(66) MEDINA, Graciela, Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil LL 1999-E, 1050.

(67) ROVEDA Eduardo, El régimen patrimonial del matrimonio en RIVERA (Dir.) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación," Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 303.

(68) Artículo 2.14 Anexo II de la ley de aprobación y derogaciones que sustituye el artículo 27 de la ley 19.550.

(69) Conf. GIMÉNEZ, Jorge Osvaldo, Cuestiones patrimoniales del matrimonio, 3ª ed. actualizada; Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 2009, p. 36.

(70) El art. 1321 CC Español dice: "podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos".