

Las convenciones
como reguladoras del régimen patrimonial del matrimonio

Trabajo Final de Graduación
Abogacía
2014

Apellido y Nombre:	OURFALI, Ezequiel Gustavo
Legajo:	VABG12459
Universidad:	Siglo XXI



Agradecimientos

Resumen

Con el fin de evaluar la necesidad de establecer en nuestro país el sistema de convenciones matrimoniales que regulen el régimen patrimonial del matrimonio, se analizó la eventual demanda social y la situación jurídica que rige en la actualidad. Se realizó un análisis de los distintos regímenes patrimoniales vigentes en el derecho comparado para determinar los pro y contra de cada uno durante su vigencia en determinadas sociedades. Se investigó sobre el origen histórico de las convenciones matrimoniales y se llegó a la conclusión de que no son una novedad, sino que tienen siglos de existencia y que fueron y son de común práctica tanto en Europa como en América. Luego se analizaron y describieron los cambios sociales que motivan a los legisladores a adaptar los sistemas normativos a nuevas realidades. Se mencionó la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la ley de divorcio como ejemplos de cambios legislativos destinados a responder demandas sociales. Se determinó que esos cambios, entre ellos la liberación femenina y la estima por las libertades individuales, lleva a indicar que la incorporación de las convenciones matrimoniales a nuestra legislación es una necesidad que responde a una demanda social.

Abstract

In order to assess the need to establish in our country the system of conventions governing the matrimonial property regime of marriage, social demand and possible legal situation governing currently analyzed. An analysis of the different economic regimes of comparative law to determine the pros and cons of each was performed during their term in certain societies. Was investigated on the historical origin of the marriage conventions and has concluded that they are not new, but are centuries old and they were and are common practice in Europe and America. Then analyzed and described the social changes that motivate legislators regulatory systems to adapt to new realities. Law allowing marriage between same sex and divorce law as examples of legislative changes designed to address social demands mentioned. It was determined that those changes, including women's liberation and esteem for individual freedoms, leads to indicate that the incorporation of the Convention into our law marriage is a necessity to meet a social demand.

Índice de contenido

INTRODUCCION.....	6
JUSTIFICACION.....	8
OBJETIVOS.....	10
HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	11
MARCO METODOLOGICO.....	13
a. Tipo de investigación.....	13
b. Fuentes.....	14
c. Recolección de datos.....	14
d. Limitación temporal.....	15
CAPÍTULO I.....	16
Las convenciones y los regímenes patrimoniales.....	16
1.1 Introducción.....	17
1.2 La convención matrimonial.....	19
1.3 El régimen patrimonial del matrimonio.....	20
1.3.1 Régimen de absorción.....	21
1.3.2 Régimen de unidad de bienes.....	22
1.3.3 Régimen de unión de bienes.....	23
1.3.4 Regímenes de comunidad.....	24
1.3.4.1 Régimen de comunidad universal.....	25
1.3.4.2 Régimen de comunidad restringido, limitada o gananciales.....	25
1.3.5 Régimen de separación de bienes.....	26
1.3.6 Régimen de participación.....	27
1.4 Conclusión.....	28
CAPITULO II.....	30
Pasado y presente de las convenciones en Argentina y el Mundo.....	30
2.1 Antecedentes históricos.....	31
2.1.1 Argentina.....	31
2.1.2 España, Roma y Francia.....	32
2.1.3 Estados Unidos de América.....	33
2.2 Las convenciones matrimoniales en la Argentina.....	35

2.2.1 Sociedad conyugal, bienes propios y gananciales.....	39
2.3 Convenciones matrimoniales en el derecho comparado.....	44
2.3.1 Uruguay.....	44
2.3.2 España.....	45
2.3.3 Chile y Perú.....	46
2.3.4 Cuba y Bolivia.....	46
2.3.5 Estados Unidos de América.....	47
2.3.6 Francia.....	49
2.4 Convenciones celebradas en el extranjero.....	49
2.5 Conclusión.....	56
CAPITULO III.....	57
Cambios que impulsan reformas legislativas.....	57
3.1 Cambios sociales.....	58
3.2 La recepción en la jurisprudencia y la doctrina.....	60
3.2.1 Jurisprudencia.....	60
3.2.2 Doctrina.....	62
3.3 Conclusión.....	63
CAPITULO IV.....	64
Proyectos de ley y Nuevo Código Civil.....	64
4.1 Proyectos de ley.....	65
4.2 Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial Unificado.....	68
4.3 Conclusión.....	72
CONCLUSION FINAL.....	73
BIBLIOGRAFIA.....	76
Doctrina.....	76
Legislación.....	79
Jurisprudencia.....	80

INTRODUCCION

La tradicional familia integrada por un padre trabajador y una mujer ama de casa que cuida de los niños parece cada día más extraña en la sociedad actual. En los últimos treinta años se desarrollaron grandes cambios en las costumbres que obligaron al legislador a adecuar el sistema normativo a aquella situación. Es así que, por su importancia, es posible indicar los siguientes acontecimientos: la aprobación del divorcio vincular en 1987, por un lado, y, por otro, la del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2010. Piénsese también que hoy el aborto es un tema en discusión y que existen varios proyectos más o menos permisivos al respecto, algo impensado décadas atrás.

Sin embargo, a pesar los cambios mencionados, el legislador no avanzó en la modernización de las normas que regulan el aspecto patrimonial del matrimonio: aún rige el sistema de comunidad restringida establecido por Vélez Sarsfield cuando redactó el Código Civil, en vigencia desde 1871 por medio de la Ley 340. En síntesis, el Código establece que todos los bienes que ingresen al matrimonio desde su constitución hasta su finalización son gananciales; es decir, pertenecen a la sociedad conyugal o, dicho de otro modo, a los dos integrantes de la pareja.

La justificación subyacente de la norma, y de todo el régimen patrimonial matrimonial de nuestro país es, sin dudas, la protección del integrante de la sociedad conyugal que no aporta dinero o bienes por algún motivo coyuntural. El ejemplo clásico es el de la mujer que se queda en su casa, cuida a los niños producto del matrimonio y se encarga de la limpieza y la cocina. Ante una ruptura de la sociedad conyugal, ella está protegida por las leyes y es titular de la mitad de todos los bienes ingresados por su marido a la sociedad -i. e. bienes gananciales-. Sin embargo, es necesario reconocer que hoy las familias se han alejado de ésta tradición histórica. Hoy el reparto de los bienes tras una separación suele ser materia de litigio judicial. La disputa suele girar sobre cuáles son los bienes que debe calificarse como gananciales o propios. Es que suele darse el caso de que los integrantes de la sociedad conyugal que aportan más dinero a ella intentar ocultar bienes.

En el presente trabajo de investigación se analizarán las convenciones como un contrato en donde las partes que van a contraer matrimonio deciden la manera en

que se distribuirán los bienes dentro del mismo o una vez finalizada la unión. En general, las convenciones tienden a evitar que una de las partes se beneficie económicamente del matrimonio, como así también a establecer un marco normativo que importe un cálculo adecuado sobre los costos en bienes del matrimonio. El ejemplo de las novelas viene al caso: el hombre pobre y ambicioso que enamora a la señora mayor adinerada con la intención de conseguir dinero gracias a las reglas del matrimonio. O al revés, la mujer joven y codiciosa que enamora al empresario exitoso y anciano para casarse y sacar provecho de su fortuna.

En éste trabajo se mencionarán los antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales de las convenciones matrimoniales, los objetivos de la investigación y nuestra hipótesis de trabajo. Luego se ingresará en el tema propiamente dicho de la convención pre nupcial y del régimen patrimonial del matrimonio. Se analizarán los antecedentes históricos de las convenciones, cuales son las permitidas por la normativa argentina y cuales en el derecho comparado.

Más adelante será necesario traer información sobre los cambios sociales mencionados, que implican principalmente un aumento de los divorcios y, en consecuencia, de la litigiosidad, y al mismo tiempo una disminución de la cantidad de casamientos. En ése sentido, se analizarán las nuevas formas familiares y costumbres sociales, como, por ejemplo, las parejas que deciden convivir sin casarse. Es decir, parejas que llevan una vida en lo que llamamos “aparente matrimonio”.

En ésta investigación también se analizarán los proyectos presentados por legisladores con la intención de cambiar el actual sistema de convenciones matrimoniales y, a su vez, el régimen patrimonial del matrimonio. Al mismo tiempo, se examinará cómo encara el tema el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado realizado bajo la dirección de los doctrinarios Kemelmajer de Carlucci, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

Así, con ésta investigación se pretende establecer si resulta necesaria la regulación del régimen patrimonial del matrimonio por parte del Estado para la protección del cónyuge más débil o si, en cambio, es conveniente dejar librado a la plena autonomía de la voluntad de las partes la confección de una convención a su medida.

JUSTIFICACION

La doctrina duda en sindicarlo al patrimonio como un atributo de la personalidad. Llambías (1995) lo incluye y Borda (1996) lo desecha. Sin embargo, nadie puede descartar su importancia. Al mismo tiempo, la Constitución Nacional, en su artículo 17, protege la propiedad privada en general y por extensión el patrimonio de las personas, lo cual indica su trascendencia. En consecuencia, la forma en que se distribuyen los bienes que ingresan a la sociedad conyugal fue un tema con suficiente entidad como para que Vélez Sarsfield le dedicará una buena parte de su obra. El autor reguló las convenciones y el régimen patrimonial del matrimonio en el Libro II, Sección III del Código Civil, titulada “De las obligaciones que nacen de los contratos”, y no en el Libro I, Sección II, titulado “De los derechos en las relaciones de familia”. Al parecer, consideraba las convenciones matrimoniales y el régimen patrimonial como una cuestión contractual más que familiar. Aun así impuso fuertes limitaciones al instituto.

El sistema de comunidad establecido en nuestro Código no ofrece dificultades ni litigiosidad, siempre y cuando el matrimonio dure “hasta que la muerte los separe”. Sin embargo, en caso de que la convivencia sea imposible y las diferencias deriven en una ruptura, el amor puede convertirse en odio y éste en un pleito judicial. Si bien la ley y la jurisprudencia indica qué bienes son gananciales y cuáles propios, la solución no suele ser simple. No en pocas ocasiones se debe recurrir a tasadores, pericias contables, justificaciones de ingresos y otros medios de prueba para llegar a una distribución de los bienes de acuerdo al sistema vigente. Y puede que esa distribución sea legal, pero no siempre justa.

Las convenciones intentan evitar la litigiosidad entre los cónyuges ante una ruptura de la sociedad conyugal. Establecen de qué manera se distribuirán los bienes que sean adquiridos durante la unión. Por ejemplo, pueden determinar que la titularidad de dominio de los bienes registrables indicará quien es el propietario único del bien, y que no será necesario el asentimiento conyugal para disponer de ellos. También es posible que las partes deseen regirse por el régimen de comunidad restringida o incluso absoluta debido al gran amor que se profesan y la confianza mutua que sienten. Todo ello con las limitaciones del orden jurídico, es decir,

contemplando la posibilidad de que exista fraude a la ley, abuso o una desproporcionada diferencia de patrimonio entre las partes que permita aplicar el concepto de equidad en protección del eventual damnificado. En síntesis, la convención matrimonial tiene su importancia no sólo como contrato que debe cumplirse con la buena fe de las partes y bajo las reglas del *pacta sunt servanda*, conceptos plasmados en los artículos 1197 y 1198 del Código Civil, sino que además su valor se ve acrecentado al regular el patrimonio familiar, institución social trascendente, y disminuir la litigiosidad post matrimonio. De ahí la justificación del presente trabajo.

OBJETIVOS

Los objetivos de este trabajo pueden consignarse del siguiente modo. Por un lado, como objetivo general: analizar la posibilidad de adoptar en el sistema jurídico argentino las convenciones pre-nupciales con fundamento en la autonomía de la voluntad y, por tanto, permitir la libre elección del régimen patrimonial del matrimonio.

Por otro lado, como objetivos específicos, los siguientes: a) identificar los motivos que originaron la adopción del sistema de comunidad restringida en el sistema del Código Civil Argentino; b) enumerar los regímenes patrimoniales del matrimonio y/o adoptados tanto por el sistema argentino como en el derecho comparado; c) sintetizar las convenciones matrimoniales autorizadas por el sistema del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield y por el derecho comparado; d) diferenciar cuáles son los bienes propios y cuales gananciales según el sistema del Código Civil Argentino; e) describir la manera en que la jurisprudencia califica los bienes adquiridos tras la separación personal, pero mientras aún persiste la sociedad conyugal; f) analizar la validez de las convenciones matrimoniales realizadas en el extranjero y los tratados internacionales relacionados; g) analizar la opción de establecer un régimen patrimonial que puedan adoptar a su elección los convivientes que, sin estar casados, viven en aparente matrimonio; h) investigar si las convenciones cambian el tradicional concepto de matrimonio para convertirlo en un contrato que se conforma para regular el patrimonio de la vida en común.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

La legislación argentina no permite que los futuros cónyuges hagan uso de la autonomía de la voluntad para decidir qué régimen patrimonial va a gobernar sus bienes durante la vigencia del matrimonio. Es decir, todos los que deciden contraer matrimonio deben someter su patrimonio al régimen de comunidad restringida establecido por Vélez Sarsfield con la sanción del Código Civil. Sin embargo, hoy los cambios sociales sugieren que una modificación en la normativa es necesaria en nuestro país.

La gran mayoría de los países, incluidos los latinoamericanos, tienen leyes que permiten a los futuros cónyuges elegir el régimen patrimonial que gobernará los bienes durante desde el inicio hasta el final del matrimonio. Algunas normativas permiten a las partes elegir entre una cantidad limitada de regímenes pre establecidos y otras les otorgan la autonomía de la voluntad para que acuerden según sus necesidades, costumbres y/o conveniencia. Así, el estado se aleja de intervenir en la controvertida cuestión de dividir bienes cuando la sociedad conyugal ha finalizado.

En nuestro país, en tanto, ya suman más de cinco los proyectos de ley presentados en la última década en el Congreso de la Nación para modificar la forma en que se aplica el régimen patrimonial del matrimonio. Esas propuestas otorgan más o menos libertades a los cónyuges para que tomen sus propias decisiones. Incluso el último proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación contempla la posibilidad de permitir que los futuros cónyuges elijan entre dos regímenes: el de comunidad y el de separación de bienes.

Pero esto no es todo, los cambios sociales de las últimas décadas advierten que la familia que conocimos y consideramos tradicional ha dejado de ser tal. Hoy son moneda corriente las familias ensambladas, las madres solteras, los padres que viven solos y reciben a sus hijos los fines de semana, las parejas separadas y vueltas a casar, las uniones de personas del mismo sexo, entre otros. En fin, la realidad nos deja percibir que pocas parejas duran hasta que la muerte los separe. Los divorcios, en tanto, suelen acarrear discusiones arduas por la propiedad de los bienes de la sociedad conyugal. Y esas peleas suelen terminar en los tribunales.

Ésta es una imagen impensable para Vélez Sarsfield en 1869, cuando se

sancionó el Código Civil. Los cambios actuales obligan a replantear no sólo el sistema de régimen patrimonial vigente sino la posibilidad de autorizar las convenciones matrimoniales. Por lo tanto, en el siguiente trabajo de investigación se intentará explicar con detalle por qué la introducción de las convenciones matrimoniales en nuestra legislación es una asignatura pendiente que permitiría adaptar el derecho positivo a la realidad imperante.

MARCO METODOLOGICO

Con el fin de llegar a una conclusión, en el presente estudio se utilizará el método científico. Esto significa que se empleará “un conjunto de procedimientos que, valiéndose de los instrumentos o técnicas necesarias, aborda y soluciona un problema o un conjunto de problemas de conocimiento” (Yuni y Urbano, 2006, p. 37). Es decir, seguiremos las reglas del método científico con el objetivo de alcanzar tres requisitos indicados por los citados autores: veracidad, confiabilidad y fundamentación. Para ello, utilizaremos el tipo de investigación descriptiva.

a. Tipo de investigación

El tipo de investigación descriptiva se adapta a las necesidades del tema que se tratará, y de ahí la decisión de utilizarlo. Según Yuni y Urbano (2006) éste tipo de estudio apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio mediante la caracterización de sus rasgos generales. Los autores explican que estos estudios tienen la finalidad de describir la naturaleza de un fenómeno a través de sus atributos. Utilizaremos el tipo de investigación descriptiva que tiene por finalidad precisar las características de una situación particular.

Es decir, a través de éste método analizaremos si los cambios sociales, las experiencias y la voluntad de legisladores y doctrinarios de adaptar normas legales a la sociedad moderna indican que es necesario adoptar para nuestro sistema las convenciones matrimoniales. También en el presente trabajo de graduación se describirán los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio existentes y se analizará si es oportuno que los futuros cónyuges opten por uno de ellos o si, en cambio, hay que dejar librado a su autonomía la confección de un contrato “a medida”. También es una opción que los futuros cónyuges puedan elegir un régimen y establecer ciertas excepciones, lo que equivaldría a establecer un sistema mixto.

Para lograr el fin expuesto, se analizará la legislación vigente, la derogada y la proyectada a través de propuestas de legisladores. También se examinará la jurisprudencia al respecto, las opiniones de doctrinarios y cómo trata la cuestión el derecho comparado.

El presente trabajo, en tanto, será abordado con el método cualitativo. Yuni y

Urbano (2006) explican que lo característico de esta lógica de investigación es que el científico no quiere probar tales hipótesis. Aspira a perfilar, perfeccionar y formular nuevas hipótesis que permitan reconstruir los fenómenos desde una perspectiva más comprensiva e integrada de la realidad. El método cualitativo, a diferencia del cuantitativo y del cuali-cuantitativo, se orienta a la descripción, explicación y búsqueda de generalidades de ciertas poblaciones, a patrones, y a la explicación de causa y efecto.

b. Fuentes

Primarias: Como fuentes primarias se utilizará, en primer término, el Código Civil, que contiene las normas que regulan las convenciones matrimoniales. Luego se utilizarán las decisiones judiciales relacionadas con el tema del presente trabajo de graduación. Se incluirán los proyectos legislativos para modificar las normas actuales y permitir que los cónyuges elijan el régimen patrimonial que gobierne su matrimonio. Por último, se detallará el último proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Secundarias: Como fuentes secundarias se utilizarán libros y artículos en revistas especializadas de doctrinarios que trataron el tema de la presente investigación. También se incluirán los comentarios que doctrinarios realizaron sobre distintos artículos del Código Civil en vigencia y sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial unificado.

Terciarias: Como fuentes terciarias se emplearán artículos de diarios y revistas no especializadas que hicieron referencia a las cuestión tratada en éste trabajo. Se mencionarán en éste ítem los trabajos de investigación sobre matrimonio de otros doctrinarios que no se refieren a las convenciones matrimoniales en forma específica, pero hacen algún tipo de referencia.

c. Recolección de datos

Una tesis estudia un objeto valiéndose de determinados instrumentos. Muchas veces el objeto es un libro y los instrumentos son otros libros. Tal es el caso de una tesis, supongamos, sobre el pensamiento económico de Adam Smith, en la cual el objeto está constituido por los libros de Adam Smith mientras que los

instrumentos son otros libros sobre Adam Smith. (Eco, 1982, p. 69)

Así resume Umberto Eco (1982) su calificación de los datos que deberán ser recolectados para la elaboración de una tesis. En consecuencia, se entiende que los datos necesarios para la elaboración de la presente investigación serán los textos con las normas que rigen las convenciones matrimoniales, mientras que los instrumentos serán los textos que hablan sobre esas normas. El análisis de toda la referida documentación contribuirá al desarrollo de la investigación.

d. Limitación temporal

Las convenciones matrimoniales se utilizaban en la antigua Roma y España, tal como lo recuerda Vélez Sarsfield en su nota al Título II de la Sección III del Libro II del Código Civil. El autor las incluyó en su obra, aunque con tantas limitaciones que su uso hoy es una rara excepción. EN tanto, en Latinoamérica la mayoría de los países adaptaron en sus códigos las convenciones, lo que convirtió a Argentina en una isla jurídica. Actualmente existen variados proyectos de ley para incluir las convenciones matrimoniales en nuestro sistema normativo. Es decir que el tema a tratar está delimitado en un amplio espacio temporal, aunque las variaciones con los años fueron pocas o nulas en nuestra legislación. Con más precisión, puede decirse que éste trabajo abarcará principalmente desde la década de 1860, en que Vélez redactó el Código, hasta nuestro días, más referencias al uso de las convenciones en pueblos antiguos. Por último, detallamos que el ámbito geográfico del presente proyecto será la Argentina, sin perjuicio de las referencias al derecho comparado.

CAPÍTULO I

Las convenciones y los regímenes patrimoniales

1.1 Introducción

Antes de ingresar en el tema principal del presente trabajo, es necesario tener una noción clara del término "matrimonio". En principio, entendemos que la palabra proviene del latín *mater* (madre), formado a partir de *patrimonium* (patrimonio), cuyo sufijo *-monium* es de origen oscuro. De esta manera, la palabra se refiere al oficio de la madre porque es ella quien lleva el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto, "así como el 'oficio del padre' (patrimonio) es, o era, el sostenimiento económico de la familia" (Ossorio, 2004, p. 583).

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española (2014) indica que "matrimonio" proviene del latín *matrimonium* y significa la "unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales". Una segunda acepción del mismo diccionario dice que, en el catolicismo, matrimonio es "un sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia".

Nuestro Código Civil, en tanto, no arriesga una definición de "matrimonio". Sin embargo, de sus líneas se puede determinar que es la unión de dos personas que se comprometen a ser fieles y prestarse asistencia y alimentos (art. 198), además de fijar juntos y de común acuerdo el lugar en donde convivirán (art. 199 y 200). En forma parecida, del texto del Código Civil español se desprende que el "matrimonio" es la unión de dos personas que deben respetarse y ayudarse (art. 67) y están obligados a vivir juntos, ser fieles y socorrerse mutuamente (art. 68). Asimismo, el Código Canónico establece que el "matrimonio" es una "alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida" (art. 1055). El proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial Unificado para Argentina, si bien tampoco expresa una definición, de sus líneas se desprende que se trata de la unión de dos personas denominadas "cónyuges" que se comprometen a desarrollar un "proyecto de vida común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad" y que "deben prestarse asistencia recíproca" y alimentos (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, 2012, p.73).

En el ámbito de la doctrina, se ha señalado que el matrimonio "es la unión voluntaria e irrevocable de un hombre y una mujer, con el fin de constituir un nuevo

tronco de familia" (Kaller de Orchansky, 1997, p. 237). Por su parte, Bossert y Zannoni (2004) entienden al matrimonio como una unión "intersexual" y sostienen que trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y, de algún modo, organiza. Ossorio (2004) destaca la noción de "permanencia" como idea central de todas las definiciones mencionadas.

Al establecerse como principio básico de la institución la idea de la permanencia, lo que se quiere señalar es la inadmisibilidad de matrimonios que se contraigan por un plazo o término preestablecido. Ello es así, dejando aparte el aspecto religioso del tema examinado, porque hasta ahora se ha entendido que el matrimonio no es un simple contrato que afecta sólo a las partes contratantes, sino que se trata de una institución que determina luego relaciones paternofiliales con repercusión en la subsistencia de una organización que, como es la familia, constituye el fundamento de un orden social determinado. (Ossorio, 2004, p. 584)

La jurisprudencia también ha intentado definir el matrimonio al señalar que se trata de "un ámbito de amor de una intensidad tal que se transmite a todas las dimensiones de la vida personal. Lo sexual, las prestaciones materiales, los afectos cotidianos: todo lo que cabe en la existencia dialogal"¹. Otros lo conceptualizan de una manera más simple al describirlo como "básica, legal y moralmente, la unión de un hombre con una mujer"². Por último, otra jurisprudencia entiende al matrimonio como una unión que "conjuga e implica dos componentes inescindibles: uno afectivo, sentimental, pasional, que nos une y liga; y uno ético-normativo, que nos limita y condiciona en nuestras más absolutas libertades"³.

En fin, son muchos los puntos de vista desde los cuales puede definirse al matrimonio. Y otros conceptos pueden plantearse cuando se habla de matrimonio

-
- 1 S.C.B.A., "F. del C., C. R. c/ A., E. N. s/Incidente de cesación de alimentos", Infojus: FA98010577.
 - 2 C.A.P. y C., "Russo, J. J.; Cortez, J. J.; Carrizo E. E. y Rodríguez, H. J. s/ Infracción art. 42/134 del Código Penal", Infojus: FA99280414.
 - 3 C.A.Cív. y Com. E. R., "Continanza, M. D. - Weis, A. N. s/ Divorcio Vincular - Inicidente de Autorización para viajar", Id Infojus: FA03080161.

religioso. Como coincidencia entre las definiciones expuestas se puede resaltar el carácter de permanencia antes mencionado y la referencia a un hombre y una mujer como componentes esenciales de la relación matrimonial. Sin embargo, ambos han sido superados por la realidad. Hoy no sólo se aceptan los matrimonios entre personas del mismo sexo sino que además las relaciones ya no suelen ser permanentes.

En tanto, otro punto que llama la atención de todos los conceptos es que no se hace referencia al matrimonio como un contrato o una sociedad de dos personas: va más allá. Hay coincidencia en que el matrimonio es más que eso al configurar la base de la familia.

No puede desconocerse que, por la evolución de las costumbres, el principio de perpetuidad, siquiera como intención inicial, se encuentra en franca quiebra, no solo porque ya se habla de la posibilidad legal de celebrar matrimonios a prueba (una de cuyas manifestaciones es la unión prematrimonial de la pareja hombre-mujer, como ensayo o experiencia para contraer luego el vínculo legal), sino principalmente porque las legislaciones de algunos países admiten ya, abierta o encubiertamente, el divorcio vincular, o la separación de cuerpos, por mutuo disenso. (Ossorio, 2004, p. 584)

1.2 La convención matrimonial

La una convención es un "ajuste y concierto entre dos o más personas o entidades" (DRAE, 2014). En tanto, algunos sinónimos de "convención" son pacto, tratado, convenio y acuerdo, mientras que de "matrimonio" son enlace, boda, casamiento y nupcias. (Espasa Calpe, 2001). De ésta manera se desprende que una convención matrimonial es un acuerdo destinado a aplicarse en el matrimonio.

Por otra parte, ya en el ámbito de la doctrina jurídica, las convenciones matrimoniales son definidas como "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" (Méndez Costa, 2004, p. 13).

En ése mismo sentido, Ossorio (2004) explica que las convenciones matrimoniales, llamadas también capitulaciones, son las que hacen los futuros

contrayente antes de la celebración del matrimonio civil con el objeto de establecer el régimen económico que regirá durante la sociedad. En el ámbito argentino las convenciones matrimoniales están restringidas por el Código Civil, y se las define como "las que antes de la celebración del matrimonio hacen los futuros contrayentes y que pueden tener por objeto sólo la designación de los bienes que cada uno aporta y las donaciones que el esposo hiciere a la esposa". (Ossorio, 2004, p. 229)

El concepto encuadra en la limitadísima libertad que al respecto rige en la legislación argentina. En otros ordenamientos, como el español, los contrayentes gozan de amplísimas facultades patrimoniales en sus capitulaciones matrimoniales. Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio, ni el que se hubiere hecho antes podrá ser revocado, alterado o modificado. (Ossorio, 2004, p. 229)

En síntesis, se concluye que una convención matrimonial es, en general, un pacto entre los futuros cónyuges para determinar el régimen patrimonial que los gobernará durante la vigencia del matrimonio. En relación al régimen actual que rige en la Argentina, la convención sólo representa dejar constancia de las donaciones que cada cónyuge lleva al matrimonio y de las donaciones mutuas.

1.3 El régimen patrimonial del matrimonio

Un régimen es un conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad (DRAE, 2014). En éste caso nos referimos al régimen patrimonial del matrimonio, es decir, perteneciente o relativo al patrimonio del matrimonio. En principio hay que recordar que "patrimonio" es el conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título (DRAE, 2014). Ossorio (2004) explica que el término patrimonio etimológicamente hace referencia al conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre y luego añade que, en una definición más jurídica, el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero. En tanto, cabe recordar que el Código Civil indica que "el conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio" (art. 2312).

En consecuencia, puede decirse que el régimen del matrimonio son las reglas patrimoniales que regirá a los cónyuges mientras dure la sociedad conyugal. La doctrina lo explica de la siguiente manera.

El matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges con las consecuentes facultades y deberes recíprocos. Pero, además, derivan de él consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo; además, por la especial característica que tiene la vida en común de los esposos, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos. De manera que el régimen matrimonial comprende una de las consecuencias jurídicas del matrimonio: la referente a las relaciones patrimoniales. Estas relaciones determinan cómo contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes que los cónyuges aportan o que adquieren durante la unión y, también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges. (Bossert y Zannoni, 2004, p. 217)

Existen dos formas de abordar el problema de la división de bienes al finalizar la sociedad conyugal: una es que el Estado no regule de ninguna manera ése eventual reparto de bienes; la otra es establecer legalmente un régimen que regule la forma en que los bienes serán distribuidos ante una separación o al ocurrir la liquidación de la sociedad conyugal por cualquier otro motivo. A continuación se enumeran los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio que se han utilizado o se utilizan hoy en día.

1.3.1 Régimen de absorción

Ossorio (2004) explica que en el régimen de absorción el patrimonio de la mujer es integrado al del marido, quien conserva la potestad de disponer de él. El autor explica que es propio de pueblos primitivos donde se desprecia social y

jurídicamente a la mujer. Y añade que rigió en alguna época en Inglaterra. En ése sentido, Bossert y Zannoni (2004) agregan que éste régimen es quizá, cronológicamente, el primero típico, y tiene un valor meramente histórico, ya que no rige en el derecho positivo contemporáneo. Explican los autores que el régimen es el que constituía en el derecho romano el matrimonio *cum manu*: la mujer, al dejar su familia se incorporaba a la del marido de modo que, al menos en los primeros tiempos, carecía de patrimonio y los bienes dotales que ella o un tercero hubiese entregado pasaban a ser propiedad del marido. Como explican los doctrinarios, “a la finalización del matrimonio, en éstos regímenes, nada debía el marido reintegrar a la mujer, ni compensarla en dinero” (Bossert y Zannoni, 2004, p. 219). Belluscio (2004) también aborda el tema y lo explica en forma muy clara.

En el régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, o simplemente de absorción, la celebración del matrimonio tenía por consecuencia la transferencia del patrimonio de la mujer al marido, sin que la primera adquiriese derecho alguno ni durante la unión ni a la disolución del matrimonio. Si tras ésta algo recibía, era por sucesión hereditaria, y no por derecho derivado de la relación conyugal. El marido era, pues, único propietario de sus bienes y de los que antes habían pertenecido a la mujer, administraba y gozaba de todos ellos -confundidos en un solo patrimonio-, soportaba las cargas del hogar y respondía exclusivamente por las deudas. (Belluscio, 2004, p. 5)

1.3.2 Régimen de unidad de bienes

Éste régimen es similar al de absorción, con una variante: al disolverse la sociedad conyugal, los bienes que el marido obtuvo de la mujer, vuelven a ella. Bossert y Zannoni (2004) explican que en el régimen de la unidad de bienes se produce una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido a quien se transmiten todos los bienes de ella.

El marido adquiere la propiedad de esos bienes, pero lo característico es que a la disolución del matrimonio, el marido o sus herederos deben restituir a la mujer su valor. De ésta manera, la mujer, con el matrimonio, pierde el dominio de los

bienes que aporta al matrimonio y adquiere un derecho de crédito a su disolución, por tal valor. (Bossert y Zannoni, 2004, p. 220)

Belluscio (2004) coincide en que éste régimen se asemeja al de absorción en que el patrimonio de la mujer se transfería al marido, pero se diferenciaba de él en que surgía la obligación de restituir el valor de los bienes de la primera. El doctrinario explica que éste régimen tuvo su origen y aplicación en el derecho germánico, aunque generalmente se lo aplicó combinado con el de unión de bienes, de modo que regía la unidad para los muebles y la unión para los inmuebles. Y agrega que “subsistió en algunos cantones suizos hasta la sanción del Código Civil de 1907; actualmente, carece de vigencia”. (Belluscio, 2004, p. 7)

1.3.3 Régimen de unión de bienes

En éste caso, la propiedad de los bienes de la mujer no son transferidos al marido, pero si su plena administración y usufructo. Belluscio (2004) señala que la mujer conservaba la nuda propiedad. Si bien los bienes debían ser restituidos a la mujer a la disolución del matrimonio, explica que los frutos devengados durante la unión beneficiaban exclusivamente al marido. Se diferenciaba, pues, de la unidad de bienes, en que la mujer no conservaba sólo un derecho de crédito contra el marido o sus herederos, sino el mismo derecho de propiedad que tenía antes de casarse, de manera que debían restituírsele en especie los bienes que había aportado, señala el autor. Es más, agrega: todas las ganancias ingresadas durante la unión correspondían exclusivamente al marido. Con respecto a las deudas, cada uno respondía por las contraídas antes o después de celebrado el matrimonio, aunque el marido también respondía por las generadas por su esposa en relación a los gastos domésticos.

A la ventaja para la mujer de que su fortuna no podía disminuir, se unía el inconveniente que tampoco podía aumentar, pues las ganancias habidas durante la unión correspondían exclusivamente al marido. Por lo tanto, reunía para la mujer los inconvenientes de la separación y los de la comunidad de administración marital; como en la primera, no participaba de las ganancias del marido, y como en la segunda, quedaba privada de la administración de sus

bienes. (Belluscio, 2004, p. 7)

Con respecto a éste régimen, Bossert y Zannoni (2004) explican que en el derecho alemán éste sistema se utilizó respecto a los muebles, pero no con los inmuebles. En ése sentido, explican los doctrinarios que "el régimen de unidad se dio respecto de los muebles y se combinó con la unión respecto de los inmuebles que debían ser restituidos a la mujer en especie, a la disolución del matrimonio".

Los mismos autores informan que en el derecho moderno éste régimen dio lugar al régimen conocido como de "administración y disfrute del marido" en el Código Civil alemán, o régimen sin comunidad, como le llamó el Código Civil francés. Pero, aclaran, es abandonado paulatinamente; por ejemplo, en Alemania fue sustituido por un régimen de participación en las ganancias en virtud de la ley de 1957. Como vemos, tanto el régimen de absorción como los de unión y unidad de bienes tienen cada vez menos vigencia en el derecho contemporáneo.

1.3.4 Regímenes de comunidad

La doctrina coincide en general en describir a éste régimen como aquel en donde los esposos comparten la buena o mala fortuna que, en materia económica, derive del matrimonio. Considera que el patrimonio de la unión se integra con bienes que pertenecen a ambos y que se repartirán en mitades una vez finalizada la sociedad conyugal.

El elemento esencial de la comunidad es la partición de la referida masa común. No es esencial, en cambio, que la partición se haga por partes iguales, ni tampoco la unidad de masa, administración y responsabilidad, ni la jefatura del marido. Hay comunidad siempre que exista una masa común partible, y no la hay si ella falta. (Belluscio, 2004, p. 9)

Belluscio (2004) añade que el régimen de comunidad se presenta en formas diversas, pero que siempre tienen como característica la formación de esa masa; implica, por lo tanto, una unión de intereses entre los esposos, que participan en la buena o mala fortuna de uno y otro durante el matrimonio. Por su parte, Bossert y

Zannoni (2004) agregan que los regímenes de comunidad pueden, a su vez, tipificarse considerando la extensión de la masa común. Estos últimos doctrinarios entienden que se distinguen: **a.** comunidad universal; y **b.** comunidad restringido, limitada o gananciales.

1.3.4.1 Régimen de comunidad universal

En éste sistema, todos los bienes de los cónyuges forman una masa común. Cuando decimos “todos los bienes”, nos referimos tanto a los que poseían al momento de contraer matrimonio como a los adquirieran con posterioridad y mientras dure la unión. Es decir, no importa si los bienes fueron adquiridos antes de la celebración del matrimonio: todos pasan formar parte de una universalidad perteneciente a la comunidad conyugal. Ossorio (2004) lo sintetiza al decir que el régimen de comunidad universal, en lo atinente al patrimonio de los cónyuges, es el que establece para ambos la propiedad de todos sus bienes presentes y futuros con partición por mitad al disolverse el matrimonio. Añade que ha sido admitido en Brasil y Portugal, en Noruega y en Holanda, y explica que, con atenuaciones, rige supletoriamente en Francia y Alemania, pero con peculiaridad en cada país. Bossert y Zannoni (2004) recuerdan, al mismo tiempo, que también existe comunidad en las deudas. Y aclaran que ciertos bienes pueden quedar excluidos de la masa. Esos bienes son:

1. Bienes donados o legados a cualquiera de los esposos si el donante o testador así lo dispusiese.
2. Los objetos de uso personal de cada cónyuge.
3. Los libros e instrumentos para el ejercicio de su profesión.
4. Los bienes donados a uno de los esposos antes del matrimonio con cláusula de incomunicabilidad.

También ciertas deudas pueden quedar excluidas de la comunidad, como es el caso de las obligaciones provenientes de hechos ilícitos.

1.3.4.2 Régimen de comunidad restringido, limitada o gananciales

Este es el régimen adoptado por el ordenamiento argentino. Ossorio (2004) explica que en lo conyugal, éste régimen es el que establece la copropiedad de marido

y mujer sobre ciertos bienes así aportados por ellos o adquiridos después. Belluscio (2004) señala que, en el régimen de comunidad restringida, la masa común se forma con una parte de los bienes de los cónyuges, en tanto que otros continúan integrando su propiedad personal. Añade que hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer y los comunes o gananciales. Bossert y Zannoni (2004) explican también que en este supuesto, la comunidad se integra sólo con lo ganado por cualquiera de los cónyuges después de celebrado el matrimonio.

Es decir que, en principio, los esposos conservan como propios todos los bienes que llevan al matrimonio, incluso los bienes muebles. Sólo serán gananciales o comunes los adquiridos o ganados durante el matrimonio, salvo, por supuesto, que se adquieran con dinero o fondos propios, por herencia, legado o donación o por cualquier otro título, que la ley considere como propios del marido o la mujer: caso típico es la subrogación real. (Bossert y Zannoni, 2004, p. 222)

Vale aclarar que los citados doctrinarios hacen mención de un subrégimen dentro de los gananciales denominado “régimen de muebles y ganancias”. Indican que en ése régimen la comunidad se restringe a los muebles sin consideración a su origen y a las ganancias y adquisiciones de cualquiera de los cónyuges luego de la celebración del matrimonio. Bossert y Zannoni (2004) señalan que en el citado régimen se distinguen los bienes propios de cada cónyuge, como los inmuebles de que era propietario antes del matrimonio, o que luego adquiriese por herencia, legado o donación (por no ser ganancias), y los bienes comunes y gananciales, es decir, los muebles que cada esposo lleva al matrimonio.

1.3.5 Régimen de separación de bienes

El régimen de separación es aquel en el que cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes, tanto muebles como inmuebles, y de los que durante la vigencia del matrimonio adquiera para sí. Quiere decir que cada esposo administra y dispone de sus bienes propios de la forma en que desee sin necesidad de recurrir a un asentimiento conyugal, ya que no son considerados gananciales. Además, como consecuencia, cada uno responde por sus deudas y responde a sus acreedores con sus

bienes. Ossorio (2004) explica que en éste sistema el patrimonio y su administración se mantienen independientes, contribuyendo ambos cónyuges a los gastos familiares. Belluscio (2004) coincide en que en éste régimen existe completa independencia patrimonial entre los esposos “como si no fuesen casados”. Con respecto a las pro y contra de éste sistema, el autor indica que “tiene la ventaja de armonizar totalmente con la capacidad absoluta de la mujer casada, pero el grave inconveniente de atribuir a uno de los esposos -generalmente, el marido- riquezas que suelen ser el resultado de esfuerzos comunes” (Belluscio, 2004, p. 19). El autor advierte que las legislaciones que establecen éste sistema deben solucionar cuestiones relacionadas con la contribución de cada uno de los cónyuges al mantenimiento del hogar y de los hijos, la propiedad de los muebles "confundidos" y la responsabilidad por los contratos firmados por uno u otro con esos fines. En el proyecto de Código Civil y Comercial unificado, que cuenta con media sanción del Congreso argentino, se contempla como optativa la adopción de éste régimen, haciendo responsable a ambos esposos por los gastos del hogar conyugal y de los hijos.

1.3.6 Régimen de participación

Belluscio (2004) indica que en el régimen de participación en las ganancias se caracteriza porque, durante la unión cada uno de los cónyuges tiene la libre gestión de su patrimonio -como en el de separación-, pero a la disolución se otorga a uno de ellos un crédito contra el otro destinado a igualar los aumentos patrimoniales producidos durante el régimen. Ossorio (2004) coincide que en éste régimen mientras dura el matrimonio existe independencia, lo mismo que en el sistema de separación, pero, a la disolución, surge un crédito de uno de los cónyuges contra el otro, a fin de igualar sus patrimonios o los aumentos de éstos producidos durante la unión.

En general, el procedimiento para esa igualación consiste en comparar el patrimonio que cada uno de los cónyuges tenía al casarse (patrimonio inicial) con el que tiene al disolverse el régimen (patrimonio final). La diferencia en más de éste representa la ganancia. A quien ganó menos se le concede un crédito contra el otro por la mitad de la diferencia entre la ganancia mayor y la menor, y así se igualan. (Belluscio, 2004, p. 17)

Bossert y Zannoni (2004) reconocen que el régimen de participación no es más que una mezcla de los regímenes de comunidad y separación de bienes. Los doctrinarios indican que como variantes de los regímenes de separación de bienes, pero con connotaciones derivadas de la comunidad, se conoce el régimen denominado de participación en los adquiridos por cada cónyuge. Coinciden con Belluscio al señalar que en este régimen no existen estrictamente bienes comunes -o gananciales-, como en la comunidad, sino que cada cónyuge es exclusivo propietario de los que adquiere durante el matrimonio. En síntesis, el régimen funciona, en términos generales, como el de separación, pero al disolverse el matrimonio se reconoce a cada uno de los ex cónyuges, o al supérstite, el derecho a participar en los adquiridos por el otro hasta igualar los patrimonios de ambos.

Este derecho suele traducirse en un crédito que nace en cabeza del cónyuge que hizo menores adquisiciones o cuyo patrimonio experimentó aumentos inferiores para compensar la diferencia, y que importa, al cabo, un modo de participar en las mayores o más cuantiosas adquisiciones del otro. (Bossert y Zannoni, 2004, p. 224)

1.4 Conclusión

Los regímenes mencionados son los más considerados por los doctrinarios, lo que no quiere decir que sean los únicos: suelen existir en países con distinta idiosincrasia, tradiciones o costumbres, variantes de los mismos. También existen países, como veremos más adelante, en donde queda librado a los cónyuges no sólo la elección del régimen que gobernará sus bienes sino que pueden incluso introducir cláusulas propias especiales, a veces dentro de algunas pautas, como la moral, las buenas costumbres y el abuso del derecho.

Los regímenes de comunidad se caracterizan por crear la idea de sociedad conyugal, la verdadera titular de los bienes. No se trata de una sociedad propiamente dicha ni de un ente con personería jurídica, sino una conjunción de ambos. Es, también, la manera de proteger al cónyuge que no trabaja formalmente o se dedica a las tareas de la casa y, en ése sentido, otorgarle la mitad de los bienes que adquiera el

otro integrante, a menos que sea por recibido por herencia o donación. Los regímenes de comunidad parecen ideales para proteger en sociedades conservadoras a la mujer, donde aún mantiene una actitud social y laboral pasiva.

En cambio, los regímenes de separación de bienes tienen la facultad de permitir que cada uno tenga lo suyo. Es decir, lo que adquiera cada uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio será para el cónyuge que lo compre o lo reciba por donación o herencia. Al liquidarse la sociedad conyugal cada uno se quedará con lo suyo y ninguno podrá reclamar nada al otro. Al respecto, puede mencionarse que la equidad puede ser un límite. Pero lo cierto es que los regímenes de separación de bienes parecen ser los más indicados para evitar que cualquiera de los cónyuges se beneficie económicamente con el matrimonio.

Los regímenes de unión y de unidad ya no tienen vigencia en los tiempos actuales. Su función era la de otorgar al marido amplios poderes de administración y disposición de los bienes de la mujer. Hoy, al estar los derechos de la mujer equiparados a los de los hombres, aunque persistan lagunas discriminatorias, ha provocado la necesidad de dejar de lado éstos regímenes.

CAPITULO II

Pasado y presente de las convenciones en Argentina y el Mundo

2.1 Antecedentes históricos

2.1.1 Argentina

Dalmacio Vélez Sarsfield explicó las profundas limitaciones que sufren las convenciones matrimoniales en el Código Civil sancionado por la Ley 340. En la nota al Título II de la Sección III del Libro II, titulado "De la Sociedad Conyugal", adelanta que "en casi todas las materias de éste título nos separamos de los códigos antiguos y modernos". Luego de asegurar que en Europa "no hay matrimonio que no sea precedido de un contrato de los esposos, tanto sobre los bienes respectivos como sobre su administración", el autor del Código Civil recuerda que en Roma no tenía límites la facultad que permitía a los cónyuges reglar entre ellos su estado futuro. Incluso, al citar al Digesto, indica que se podía contratar aún después de celebrado el matrimonio y alterar el primero u ulteriores contratos. La nota al citado Título nos señala que en España las Partidas también daban amplitud a los esposos para pactar sobre cualquier tópico. Vélez Sarsfield lo explicó de la siguiente manera en nota mencionada.

Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país; cuando por otra parte las leyes no alcanzarían a variarlas, y quedarían éstas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora. 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 terceros⁴.

Del texto se desprende que a fines del siglo XIX no se acostumbraba en la Argentina a utilizar los contratos matrimoniales. Vélez Sarsfield no los incluyó en el Código Civil porque no era necesario añadir un elemento de conflicto donde no lo había. De otra manera, sería crear un problema dónde existía una solución. Hoy sólo quedan dos excepciones: las donaciones del esposo a la esposa, luego cambiado por la Ley 26.618 por "las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro", y el inventario

4 Nota al Título II de la Sección III del Libro II del Código Civil.

de los bienes que los cónyuges llevan al matrimonio. Al respecto, Vélez Sarsfield explica en la nota citada que se permite la convención que detalle los bienes que un cónyuge dona al otro o de los bienes que cada uno lleva al matrimonio para poder luego ser invocados “contra el que de ellos diese causa a un divorcio, o que no cumpliera con las obligaciones impuestas por el matrimonio”. El sistema utilizado por el autor, en realidad, se basa en la antigua costumbre dotal que se utilizaba en España. La dote, se recuerda, “es el conjunto de bienes y derechos aportados por la mujer al matrimonio, que tiene como finalidad atender al levantamiento de las cargas comunes y que le deberá ser devuelto una vez disuelto aquel” (DRAE, 2014). El autor de Código Civil así lo explica.

El sistema que adoptamos salva los intereses de la mujer, aunque le quitamos la inalienabilidad a sus bienes, facilitamos el medio para que la dote pueda siempre conservarse y salvarse también, no por un privilegio, sino por el derecho común reconocido a la propiedad. Y aún más; la dejamos siempre a la mujer como acreedora personal del marido, para que en el caso de un concurso, o por muerte del marido, tenga derecho a pedir el pago total de su dote, pero sin privilegio alguno⁵.

2.1.2 España, Roma y Francia

En Roma el matrimonio no alteraba la pertenencia de los bienes. El marido y la mujer continuaban siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio. Sin embargo, los efectos personales del matrimonio tenían una influencia decisiva en los efectos patrimoniales, explica Alarcón Palacio (2005), y añade al respecto que la figura determinante de las relaciones patrimoniales entre marido y mujer era la *manus*. Cuando el matrimonio se realizaba adquiriendo el marido la *manus* (poder marital sobre la mujer), ésta no tenía ninguna capacidad patrimonial. Por tanto, si la mujer era *sui iuris*, es decir, con derecho propio o independiente, todo lo que tenía pasaba automáticamente al marido. De igual forma sucedía en el caso en que la mujer estuviera bajo la *patria potestas* de su *paterfamilias* y cambiara a la *manus* del marido: cualquier aportación que se realizara al matrimonio tenía que pasar

5 Nota al Título II de la Sección III del Libro II del Código Civil.

forzosamente a propiedad del marido.

Por otra parte, Belluscio (1994) señala que más adelante, desde el siglo XVI, en Europa, la mayor movilidad territorial de la población, que dio lugar a matrimonios entre personas de regiones distintas y de costumbres diferentes, motivó una mayor libertad contractual que llegó a permitir la elección del régimen matrimonial por el principio de autonomía de la voluntad.

Las cláusulas más frecuentes fueron: la adopción del régimen de separación de bienes; la cláusula de *ameublissement*, por la cual los inmuebles adquiridos antes del matrimonio eran considerados como muebles y, por lo tanto, comunes; la inversa, de realización de muebles, por la cual éstos eran considerados como inmuebles y, por tanto, adquiridos antes del matrimonio no entraban en la comunidad; y la de separación de deudas. (Belluscio, 1994)

El autor explica, además, que el Código de Napoleón "mantuvo una amplia libertad de elección de regímenes, aunque vedó su mutación posterior al matrimonio, principio que fue abandonado por la reforma de 1965". Al citar a los juristas españoles Lacruz, Albaladejo, Castán Tobeñas y García Cantero, el doctrinario argentino explicó que en Castilla no se utilizaron las convenciones matrimoniales, salvo la constitución de una dote o el inventario de bienes que cada uno llevaba al matrimonio (Belluscio, 1994). Agrega que no pasaba lo mismo en Cataluña, Aragón y Navarra, donde las capitulaciones matrimoniales fueron utilizadas desde la Edad Media y alcanzaron su esplendor en los siglos XVII y XVIII. Por último, el autor destaca como cuna de las convenciones matrimoniales a Francia y añade que a mediados del siglo XIX cerca del cuarenta por ciento de las nupcias se celebraban con convención.

2.1.3 Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América las convenciones matrimoniales son usuales y su empleo está abiertamente extendido. El investigador español Anguita Villanueva (2010), al citar a los doctrinarios norteamericanos Wardle y Nolan, explica que en los Estados Unidos la historia de los pactos pre nupciales es "la historia de los ricos buscando mantener el control de su patrimonio, o el de sus familias, después del

matrimonio”. Añade que los antecedentes de las convenciones matrimoniales norteamericanas se remontan a la ketubah del judaísmo. La ketubah es el contrato que firman los novios al casarse en el marco de la religión judía, y donde se mencionan las cláusulas que lo regirán, incluidas las patrimoniales. El autor, al citar al especialista Mann, destaca que la primer ketubah de la cual se tiene constancia es del siglo IV y fue realizada en Elefantina (Egipto). Mann, citado por Anguita Villanueva, cuenta que la ketubah, escrita en arameo, no en hebreo, tiene importantes concomitancias con las actuales convenciones matrimoniales, y añade al respecto:

Si bien la ketubah engloba también la forma del matrimonio en sí, representa no sólo la forma sino igualmente el fondo. La ketubah conlleva una serie de obligaciones y derechos con claros lazos con el contenido de los actuales acuerdos prematrimoniales. Así, entre su contenido mínimo manifiesta una serie de obligaciones maritales del marido respecto de la mujer como son la de sustento, vestimenta, fidelidad y gastos de sepultura y, a la vez, el marido en ese mismo acto abona a la mujer una cantidad que iguale la dote que su padre aporta al matrimonio y que tiene una importante y relevante finalidad: servir a la mujer para el supuesto de que el marido fallezca antes que ella o se divorcie, haciendo de indemnización de daños y perjuicios por la disolución solicitada por él. (Anguita Villanueva, 2010)

Los contratos matrimoniales presentaron siempre una gran importancia en el derecho norteamericano. El primer convenio del cual se tiene constancia data de 1698 y fue celebrado entre los futuros esposos Luke Hayes y Mardlyn Freeman y fue firmado en Farmington, Connecticut. El autor relata que la señora Freeman tenía un hijo del anterior matrimonio y era además dueña de tierras de mucho valor patrimonial. En el contrato, Hayes reconoce que esas tierras son un bien propio de la esposa, que no tiene ningún derecho sobre ellas con excepción de las mejoras que se realicen, y establece que las tierras pasarán a manos de su hijo cuando cumpla veintiún años o cuando muera la madre. Vemos no sólo una regulación sobre bienes, sino incluso una declaración de última voluntad, pero solo para confirmar que esas tierras no serán del nuevo marido.

2.2 Las convenciones matrimoniales en el derecho argentino

Bossert y Zannoni (2004) explican 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 vigente. En nuestro ordenamiento jurídico, dichos contratos pre nupciales se encuentran regulados de una manera restrictiva en el Capítulo I del Código Civil, denominado “De las convenciones matrimoniales”, ubicado en el Título II, llamado “De la sociedad conyugal”. Cabe adelantar que en nuestro sistema no está permitida convención alguna que pueda afectar el régimen patrimonial del matrimonio de comunidad vigente. Vélez Sarsfield justifica su decisión de establecer un régimen único en que “las costumbres de nuestro país no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas”⁶, en referencia a España y Roma, donde sí se aceptaban las convenciones para regular el régimen patrimonial del matrimonio.

El régimen patrimonial del matrimonio de nuestro Código Civil está definido en los artículos 1217, 1218 y 1219. De ellos resulta que es legal, imperativo en su origen, relativamente inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades (Méndez Costa, 2004). Es en forma clara un régimen considerado de orden público, inderogable por la voluntad de la partes. Es decir, cualquier persona que contraiga matrimonio va a ser gobernada en su esfera patrimonial por las reglas del Código Civil. Por éstas limitaciones, las citadas normas permiten la realización de sólo dos convenciones antes de contraer matrimonio.

Artículo 1217: Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- 1° La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- 2° (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)

6 Nota al Título II, Sección III, Libro II, Código Civil de República Argentina.

3° Las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro; (Inciso sustituido por art. 24° de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010).

4° (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)

Artículo 1218: Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor.

Artículo 1219: Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado.

Con respecto al artículo 1217, Méndez Costa (2004) explica que los incisos 1° y 3° permiten la designación de los bienes que cada contrayente lleva al matrimonio y las donaciones entre los contrayentes. Pero la misma autora aclara que “la primera no es convención, solamente un inventario, prueba pre-constituida del carácter propio de los bienes muebles incluidos, que puede acompañarse con su tasación y por la enunciación de las deudas” (Méndez Costa, 2004, p. 13).

Con respecto a las donaciones del inciso 3°, es decir, las que un futuro cónyuge hiciera al otro, reiteramos que se permiten sólo antes del matrimonio y se prohíben una vez constituida la sociedad conyugal: los esposos no pueden donarse entre sí, señala el inciso 1° del artículo 1807 del Código Civil. Al respecto Bossert y Zannoni (2004) explican que son las llamadas donaciones *propter nuptias*, cuya tradición se remonta al derecho romano de la época imperial. Estas donaciones, explican los autores, eran consecuencia del tradicional régimen dotal romano en que la dote estaba protegida por la obligación de restitución a la mujer en el supuesto de disolución de las nupcias.

Los incisos 2° y 4° derogados autorizaban las convenciones sobre “la reserva de la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio o que adquiriera después por título propio” y “las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento”, respectivamente. La Ley 17.711 los

dejó sin efecto, y así profundizó las limitaciones al instituto. Hoy todas las demás convenciones matrimoniales están prohibidas por imperio de artículo 1218. En tanto, el 1219 establece que las convenciones matrimoniales no pueden hacerse luego de celebrado el casamiento y, si se hicieron antes, no pueden modificarse. Si se hicieren convenciones que afecten el régimen de comunidad, su nulidad es absoluta, tal como lo confirma la jurisprudencia:

Son inválidos los acuerdos destinados a distribuir o asignar bienes de la sociedad conyugal, por ser de orden público el régimen patrimonial del matrimonio y, por tanto, inderogable por voluntad de los cónyuges, aún después de la separación de hecho⁷.

En el mismo sentido, otra jurisprudencia señala:

Respecto a las nulidades de que pueden verse afectados los convenios matrimoniales, el Código ha estructurado un sistema, inspirado en Freitas y en García Goyena, que consagra la inmutabilidad del régimen del matrimonio y que impone la nulidad de los actos de los cónyuges que pretendan alterarla⁸.

Es decir:

Es nulo el convenio de distribución de bienes gananciales concertado antes de la disolución de la sociedad conyugal; por lo tanto, si uno de los cónyuges le desconoce validez y pretende dividir los bienes con un criterio distinto del convenido, los términos del acuerdo resultan ineficaces⁹.

Además, la jurisprudencia ha resuelto:

El asentimiento general anticipado a los actos de disposición del cónyuge

7 C.N.Civ., Sala E, "R., L. M. c/ B. de R., M. L. s/ Liquidación de sociedad conyugal", Infojus: FA91020446.

8 S.T.J.R.N., "Rodríguez, Elba c/Rieb, Héctor R. s/División conyugal", Infojus: FA97052021.

9 C.N.Civ., Sala D, "Caluori, Armando A. v. M", recuperado el 05/05/2014 de www.todoelderecho.com.

implica una convención matrimonial, pues modifica el régimen patrimonial del matrimonio al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescripto por el art. 1277 del Código Civil¹⁰.

Por otra parte, en relación a la forma, los artículos 1223 y 1225 precisan que las convenciones permitidas deben hacerse por escritura pública.

Artículo 1223: 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 a la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos.

Artículo 1225: La escritura pública del contrato de matrimonio debe expresar los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión, su edad, su domicilio y su actual residencia, el grado de parentesco si lo hubiere, la firma de los padres o tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, o la de un curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio, y fuere suplido por el juez.

Bossert y Zannoni (2004) explican que las convenciones deben ser hechas por escritura pública, cualquiera que fuese el valor de los bienes, en virtud del inciso 4º del artículo 1184 del Código Civil, que incluye en ésa forma “las convenciones matrimoniales y la constitución de dote”. Recuerdan los mismos autores que la escritura debe contener las enunciaciones del artículo 1225, antes mencionado. La publicidad y la oponibilidad a terceros son los motivos por los cuales se exige un instrumento público.

En síntesis, el Código argentino establece de forma imperativa el régimen de comunidad restringida con respecto a la propiedad de los bienes ingresados al matrimonio, desde que se contrae hasta que se da por terminado. Belluscio (2004) lo 10 C.N.Civ. Sala C, "C.P. c/ K.P.H. s/ Convención Matrimonial", Id Infojus: FA87020934.

explica de ésta manera:

La comunidad se caracteriza por la formación de una masa de bienes, la que se divide entre los cónyuges o sus sucesores a la disolución del régimen. Se presenta en formas diversas, pero que siempre tienen como característica la formación de esa masa; implica, por lo tanto, una unión de intereses entre los esposos, que participan en la buena o mala fortuna de uno y otro durante el matrimonio. (Belluscio, 2004, p. 9)

Por último, es importante resaltar que el régimen de nuestro Código es restringido, porque no comprende a todos los bienes de los cónyuges sino sólo a los que ingresan a la sociedad conyugal durante su vigencia. También es necesario atender a la fuente que permitió adquirir ése bien durante la unión: si un cónyuge adquiere un inmueble con dinero de la venta de otro inmueble propio, entonces el comprado será también propio -i. e. subrogación real-. Resulta claro que nuestro sistema no admite convenciones matrimoniales que modifiquen el régimen patrimonial mientras. Sin embargo, la jurisprudencia si ha autorizado las convenciones que se lleven a cabo una vez disuelta la sociedad conyugal y durante su liquidación.

Disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges gozan de las facultades que presupone el principio de la autonomía privada, pues los arts. 1218 y 1219 CC. que impiden los acuerdos que tengan por objeto el derecho sobre los gananciales, rige durante la existencia de la sociedad conyugal, pero no después de su disolución; en consecuencia, durante el período de la liquidación, no está comprometido el orden público que informa el CC. Arts. 1218 y 1219¹¹.

2.2.1 Sociedad conyugal, bienes propios y gananciales

Es importante, en principio, establecer la diferencia entre matrimonio y sociedad conyugal, términos no pocas confundidos o utilizados como sinónimos. La

¹¹ C.N.Civ., sala A, (14/08/1985), "Otero de Gómez, Noemí v. Gómez, Francisco", recuperado el 05/05/2014 de www.todoelderecho.com.

sociedad conyugal marca el momento en que empieza y termina de regir el régimen patrimonial, mientras que el matrimonio marca el inicio y el fin de la unión marital. Como diferencia sustancial, mencionamos que el fin de la sociedad no necesariamente conlleva el fin del matrimonio. Al revés, sin embargo, la finalización del matrimonio sí conlleva la terminación de la sociedad.

Por otra parte, la separación personal sentenciada por juez competente no extingue el matrimonio (Art. 201 Cód. Civ.) y, por lo tanto, los cónyuges no recuperan la aptitud nupcial, aunque si termina con la sociedad en forma retroactiva al día de notificación de la demanda. Al sentenciarse la separación personal, los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación de bienes reglamentada en los artículos 1299 a 1301 del Código Civil. En las citadas normas se indica que: a) queda extinguida la sociedad conyugal; b) se procede a la liquidación de la sociedad conyugal; c) cada cónyuge debe mantenerse así mismo, aunque persisten las obligaciones de alimentación y educación hacia los hijos; d) los cónyuges ya no tendrán parte alguna en lo que en adelante ganare el otro cónyuge.

Por su parte, la sentencia de divorcio disuelve el vínculo matrimonial (Art. 213, inc. 3º). Es decir, se aplican los mismos efectos que en la sentencia de separación personal, pero además los cónyuges recuperan la aptitud nupcial. No sólo se da por terminada la sociedad conyugal sino que además los divorciados pueden contraer nuevas nupcias e iniciar otra unión marital, donde nuevamente regirá el régimen patrimonial del matrimonio vigente. Incluso podrán firmar las convenciones prematrimoniales autorizadas por el Código Civil.

Si el divorcio vincular se decreta directamente, es cierto que disuelve la sociedad conyugal, pero sus efectos no son los mismos que los de la separación personal; mientras que ésta somete a los esposos al régimen matrimonial de separación de bienes, aquél no acarrea la existencia de un régimen distinto, sino la desaparición de todo régimen. (Belluscio, 2004, p. 544)

Es importante determinar el momento en que finaliza la sociedad conyugal porque una de las funciones de la convención matrimonial es fijar la manera en que deberán dividirse los bienes una vez terminada. En caso de no haber convenciones

que permitan la regulación, la distribución de bienes deberá regirse por el ordenamiento vigente.

Al respecto, sobre la sociedad conyugal, Ossorio (2004) agrega que es una institución del Derecho Civil y de muy discutida naturaleza jurídica. Según el autor existen distintas tesis sobre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal y menciona las siguientes.

- a) CONTRATO. Algunos autores estiman que se trata de un contrato de sociedad, tesis que es impugnada en razón de que no interviene la voluntad de los cónyuges, sino que se constituye, se mantiene y se disuelve ministerio legis.
- b) PERSONA JURIDICA. Otros afirman que se trata de una persona jurídica, con derechos, patrimonio y obligaciones propios, distintos de los de cada cónyuge, tesis que es impugnada como repugnante al sentido moral del matrimonio.
- c) PATRIMONIO COMUN. Otros consideran que es un patrimonio en mano común, tesis también muy discutida.
- d) INTERESES COMUNES. Otros la consideran como un mero conjunto de bienes afectados a los intereses comunes del matrimonio.
- e) CONDOMINIO. Borda, citado por Ossorio, señala que la sociedad conyugal es un condominio organizado sobre bases distintas de las que son propias del derecho real del mismo nombre. El doctrinario sostiene que es una copropiedad peculiar de carácter asociativo e indivisible, afectada al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por la ley a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes.

En principio, el Código Civil estipula en el artículo 1261 que la sociedad comienza con la celebración del matrimonio. No puede convenirse que empiece antes o después, lo que parece lógico ya que, de otra manera, se afectaría el régimen que con el matrimonio comienza.

El texto es muy claro conforme con el régimen patrimonial matrimonial como consecuencia necesaria de las nupcias y con la calificación de orden público que

le corresponde. El convenio de los esposos que pretendiera modificarlo sería nulo de nulidad absoluta (arts. 18, 1043 y 1047) y no impediría que quedaran sujetos al régimen legal. (Méndez Costa, 2004, p. 85)

El Código añade que la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad siempre que no se opongan a sus reglamentaciones (art. 1262). Todos los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, que suele coincidir con la vigencia del matrimonio, son gananciales. Esto significa que, al terminar la sociedad, los bienes deberán dividirse por mitades entre los dos integrantes de la sociedad. Esto tiene excepciones:

a) La cosa adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges (art. 1267). Caso contrario, la cosa adquirida una vez terminada la sociedad, pertenece a ella si la causa o título de adquisición ha precedido a su finalización.

b) Tampoco le pertenecen los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal (art. 1268).

c) Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación (art. 1.269).

d) Ni el derecho de usufructo, que se consolida con la propiedad durante el matrimonio, ni los intereses devengados por uno de los cónyuges, antes del matrimonio y pagados después (art. 1.270).

Puede notarse la oposición entre los bienes gananciales o propios: unos productos del matrimonio y otro no, respectivamente. La diferencia está en que, cuando se liquide la sociedad, los gananciales se dividirán por mitades y los propios pertenecerán en su totalidad al cónyuge titular. El Código Civil estipula una regla general al decir que pertenecen a la sociedad como gananciales los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación (art. 1271). De ahí la posibilidad permitida por Vélez Sarsfield de realizar un

inventario ante escribano público de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.

El artículo 1272 añade que son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado, como así también los siguientes:

- a) Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges.
- b) Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera.
- c) Los frutos naturales o civiles de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad.
- d) Los frutos civiles de la profesión, trabajo, o industria de ambos cónyuges, o de cada uno de ellos.
- e) Lo que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio.
- f) Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges.
- g) Lo que se hubiese gastado en la redención de servidumbres, o en cualquier otro objeto de que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas.
- h) Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)

Méndez Costa (2004) señala que ésta lista no es taxativa, sino meramente enunciativa. Al respecto, la autora explica que el artículo 1272 contiene pautas orientadoras, amplias y flexibles que son completadas por los principios generales, en especial las reglamentaciones sobre los bienes propios. Y agrega:

Así, son gananciales los bienes que reemplazan a gananciales (subrogación real), hipótesis que está sobreentendida en la de adquisición onerosa vigente el régimen patrimonial matrimonial (compra y permuta con fondos o cosas gananciales) y que debe destacarse porque reviste importancia si la adquisición

se efectúa después de concluido el mismo y antes de la partición. Es asimismo útil en lo que respecta a ciertos supuestos: el del crédito por el precio de venta de un bien ganancial, el de la indemnización por su destrucción o pérdida o por expropiación, el de las acciones de sociedades que son resultado de la revaluación de acciones gananciales. (Méndez Costa, 2004, p. 133)

Ossorio (2004) sintetiza el punto de una manera sencilla. Señala que en los ordenamientos legislativos que no admiten o imponen la comunidad o la separación matrimonial entre los cónyuges, el bien adquirido por el marido o por la mujer, o por ambos, durante la sociedad conyugal, en virtud de título que no sea herencia, donación o legado, así como los frutos de los bienes comunes o de los propios de cada cónyuge percibidos durante el matrimonio, son gananciales. El resto serán propios.

2.3 Convenciones matrimoniales en el derecho comparado

2.3.1 Uruguay

El ordenamiento jurídico argentino no permite celebrar convenios matrimoniales que cambien el régimen patrimonial instaurado en forma imperativa. No pasa lo mismo en el resto del mundo, donde salvo contadas excepciones los códigos abrieron sus puertas a las convenciones en mayor o menor medida. Puede advertirse el Código Civil uruguayo, que expresa:

Artículo 1938: Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer las convenciones especiales que juzguen convenientes, con tal que no se opongan a las buenas costumbres y se conformen a las disposiciones establecidas en los artículos siguientes. La ley, sólo a falta de convenciones especiales, rige la asociación conyugal en cuanto a los bienes.

Los esposos pueden pactar lo que deseen en cuanto al régimen patrimonial, siempre que no se afecten las buenas costumbres y no contradigan al ordenamiento jurídico uruguayo. Si optan por no pactar nada, entonces regirá en forma subsidiaria el régimen de "asociación conyugal", como llaman en Uruguay al de comunidad

restringida, limitada o gananciales. Más adelante, el artículo 1942 agrega que "las convenciones matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran después de celebrado". Establece que las convenciones no podrán modificar cuestiones relacionadas a la Patria Potestad o las herencias (arts. 1939 y 1940).

2.3.2 España

Más lejos, en la península ibérica, el Código Civil español faculta a los cónyuges a elegir el régimen patrimonial que crean conveniente a sus intereses mediante una convención y pone como límite, en su artículo 1328, que "será nula cualquier disposición contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge". El Código español dedica con detalle todo un capítulo a las "Capitulaciones matrimoniales" y otorga amplias potestades a los futuros cónyuges. Sus dos primeros artículos dicen:

Artículo 1325: En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.

Artículo 1326: Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.

Luego el Código español establece que las capitulaciones deberán hacerse por escritura pública. Y agrega restricciones, como ser que los menores deberán contar con el consentimiento de los padres para hacer convenciones matrimoniales (art. 1329) y que el "incapacitado judicialmente" necesitará ser asistido por su curador o tutor (art. 1330). Las capitulaciones y sus modificaciones quedan inscritas en el registro civil y, si involucran a bienes inmuebles, se deberá inscribir en el registro de la propiedad. El último punto del ordenamiento español, y no por eso menos importante, señala que las capitulaciones matrimoniales se regirán por "las reglas generales de los contratos" y que "las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe" (art. 1335). Son, éstas últimas palabras, indicios que alejan a los

contratos prematrimoniales del derecho de familia y los acercan al derecho contractual, es decir, dos personas que se ponen de acuerdo sobre una voluntad en común.

2.3.3 Chile y Perú

Por otra parte, cabe mencionar al Código chileno, que en su artículo 1715 señala que "en las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, sólo podrá pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales". Limita las opciones a dos regímenes. Lo mismo hace el Código Civil peruano en su artículo 295, mientras que el 296 les otorga a los futuros cónyuges la facultad de cambiar el régimen durante el matrimonio.

Artículo 295: Elección del régimen patrimonial. Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Artículo 296: Sustitución del Régimen Patrimonial. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

2.3.4 Cuba y Bolivia

Como puede advertirse, existe en el iberoamérica una amplia propensión a la libertad de elección de los futuros cónyuges sobre la forma en que administrarán y dispondrán de sus bienes durante el matrimonio. En Latinoamérica, Cuba, Bolivia y

Argentina son las excepciones a la regla. Cuba establece el régimen de comunidad de bienes de forma imperativa, al igual que Bolivia e incluso algunos estados mexicanos (Berbere Delgado y Merlo, 2010). Igual es en nuestro país. En el caso de Cuba, existe un Código de Familia que regula todo lo referente al matrimonio. En su artículo 29, indica en forma clara e imperativa que el régimen económico será “el de la comunidad de bienes”. Esa comunidad comienza desde que se celebra el matrimonio hasta que se extinga por cualquier causa. El sistema es similar al argentino.

2.3.5 Estados Unidos de América

Asimismo, en Estados Unidos de América, antes de 1970, existían 51 regulaciones diferentes sobre convenciones matrimoniales debido a que cada Estado de la unión tiene potestad para regularse en forma autónoma. Al respecto, Anguita Villanueva (2010) explica que con el tiempo la tendencia unificadora se fortaleció con los fallos de la Corte Suprema de Justicia e instituciones privadas que colaboran para que un caso sea tratado de la manera más parecida en cada uno de los Estados. Lo cierto es que los tribunales eran reticentes a aceptar convenciones matrimoniales hasta 1970. Antes las aceptaban y les otorgaban legitimidad y vigencia sólo si disponían del patrimonio en caso de muerte de uno de los cónyuges.

La puerta a las convenciones se abrió con el caso "Posner v. Posner", en donde el Supremo Tribunal de Florida entendió que si se admiten pactos para el caso de fallecimiento, nada impide que se pudieran utilizar para el divorcio, dada la regularidad social con la que se producen y siendo una causa de disolución de los matrimonios sumamente relevante, sin que ese temor a aceptarlos contribuya a incrementar la tasa de divorcios, sino a regular los malos efectos patrimoniales de la disolución. Siempre según relata Anguita Villanueva, el Tribunal declaró que el divorcio sí es un extremo sobre el que pueden negociar los futuros esposos, pudiendo establecer fórmulas para la distribución de sus patrimonios una vez que aconteciera la disolución en vida de los cónyuges. Este caso sentó jurisprudencia no sólo en el estado de Florida, sino que propagó sus efectos a casi todo el país al ser imitado por los tribunales del resto de los Estados. Es conocido en Estados Unidos como el caso que habilitó las libres convenciones matrimoniales.

De todas maneras, en el derecho norteamericano aún hoy persisten diferencias entre los Estados sobre una regulación mayor o menor de las convenciones. Algunos doctrinarios la consideran cercana al derecho de familia y que, por lo tanto, debe tener ciertas limitaciones, y otros lo consideran un contrato como cualquier otro y, en consecuencia, interpretan que debe regir plenamente la autonomía de la voluntad.

Anguita Villanueva, en su extenso y detallado análisis, recuerda la *Uniform Premarital Agreement Act* o Ley de Acuerdo Uniforme Prematrimonial: una acuerdo a la cual adhirieron la mayoría de los Estados de la unión con el fin de unificar sus normas sobre las convenciones. El artículo tercero del acuerdo sienta las bases de la regulación de las convenciones matrimoniales entendida de una forma amplísima, más si se compara con la restrictiva legislación argentina.

ARTÍCULO 3. CONTENIDO

- (a) Las partes de un acuerdo prematrimonial pueden contratar sobre los siguientes extremos:
- (1) los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto del patrimonio de cada una de ellas o del de ambos cuando y donde sean adquiridos o localizados;
 - (2) el derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipotecar, gravar, ceder, o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios;
 - (3) la disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, o la concurrencia o no concurrencia de cualquier otro evento;
 - (4) la modificación o la eliminación de la pensión compensatoria;
 - (5) la elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro pacto para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial;
 - (6) los derechos de propiedad de los que va ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en un seguro de vida;
 - (7) la elección de la ley aplicable a estos acuerdos;
 - (8) cualquier otra materia, incluyendo los derechos y obligaciones personales de cada parte, siempre que no violen el orden público o una norma que

imponga una sanción criminal.

(b) El derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial.

2.3.6 Francia

Por su parte, Francia otorga a las personas amplias facultades para suscribir convenciones matrimoniales. El artículo 1387 del Código Civil Francés establece que la "la ley sólo impone el régimen económico matrimonial en defecto de capitulaciones especiales, que los cónyuges pueden realizar como juzguen oportuno, siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres ni a las disposiciones citadas a continuación". Es decir, pueden realizarse "cuando juzguen oportuno", antes o después de celebrado el matrimonio. Incluso si al ser celebrado el matrimonio no suscribieron ninguna convención, pueden realizarla después. También pueden modificar el convenio firmado antes del matrimonio, aunque deberán esperar dos años luego de la celebración del matrimonio para hacerlo. En virtud del artículo 1388 los cónyuges no pueden dejar sin efecto "los deberes ni los derechos que para ellos produce el matrimonio, ni las reglas de la patria potestad, ni las de la administración legal y la tutela". Tampoco pueden cambiar el orden de las sucesiones. El artículo 1393 otorga a los cónyuges a elegir un régimen patrimonial previsto, pero también les da la posibilidad de cambiarlos. Si no eligen ninguno, regirá el de comunidad de bienes.

2.4 Convenciones celebradas en el extranjero

El artículo 163 del Código Civil dice que "las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes".

Según éste artículo, en principio, si dos personas se casan en Francia, suscriben una convención matrimonial, vienen a vivir a la Argentina, y un par de años después se divorcian, podrían pedir la aplicación del citado contrato. Sin embargo, se desprende del texto que hay dos escollos que impedirían su aplicación: no se podrá usar sobre los bienes de "estricto carácter real" ubicados en el país ni tampoco si viola

el orden público.

Como concepto, el orden público, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, está referido a aquellas normas que, por afectar a la esencia de las instituciones, de las costumbres y de la organización de un país, deben ser aplicadas por los jueces no solo con preferencia, sino también con omisión de la ley extranjera, aun en aquellos casos en que la ley extranjera fuere competente por aplicación de las reglas ordinarias de los conflictos legislativos (Ossorio, 2004, p. 660). En tanto, como se recordará, el ordenamiento jurídico argentino no contempla la posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio ni hacer cambios al de comunidad que rige en la actualidad de forma obligatoria. El régimen, como ya se dijo, es imperativo y no puede ser cambiado por las partes, tal como lo indica el Código Civil y lo confirma respalda la jurisprudencia¹². Por lo tanto es de orden público.

En éste punto sólo resta añadir que los jueces competentes para resolver las cuestiones de éste tipo son los señalados en el artículo 227, es decir, el último domicilio conyugal o el domicilio del demandado. Al respecto, Boggiano (2000) destaca que, como se advertirá, para obtener la jurisdicción hay que ir al último domicilio conyugal o al domicilio del demandado y, en cambio, allí rige el derecho del primer domicilio conyugal. En ése sentido, el doctrinario explica que el sistema puede generar situaciones sin mucho sentido común.

Parece inadecuado establecer una norma para casos anormales, pues de ordinario los matrimonios que cambian de domicilio conyugal lo hacen de buen acuerdo y sin expectativa de fraude. Ahora supóngase que un matrimonio tiene su primer domicilio en un país por breve lapso y después lo cambia a otro país en el cual viven los cónyuges toda su vida. ¿Es razonable aplicar el derecho del primer domicilio? Al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal por separación, divorcio, nulidad o muerte de un cónyuge parece más vinculado a la relación el último domicilio, y no el primero. (Boggiano, 2000, p. 460)

Por otra parte, en la dimensión convencional regional, la Decisión N° 58 del

12 C.N.Civ., Sala E, "R., L. M. c/ B. de R., M. L. s/ Liquidación de sociedad conyugal", Infojus: FA91020446.

Consejo Mercado Común del Mercosur, tomada en Montevideo en 2012, señala en su artículo 10 que "el régimen matrimonial de bienes se rige por las convenciones matrimoniales y éstas por la ley del Estado donde se otorguen". Sin embargo, añade en el mismo artículo, al igual que 163 del Código Civil Argentino, que "la ley que resulte aplicable en virtud de las normas anteriores rige en todo lo que, en materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes". Es decir, faculta a los países para que rechacen la aplicación de la ley extranjera si contradice su orden público en material real, como lo hace el artículo 163 de nuestro ordenamiento, por ejemplo.

En ése mismo sentido y con una redacción muy similar al 163, el Tratado de Montevideo de 1940 también señala en su artículo 16 que "las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes". Con respecto a éste artículo, Boggiano (2000) explica que se ha justificado "con el fin de proteger al cónyuge abandonado o afectado por un cambio de domicilio abusivo o fraudulento del otro cónyuge, que intenta someter el régimen de bienes a otro derecho que él elige mediante el cambio de domicilio".

Por otra parte, las convenciones matrimoniales celebradas en el exterior y cuya aplicación se pretende en la Argentina no regirán si se evidencia un fraude legal. Kaller de Orchansky (1997) expresa que el fraude a la ley en derecho internacional "ocurre cuando los particulares se acogen deliberadamente a un ordenamiento jurídico cuya reglamentación de ciertas situaciones les resulta más favorable a la cual están normalmente sujetos". Al citar a Neboyet, la Doctrinaria explica que la noción de fraude a la ley en Derecho Internacional Privado "es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo, y su situación en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse los interesados acogido fraudulentamente a una nueva ley" (Kaller de Orchansky, 1997, p. 100). Boggiano (2000) añade que con el fraude a la ley "en realidad, se quiere sustituir el fin del legislador por el fin de las partes, pero guardando la apariencia de seguir el fin del legislador". Por ejemplo, si una pareja se traslada a otro país deliberadamente para

firmar un convenio matrimonial, casarse, y luego hacer valer el contrato en la Argentina, encuadraría en un caso de fraude a la ley, es decir, la intención de vivir en un país con la legislación de otro. Por lo tanto, una convención matrimonial celebrada en el extranjero sólo será válida si no se trata de un fraude a la ley, mientras que tampoco tendrá efectos sobre materia de estricto derecho real ni si viola el orden público. Es decir, el régimen argentino manifiesta su carácter imperativo en forma sustancial.

Pero todo esto no significa que las convenciones celebradas en el extranjero no tengan ninguna validez en la Argentina. Un informe de las conclusiones de congresos, seminarios y jornadas (2008) sobre el régimen patrimonial del patrimonio indicó que es conveniente que se considere la posibilidad de disponer que las convenciones realizadas en el extranjero sean registradas en la Argentina. Al respecto, Felsdtein de Cárdenas (2000) destaca la VI Conferencia Nacional de Abogados celebrada en 1959 en La Plata, provincia de Buenos Aires, que en su primera sesión plenaria declaró la conveniencia de unificar los regímenes matrimoniales de Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay como un anticipo de la unificación del Derecho Privado. La misma autora recuerda que en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional de Rosario, en 1971, se debatió la cuestión bajo el título "Efectos en la República de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero". Las conclusiones incluyeron, entre otras recomendaciones, que "los matrimonios cuyos domicilios se trasladen a la República deberán inscribir sus convenciones matrimoniales en un registro especial, conforme a las reglamentaciones internas".

Por otra parte, cabe destacar que la jurisprudencia y parte de la doctrina argentina ha aceptado la aplicación de convenciones matrimoniales realizadas en el exterior. Esto fue así ya que los jueces interpretaron, como explica Felsdtein de Cárdenas, que la expresión "estricto carácter real" del artículo 163 debe ser interpretada de forma restrictiva. La doctrinaria lo explica de la siguiente manera:

Nos detendremos brevemente sobre la expresión "materia de estricto carácter real" empleada por la disposición del artículo 163 del Código Civil argentino. En

este sentido, hay una razón que nos determina a pensar que, sea el que fuere el alcance que se le de a estos vocablos, tendrá mayor cabida la aplicación de la ley del lugar del primer domicilio conyugal o la ley territorial. Por nuestra parte propiciamos una interpretación restrictiva del giro empleado por la ley, el que entendemos se refiere exclusivamente al régimen de creación de derechos reales, calificación de bienes y su inclusión en diversas categorías, la publicidad y la registración de los derechos sobre los bienes. (Feldstein de Cárdenas, 2000, p.128)

Dicho ésto, es necesario analizar uno de los principales fallos jurisprudenciales que otorgó validez a una convención matrimonial celebrada en el extranjero. Se trata del caso "M. S. / Sucesión" cuyo fallo ejemplar fue emitido por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 4 de abril de 1995. El caso, citado por Felsdtein de Cárdenas, trata de una sucesión en donde el causante es titular de dominio de un bien en la Argentina. Vivía con su esposa en Uruguay, donde días antes de contraer matrimonio había firmado una convención matrimonial mediante la cual adoptaban la separación de bienes como régimen. La Justicia argentina debía determinar si la citada convención era aplicable al bien situado en la argentina. A pesar de su extensión, merece, por su importancia en el presente trabajo, que se reproduzcan los argumentos emitidos por el citado tribunal, reproducido por Feldstein de Cárdenas (2000), cuyos jueces expresaron:

1. Que los efectos de los artículos 16 y 17 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, puede presumirse *iuris tantum* que el primer domicilio conyugal está en el país en el que los cónyuges contrajeron el matrimonio, si de la partida resulta que ellos se domiciliaron en el momento de la celebración. Si los contrayentes denunciaron en la partida de matrimonio estar domiciliados en países distintos, puede presumirse *iuris tantum* que el actual domicilio conyugal fue el primero, es decir que no ha existido cambio de domicilio.
2. Hay sobradas razones para considerar que el primer domicilio conyugal de los esposos cuyo matrimonio se celebrara en la República Oriental del

Uruguay estaba en dicho país, si la contrayente era de nacionalidad uruguaya y el contrayente, rumano y naturalizado uruguayo, había enviudado de un matrimonio también celebrado en el Uruguay, donde nacieron sus hijos y donde ambos contrayentes tenían domicilio al concertar las capitulaciones matrimoniales, pocos días antes de la celebración de su matrimonio. Por ende, para juzgar sobre la validez de tales capitulaciones en la sucesión que se discute en relación con un bien situado en la República Argentina, adquirido e inscripto a nombre del causante, debe aplicarse de oficio por parte del tribunal interviniente, el derecho de la República Oriental del Uruguay.

3. La aplicación del primer domicilio conyugal a la validez de las capitulaciones matrimoniales y al régimen de bienes de los esposos deja a salvo lo que pudiera estar prohibido, en materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de situación de los bienes. Tal salvedad esta referida con absoluta estrictez a las cuestiones que se relacionan solo con el estatuto real sometido al imperio de la *lex situs*, sin confundir el régimen patrimonial del matrimonio con el régimen de los bienes, razón por la cual la determinación de si un bien es propio de uno de los cónyuges o ganancial, es cuestión totalmente distinta y ajena al régimen real sujeto a la ley del lugar de situación del bien.
4. Si bien la ley 23.515 no innovo en materia del régimen patrimonial del matrimonio, es evidente que dista de existir, tras el régimen de la ley argentina, un ideal principio que imponga desconocer los alcances extraterritoriales de un sistema de separación contenido en leyes extranjeras.
5. La separación de bienes como régimen patrimonial del matrimonio no contradice de manera manifiesta el orden publico internacional argentino. Tal afirmación se ve reforzada por el hecho de que nuestro propio sistema jurídico previó la separación de bienes como supuesto de excepción de ciertos casos, como, por ejemplo, el de interdicción, el de mala administración o concurso del marido.

6. Nada hay en las capitulaciones matrimoniales celebradas en el Uruguay entre contrayentes de nacionalidad y con domicilio uruguayo pocos días antes de la celebración del matrimonio, que afecte el orden público internacional argentino si no se renuncia a una ganancialidad ya asegurada o existente, como tampoco se trata de una adquisición anterior a la modificación introducida por la ley 23.515, pues se aplican los Tratados de Montevideo.
7. No es en los matrimonios que celebran contratos matrimoniales donde existe disparidad de fuerzas que merezca una protección especial, sino en la gran mayoría de los matrimonios que nunca se plantearon el tema de sus relaciones pecuniarias y que pueden verse defraudados por un derecho desconocido.

Como puede verse, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a aceptar las convenciones matrimoniales, al menos, cuando hayan sido celebradas en el exterior por personas que se domiciliaban al contraer matrimonio en el extranjero, pero que poseían -al momento de pedir la aplicación de la convención- bienes en la Argentina.

De todo lo analizado se desprende que serán aplicables en la Argentina las convenciones matrimoniales celebradas en el exterior siempre y cuando:

1. No se opongan al orden público (el régimen de separación de bienes, como explica el fallo anterior, no es un régimen patrimonial que contradiga el orden público internacional argentino).
2. Se cumpla el requisito del artículo 163 del Código Civil y del Tratado de Montevideo cuando dicen que se aplicará el derecho del primer domicilio conyugal.
3. La salvedad del artículo 163, cuando dice que no se aplicará a cuestiones de "estricto carácter real", no impide que los jueces califiquen de ganancial o propio un bien en base a una convención matrimonial celebrada en el extranjero.

4. Que no exista un fraude a la ley argentina.

2.5 Conclusión

Como puede advertirse, en mayor o menor medida las legislaciones mundiales aceptan la figura de las convenciones matrimoniales como una potestad de los futuros cónyuges para que puedan decidir el gobierno de su patrimonio mientras están casados. Esta potestad, basada en la autonomía de la voluntad, posee en la actualidad limitaciones destinadas a la protección de la familia y a evitar el abuso del derecho. Pero, por sobre todo, las capitulaciones tienen la característica de servir al cónyuge que lleva más dinero al matrimonio para no ver disminuido su patrimonio como consecuencia de aquel, en caso de disolverse. La tendencia de las legislaciones a aceptar las capitulaciones van acompañadas de otras que apoyan la idea de reconocer los contratos prenupciales firmados en el exterior. La Argentina no acepta las convenciones matrimoniales e impone un régimen imperativo para controlar el patrimonio del matrimonio. Sin embargo, hay una tendencia a aceptar las capitulaciones celebradas en el extranjero y existen proyectos para permitir las, al compás de los cambios sociales.

CAPITULO III

Cambios que impulsan reformas legislativas

3.1 Cambios sociales que preceden a las leyes

Los cambios sociales y culturales en la Argentina fueron profundos desde que Vélez redactó el Código Civil. Estas transformaciones sociales derivaron en costumbres que provocaron, por ejemplo, que en 1987 se sancionara Ley 23.515, que introdujo el divorcio vincular en la Argentina. Dentro de esos cambios existe otro evidente y mucho más reciente: la sanción en el 2010 de la Ley 26.618 que permite que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. La realidad social que registra a parejas del mismo sexo que conviven en aparente matrimonio y la las parejas que optan por una separación cuando la moralmente la vida en común es imposible motivaron que el legislador introduzca en el sistema positivo las citadas leyes escritas.

Al respecto, la doctrina explica que “históricamente la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos” y agrega que “sólo cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad aparece la necesidad de fijar la norma jurídica en un texto escrito” (Llambías, 1995, p. 68). En ése mismo sentido, se agrega que “independientemente del valor autónomo que la costumbre tiene como fuente del derecho, ha tenido y tiene mucha importancia como antecedente histórico de la ley” y por tal razón “un legislador prudente toma en cuenta la realidad social y las costumbres imperantes” (Borda, 1996, p. 44).

Los cambios actuales que empujan a una actualización del sistema de convenciones matrimoniales que rige en el Código Civil son perceptibles en el quehacer cotidiano y además las estadísticas los reflejan. Según datos del Indec basados en el último censo, entre 2001 y 2010 hubo un total de 564.396 divorcios en la Argentina. Es decir, en ese lapso de tiempo, hubo 172 divorcios por día (Diario La Nación, 2012). En tanto, según estadísticas de la Justicia porteña, el 54 por ciento de las parejas que se divorciaron en la Capital Federal durante 2010 llevaban menos de diez años juntos; y el 34 por ciento, menos de seis. La tasa de separación y divorcio creció un 300 por ciento en sólo 30 años: en 1980 había 423 mil personas divorciadas/separadas en toda la Argentina, pero el último censo indica que la cantidad subió hasta 1.764.400 (Diario Infobae, 2012). Los litigios judiciales por liquidación de sociedades conyugales suelen ocurrir tras un divorcio, en general, en

malos términos.

A todo eso se le suman los cambios en los proyectos de vida. Según datos de 2012, casi 250 mil parejas argentinas eligieron convivir, sin casarse y sin ser padres. Tienen entre 25 y 39 años y se dedican a invertir sus ingresos en ellos mismos, eligen viajar, consumir y priorizan el desarrollo profesional y no creen en el mandato tradicional de la familia tipo (Diario Clarín, 2012). Además, un estudio sobre el mismo tema de 2014 expresa que la cantidad de parejas que deciden no tener hijos ya suman medio millón en la Argentina.

Por otra parte, según datos del Centro de Estudios de Población (CENEP), una entidad asociada al CONICET -citada por Clarín (2013)- los índices de natalidad están en baja en todo el mundo. De acuerdo a la misma fuente, en la Argentina la caída se registra en mayor parte en los grandes centros urbanos. En la ciudad el 19 por ciento de las mujeres no tiene hijos: es el doble de lo que ocurre a nivel país. En tanto, si se analizan los censos realizados por el Indec, la tasa de natalidad actual es la más baja de la historia: 18,7. Un siglo atrás era 39,2. Hoy, en Capital Federal cuatro de cada diez mujeres no son madres. También creció la unión de parejas no casadas.

La unión consensual ha ido creciendo de manera significativa como modalidad de iniciar una familia. Entre las mujeres de la ciudad de Buenos Aires su crecimiento ha sido tal que se ha convertido en la modalidad más frecuente de formación familiar entre las generaciones más jóvenes. Asimismo, cuando se contempla la convivencia consensual se observa que la postergación matrimonial se aplaca significativamente. (Binstock, 2010, p. 136)

Otro de los cambios más profundos que se registraron en la Argentina tiene relación con el aumento de familias monoparentales, es decir, aquellas que “están formadas sólo por el padre o la madre y los hijos”. (DRAE, 2014)

Un estudio señala que entre 1980 y 2001 el total de hogares monoparentales se incrementó 41,9 por ciento. Pero otra importante particularidad del estudio es que en cuanto al sexo del jefe del hogar se observa que la jefatura masculina aumentó un 27 % mientras que la femenina lo hizo 104,8 %. Asimismo, el mismo estudio señala que los hogares monoparentales se incrementaron 76,4 por ciento, llegando en 2001 a

representar el 19,3 por ciento del total de hogares conyugales. Al tener en cuenta el sexo del jefe, los datos indican que el aumento de las jefas mujeres fue más de tres veces que el de los jefes varones (91,7 % y 29,9 % respectivamente). (Binstock, Melo Vieira y Mazzeo, 2011, p. 183)

Otras investigaciones determinaron, que cada vez más habitantes de la Capital Federal viven solos o con familias chicas y pocos hijos, lo que representa un perfil cada vez más similar al de los países europeos. En más de 60 por ciento de los hogares porteños viven una o dos personas: 31,7 por ciento vive solo y 29,7 por ciento lo hace con otra persona, mientras que otro 16,6 por ciento de los hogares está formado por 3 miembros, y sólo en 7 de cada 100 viven cinco o más personas. Otro dato llamativo es que el 38,7 por ciento de las mujeres porteñas no tienen hijos, mientras que las que sí tienen el 70 por ciento no tienen más de dos. En tanto, un claro síntoma del envejecimiento de la población porteña es que el 33,4 por ciento de los habitantes de la ciudad de Buenos Aires son mayores de 50 años. Estos datos tienen su origen en la Encuesta Anual de Hogares (EAH) realizada en 2013 por la Dirección General de Estadística y Censos de la Ciudad, y su edición anterior (La Nación, 2014).

Como puede advertirse la sociedad argentina produce cambios año tras año vertiginosos. Al parecer esa continuidad de cambios aún no se detuvo y es posible advertir otros que posiblemente modifiquen la forma de convivencia en los próximos tiempos. Los proyectos de ley para despenalizar el aborto de los diputados Conti (2014), Di Tullio (2013), Segarra (2014) y Puigrós (2011) y otros para legalizar la maternidad por subrogación -i. e. alquiler de vientre- de los diputados Milman (2013), Paredes Urquiza (2011) y Prieto (2011) son un indicio de los cambios por venir. Al respecto, de aprobarse la autorización para realizar convenciones matrimoniales o, al menos, de elegir el régimen patrimonial del matrimonio, sería un paso más en el mismo sentido, siempre y cuando la realidad social, como dice Borda (1996), sea receptada por el legislador.

3.2 La recepción en la jurisprudencia y la doctrina

3.2.1 Jurisprudencia

La jurisprudencia no pudo resultar ajena a las transformaciones sociales antes mencionadas y las reflejó en muchas decisiones. En principio, ante el avance del concubinato, que implica la falta de unión legal de las parejas, los jueces se vieron en la necesidad de definir el término. Un fallo explicó que "el concubinato consiste en una relación de hecho que reúne las notas de permanencia y estabilidad conformando una comunidad de vida de visu marital"¹³. Y para demostrar la existencia de un concubinato, traducido en un aparente matrimonio, la jurisprudencia entiende que "lo esencial es que dicha convivencia sea notoria, presentando las apariencias de la vida conyugal, continua y no interrumpida, teniendo los sujetos un domicilio común y conviviendo en él"¹⁴. Sin embargo, los magistrados decidieron poner un límite a los efectos del concubinato, al entender que "la prueba de un prolongado concubinato no basta para que la mujer o el hombre pueda alegar la copropiedad de lo adquirido por su compañero en el curso de la vida en común"¹⁵. Dicho de otra manera, por más derechos y obligaciones que se le adjudique a los concubinos a través de la jurisprudencia, no rige para ellos el régimen patrimonial del matrimonio vigente en el Código Civil.

Por otra parte, los concubinatos entre personas del mismo sexo también plantearon desafíos para los jueces. Uno fallo determinó el derecho de un hombre de cobrar la indemnización laboral del artículo 248 de la Ley de Contratos de Trabajo por haber convivido con el causante en aparente matrimonio¹⁶. Al mismo tiempo, la Corte Suprema de la Nación ha consagrado a los concubinos de igual sexo el derecho a cobrar la pensión por fallecimiento de su pareja. El fallo de Máximo Tribunal señaló:

La circunstancia de que el actor haya mantenido con el causante una relación -identidad de sexo- no prevista en el art. 53 de la ley 24.241 -convivencia pública en aparente matrimonio-, no impide la concesión del beneficio, desde que falleció el beneficiario, pues el régimen legal de pensiones no puede, válidamente, dejar de comprender situaciones como la de la persona

13 S.C.J.B.A. "Cordero de Lecot, N. A. c/Prov. de Buenos Aires (I.P.S.) s/Demanda contencioso administrativa", Infojus: FA00011449.

14 S.C.J.B.A. "Córdoba, M. E. c/Prov. de Bs. As. (IPS) s/Demanda contencioso administrativa", Infojus: FA02011422.

15 C.A.C y C. "Gómez, J. R. c/Farias, M. H. s/Desalojo por intruso", Infojus: FA95013205.

16 C.S.J.N "Rigamonti, C. A. c/AMSA S.A. s/indemnización por fallecimiento", Infojus: FA11000171.

sobreviviente que mantenía con la beneficiaria fallecida una relación que, por sus características, revelaba lazos concretos y continuos de dependencia económica, bien de la primera respecto de la segunda, bien de índole recíproca o mutua¹⁷.

Como puede apreciarse, son múltiples las situaciones originadas en los cambios sociales que derivaron en conflictos que la justicia argentina, incluso su máxima expresión, la Corte Suprema, tuvo que expresarse para fijar una posición al respecto. El fallo citado sentó jurisprudencia para el otorgamiento de pensiones a convivientes del mismo sexo en aparente matrimonio, ya que el citado artículo de la Ley 24.241 era ambiguo al otorgar la pensión del jubilado fallecido a la viuda, el viudo, la conviviente o el conviviente.

Los cambios sociales son rotundos e indiscutibles que recibieron una recepción amplia por parte de los magistrados, quienes en la mayoría de los casos remitieron a principios anti discriminatorios en sus fundamentos. Las convenciones matrimoniales están expresamente restringidas por el Código Civil y, por lo tanto, no tuvieron acogida por la jurisprudencia, que las ha rechazado siempre, a pesar de los cambios sociales que reclaman un cambio en la normativa.

3.2.2 Doctrina

Pero no sólo las transformaciones sociales se reflejaron en los tribunales: los doctrinarios también tomaron nota del aluvión de cambios que transforma la arquitectura social. Álvarez (1996) sostiene que si bien la ley no puede ignorar el hecho social de las uniones en aparente matrimonio, "tampoco deben estimularse, creando un estatus jurídico que compita con las uniones legítimas". En ése sentido el doctrinario opina que "sería grave que una institución como el concubinato se alzara frente a la institución del matrimonio. Por lo que el remedio a la corrupción de las costumbres no debe buscarse en la sanción de este tipo de leyes". (Álvarez, 1996, p. 4)

Azpiri (1999), en tanto, sostiene que es necesario legislar sistemáticamente las uniones de hecho dado el incremento del número de las mismas ya sea entre personas del mismo o de diferente sexo. El autor elogia una sentencia que, en oportunidad de

¹⁷ C.S.J.N "P., A. c/ANSeS s/pensiones", Infojus: FA11000089.

fallar en un planteo patrimonial originado ante la disolución de una unión de hecho homosexual, resolvió que los mismos principios jurídicos que rigen respecto de la pareja heterosexual resultan aplicables a la pareja homosexual. (Azpiri, 1999, p. 35)

Por último, puede mencionarse que los cambios sociales que podrían llevar a la aprobación de las convenciones matrimoniales, también impactaron en la legislación. En principio, ya se mencionaron los dos cambios más importantes de los últimos años: la ley de divorcio vincular y la ley de matrimonio homosexual. Como otros ejemplos, puede recordarse la Ley 23.570 que otorga el derecho de pensión al conviviente y el artículo 38 de la Ley 18.037, que en caso de muerte del jubilado o el afiliado en actividad "tendrá derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento".

3.3 Conclusión

Tanto la doctrina como la jurisprudencia acompañan los requerimientos sociales y colaboran en la elaboración de legislaciones más acordes a la realidad. Por ejemplo, es probable que nadie se hubiese atrevido a solicitar una pensión de su conviviente de igual sexo hace 30 años. Hoy no es así. Es más, los rechazos que pueden aparecer en las primeras instancias suelen ser revertidos en instancias superiores. Admitir como aparente matrimonio la convivencia de dos personas del mismo sexo es una decisión que forma un claro testimonio de los cambios que, posiblemente, determinen una apertura hacia las convenciones matrimoniales.

CAPITULO IV

Proyectos de ley y Nuevo Código Civil

4.1 Proyectos de ley

En el ámbito del Congreso Nacional, existen múltiples proyectos de ley que apuntan a establecer una apertura con respecto al régimen actual de convenciones matrimoniales. Algunos apoyan la idea de una amplia autonomía de la libertad, otros consideran suficiente que los futuros cónyuges puedan elegir entre algunos de los regímenes conocidos y no faltan quienes sostienen que hay que limitar la elección a dos o, como mucho, tres regímenes. Una cuarta posición, más conservadora, sostiene que debe mantenerse el sistema actual de comunidad restringida.

La diputada Garnero (2012) presentó un proyecto donde se aceptan las convenciones matrimoniales para regular el régimen patrimonial y, en caso de no pactarse, considera que “durante el matrimonio, los bienes que cada uno de los cónyuges ponga a su nombre, creará la presunción de que han sido adquiridos con patrimonio propio, salvo que sean expresamente aportados como comunes”. En los fundamentos del proyecto, Garnero explica que es necesario reconocer que las disoluciones matrimoniales superan el 50 por ciento y que la actual legislación tiene “criterios ancestrales”. Por eso considera “comprensible” que las modernas legislaciones acepten las convenciones matrimoniales y aún “pactar compensaciones para el caso de divorcio para uno u otro de los cónyuges inocentes, permitiendo ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad, lo cual no implica dejar de proteger el interés familiar”. En el proyecto de la legisladora, sólo se consideran gananciales “los bienes que cada uno de los cónyuges aporte en forma expresa a la sociedad, como también las mejoras que durante el matrimonio o unión hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno”. (Garnero, 2012)

La particularidad de éste proyecto es que incluso permite pactar convenciones a aquellos que conviven en aparente matrimonio y acepta, en todos los casos, la forma del instrumento privado. Para la legisladora, el artículo 1217 debería quedar así:

Artículo 1217: Antes, durante y después de la celebración del matrimonio los cónyuges pueden hacer toda convención que estimen conveniente a fin de asegurar sus bienes y derechos, como ser:

1) La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y de las

deudas si las hubiere.

2) La reserva de alguno de los cónyuges de administrar determinados bienes.

3) Las donaciones que se hagan los esposos.

4) Cualquier convención por ellos realizada conforme las reglas de este Código.

Cualquiera sea la convención, ésta sólo producirá efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto éste no sea inválido.

Y la novedad con respecto a las parejas que viven en aparente matrimonio la traduce en el siguiente artículo:

Artículo 1224: De igual manera, las parejas que convivan en aparente estado conyugal, pueden celebrar toda convención, y transcurridos tres años ininterrumpidos de vida en común se considerará que existe una unión de hecho que se regirá por las cláusulas de éste título, siempre que no exista otro régimen matrimonial patrimonial anterior no disuelto.

El senador Giusti (2005) también planteó un proyecto que otorga amplias facultades a los cónyuges para regular su régimen patrimonial. El legislador propuso que el artículo 1217 quede redactado de la siguiente manera:

Artículo 1217: Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

1° La designación de los bienes y la enunciación de las deudas, si existieren, que cada uno lleva al matrimonio;

2° Las donaciones que el cónyuge hiciera al otro;

3° La disposición de los bienes gananciales ante la posibilidad de disolución de la sociedad conyugal; la misma no podrá ejecutarse sino hasta el pago de sus deudas o, en todo caso, con el conforme de sus acreedores. Las convenciones prematrimoniales no serán en detrimento de

los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

Otro proyecto, como el de la senadora Negre de Alonso (2005), pretende que los cónyuges puedan optar entre el régimen de comunidad y el separación de bienes solamente. La legisladora asegura en sus fundamentos que “existe un reclamo de determinados sectores sociales, acerca de la instauración de un sistema de separación de patrimonios que sea establecido por libre voluntad y que respete la independencia económica de los cónyuges”. Enseguida añade que eso no significa "eludir la responsabilidad común por las erogaciones derivadas del mantenimiento del hogar conyugal y la crianza y educación de los hijos". (Negre de Alonso, 2005)

Se reproducen a continuación tres artículos del proyecto que representan la noción central de la propuesta, inspirada en el proyecto de reforma del Código Civil de 1998.

Artículo 1: 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, si las hay;
- c) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en el Código Civil o en la presente ley.

Artículo 2: Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor.

Artículo 6: A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad establecido en el Código Civil.

Un tercer proyecto, presentado por la diputada Juri (2013), agrega una opción a las partes para que puedan elegir también el régimen de participación en las ganancias. En decir, la propuesta indica que los futuros cónyuges pueden optar, mediante una convención, entre los regímenes de participación o de separación de

bienes. En caso de no elegir ninguno, regirá el sistema de comunidad restringida actualmente vigente en el Código Civil como supletorio. De esa manera, los futuros cónyuges podrán optar por alguno de los regímenes mencionados en el proyecto y podrán además realizar estipulaciones que consideren convenientes, pero será nula cualquier cláusula “contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”. (Juri, 2013)

Puede apreciarse que en mayor o menor medida proyectos de ley contribuyen a pensar que el matrimonio civil va camino a dejar de ser lo que tradicionalmente se entendió, para configurarse en variados tipos de sociedades de personas que se conforman para regular la vida en común, o al menos la vida patrimonial en común. En ese sentido, puede mencionarse que el diputado Milman (2012) fue aún más allá y entendió incluso que el término “matrimonio” debe ser sustituido del Código Civil por “sociedad conyugal”, y presentó un proyecto en ese sentido.

En miras a la reforma del código civil, se eleva esta propuesta de derogación del vocablo matrimonio por su múltiple condición discriminatoria. En efecto: se trata de un término sumamente sexista que no encuentra justificación en la apertura vanguardista de los derechos civiles argentinos ni tampoco en la sociedad que se aspira a construir, en la que prime la igualdad entre varones y mujeres. (Milman, 2012)

La eliminación del término “matrimonio” de nuestra legislación asombra, pero ya es parte del debate en donde las convenciones prenupciales parecen ser la principal apuesta de los próximos cambios normativos, como si el matrimonio se acercara cada vez más a un contrato entre dos personas que se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos patrimoniales durante la vida matrimonial.

4.2 Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial Unificado

Por medio del decreto 191/2011 el Poder Ejecutivo Nacional designó una "comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación". A cargo de la Comisión, el

PEN designó en el artículo 3° del decreto a los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuará como presidente, y Elena Highton de Nolasco y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci. Entre múltiples modificaciones, el proyecto, que cuenta con media sanción del Senado del 26 de noviembre de 2013, otorga a los futuros cónyuges la posibilidad de realizar convenciones matrimoniales para elegir el régimen patrimonial que los gobernará mientras dure la sociedad conyugal. Sin embargo, limita las opciones a dos: podrán elegir entre el régimen de separación de bienes o el régimen de comunidad restringida. En caso de no realizar convención, regirá por defecto el de comunidad. Es decir, los autores optaron por no otorgar una libertad amplia a los futuros cónyuges, pero salieron del hermetismo del actual sistema. En éste proyecto el actual artículo 1217 se transforma en el 446, que dice así:

Artículo 446: 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 matrimoniales previstos en este Código.

Como se señaló, la opción es elegir entre el régimen de separación de bienes o por el régimen de comunidad restringida y, en caso de silencio, rige éste último. A diferencia del de comunidad, el de separación de bienes contemplado en el proyecto establece, a través artículo 505, "que cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto artículo 456". Este último señala que "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" y agrega que "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". (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, 2012, p. 76)

El proyecto no otorga otras opciones a los futuros cónyuges y esto ha generado críticas. Un informe de la Universidad Católica Argentina se muestra disconforme con ese punto y opina que "deberían darse más opciones para que cada cónyuge pueda elegir de qué manera puede regir sus relaciones económicas. Deberían incorporarse la comunidad total y la participación". (Laferriere, 2012, p. 12)

Por otra parte, no todos los doctrinarios están a favor de esta apertura. Borgonovo (2003) sostiene que "debe mantenerse la sociedad conyugal legal y solidaria del código civil, en protección de la familia argentina". Recuerda el autor que el proyecto de Reforma al Código Civil de 1998 ya proponía un régimen en virtud de la cual las partes podían elegir entre el régimen actual o una total separación de bienes. Al respecto opina que "esta pretendida reforma significaría imponer un régimen jurídico que no condice con la cultura social argentina, sustentada en la promoción de la familia, encontrando al matrimonio y su régimen patrimonial, como su antecedente mas deseable". Belluscio (1999) también mostró su desacuerdo. "Es conocida mi opinión adversa a la inclusión en la legislación argentina de la posibilidad de que las personas que contraen matrimonio elijan el régimen patrimonial que las gobernará o lo modifiquen a su arbitrio durante la unión". Además argumentó que los contratos matrimoniales destinados a regular el régimen patrimonial cada día se usan menos en Europa:

Las misiones fundamentales de esas normas -si no la más importante- es la de paliar las injusticias derivadas de los regímenes separatistas que ahora se quieren imponer en nuestro país. Por eso he dicho en otra oportunidad que quienes los propician marchan a contramano de la historia: mientras los países adelantados se alejan del separatismo, aquí se pretende el acercamiento. (Belluscio, 1999)

Al mismo tiempo y más allá de su opinión personal, Belluscio (2004) explicó que no es concebible la inexistencia de un régimen patrimonial del matrimonio y opina que las normas deben regular ciertos aspectos ineludibles.

La existencia de algún régimen matrimonial es una consecuencia ineludible del matrimonio. Siempre, aun cuando se adopte un régimen de separación de bienes -que por implicar la independencia patrimonial de los cónyuges parecería equivaler a la inexistencia de régimen alguno-, el derecho debe solucionar algunas cuestiones que se presentan en virtud de la vida en común, como la responsabilidad frente a los acreedores por las obligaciones contraídas para solventar las cargas del hogar, la contribución a éstas y a la manutención de los hijos, o la propiedad de las cosas muebles existentes en la vivienda común. (Belluscio, 2004, p. 4)

En consecuencia, el autor no considera aceptable un silencio de la ley al respecto sino que aboga por que ciertas reglas sean fijadas legalmente. Esas “cuestiones” que Belluscio (2004) señala como necesarias en todo régimen patrimonial del matrimonio, son incluidas en el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial y Unificado. Por ejemplo, el artículo 455 señala que, sin importar el régimen elegido, “los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos”. En concordancia con el actual artículo 1277, el Proyecto sostiene en su artículo 456 que “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”. En caso de que algún cónyuge disponga de un bien sin el consentimiento del otro, el perjudicado tiene legitimación pasiva para demandar la anulación del acto dentro de los seis meses de conocido. Es decir, ofrece herramientas a los cónyuges para subsanar una violación a sus derechos. El mismo artículo sostiene que “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”. Por otra parte, el artículo 461 del Proyecto indica que los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

4.3 Conclusión

En síntesis, el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial Unificado sólo establece la opción de realizar una convención matrimonial para elegir el régimen de separación de bienes. No tendría sentido realizar una convención ante un escribano público para elegir el régimen de comunidad, cuando éste rige por defecto. Además, el Proyecto establece restricciones en protección de los hijos, el hogar y los gastos de mantenimiento. En fin, en protección del sostenimiento de la familia y la prevención de abusos de las partes. Kemelmager de Carlucci (2012) defendió el proyecto.

En el nuevo Código ya no es un legislador que le marca la cancha a la sociedad diciendo: 'ustedes se acomodan solo a lo que yo digo y éste es el único modelo', sino que toma de la sociedad toda esa diversidad y trata de darle efectos jurídicos, respetando lo que la gente elige. (Los Andes, 2012)

CONCLUSION FINAL

Las tradiciones, tanto sociales como religiosas, lograron a través de los años la estructura social que hoy parecer desfigurarse. La familia compuesta por el papá trabajador, la mamá que cocina, limpia y cuida de los hijos, era hasta no hace mucho tiempo el pilar que conformaba la sociedad. En ése cuadro, el hombre que trabajaba y traía el dinero a casa no sólo administraba los bienes sino que también decidía cómo se disponía de ellos. En ése sentido, si bien el Código Civil desde un primer momento otorgó a la mujer la facultad de dar o no el asentimiento conyugal (art. 1277), la realidad indicaba que su poder de decisión sobre la disposición de bienes era menor al del marido. No es raro que así haya sido: al estar en el hogar con los hijos, la mujer tenía muchísimas menos oportunidades de estudio y progreso a nivel laboral o profesional.

Los cambios sociales enumerados que se vivieron en las últimas décadas en la argentina son muy variados. Primero en importancia está la aprobación del divorcio vincular. Segundo, la instauración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Tercero el reconocimiento de algunos derechos a convivientes en aparente matrimonio por medio de la jurisprudencia y la legislación mencionadas en el Capítulo III. Cuarto el reconocimiento de pensiones incluso a convivientes en aparente matrimonio del mismo sexo por parte de la Corte Suprema¹⁸. Por último, los proyectos sobre la despenalización del aborto de los legisladores Conti (2014), Di Tullio (2013), Segarra (2014) y Puigrós (2011) y los proyectos para aprobar la maternidad subrogada de Milman (2013), Paredes Urquiza (2011) y Prieto (2011) también evidencian la ola de cambios mencionados.

Hoy la mujer ya no es la que describimos al principio: trabaja, estudia, opina y decide sobre la administración y disposición de los bienes. Y más cuando se trata de bienes gananciales producto del matrimonio. Las estadísticas mencionadas en el Capítulo III, en tanto, indican que uno de cada dos matrimonios terminan en divorcio. ¿Cómo deben repartirse entonces los bienes que produjo la sociedad conyugal?. Las convenciones matrimoniales podrían ser una solución. Es que las relaciones sociales en éste aspecto tomaron la suficiente complejidad destacada por Llambías (1995)

18 C.S.J.N "Rigamonti, C. A. c/AMSA S.A. s/indemnización por fallecimiento", Infojus: FA11000171.

como para generar la necesidad de fijar una norma escrita al respecto. Tal como dice Borda (1996), “un legislador prudente toma en cuenta la realidad social y las costumbres imperantes”.

De hecho, estos nuevos desafíos e interrogantes que se presentan producto de los cambios empujaron a legisladores y jueces a introducir modificaciones en la reglas para adaptarlas la nueva realidad. El común denominador de los cambios es que siempre se tiende hacia una flexibilización de las normas para otorgar a las personas la libertad de elegir la manera en que desean regular sus vidas, no sólo en el ámbito del matrimonio. Se advierte, aunque en forma lenta, que la jurisprudencia y la legislación acompañan las transformaciones, analizadas también por la doctrina con opiniones a favor, en contra o moderadas. En ése sentido, puede destacarse que el proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial Unificado propone una apertura moderada a las convenciones matrimoniales.

Como critica a algunos proyectos de Ley y de Nuevo Código, puede indicarse que la obligación de realizar la convención matrimonial ante escribano público no resulta necesaria, ni siquiera para la oposición a terceros. Podría realizarse por instrumento privado con firmas certificadas y presentarse ante el Registro Civil para que quede constancia, luego de ser ratificada ante el oficial de justicia que celebra el matrimonio. La anotación del régimen elegido se realizaría a partir del momento en que la elección tiene vigencia, es decir, desde la celebración del matrimonio. Incluso no sería mala práctica permitir la elección del régimen ante el mismo oficial que celebra al matrimonio, sin más trámites, lo que permitiría a las personas menos erogaciones de dinero que, de otra manera, deberían utilizar en una escritura pública. Solo el proyecto de la diputada Garnero (2012) contempla la posibilidad de utilizar el instrumento privado.

Asimismo, las dos únicas opciones de elección de regímenes que establece el Nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial parecen pocas o limitadas. No estaría mal incorporar otros regímenes al menú de opciones o incluso permitir cláusulas que los modifiquen en virtud de la autonomía de la voluntad, siempre con el límite del abuso del derecho y el fraude. Si bien los regímenes de comunidad restringida y de separación de bienes tienden a la igualdad entre los cónyuges, algunas cuestiones

podrían quedar libradas a la autonomía de los contratantes. Por ejemplo, hay matrimonios en países que sí lo permiten que suelen establecer una cláusula de indemnización por divorcio. Es decir, no importa el régimen utilizado, si uno de los cónyuges decide divorciarse, no podrá recibir más de cierta cantidad de dinero fijada con anticipación. Es una cláusula para ricos que se casan con personas de menos fortuna, pero no se ven razones para no permitirla si los contrayentes están de acuerdo tienen una voluntad en común. El proyecto de la diputada Garnero (2012) contempla las indemnizaciones, aunque las denomina “compensaciones”.

En síntesis, la libertad es básicamente la posibilidad de elegir. Y esa posibilidad debe expresarse en su forma más amplia ya que las restricciones extremas atentan contra ella misma. La libertad de elección debería ser más considerada en virtud de la autonomía de la voluntad, ya que trata sobre la regulación de la propiedad privada, inviolable para la Constitución en su artículo 17.

Las transformaciones sociales avanzan. No faltará el momento en que se plantee ante los tribunales la posibilidad de que un hombre cuente con varias esposas, como se acepta en los países musulmanes, bajo el paraguas de la libertad de culto. El divorcio, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la regularización de los convivientes y el aborto no eran temas de debate, incluso eran tabú hasta hace poco tiempo. Las convenciones matrimoniales son una herramienta que necesita una actualización para facilitar la vida de las personas, cuya costumbre ha cambiado.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

1. Eco, Umberto, (1982), *Cómo hacer una tesis*, Buenos Aires: Gedisa,
2. Yuni, J. y Urbano, C. (2006), *Técnicas Para Investigar Recursos Metodológicos Para La Preparación de Proyectos de Investigación*, 2ª ed., Córdoba: Brujas.
3. Ossorio, M. (2004), *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Buenos Aires: Heliasta.
4. Bossert, G, y Zannoni, E, (2004), *Manual de Derecho de Familia* (6º ed. actualizada), Buenos Aires: Astrea.
5. Méndez Costa, M., (2004), *Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
6. Belluscio, A. (2004), *Manual de derecho de familia*, Tomos I y II, (7º ed. actualizada y ampliada), 1º reimpresión, Buenos Aires: Astrea.
7. Belluscio, A. (1994), *La elección de régimen matrimonial por los esposos*, Buenos Aires: La Ley 1994-A, 799.
8. Belluscio, A., (1999) *El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de Código Civil*, La Ley 1999-C, 1145.
9. Alarcón Palacio, Y. (2005) Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación, *Revista de Derecho* N°24, Barranquilla, Recuperado el 29/04/2014 de http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/24/1_Regimen%20patrimonial%20del%20matrimonio.pdf.
10. Berbere Delgado, J. y Merlo, L. (2010), *Acerca de la flexibilización del régimen de bienes del matrimonio*, Microjuris: MJ-DOC-4837-AR.
11. Borgonovo, O., (2003), *Debe mantenerse la sociedad conyugal legal y solidaria del código civil, en protección de la familia argentina*, Buenos Aires: Zeus on line.
12. Los Andes, 28/03/2012, *Para Kemelmajer, la reforma del Código Civil es un cambio cultural*, [Versión electrónica] Recuperado el 05/05/2014 de

<http://www.losandes.com.ar/notas/2012/3/28/para-kemelmajer-reforma-codigo-civil-cambio-cultural-632698.asp>.

13. Infobae, 04/03/2012, *Durante la última década se concretaron más de 500 mil divorcios*, [Versión electrónica] Recuperado de <http://www.infobae.com/2012/03/04/635188-durante-la-ultima-decada-se-concretaron-mas-500-mil-divorcios>.
14. Clarín, 10/06/12, *Casados sin hijos: Casi 250 mil parejas eligen convivir, pero sin ser padres*, [Versión electrónica] Recuperado de http://www.clarin.com/tendencias/mil-parejas-eligen-convivir-padres_0_716328471.html.
15. La Nación, 08/05/2014, *Así viven los porteños hoy: solos o con familias chicas y pocos hijos*, [Versión electrónica], Recuperado el 10/05/2014 de <http://www.lanacion.com.ar/1688639-asi-viven-los-portenos-hoy-solos-o-con-familias-chicas-y-pocos-hijos>.
16. La Nación, 31/07/2012, *Inscriben al primer hijo de dos papás en el Registro Civil porteño*, [Versión electrónica], recuperado el 10/05/2014 de <http://www.lanacion.com.ar/1494934-inscriben-al-primer-hijo-de-dos-papas-en-el-registro-civil-porteno>.
17. Garnero, E. (2012), *Código Civil: modificaciones, sobre escritura pública o privada en la que conste la convención patrimonial matrimonial*. Recuperado el 05/052014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1559-D-2012>.
18. Negre de Alonso, L. (2005) *Convenciones matrimoniales y modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio*. Recuperado el 05/05/2014 de <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada>.
19. Juri, M. (2013), *Régimen patrimonial del matrimonio: modificaciones el Código Civil*. Recuperado el 05/052014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2676-D-2013>.
20. Milman, G. (2012) *Código Civil: Sustitución del vocablo "matrimonio" por el de "sociedad conyugal"*. Recuperado el 02/08/2014 de

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3690-D-2012>.

21. Segarra, A. R. (2014), *Interrupción anticipada del embarazo*, recuperado el 02/08/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2249-D-2014>.
22. Conti, D. B (2014), *Modificación del artículo 86 del Código Penal*, recuperado el 02/08/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0041-D-2014>.
23. Di Tullio, J. (2013), *Interrupción voluntaria del embarazo*, recuperado el 02/08/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3067-D-2013>.
24. Milman, G. (2013), *Creación del régimen de maternidad subrogada*, recuperado el 02/08/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0300-D-2013>.
25. Paredes Urquiza, A. (2011), *Maternidad subrogada*, recuperado el 02/08/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5441-D-2011>.
26. Prieto, H. (2011), *Maternidad subrogada*, recuperado el 02/08/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011>.
27. Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, E. y Kemelmager de Carlucci, A., (2012) *Código civil y comercial de la Nación, proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, Buenos Aires: La Ley.
28. Boggiano, A. (2000), *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
29. Feldstein de Cárdenas, S. (2000), *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, Buenos Aires: Universidad.
30. Binstock, G. (2010), *Tendencias sobre la convivencia, matrimonio y*

paternidad en áreas urbanas de Argentina, Revista Latinoamericana de Población, año 3, n°6.

31. Binstock, G., Melo Vieira, J. y Mazzeo, V. (2011), *Nupcialidad y familia en la América Latina actual: Las familias monoparentales en Argentina*, Serie Investigaciones N°11, Río de Janeiro, ALAP.
32. Anguita Villanueva, Luis A. (2010), *Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española*, recuperado el 29/04/2014 de <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>.
33. Laferriere, J. N. (2012), *Análisis del proyecto de nuevo Código civil y comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires : El Derecho.
34. Azpiri, J. O. (1999) *Reflexiones sobre las cuestiones patrimoniales emergentes de una unión de hecho homosexual*, Revista Jurisprudencia Argentina N° 6170, Infojus ID: DACJ000005.
35. Álvarez, O. O. (1996), *Ante una permisiva tendencia de legalización del concubinato*, Buenos Aires: Revista El Derecho, Infojus ID: DACJ960083.
36. Borda, Guillermo A. (1996), *Manual de derecho civil, parte general*, 18ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
37. Llambías, Jorge. J. (1995), *Tratado de derecho civil, parte general*, Tomo I, 16º edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Legislación

38. Código Civil de la República Argentina, (2011), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
39. Ley 11.357. Ampliación de la capacidad civil de la mujer.
40. Ley 17.711. Código Civil. Modificaciones.
41. Ley 23.515. Código Civil. Modificaciones.
42. Ley 26.618. Matrimonio civil. Código Civil. Modificación.
43. Código Civil de Paraguay (2014), recuperado el 26/07/2014 de http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf.

44. Código Civil de la República Oriental del Uruguay (2010), recuperado el 05/05/2014 de <http://www.fder.edu.uy/2013/documentos/codigo-civil.pdf>.
45. Código Civil de Bolivia (2014), recuperado el 26/07/2014 de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0843>.
46. Código de Familia de Cuba (1975), recuperado el 05/05/2014 de http://www.cepal.org/oig/doc/Cub_1975_Ley_1289_CodFamilia.pdf.
47. Código de Legislación Civil de España (2013), recuperado el 05/05/2014 de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.
48. Consejo Mercado Común, Decisión Mercosur 58/12 (2012), Id Infojus: RMD2012000058.
49. Código Civil Francés, recuperado el 05/05/2014 de http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/Code_41.pdf.
50. Código Civil de la República de Chile (1995), recuperado el 05/05/2014 de <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-civilchile.pdf>.

Jurisprudencia

51. C.N.Civ. Sala C, "C.P. c/K.P.H. s/Convención Matrimonial", Id Infojus: FA87020934.
52. C.N.Civ., Sala D, "Caluori, Armando A. v. M", recuperado de www.todoelderecho.com.
53. C.N.Civ., sala A, (14/08/1985), "Otero de Gómez, Noemí v. Gómez, Francisco", recuperado el 05/05/2014 de www.todoelderecho.com.
54. S.T.J.R.N., "Rodríguez, Elba c/Rieb, Héctor R. s/División conyugal", Infojus: FA97052021.
55. C.N.Civ., Sala E, "R., L. M. c/ B. de R., M. L. s/ Liquidación de sociedad conyugal", Infojus: FA91020446.
56. C.A.Civ. y Com. E. R., "Continanza, M. D. - Weis, A. N. s/ Divorcio Vincular - Incidente de Autorización para viajar", Infojus: FA03080161.
57. C.A.P. y C., "Russo, J. J.; Cortez, J. J.; Carrizo E. E. y Rodríguez, H. J. s/

- Infracción art. 42/134 del Código Penal", Infojus: FA99280414.
- 58.** S.C.B.A., "F. del C., C. R. c/ A., E. N. s/Incidente de cesación de alimentos",
Infojus: FA98010577
- 59.** C.A.C y C. "Gómez, J. R. c/Farias, M. H. s/Desalojo por intruso", Infojus:
FA95013205.
- 60.** C.S.J.N "P., A. c/ANSeS s/pensiones", Infojus: FA11000089.C.S.J.N
"Rigamonti, C. A. c/AMSA S.A. s/indemnización por fallecimiento", Infojus:
FA11000171
- 61.** C.A.C y C. "Gómez, J. R. c/Farias, M. H. s/Desalojo por intruso", Infojus:
FA95013205.