



Vicerrectorado de Innovación, Investigación y Posgrado
Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia
Directora Adriana Warde

Trabajo Final

“Contratos entre cónyuges y autonomía de la voluntad”

Ab. Eloisa Ricotti Quevedo

Tutora: Mabel Moreno

2024

Tabla de contenido

| | |
|---|----|
| Introducción | 5 |
| Capítulo 1 | 10 |
| 1.1. Cuestiones preliminares | 10 |
| 1.2. Las Familias | 10 |
| 1.2.1 Constitucionalización del derecho de familia | 12 |
| 1.2.2 Principios del Código Civil y Comercial en el Derecho de Familia | 12 |
| 1.2.3 Principio de pluralidad o de libertad | 13 |
| 1.2.4 Principio de solidaridad familiar | 14 |
| 1.2.5 Principio de autonomía | 14 |
| 1.3 La contractualización del derecho de las familias | 15 |
| 1.4 Matrimonio | 15 |
| Capítulo 2 | 19 |
| 2.1. Cuestiones preliminares | 19 |
| 2.2. Régimen patrimonial del matrimonio | 20 |
| 2.3 Antecedentes históricos del matrimonio, implicancias en el régimen patrimonial | 21 |
| 2.4 Regímenes típicos | 23 |
| 2.4.1. Régimen de Absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido | 23 |
| 2.4.2. Régimen de Unidad y de Unión de bienes o de administración y usufructo | 24 |
| 2.4.3. Régimen de comunidad | 24 |
| 2.4.4 Régimen de separación de bienes | 26 |
| 2.4.5 Régimen de participación de las Ganancias | 26 |
| 2.5. Régimen patrimonial en el derecho Comparado | 26 |
| 2.6. El principio de autonomía en el ámbito patrimonial del matrimonio | 27 |
| 2.7. Admisión y prohibición de mutar de régimen- autonomía de la voluntad | 28 |
| 2.8. Régimen patrimonial en el derecho Argentino | 28 |
| 2.8.1. Reforma del Código Civil | 29 |
| 2.8.2. El sistema Regional | 29 |
| 2.8.3. Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial Argentino -Orden Público | 29 |
| 2.9. La autonomía personal en el régimen patrimonial-Convenciones matrimoniales | 30 |
| 2.10. Disposiciones comunes a ambos regímenes (Comunidad y Separación) | 33 |
| 2.11. Posibilidad de optar por régimen patrimonial matrimonial y su conveniencia | 34 |
| Capítulo 3 | 36 |
| 3.1. Cuestiones preliminares | 36 |
| 3.2. Los contratos entre cónyuges. Inhabilidad especial | 36 |

| | |
|--|----|
| 3.3. Prohibición de contratar entre cónyuges. Opiniones | 40 |
| 3.4. Excepciones a la prohibición de contratar entre cónyuges | 44 |
| 3.4.1. Mandato entre cónyuges | 44 |
| 3.4.2. Sociedades entre cónyuges | 45 |
| 3.4.3. Contrato de trabajo entre cónyuges | 46 |
| 3.4.4. La situación en el derecho comparado | 47 |
| 3.4.5. Confrontación de la prohibición con la autonomía de la voluntad | 48 |
| 3.4.6. Proyecto de ley sobre la materia | 48 |
| Conclusiones | 49 |
| Referencias | 51 |
| Anexos | 55 |

Resumen

El trabajo analiza la prohibición de contratar entre cónyuges inmersos en el régimen de comunidad de bienes, establecida en el artículo 1002 inciso d) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. A pesar de los avances en derechos matrimoniales y la consagración de la autonomía de la voluntad como principio rector del Código Civil y Comercial, esta limitación resulta de algún modo contradictoria con los principios de igualdad y libertad plasmados en este Código.

Se examina en este trabajo la evolución del régimen patrimonial del matrimonio, desde su naturaleza patriarcal inicial hasta la igualdad jurídica actual entre cónyuges. Se plasman los antecedentes legislativos que prohibía ciertos contratos en la legislación anterior y las excepciones permitidas, se examina la redacción actual con una prohibición genérica y escasas excepciones.

Finalmente, se destaca la incongruencia del artículo 1002 inc d) ya que no está en consonancia con los avances legislativos en igualdad y autonomía. Aborda, además, la confrontación de la prohibición expresa de contratar entre cónyuges con el principio de autonomía de la voluntad expresamente plasmado en el Código Civil y Comercial. Como conclusión se plantea como solución la derogación del inciso que prohíbe la contratación entre cónyuges y por otro lado se expone la necesidad de informar adecuadamente a los futuros contrayentes sobre las implicancias de cada régimen patrimonial, para ejercer realmente su libertad de elección

Palabras clave: Contratos entre cónyuges, Régimen patrimonial del matrimonio, Autonomía de la voluntad, Igualdad jurídica, Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina.

Abstract

This paper analyzes the prohibition of contracting between spouses immersed in the community of property regime, established in article 1002 paragraph d) of the Argentine Civil and Commercial Code. In spite of the advances in matrimonial rights and the consecration of the autonomy of the will as a guiding principle of the current Civil and Commercial Code, this

limitation is somehow contradictory to the principles of equality and freedom embodied in this Code.

This paper examines the evolution of the patrimonial property regime of marriage, from its initial patriarchal nature to the current legal equality between spouses. The legislative antecedents that prohibited certain contracts in the previous legislation and the exceptions allowed are shown, and the current wording is examined, with a generic prohibition and brief exceptions.

Finally, the incongruity of article 1002, paragraph d) is highlighted, since it is not in line with the legislative advances in equality and autonomy. It also addresses the confrontation of the express prohibition of contracting between spouses with the principle of autonomy of will expressly embodied in the current Code. In conclusion, the repeal of the clause prohibiting contracts between spouses is proposed as a solution and, on the other hand, the need to adequately inform future spouses about the implications of each property regime, in order to really exercise their freedom of choice, is exposed.

Key words: Contracts between spouses, Property regime of marriage, Autonomy of the will, Legal equality, Argentine Civil and Commercial Code.

Introducción

Durante el transcurso de la historia el instituto del matrimonio evolucionó paulatinamente. Con el correr de los años los cónyuges conquistaron derechos y hoy se reconoce paridad entre ambos contrayentes. En la actualidad el matrimonio puede contraerse con personas de distinto o igual sexo.

El Código Civil y Comercial moderniza los derechos matrimoniales. El derecho argentino decide abandonar el sistema único y forzoso de sociedad conyugal para abrir camino hacia la autonomía de la voluntad.

A pesar de las nuevas conquistas y avances en derecho, el nuevo articulado prohíbe a los cónyuges contratar entre sí están inmersos en el régimen de comunidad de bienes, haciendo caso omiso a la autonomía de la voluntad principio rector del Código Civil y Comercial. Existe una taxativa prohibición pese a que los contratos son el instrumento por el cual dos o más personas se comprometen recíprocamente a respetar y cumplir condiciones y los cónyuges son dos personas que libremente eligen realizar su vida en común uniéndose con otra en matrimonio. El recorrido por la legislación histórica muestra que las posibilidades de contratar entre cónyuges fueron variando.

La evolución de la autonomía de la voluntad en la actualidad de nuestro país se ha ampliado y es defendida. El articulado prohíbe a los cónyuges dentro del sistema de comunidad de ganancias a contratar y no así a quienes eligieron el sistema de separación de bienes dentro del matrimonio, pero frente a esto se nos plantean nuevos interrogantes ¿Que diferencia a los cónyuges que eligen la separación o la comunidad frente a tercero? ¿Al momento de contraer matrimonio y escoger el régimen estamos verdaderamente informados de lo que representa la elección de cada uno y sus consecuencias jurídicas?

La diversidad de proyectos de familia está plasmada en el código, sin embargo existen limitaciones frente al régimen tradicional de poder contratar entre los cónyuges que será motivo de nuestra investigación.

La autonomía de la voluntad y la igualdad son tutelados en la legislación vigente logrado en la realidad de los hechos mayores expresados con la sanción del Código Civil y Comercial, pero pese a ello el legislador incorporó una norma con la prohibición de establecer contratos entre cónyuges, en el art. 1002 inc d.

A través de la historia de la legislación argentina se modernizan los derechos matrimoniales, se amplían, sin embargo se limita a los mismos al impedir contratar entre ellos, es por lo que se plantea en el marco de esta investigación la necesidad de entender cuál es el sentido de esta prohibición.

En el derecho comparado existe una marcada evolución de la autonomía de la voluntad como rectora de relaciones jurídicas que se deben proteger.

Las nuevas normas generalmente acompañan la diversidad de proyectos de familia basados en la libertad y plena autonomía otorgando plenos derechos a quienes contraen matrimonio, sin embargo resulta interesante analizar la limitación de los mismos en la actualidad en nuestra legislación.

En el matrimonio partimos de la plena capacidad e igualdad de los contrayentes . Como expusimos se prohíbe la contratación expresamente en el Código Civil y Comercial y se permite sin embargo que los contrayentes celebren todos los tipos de sociedades. Se permite que cambien de régimen patrimonial durante la vigencia del matrimonio, lo que los eximirá de esta prohibición si optasen por el régimen de separación. Se plantea en el marco de esta investigación vislumbrar si es acertada la prohibición taxativa de contratación entre cónyuges su posible solución fáctica.

Es de gran interés comprender esta libertad perdida a fin de encontrar alguna solución jurídica que no estanque la evolución natural hacia la plena libertad, igualdad y autonomía que se manifiesta. Entender cabalmente lo planteado permitirá brindar soluciones ajustadas a derecho e incluso cuestionar en el caso que sea necesario al juzgador está taxativa imposibilidad.

La relevancia de esta investigación radica en esta limitación expresa a la autonomía de la voluntad. Una limitación parcial que diferencia, podríamos decir, que categoriza diferente a los cónyuges según el tipo de régimen patrimonial que eligen. Existen diversos casos en la práctica profesional que nos ponen al frente de esta temática para abordarla. Es necesario buscar una solución jurídica favorable. Es un tema actual que pone en pugna derechos adquiridos con el transcurso del tiempo y lo que se busca con esta investigación es tener un panorama amplio y claro de las posibilidades reales que tienen los cónyuges de contratar y en caso de no tener esa posibilidad buscar una alternativa viable para poder realizar los actos elegidos.

Es importante buscar alternativas al problema planteado. Los operadores jurídicos deben brindar herramientas jurídicas para realizar una asesoría integral que posibiliten campos de acción.

Resulta trascendente analizar la conveniencia o inconveniencia de contratar entre cónyuges en el marco del Código Civil y Comercial evaluando cómo esta limitación contrasta con el principio de autonomía de la voluntad consagrada en dicho cuerpo normativo, lo que se plantea como objetivo general del presente trabajo para luego adentrarnos en objetivos específicos: evaluar cómo se interpreta y aplica el principio de autonomía de la voluntad en el contexto de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, analizar los regímenes patrimoniales matrimoniales para diferenciarlos, reflexionar sobre la prohibición de contraer entre cónyuges que es específica para los cónyuges inmersos en el régimen de comunidad, analizar esta prohibición en la historia; caracterizar los diferentes tipos de contratos permitidos entre cónyuge y su alcance, comprender cómo contrasta esta prohibición con la autonomía de la voluntad y su crítica.

La temática es relevante y actual, es analizada a partir del dictado del Código Civil y Comercial del año 2015, aún no existe una gran cantidad de jurisprudencia al respecto pero la doctrina es más extensa e interesante. Se realizó una revisión exhaustiva de la legislación vigente, doctrina sobre el tema elegido

Es un trabajo novedoso ya que aborda un tema que intentó ser resuelto por el legislador, pero que quedó a medio camino. En diferentes países se sigue avanzando sobre el tema y es actual e interesante y hacia donde los derechos de avanzada se orientan.

El trabajo de investigación que se llevó a cabo a través de un sistema metodológico permitió recopilar datos e indagar sobre la realidad donde está inserto el problema planteado. Se utilizaron técnicas e instrumentos acorde con la naturaleza de los objetivos planteados para poder así comprender y explicar la realidad que se expone.

Se utilizará la metodología cualitativa para recabar información para el desarrollo de este trabajo, se recolectó información para obtener datos claves y abordar el problema planteado. Se realizó una descripción de la problemática y con el método cualitativo se buscó obtener una conclusión que respalde los objetivos trazados que se está estudiarán y analizarán.

Según Ruiz Olabuena (2007) hablar de métodos cualitativos, en definitiva es hablar de un estilo o modo de investigar los fenómenos sociales en el que se persiguen determinados objetivos para dar respuesta adecuada a unos problemas concretos con los que se enfrenta la investigación.

Durante el proceso de investigación se abordó, a los efectos de llegar a una conclusión lógica un método deductivo, explicando cómo se comportan los instrumentos jurídicos a analizar en la generalidad para así analizar el problema planteado.

El trabajo se enfoca en una recopilación histórica y legal del estudio del instituto abordando las normativas que lo rigen y contrastándolas con las de otras naciones.

Se presenta el desarrollo del instituto a través de las modificaciones en la legislación y se examina la necesidad de implementar soluciones distintas a las planteadas por el legislador.

Frente al análisis descriptivo se abordan posibles soluciones con una conclusión final con consideraciones personales. Los objetivos particulares de esta investigación se orientan a la descripción y comprensión del problema abordado.

Capítulo 1

1.1. Cuestiones preliminares

Las familia como objeto de estudio del derecho de familia fue evolucionando en su estructura y por lo tanto con el transcurso del tiempo se modificaron las normas que lo rigen.

Encontramos así como los principios rectores de la evolución familiar acompañaron este proceso de cambios y son de importancia para comprender el trabajo en análisis.

El cambio de paradigma de la familia, nos lleva a visualizar la importancia de los principios rectores donde situamos a la autonomía de la voluntad dentro de estos. En la actualidad hablamos de las familias, abarcando así los distintos tipos de familias que son una realidad y vemos así como la autonomía de la voluntad atraviesa directamente este derecho, siendo preponderante en la evolución y los cambios de esta materia.

Profundizar sobre la autonomía de la voluntad de las familias implica enfocar el tema que abarca la propia reforma del derecho de familia y trasciende, involucrando así lo cotidiano y lo doméstico. La regulación del código prioriza a las familias, y a la democratización creciente de las estructuras y sus formas de organización económica, así como con el sistema de valores y principios que atraviesa toda reforma lo que han alcanzado un ansiado correlato en el derecho de las familias y el mundo específico del derecho matrimonial patrimonial (Molina de Juan 2014b).

Para fundamentar el trabajo nos basamos en la autonomía de la voluntad como principio rector del derecho de las familias por lo tanto del derecho patrimonial matrimonial , donde encontramos la institución del matrimonio como una decisión vital basada plenamente en la autonomía de la voluntad, donde se observan en principio derechos en expansión.

1.2. Las Familias

La familia es el primer agente socializador del ser humano, es una institución histórica y jurídica de gran arraigo a lo largo de las civilizaciones y culturas, su existencia es autónoma y natural. Las personas integran una

organización que tiende a satisfacer las necesidades humanas emocionales, de pertenencias, biológicas, asociativas, en general. La familia es el grupo social básico que ha existido en todas las culturas, podemos decir que es una estructura social, que parte del hombre que es un ser social por naturaleza.

Los individuos eligen permanentemente las conformaciones familiares que sus proyectos de vida definen. Cada persona debe poder decidir el estilo de familia que adopta. La elección de la forma de vivir es parte constitutiva del proyecto vital de cada uno lo que es respetado cada vez más por la legislación contemporánea. El derecho de familia o de las familias, abordará las regulaciones entre los integrantes vinculados jurídicamente: los deberes y derechos de los cónyuges, los deberes y derechos de los convivientes etc. (Lloveras & Ríos, 2018).

Actualmente no se habla de la familia sino de las familias apuntando a las modificaciones sociales culturales, económicas que llevaron a modificar la vida familiar y pluralizar los modelos de familia, priorizando la igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a la educación, al trabajo como necesidad para mantener el nivel de vida, la mujer fuera del hogar para aportar ingresos, lo que lo hace posible es la igualdad sexual, dejando de lado las relaciones de poder, de dominación de sumisión (Lloveras & Vilela Bonomi, 2016). Esta familia o estas familias son objeto de protección total, en tanto agrupan ciudadanos que titularizan singularidad de derechos fundamentales, que el Estado debe resguardar (Lloveras & Ríos, 2018).

Existe un cambio de paradigma con respecto a la familia donde se respeta la libertad y la pluralidad. El código civil y comercial actual, en consonancia con la evolución de las familias aparece como un Código de Valores y principios donde el centro de protección es la persona humana con un ordenamiento más flexible donde prima la autonomía de la voluntad. Se destaca en la actualidad una mirada respetuosa de la pluralidad y la diversidad destacando la autonomía y la libertad que todo individuo tiene para el diseño de su propia vida (Krasnow, 2019).

El Código Civil y Comercial de la Nación en consonancia con los avances en materia de libertades personales adecua la terminología en

sintonía con el nuevo modelo que consagra; flexibiliza los efectos personales y patrimoniales en las relaciones de pareja, se reconoce la socioafectividad como fuente de derechos, se valoriza la participación de los niños niñas y adolescentes en los procesos que los comprendan entre otras cuestiones de trascendencia.

1.2.1 Constitucionalización del derecho de familia

Existe un fuerte impacto de la constitucionalización del derecho civil y la incorporación de tratados internacionales en el Derecho de familia, el sistema jurídico debe tener como finalidad la plenitud de los derechos consagrados en la constitución y los tratados internacionales. El artículo 402 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dice expresamente:

Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en sentido liminar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (p.90)

El derecho de las familias debe entenderse desde una visión que comprenda los principios que iluminan el sistema de fuentes interno, como la igualdad que es un principio fundamental. El intérprete deberá correrse de estructuras rígidas debiendo tener en cuenta normas de fuente constitucional que empapan la problemática y posibilitan ampliar horizontes.

1.2.2 Principios del Código Civil y Comercial en el Derecho de Familia

Los principios son las normas directrices o los pilares donde se apoya todo el sistema del de las familias: el principio de pluralidad, el principio de solidaridad y el de autonomía

El traslado de estos principios al derecho de las familias se corresponde a la flexibilidad adoptada en la regulación de los institutos que regula, se los comprende desde una mirada integral de la persona en el entorno de la dinámica familiar y social. Se antepone la protección de la persona a la institución de la familia.

1.2.3 Principio de pluralidad o de libertad

Existen distintos tipos de familia que no encuadran en los esquemas rígidos pensados al momento del dictado del Código Velezano. La familia nuclear comparte el espacio con otros tipo de familia, estamos frente a una transformación social que se consolida en los hechos y en el derecho.-

Se debe incluir una actitud abierta a la inclusión y protección de otros tipos de familias. Un claro gesto es el cambio de la denominación de derecho de familia a derecho de las familias

A modo ilustrativo puede señalarse los tipos de familias que existen: familia nuclear matrimonial; familia nuclear extramatrimonial; familia ensamblada; familia monoparental; familia formada por la pareja casada sin hijos; familia adoptiva: familia creada a través del vínculo de la tutela, curatela, guarda, o de la socioafectividad

En los fundamentos de lo que en sus inicios fuera el anteproyecto de la reforma del Código Civil y Comercial, según Krasnow (2019) expresa:

La amplitud en los términos del art. 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la protección integral de la familia, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y de permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica, con bases en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo, las fundadas a partir de la unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de la unión anterior, habiendo o no hijos, las que aparecen reconocidas por la Ley 26.618. (p. 9)

Reconocer la multiplicidad de formas de familia no significa negar que esta sea el primer nivel de integración social del individuo, su escuela, su lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura y riqueza donde se puede satisfacer las necesidades fundamentales de las personas y complementar su personalidad con la unión con personas que la acompañan a afrontar las dificultades de la existencia (Kemelmajer, 2014b).

1.2.4 Principio de solidaridad familiar

El actuar libre y autónomo de las personas en la familia debe tener un encuadre en los valores y principios de base constitucional y convencional como 1-el interés superior del niño; b) principio de no discriminación e igualdad c) principio de identidad; d) solidaridad familiar e) interés familiar.

Según Krasnow (2019) se puede visualizar el contrapeso entre orden público familiar y autonomía de la voluntad y que se traslada al texto del Código Civil y Comercial de la Nación quedando plasmado en el principio de solidaridad familiar como el establecimiento de un régimen primario que responde a normas de orden público extensivo a todo el matrimonio; el deber de los convivientes de celebrar pactos que no sean contrarios al orden público, a la igualdad y a los derechos fundamentales de cualquiera de los miembros de la unión; la consagración del interés superior del niño entre otros (Krasnow, 2019).

1.2.5 Principio de autonomía

El término autonomía recién aparece en el Código Civil Argentino entrado el siglo XXI. Estaba citado en el artículo 152 ter, según la redacción impuesta por la Ley N° 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010 :

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía de la voluntad personal sea la menor posible (Zavalía, 2012, p. 53)

La autonomía de la voluntad está vinculada con el principio de reserva que consagra la Constitución Nacional en el art. 19 de la Constitución Nacional; esta autonomía exige su complementariedad con principios y valores constitucionales y convencionales como el interés familiar: interés superior del niño; protección integral de la familia: los que quedan amparado por el principio de solidaridad familiar (Krasnow, 2019).

El derecho de las familias abre y cierra sus puertas a la autonomía de la voluntad, las abre cuando reconoce la multiplicidad de manifestaciones de familia y las cierra cuando pone límites basándose en la protección de derechos, en ciertas oportunidades los límites interpuestos a la autonomía de la voluntad no protegen los derechos como se pretende y es cuando se abren los interrogantes sobre la conveniencia de limitaciones que en muchos casos pueden ser resueltos con otras herramientas jurídicas que el propio ordenamiento nos brinda para regular situaciones adversas.

1.3 La contractualización del derecho de las familias

La incidencia de la autonomía de los sujetos en materia de derecho de familia es un tema actual y trascendente.

La tendencia es a la contractualización del derecho de las familias; por esto se entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntades en la organización de las relaciones familiares (Kemelmajer , 2014a).

Dentro de esta marcada tendencia existen convenios obligacionales con valoración económica y también otro tipo de acuerdos que no son susceptibles de tener esta valoración-

La autonomía se vincula con la libertad, y la constitucionalización es la negociabilidad en el ámbito familiar. Cada cónyuge conserva sus libertades personales, como la libre expresión, la libertad religiosa, el derecho a la intimidad. el derecho a desarrollar su actividad laboral, el derecho de familia cede lugar al derecho de la vida familiar (Kemelmajer, 2014a).

1.4 Matrimonio

En el año 1871 el matrimonio era regulado por las leyes de derecho canónico manteniendo la normativa religiosa. En el año 1888 se sanciona el Matrimonio Civil según la Ley N° 2393 secularizando al matrimonio, permaneciendo indisoluble. La separación personal no importaba el divorcio vincular que llega en el año 1987 a través de la Ley N° 23.515, con anterioridad se sanciona la Ley N° 17.711 en 1968 donde se incorpora la

normativa que regulaba al matrimonio, el art. 67 bis de la derogada Ley N° 2393 que permitía el divorcio por presentación conjunta (prácticamente era separación personal porque no devolvía aptitud nupcial) .

La reforma del año 1968 fue significativa para los derechos de las mujeres donde se consagra la capacidad jurídica plena para la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado civil. En el año 2010 se sanciona la Ley N° 26.618 donde las uniones del mismo sexo tienen acceso al matrimonio, a partir de allí hablamos de conyuges y no de marido y mujer.

El matrimonio ha sufrido cambios a través de los procesos sociales e históricos de nuestro país comenzando con un derecho matrimonial primigenio, patriarcal y religioso para culminar con el de hoy impregnado de igualdad libertad y autonomía (Lloveras et al., 2015).

Las familias y el matrimonio poseen características de la posmodernidad, primando la realización del individuo que la compone.

El matrimonio deviene en un acto jurídico formal solemne otorgado por dos personas voluntariamente frente a la autoridad designada por la ley con competencia para recibirlo, mediante el cual sus integrantes contraen derechos y obligaciones derivados y destinados al desarrollo de un proyecto en común. (Lloveras et al., 2015, p 28)

El art. 402 del actual Código Civil y Comercial reza:

Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en sentido liminar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

La igualdad de la que se habla en el artículo transcrito proviene del art. 172 del Código Civil vigente hasta el 1 de agosto de 2015 que determinaba que el matrimonio tendría idénticos efectos y requisitos, con independencia que los contrayentes fueran del mismo o de diferente sexo (Belluscio, 2019).

El matrimonio entendido como acto, es el primer y significativo momento de afirmación de libertad y de toma de conciencia del

consentimiento en el ámbito familiar. El principio de igualdad es básico en el matrimonio

El anteproyecto del Código Civil y Comercial (2012) en sus Fundamentos, cuando trata el tema del matrimonio menciona:

La igualdad es un principio constitucional que campea entre el régimen jurídico matrimonial y su ruptura [...]. El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites. (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p.573)

La igualdad y la libertad son los principios rectores en el matrimonio en la dimensión personal y patrimonial en armonía con la visión convencional y constitucional. Se consolida de esta forma el matrimonio moderno sobre estos principios rectores, donde se elige el proyecto de vida común el que puede finalizar por el camino del divorcio.

Partiendo desde la capacidad de cada uno por comprender y decidir sobre las cuestiones relativas a su vida, el Código Civil y Comercial confiere algunos permisos a las parejas matrimoniales, que tienen su anclaje en la concepción igualitaria y en la dignificación de las personas

Lo que es de destacar de la reforma del Código Civil y comercial en las cuestiones patrimoniales-matrimoniales consistió en la apertura al ejercicio de la autonomía de la voluntad, que se manifiesta mediante:

- La posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales por la cual los futuros cónyuges, o los cónyuges opten por uno de los dos regímenes patrimoniales existentes en el Código Civil y Comercial.
- La facultad de modificar el régimen elegido inicialmente o el legal supletorio. (Molina de Juan 2014b)

Capítulo 2

2.1. Cuestiones preliminares

Luego de haber recorrido la evolución de las familias como objeto de estudio de derecho que nos convoca y enunciado los principios rectores del matrimonio, como la libertad y la igualdad; abordaremos el régimen patrimonial matrimonial donde se sitúa el tema de estudio de este trabajo. Nos servirá para comprender cómo existen normas directrices que regulan la vida de los esposos.

Es de importancia destacar la evolución del régimen patrimonial matrimonial en el tiempo para visualizar cómo el binomio hombre y mujer se fue amalgamando, dejando atrás a la mujer "incapaz", quien necesitaba la protección del marido para avanzar a un plano de igualdad donde prima en las decisiones de ambos la autonomía de la voluntad. Brindándoles la posibilidad de escoger en la actualidad el régimen patrimonial matrimonial en el que estarán inmersos, donde dicha elección tendrá diferentes consecuencias jurídicas las que son de trascendental importancia en el desarrollo de este trabajo.

El régimen patrimonial del matrimonio fue objeto de sucesivas modificaciones que se basaron principalmente en el avance de la igualdad primero del hombre y la mujer luego en matrimonio de igual o diferente sexo

Con la reforma del Código Civil y Comercial del año 2015 se busca permitir a los esposos regular con libertad las relaciones económicas entre ellos. Es trascendental para la elaboración del presente trabajo comprender la evolución de los regímenes patrimoniales del matrimonio donde hoy se le reconoce a los esposos la libertad de regular sus relaciones económicas y donde existe la posibilidad de elegir el régimen donde están inmersos, para luego abordar las posibles soluciones frente a la imposibilidad de contratar entre sí que está impuesta por el Artículo 1002 inc d del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.2. Régimen patrimonial del matrimonio

El proyecto de vida en común del matrimonio comprende relaciones patrimoniales entre estos y terceros. Así Malizia (2019) define el régimen patrimonial del matrimonio como: "el conjunto de reglas relativas a los intereses pecuniarios de los esposos durante el matrimonio, en el cual la administración y disposición de sus bienes están siempre sometidas a regímenes particulares". Según Arianna (2017) existe un rasgo que configura la unión marital: la comunidad de vida entre los esposos, y la presencia de una regulación de la economía familiar (p.1).

El matrimonio siempre necesita una regulación patrimonial en pos de las necesidades de la comunidad de vida que genera, y que de algún modo cercenan la libertad de la que gozaban los esposos antes de serlo. Estas regulaciones acompañaron los cambios socioculturales en el tiempo y acompañaron la evolución matrimonial aunque sin ser perfectos.

El régimen patrimonial del matrimonio implica ciertos límites a la autonomía de la voluntad, ya que se regula la propiedad y administración de los bienes que se aportan y adquieren con posterioridad así como las contribuciones a las cargas comunes.

Los regímenes patrimoniales son normas que establecen las reglas de juego por las que pueden actuar los cónyuges, como administrar sus bienes, contribuir a los gastos del hogar, las cargas comunes, como responder frente a deudas contraídas por ambos, la división de bienes al final del matrimonio (Lloveras, & Vilela Bonomi, 2016).

El Código Civil y Comercial en el Libro Segundo "Relaciones de Familia" tiene una diferencia sustancial con el Velezano ; admitiendo dos regímenes patrimoniales a opción de los contrayentes, el de comunidad de ganancias y el de separación de bienes; auspiciado por los principios de libertad y autonomía de la voluntad.

Esta posibilidad de opción entre regímenes y aplicación del régimen supletorio no fue siempre así, fue modificándose en el tiempo y acompañando los cambios y evolución del matrimonio .

2.3 Antecedentes históricos del matrimonio, implicancias en el régimen patrimonial

Durante la mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI se ha transformado el orden social y las mujeres han pasado a ser de ciudadanas incapaces a sujetos de iguales derechos .

La Ley N° 11.357 que entró en vigencia en 1926 fue la primera norma que amplió los derechos civiles de la mujer; si bien esta ley amplió derechos no derogó el artículo 55 del Código Civil, que definía a la mujer casada como incapaz de hecho relativa (inc 2), ni el artículo 57 que la subordinaba a la necesaria representación legal del marido (inc. 4).

El artículo 3 de esta ley establece que la mujer mayor de edad casada:

1. Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior .
2. Sin necesidad de autorización marital, puede:
 - a) Ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, oficio o empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente. La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción Juris tantum.
 - b) Formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de sociedades cooperativas.
 - c) Administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de bienes de los esposos.

Se presume que el marido tiene mandato para administrar los bienes de la mujer, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mientras la mujer no haga una manifestación de voluntad

contraria inscrita en un registro especial o en el de mandatos donde no lo hubiere.

d) Administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior, sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal.

e) Aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieron sus padres.

f) Aceptar herencia con beneficio de inventario.

g) Estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o la persona o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior.

h) Ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos y aceptar donaciones.

El art. 4-Durante el matrimonio la mujer puede con autorización judicial, disponer de los bienes propios del marido y de los bienes gananciales de la sociedad conyugal que el marido administre, para atender a la subsistencia y la de los hijos menores de 18 años cuando el marido se encuentre privado de la libertad por condena definitiva que lo recluye por dos años o más y no tuvieran la mujer y los hijos otros recursos.

Art. 5.- Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responder por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.

Art. 6- Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes.

Art. 7.-La mujer casada menor de edad tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad que para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido, cuando este sea mayor de edad. Cuando el marido fuere menor de edad o se negare a acordar su venia, la mujer necesitará la correspondiente autorización judicial. (Ley N° 11.357, 1926, párr. 1-20)

Con la llegada de la Ley N° 11.357 (1926) se amplían los derechos de la mujer pero el marido conserva la superioridad frente a ella, falta todavía para llegar a la igualdad entre ambos.

Posteriormente entra en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con modificaciones sustanciales en lo que se refiere a el Régimen patrimonial del matrimonio, regulando dos regímenes distintos; comunidad de ganancias y separación de bienes (Malizia, 2019).

2.4 Regímenes típicos

Siguiendo a Arianna (2017) es complejo establecer una clasificación rigurosa de los tipos de regímenes que existen; por lo que en su obra clasifica a los regímenes típicos sin perjuicios de las adaptaciones de cada legislación positiva:

2.4.1. Régimen de Absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido

En virtud del mismo se transfería el patrimonio de la mujer al marido el que podía disponer de este, era una consecuencia lógica del sometimiento de la mujer al marido, este tipo de régimen ha quedado obsoleto pero era una realidad imperante en los siglos pasados.

Este régimen rigió en el derecho romano, y en el germanico y del common law (Krasnow, 2019).

2.4.2. Régimen de Unidad y de Unión de bienes o de administración y usufructo

El régimen de unidad es una variante del régimen anteriormente descrito, se transmiten de la misma forma los bienes de la mujer al marido pero al momento de la disolución el marido o sus herederos deben devolverle el valor de lo recibido

En el de unión los cónyuges conservan la propiedad pero el marido adquiere la administración y los bienes de la mujer hasta la disolución del matrimonio cuando el marido o sus herederos los deben restituir en especie (Arianna, 2017).

2.4.3. Régimen de comunidad

Como dice Arianna (2017) "se suele afirmar que los sistemas de comunidad son los que mejor se adecuan a la unión conyugal, así como comparten la vida, comparten las ganancias producto del esfuerzo común derivado del trabajo doméstico y extradoméstico; incluso desde una perspectiva de género es el que más protege a la mujer sobre todo en países donde la igualdad jurídica no se traduce en igualdad de distribución de roles domésticos ni de acceso al mercado laboral" (p.9).

Como característica principal de este régimen se forma una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus herederos al momento de la disolución del mismo (Malizia, 2019, p. 31).

Modalidades de regímenes de comunidad

Según la extensión

Comunidad Universal:

Como rasgo principal Comprende todos los bienes de los esposos los que tenían antes y después del matrimonio cualquiera fuera su origen no hay más que bienes comunes, dependiendo el país que lo haya puesto en práctica puede tener variantes.

Comunidad de muebles y ganancias:

Este tipo está conformada por todos los bienes muebles de los esposos los llevados al matrimonio como los adquiridos con posterioridad a ello se le suman los inmuebles adquiridos luego del matrimonio a título oneroso y las ganancias obtenidas en el mismo periodo , en general queda fuera de esta masa los inmuebles adquiridos por permuta de un bien propio o reinversión de bienes propios anteriores al matrimonio.

Comunidad de ganancias:

“La comunidad se integra por lo adquirido o ganando a título oneroso por cualquiera de los cónyuges luego del matrimonio o de la entrada en vigencia de este régimen, incluso los frutos del trabajo y renta de bienes propios : por lo general los esposos conservan los bienes muebles e inmuebles propios” (Arianna, 2017, p.11). Este era el régimen de nuestro antiguo código Civil.

Según el modo de gestión

Administración Marital:

En este tipo de administración el marido administraba y disponía los bienes comunes y los de la mujer, se corresponde con el el estatus de la incapacidad de la mujer

Administración separada:

Mientras duraba el matrimonio los esposos administraban y disponían de su patrimonio propio como el ganancial que hubiesen adquirido. Al momento de disolver el régimen se liquidan los comunes sin importar quien los adquirió (Arianna, 2017).

Administración conjunta:

Los bienes comunes quedan sujetos a la gestión y disposición conjunta de ambos cónyuges

Administración indistinta:

Los actos de administración y disposición sobre bienes comunes los pueden realizar cualquiera de los cónyuges exigiendo en casos la conformidad del otro para actos de mayor trascendencia.

2.4.4 Régimen de separación de bienes

Los cónyuges tienen plena libertad para celebrar actos de administración y disposición sobre los bienes que integran su patrimonio y responden con ellos por las obligaciones que contraigan frente a terceros (Krasnow, 2019).

Su característica principal es que cada uno de los cónyuges tiene la propiedad, administración y goce de los bienes anteriores al matrimonio o de los que adquiera después del mismo por cualquier título así como sus frutos y rentas; son dos patrimonios independientes.

2.4.5 Régimen de participación de las Ganancias

Este es una combinación entre el régimen de comunidad y de separación de bienes. Durante el matrimonio no se forma una masa común, sino dos masas diferentes con titularidad de cada uno de los cónyuges. Al momento de la disolución nace un derecho de crédito a favor de un cónyuge contra el otro con el objetivo de equiparar las ganancias entre ambos.

Para determinar el monto de dicho crédito se debe establecer la diferencia entre los incrementos patrimoniales de cada uno de los cónyuges descontando del patrimonio final de cada uno el patrimonio inicial. Luego de establecer las diferencias el que ganó menos tiene derecho a un crédito por la mitad de la diferencia del que ganó más (Arianna, 2017).

2.5. Régimen patrimonial en el derecho Comparado

Existen en España tres tipos de regímenes económicos o patrimoniales matrimoniales que llaman régimen económico conyugal a saber el régimen de gananciales, el de separación de bienes y el régimen mixto o de participación que casi nunca se ha utilizado. El régimen llamado de gananciales es el régimen económico conyugal por defecto en España, a

menos que se especifique lo contrario en el contrato matrimonial. En este todos los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio se consideran gananciales y por lo tanto son propiedad de ambos cónyuges en conjunto. Al momento del divorcio los bienes se dividen equitativamente

En Cataluña y en Baleares Aragón Islas Baleares y País Vasco régimen supletorio o sea por defecto será el de separación de bienes (Malizia, 2019). Por lo tanto si una persona no quiere que el régimen sea el supletorio debe estipular en la notaría, en lo que se llama capitulación matrimonial.

En España al igual que en nuestro país existen una serie de reglas generales aplicables a cualquiera sea el régimen elegido o aplicado.

En Italia existen dos regímenes el de Comunidad y el de separación de los bienes en ausencia de acuerdo entre los cónyuges será el de comunidad el que rija entre los cónyuges. "La elección del régimen de separación puede ser hecha al momento del matrimonio antes o después con un notario" (Malizia, 2019, p. 35).

2.6. El principio de autonomía en el ámbito patrimonial del matrimonio

Existen tres sistemas en el derecho comparado donde se puede vislumbrar mayor o menor campo de participación de la autonomía de la voluntad

Sistema legal imperativo

"Es la ley la que define el régimen imperativo e inmutable, quedando relegado el principio de autonomía . Este sistema regía en nuestro país en el Código Civil anterior. Sigue rigiendo en Rumania, Bolivia y Cuba" (Krasnow, 2019, p.20).

Sistema Convencional no pleno

Es el actual sistema que rige en nuestro país, el que faculta a los cónyuges a optar entre los regímenes previstos y ante la falta de elección

se aplica un régimen supletorio; por lo general el régimen supletorio es el régimen de comunidad de ganancias. Además de nuestro país podemos citar entre otros a España, Brasil, Paraguay y Chile entre otros.

Sistema Convencional pleno

La ley delega en el matrimonio la posibilidad de regular libremente sus relaciones patrimoniales. Se faculta a los cónyuges a elegir el régimen al que sujetarán sus relaciones patrimoniales y se los habilita a diseñar ciertas normas que regulen en régimen escogido, se impone en países como El Salvador, República Dominicana y Nicaragua entre otros. (Krasnow, 2019, p. 21)

2.7. Admisión y prohibición de mutar de régimen- autonomía de la voluntad

Existen en derecho comparado dos criterios legislativos: algunos países donde las normas declaran que el derecho de opción no se agota en un solo ejercicio, y otros que concretan la elección antes o al momento de celebrar el matrimonio, previendo así los primeros la posibilidad de cambiar reuniendo algunas condiciones, mientras que el otro grupo tiene vedada esa posibilidad. El principio de inmutabilidad fue adoptado por el Código de Napoleón y de él paso a la mayoría de las legislaciones de los países occidentales, sin embargo en Francia ha desaparecido en la reforma introducida en 1965 que admite el cambio de régimen con ciertos requisitos (Malizia, 2019, p.33)

2.8. Régimen patrimonial en el derecho Argentino

El Código Civil Velezano había adoptado el régimen de comunidad como sistema único legal e inderogable. En cuanto a la administración de la masa ganancial antes de la reforma del año 1926 la mujer era una incapaz relativa y por lo mismo la gestión estaba en manos del marido (arts. 1276,1277), esta administración comprendía la masa común y los bienes propios de la mujer con escasas limitaciones.

La reforma de 1926, la Ley N° 11.357, le confiere a la mujer casada la administración de los bienes gananciales adquiridos con su trabajo personal y de sus bienes propios (art. 3 inc 2a, 2c).

Posteriormente en el año 1968 se puso fin a la incapacidad civil de la mujer modificando los artículos 1276 y 1277; se admite un régimen de administración separada con ciertas restricciones.

2.8.1. Reforma del Código Civil

Recapitulando, en los últimos años la familia fue evolucionando y el rol tradicional del marido o la familia patriarcal fue cediendo y abriendo lugar a nuevos tipos de familia. La mujer no solo se dedicaba a tareas domésticas sino también comenzó a ser generadora de recursos, este proceso fue acompañado paulatinamente con las legislaciones comparadas para aproximarse entrado el siglo XXI a nuestro país.

En marcada sintonía con la tendencia dominante en el derecho comparado, nuestro Código Civil y Comercial adopta el sistema convencional no pleno dejando atrás la rigidez del sistema legal imperativo antes impuesto.

A pesar de esto, el principio de la autonomía de la voluntad no es pleno sino que se produce un acople entre este y el de solidaridad para responder así a la protección del interés familiar

2.8.2. El sistema Regional

Según Arianna (2017) la reforma aproxima nuestro derecho interno al de los países integrantes y asociados del Mercosur, salvo Bolivia donde rige un sistema único de comunidad de ganancias, el resto de los países miembros admiten la elección del régimen de bienes.

2.8.3. Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial Argentino -Orden Público

Desde su regulación originaria hasta la sanción del actual Código Civil y Comercial, el régimen patrimonial matrimonial de la Argentina fue

sufriendo varias modificaciones. Dejó atrás el estilo patriarcal de las familias con estructura jerárquica donde la mujer se concentraba en la organización del consumo, labores domésticas y atención de los hijos. Argentina acompañó un proceso global con un sinnúmero de sociedades occidentales, estas transformaciones tuvieron la impronta de la igualdad de los esposos. (Kemelmajer et al. , 2014)

El sistema patrimonial del matrimonio es de orden público, por lo que los cónyuges deben someterse a los regímenes previstos en el Código Civil (Malizia, 2019). En nuestro código quienes vayan a contraer matrimonio pueden elegir entre los regímenes que establecidos, el de separación de bienes o el de comunidad, en caso de no escoger un régimen supletoriamente se aplicará el de comunidad de ganancias

Existen juristas defensores de un único régimen, el de comunidad, propiciando que este era el único que protegía verdaderamente los derechos de los cónyuges. Las circunstancias se fueron modificando sensiblemente, pensando en la pluralidad familiar y los diversos tipos de familia. La elección de separación de bienes puede resultar la mejor elección en algunos casos como en otro puede serlo el régimen de comunidad, debiendo decidir los futuros contrayentes

Existen disposiciones comunes a ambos regímenes que constituyen el núcleo duro del orden público interno con respecto a los bienes del matrimonio. Como sostiene Krasnow (2019), el nuevo Código Civil y Comercial en sintonía con la tendencia dominante introduce un régimen basado en el sistema convencional y logra establecer una alianza entre dos principios que necesariamente deben interactuar en el ámbito patrimonial matrimonial que son el principio de autonomía y el de solidaridad familiar.

2.9. La autonomía personal en el régimen patrimonial-Convenciones matrimoniales

En nuestro Código Civil y Comercial dentro del régimen patrimonial del matrimonio se puede ejercer plenamente la autonomía de la voluntad a través de las convenciones matrimoniales en donde la imperatividad se

limita a ciertas exigencias de formas que protegen a terceros y al patrimonio del otro cónyuge.

Las convenciones matrimoniales según Kemelmajer (2014a) son acuerdos pactos contratos o capitulaciones relativos al régimen de relaciones patrimoniales aplicable a la unión conyugal, pueden concretarse antes de la celebración del matrimonio donde los cónyuges determinan el régimen matrimonial o ciertos aspectos de su relación patrimonial regulando sus intereses pecuniarios ,para la duración del matrimonio o para la disolución . Pueden concretarse también con posterioridad a la celebración para modificar algunas o todas las reglas del sistema económico vigente hasta el momento.-

Según Krasnow (2019), el Código Civil y Comercial de la Nación le asigna a las convenciones matrimoniales naturaleza contractual, definiendo que son actos jurídicos que nacen de un acuerdo de voluntades entre dos personas próximas a casarse y ya casadas con el propósito de regular cuestiones que vinculan con el objeto o los objetos que hacen a su contenido; asignando así naturaleza contractual a todas las convenciones sin distinguir conforme los objetos permitidos

Las convenciones prematrimoniales se encuentran contempladas en el art. 446 del Código Civil y Comercial de la Nación que dice:

Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los siguientes objetos:

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

Para Belluscio (2019), el el punto d) antes citado no se trata de una verdadera elección del régimen patrimonial particular, ya que la verdadera

opción será optar por la separación de bienes, pues el de comunidad de bienes será aplicado siempre de forma supletoria si no hacen la elección primero (p. 114).

La convención que puede celebrarse durante la vigencia del matrimonio o postmatrimoniales es la del cambio de régimen del Código Civil y Comercial, el que regula:

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

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicio por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocemos.

Para poder cambiar de régimen es necesario respetar las condiciones de forma y tiempo. Con respecto a la forma es clara la norma se realiza a través de escritura pública donde intervienen las partes y un escribano público más la publicidad registral para ser oponible a terceros y con respecto al tiempo tiene que haber transcurrido un año del régimen por el que se optó o si fue el de aplicación supletoria

Existen dos realidades; el matrimonio que decide mutar de la comunidad a la separación de bienes, en este caso la mutabilidad está comprendida dentro de las causas de extinción de la comunidad, en la convención que se realiza debe estar comprendida como paso previo a la mutación la manera de liquidar la masa común, definiendo los bienes gananciales que se adjudican a cada cónyuge. La otra realidad es el matrimonio que decide mutar de separación a la comunidad, en este caso el patrimonio particular de cada cónyuge pasa a constituir la masa de bienes propios de cada uno y luego los que ingresen con posterioridad serán propios o gananciales según

el carácter de los bienes según los art 464 y 465 del Código Civil y Comercial de la Nación. (Krasnow, 2019, p. 53)

2.10. Disposiciones comunes a ambos regímenes (Comunidad y Separación)

Como expresa Nallar (2015), El régimen patrimonial del matrimonio el régimen primario hace referencia a las reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades del hogar (p. 245).

A partir del artículo 454 del Código Civil y Comercial existen un conjunto de disposiciones aplicables a ambos regímenes. los que denominamos *Régimen primario* con él se busca paliar eventuales consecuencias disvaliosas en el regimen de separacion de bienes; está integrado por el a)deber de contribución; b)la protección de la vivienda familiar c) la responsabilidad solidaria.-

- a) Por deber de contribución se regula que la obligación de ambos esposos de contribuir , en proporción a sus recursos al sostenimiento del hogar y de sus hijos comunes. Se incluye a los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan con ellos (menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad).(Art. 455)
- b) Protección de la vivienda familiar. Se requiere el asentimiento para disponer de los derechos de la vivienda familiar así como para los inmuebles indispensables de esta
- c) Responsabilidad solidaria. Es la responsabilidad solidaria de los cónyuges contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. (Art. 46)

2.11. Posibilidad de optar por régimen patrimonial matrimonial y su conveniencia

En este capítulo se analizó como el Código Civil y Comercial amplia positivamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes otorgándoles la posibilidad de optar de régimen patrimonial matrimonial. No existe ya un único régimen forzoso como era anteriormente con el Código Velezano, donde solo existía el régimen de comunidad. Los contrayentes o luego siendo cónyuges pueden optar por el régimen de separación o el de comunidad, donde cada uno de ellos tendrá consecuencias jurídicas y económicas diferentes.

Para nuestro trabajo es de suma importancia analizar esta posibilidad y sus vicisitudes. Ya que es materia de esta investigación la imposibilidad de contratar entre cónyuges que se presenta únicamente frente a quienes están inmersos en un régimen de comunidad.

Entendemos que la posibilidad de optar por el régimen que organizara las relaciones económicas del matrimonio es de gran importancia. Hoy existe el pluralismo en las formas de organización familiar, por lo que no es concebible una única regulación para todas las familias. El proyecto de vida exige un ámbito de autonomía, sin pensar que por ello se vulnera derechos de terceros o contra los propios cónyuges

La autonomía no desampara a las familias, sea cual sea la opción de régimen elegido siempre existirá un piso mínimo inderogable para proteger derechos fundamentales

La igualdad proclamada entre los cónyuges confiere la razonabilidad en el ejercicio de la libertad para acordar cuestiones patrimoniales, porque hoy se entiende que ambos miembros de la pareja están en igualdad de condiciones para realizar acuerdos.

También fue desarrollada en este capítulo como la evolución de la historia fue dejando atrás el fantasma del aprovechamiento de uno de los esposos sobre el otro, considerándolos iguales, abriendo paso a la autonomía de la voluntad

La posibilidad de optar por el régimen patrimonial matrimonial es una solución buena para muchas familias, donde sería poco práctico que de manera imperativa se les imponga la comunidad de ganancias, se respeta las decisiones asumidas por quienes contraen matrimonio en materia patrimonial, abriéndole nuevo camino (Molina de Juan, 2014b).

La posibilidad de opción es un avance en la libertad económica de los cónyuges. Pero corresponde preguntarse si están los futuros contrayentes tienen la información necesaria o los conocimientos sobre lo que cada régimen patrimonial matrimonial implica para realizar la elección del mismo o tal vez no dimensionan la verdadera complejidad que requiere el análisis de cada uno de estos.

En la actualidad en Registro Civil y de Capacidad de la personas de la Provincia de Córdoba por Web (Ver Anexo I) se solicita, dentro de los requisitos para contraer matrimonio, marcar con una cruz el régimen patrimonial elegido, complejizando aún más el ítem de separación ya que en dicho acápite reza "En caso positivo deberá acompañar copia de la escritura certificada por escribano público para su inscripción en el acta de matrimonio". Seguramente la mayoría de los futuros contrayentes desconocen la complejidad de la elección y tienen su atención en otros aspectos de la vida futura y tal vez no le agregan a dicha elección el valor que verdaderamente tiene.

Consideramos que deben acompañarse a los cambios hechos claros y seguros que prevengan mayor litigiosidad y problemas a la hora de terminar lo que fue el proyecto familiar inicial que nos lleva a contraer matrimonio, por lo que resulta de gran importancia que los futuros contrayentes conozcan la implicancia de los regimenes patrimoniales matrimoniales.

Capítulo 3

3.1. Cuestiones preliminares

Luego de haber analizado cómo la autonomía de la voluntad se inserta en el derecho de las familias y como el instituto del matrimonio es atravesado por el mismo principio dando a los cónyuges la posibilidad de elegir el régimen patrimonial en el que estarán inmersos abordaremos la imposibilidad taxativa del Código Civil de contratar entre esposos.

Observaremos cómo llegamos a este negocio jurídico particular para luego reflexionar sobre la taxativa prohibición del código Civil de que los cónyuges que han optado por el régimen patrimonial de comunidad puedan realizar este acto jurídico bilateral y patrimonial.

Como expusimos en el capítulo anterior el sistema plasmado en el Código Civil y Comercial reconoce a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes, la posibilidad de optar por el régimen patrimonial matrimonial que regirá para ellos, sin embargo aparece esta limitación que si bien no fue planteada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial existe en la legislación actual

Analizaremos cómo fue evolucionando con el transcurso del tiempo esta limitación de los cónyuges de contratar entre sí. Describiremos las excepciones y las posibles alternativas frente a esta imposibilidad.

3.2. Los contratos entre cónyuges. Inhabilidad especial

Según el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), "contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" .

El encargado de otorgarle a estos contratos fuerza obligatoria es el artículo 959 Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

Expuesto esto, la fuerza vinculante de lo que regula la autonomía privada con los contratos se muestra libre y con la capacidad de autorregular sus propios intereses. Por lo que observamos que esta autonomía privada es creadora de relaciones jurídicas y es el ordenamiento jurídico el que se limita simplemente a reconocer a los particulares a dar vida a situaciones aptas para engendrar vínculos entre ellos; por lo que esta autonomía es fuente de normas que forman parte del ordenamiento jurídico mismo (Gherzi & Weingarten, 2017).

Uno de los presupuestos de validez de los contratos es la capacidad de los contratantes, un contrato es un acuerdo de partes y se presupone que quienes contratan son personas capaces.

El Código Civil y Comercial dispone al respecto del régimen de los contratos en el Capítulo 4 del Título II tres artículos:

- Artículo 1000 regula un efecto particular que se produce cuando se declara la nulidad por incapacidad de hecho de uno de los contratantes
- El Artículo 1001 contiene algunas consideraciones generales sobre la incapacidad para contratar
- El Artículo 1002 del Código Civil y Comercial enumera algunas inhabilidades especiales donde encontramos la prohibición de contratar entre cónyuges que nos ocupa-

Existen dos tipos de incapacidades: la de derecho y la de ejercicio. La incapacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos simples o actos jurídicos determinados.

Mientras la capacidad de ejercicio es la que una persona tiene para ejercer por sí misma sus derechos, la de derecho se refiere a su aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

La inhabilidad para contratar que estamos analizando, es una inhabilidad especial tal como la prevé el artículo 1002 inc d. Se prohíbe la contratación en interés propio; existe una prohibición genérica "no pueden contratar" por lo que la prohibición es amplia, para luego la norma autoriza

la celebración de ciertos contratos, esto ocurre por el principio de especialidad, en los casos que analizaremos más adelante.

Se permiten los contratos que se autorizan con una norma especial, en los casos que se celebre un contrato prohibido, este sería nulo de nulidad absoluta por lo que el acto no producirá sus efectos propios ; es ineficaz y lo es con efecto retroactivo volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de realizarse el acto anulado. (Sánchez Herrero, 2014)

3.2.1. Antecedentes

En el código derogado no existía un artículo donde se prohibiera todos los contratos entre cónyuges, existían normas separadas en el articulado donde taxativamente se prohibieron distintos tipos de contratos

- Artículo 1807 No se pueden hacer donaciones:1. Los esposos el uno al otro durante el matrimonio [.....].
- Artículo 1820- Las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos.
- Artículo 1358 -El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos.
- Artículo 1439 Los que pueden comprar y vender pueden adquirir y enajenar créditos por título oneroso, no habiendo ley que expresamente lo prohíba
- Artículo 1441 No puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre si el contrato de compraventa .
- Artículo 2831 No siendo fungible la cosa fructuaria ,no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, quien no la tenga para vender : o por contrato gratuito , quien no la tenga para donar.

Como puede observarse algunas disposiciones normativas prohibieron ciertos contratos como la donación , la compraventa y con ella la permuta, cesión de créditos, dación en pago, cesión de derechos hereditarios. Existen otros contratos permitidos de manera expresa o tácita , como el mandato las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, por último se

permitía el depósito, el comodato y el mutuo ya que no estaban prohibidos expresamente y no eran incompatibles con la administración separada .

En el código Velezano los cónyuges como personas capaces podían contratar con ciertas limitaciones; contratos prohibidos; realizar contratos que alteren el régimen de patrimonial o alterar el carácter ganancial o propio de los bienes; realizar contratos incompatibles con las características personales de la relación matrimonial (Rivera & Raganato, 2008).

Estas limitaciones se justificaban con diferentes argumentos por un lado se entendía que se impedía que uno de los cónyuges haga prevalecer su voluntad sobre otro, ejerciendo presión psicológica sobre el otro causando de este modo un vicio en el consentimiento. Respondía también a una protección a terceros por eventuales conductas dolosas. Se intentaba con estas primar dentro del matrimonio la solidaridad y cooperación, concordaba con el régimen imperativo patrimonial matrimonial y advertían sobre lo conflictivo de estos contratos por los conflictos de intereses que coloca a los cónyuges en situaciones de acreedores y deudores si deberían enfrentarse en posibles acciones judiciales (Rivera & Raganato, 2008).

Posteriormente la comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación suprimió las prohibiciones contractuales impone el Código vigente, para esta solo eran aplicables los principios y normas relativos a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de contratos

A pesar de la evolución real de los nuevos tipos de familia donde prima el proyecto de vida personal con anclaje en la concepción igualitaria de las personas no se vio reflejado en la sanción del Código Civil y Comercial sobre el tema que nos convoca.

El sistema diseñado por la comisión redactora se vio modificado antes de ser aprobado por la Cámara de Senadores lo que resulta discordante con la tendencia actual con los principios rectores en materia de familia que mostraban la adecuación a la realidad en la que se ve subsumida el proyecto de vida en común.

3.3. Prohibición de contratar entre cónyuges. Opiniones

El código Civil y Comercial de la Nación regula expresamente en el Artículo 1002 inc d , la prohibición de contratar entre cónyuges casados bajo el régimen de comunidad.

De acuerdo con el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación existe una prohibición expresa de los cónyuges a contratar entre sí; sin embargo establece una dualidad, los que no pueden contratar son los cónyuges bajo el régimen de comunidad de bienes mientras que los que optaron por el régimen de separación no tiene esta limitación .

Para Cruz Matteri y Brandone (2019) antes de abordar la temática de la contratación entre esposos obliga a realizar cómo se llega al negocio jurídico tan particular, quien lo entiende como un "acto jurídico mediante el cual dos personas o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (p.1).

En la redacción anterior del Código Civil y Comercial de la Nación, estaban permitidos algunos contratos como el mandato y la hipoteca, no existía una norma en contrario y según la gran mayoría de la doctrina también estaban permitidos, el mutuo la fianza, depósito, locación, comodato, entre otros.

En el anteproyecto del código Civil y Comercial actual, no existía tal limitación sino todo lo contrario pues si la justificación está dada por la posibilidad de vulnerar derechos de terceros esto se podría dar de igual manera si los mismos responsables pero con régimen separado decidieron contratar entre sí (Cruz Matteri & Brandone, 2019).

Según Molina de Juan (2014a) el régimen patrimonial del matrimonio fue objeto de sucesivas modificaciones y es incongruente mantener un sistema que por un lado reconozca a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes y por el otro límite que realicen contratos entre sí. Según la autora este agregado es desafortunado porque ignora sobre todo los principios de igualdad y de autonomía, implicando un

retroceso en la legislación sustituyendo la libertad contractual por la incapacidad

El Código Civil y Comercial de la Nación deja sin efecto el articulado anterior y retrocede, prohíbe la contratación entre cónyuges, es posible entre cónyuges realizar otros contratos que no le están vedados como el contrato de mandato, realizar sociedades y tener entre ambos contratos de trabajo que, si bien fue discutido en la doctrina y jurisprudencia, a través de un fallo de la corte fue posible que se demuestre con firmeza su posibilidad (Malizia, 2019).

El articulado actual impulsa frente a las relaciones familiares nuevas pautas, el primer acierto que lleva a poner como puntos de partida a los principios fundamentales como lo son la libertad, la igualdad y la solidaridad. Le da preeminencia a la autonomía de la voluntad restándole intervención al Estado esta es la impronta del nuevo código primando por sobre todas las cosas estos pilares dentro de las familias (Otero, 2015).

Según Gaviola (2019) sería importante la derogación de esta prohibición y para él no existen razones para su conservación. Esta postura es acertada porque la prohibición es absurda y debería eliminarse, ganando terreno las libertades individuales y la autonomía. Cuando se gana en libertad, muchas veces se pierde en seguridad jurídica, y viceversa. Lo ideal sería un equilibrio entre ambos conceptos, pero no siempre sucede esto. De la lectura de los fundamentos del Código Civil nuevo surge a las claras su inclinación hacia la autonomía de la voluntad, iba hacia un nuevo paradigma la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, este artículo es desprolijo dentro del sistema normativo.

Según Bossert y Zannoni (2016) la prohibición resulta criticable y es contraria al interés de los cónyuges, no podría ser locador de un inmueble de su cónyuge, por ejemplo, además la ley es contradictoria con la ley de sociedades que permite que se realice cualquier tipo de sociedades entre cónyuges, lo que es acabadamente cierto ya que se permiten iguales acciones en nuestra legislación pero no reguladas en el Código de Fondo.

Para Molina de Juan (2014b), la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes es la mejor respuesta para las familias argentinas, en las que la comunidad de ganancias imperativa resulta contraria a su funcionamiento; se discrepa con esta afirmación de la autora ya que en este país sigue siendo tradicionalista y son muy pocos los matrimonios que deciden -previo al matrimonio- optar entre la separación de bienes, por lo tanto no es la solución al problema abordado, todo lo contrario, es una solución de escasa utilidad con un fin lógico.

Resulta de gran incongruencia para Molina de Juan (2014b) sostener por un lado la libre administración y disposición de bienes para los esposos y por el otro lado poner un límite tan tajante como celebrar contratos entre sí argumento que se potencia además con la perspectiva de matrimonios del mismo sexo.

Krasnow (2019) rechaza la restricción y la dualidad dispuesta en la misma por ser incompatible con los principios de autonomía y de solidaridad del matrimonio expresados en el Código Civil y Comercial (p. 97).

Es incomprensible esta inhabilidad expresa agregada en el articulado sobre todo entendiendo que si uno de los fundamentos sería la protección a terceros existen las figuras de simulación o fraude previstas en el Código Civil, que resolvieron la posible vulneración de derecho de terceros, si es que a estos se los quiso proteger con esta prohibición.

Para Malizia (2019) esta prohibición de contratar entre sí resulta contradictoria a la postura asumida en los restantes institutos en los que prima la libertad y la igualdad (p. 43).

En definitiva la imposibilidad de contratar es una realidad entre los cónyuges sujetos al régimen de comunidad que no podrán realizar contratos que transfieran propiedad de bienes pero existen algunas excepciones tipificadas expresamente en el Código.

Si el fin de la norma era la protección jurídica de los derechos patrimoniales de terceros, podemos decir que protege a quienes ya estaban protegidos con otros institutos del derecho.

Como expresa Gaviola (2019) si esta hubiese sido la razón de tipificar la prohibición de contratar entre cónyuges, debería haber sido extensivo a los dos regímenes, tanto el de separación como el de comunidad.

No podemos pensar que los cónyuges inmersos en el régimen de comunidad son diferentes a los cónyuges que eligen el régimen de separación, se vulneraría entonces el principio de igualdad ante la ley.

La acción de fraude podría ser en todo caso la herramienta de protección de los terceros y la vía indicada para atacar a los terceros que se pudieran ver perjudicados con la maniobras fraudulentas entre cónyuges. Tampoco puede pensarse que los contratos son la única vía para defraudar a terceros.

En el caso de existir alguna acción de frustración de derechos por parte de los contratantes cónyuges para con terceros estos gozarán de ser posible la contratación de acciones ya prevista en la ley. Es por ello que la prohibición expresa atrasa y no permite a quien de buena fe quiere realizar un acto lícito. Pongamos un ejemplo: uno de los cónyuges no puede regalarle un inmueble al otro, pero sí puede constituir una sociedad con el dónde en la misma exista un patrimonio comprometido aún mayor al valor del inmueble que en el ejemplo pretende un cónyuge regalar.

En la historia de la legislación argentina, como analizamos, el fundamento de la prohibición de contratar entre cónyuges se sostenía anteriormente en la existencia de una parte más fuerte dentro del matrimonio podía imponerse frente al otro, existía un único régimen forzoso patrimonial del matrimonio. Antiguamente se temía que por vía contractual se defraudara a terceros. (Malizia, 2019). Con el Código actual se pensó que esto estaba superado, pero no fue así.

3.4. Excepciones a la prohibición de contratar entre cónyuges

3.4.1. Mandato entre cónyuges

En el Código anterior, el art. 1.276 permitía el mandato entre cónyuges de manera expresa; al igual que hoy el mandato está expresamente permitido entre cónyuges, al reformarse el Código Civil con la Ley N° 17.711, para administrar el patrimonio del otro cónyuge debía existir mandato apartándose entonces del mandato tácito que establece el art. 3 de la Ley N° 11.357.

El actual art. 459 del Código Civil y Comercial reza;

Uno de los cónyuges puede dar poder a otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el art. 456.

La facultad de revocar poder no puede ser objeto de limitaciones excepto la convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos. (p. 104)

Cada uno de los esposos administra y dispone de todos los bienes que son de su titularidad sin perjuicio de las disposiciones expresamente dispuestas por la ley; pero esta regla puede ser dejada de lado por opción de los cónyuges en razón del ejercicio de autonomía de la voluntad personal le otorgue un poder al otro cónyuge para que realice actos de naturaleza patrimonial respecto de sus bienes (Molina de Juan 2014b).

Si bien no está obligado a rendir cuentas; nada obsta a que convencionalmente se pacte que deban rendirse cuentas por el mandato conferido. El mandato otorgado es esencialmente revocable.

En el punto anterior es importante tener presente que la pérdida de confianza en el cónyuge puede acaecer de un momento a otro y los conflictos comenzar antes de que se extinga la comunidad y así como en este caso como en otros sería impensado estar atados a un mandato irrevocable que ahondan aún más en un posible conflicto familiar

Segun Gaviola (2019) la doctrina no diferencia entre mandato y poder, debiendo hacerlo ya que ambos institutos tienen naturaleza distinta el mandato es un contrato y el poder es una declaración de voluntad y los alcances de los mismos difieren ya que el primero se usa para una representación en general y el segundo para actos concretos ,por lo tanto los efectos son diferentes ya que el mandato exige rendición de cuentas y el poder no.

3.4.2. Sociedades entre cónyuges

Los cónyuges tienen aptitud para integrar cualquier tipo de sociedad entre sí. Según la Ley N° 19.550, "los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV" (art. 27).

Antes de la reforma del Código Actual los cónyuges sólo podían formar parte de sociedades de responsabilidad limitada y en comandita por acciones

Si bien el artículo 1002 inciso d) del Código Civil y Comercial es una norma indisponible donde se prohíbe la contratación entre cónyuges inmersos en el régimen de comunidad; el artículo 27 de la ley de sociedades comerciales es una norma especial que genera una excepción de carácter particular al régimen dispuesto por esta inhabilidad específica lo que fue sancionado por la misma ley 26.994 , donde debe entenderse sin distinción de regímenes patrimoniales que pueden los cónyuges constituir o integrar sociedades de todo tipo , importa una norma de excepción el régimen general de incapacidades-inhabilidades-.- de contratación que tienen los cónyuges entre sí en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Según el Artículo 1002 inc d), los cónyuges, bajo el régimen de comunidad no pueden contratar entre sí en "interés propio ". Para Efrain Hugo Richard (2017) "crear una nueva persona jurídica, en el caso sociedad, importa el interés en generar el nuevo centro imputativo. La causa es el advenimiento del contrato para desarrollar el objeto. Se refiere a una nueva categoría de contratos, no de cambio, sino de organización, donde las partes no tienen intereses contrapuestos sino que están en la misma posición jurídica, aunque puedan tener diferentes derechos."

Como podemos observar dentro del marco de una sociedad los cónyuges sin importar el tipo de régimen elegido pueden realizar el contrato de sociedad y a partir de allí diversos actos con la misma.

3.4.3. Contrato de trabajo entre cónyuges

Actualmente no existe una norma específica referida a la prohibición de celebrar contratos de trabajo entre cónyuges (Malizia 2019).

Es un tema discutido por la doctrina en incuso por la jurisprudencia donde algunos se centran en que la subordinación de la relación laboral es discordante con las relaciones personales entre marido mujer , mientras que otros piensan que la subordinación no es personal sino jurídica y económica, pues así no afecta los deberes derivados del matrimonio

Existe relación de trabajo cuando se presta servicios, hay subordinación económica, remuneración por los servicios y estos elementos se dan a favor de otra persona.(Rios, 2023)

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Segurotti, Luciana c/ Administración Nacional de Seguridad Social, 2002- Ver Anexo II). considera que no existe prohibición genérica de contratar entre cónyuges, ni específica de celebrar contratos de trabajo; por lo que si se acredita el vínculo laboral invocado, la efectiva realización de tareas y la realización de los correspondientes aportes al ente previsional no hay motivo para negar la prestación solicitada. Según expresa el fallo de la Corte, se deberán probar ciertos requisitos para la existencia de los mismos por lo que deberá analizarse el caso concreto.

Lo que le otorga fuerza a la posibilidad de realizar o sostener contratos laborales entre cónyuges está en el Artículo 23 de la Ley de Contratos de Trabajo (1974) donde en su redacción existe una presunción donde el hecho de prestar servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que se demuestre lo contrario.

3.4.4. La situación en el derecho comparado

El Código Civil Español establece que “los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos” (art. 1323). El derecho español común se inspira en el principio de libertad de contratación de los cónyuges; lo que es aplicable a toda clase de regímenes económicos

En los países más cercanos encontramos normas más restrictivas a frente a la contratación entre cónyuges como en el derecho peruano que en su Código Civil prohíbe la contratación entre cónyuges entre sí pero especifica en el mismo articulado que es respecto a los bienes de la sociedad (art. 312).

El Código Civil Paraguayo establece: “Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto a los bienes propios y de la comunidad pero podrán constituir o integrar las mismas sociedades con limitación de la responsabilidad” (Ley N° 1, art. 44).

En Bolivia, (prohibición de ventas entre cónyuges) El contrato de venta no puede celebrarse entre cónyuges, excepto cuando están separados en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 591, como se cita en Krasnow, 2019, p. 95).

En Chile se prohíbe expresamente el contrato de compraventa “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo de familia” (Código Civil, 2000, art. 1796).

En Ecuador el código dispone que “los cónyuges no podrán celebrar entre sí otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal y capitulaciones matrimoniales” (art. 218).

3.4.5. Confrontación de la prohibición con la autonomía de la voluntad

Existe una nueva realidad social y un principio de igualdad entre los cónyuges. El Código actual se inclina hacia la autonomía de la voluntad, sin dejar de observar la protección del orden público, se relata en el mismo la libertad de los cónyuges en la construcción del proyecto de vida y la ruptura matrimonial, ya sin meterse en los motivos, sino respetando la decisión de culminar el proyecto de vida en común con la voluntad y requisitos jurídicos.

Como señala Warde (2020), el principio de autonomía de la voluntad dentro de las relaciones patrimoniales matrimoniales se manifiesta en la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales; poder elegir el régimen o transcurrido un año mutar el mismo y contratar sin libremente si no están sometidos los cónyuges al régimen de comunidad.

Para poder llegar a un equilibrio dentro del derecho patrimonial matrimonial y la autonomía de la voluntad debe tenerse presente la igualdad ante la ley y tener siempre presente una mirada al sistema con perspectiva de género. Como hemos enfatizado en este trabajo las mujeres han dejado muy atrás a las normas que las consideraban incapaces de hecho relativas .

3.4.6. Proyecto de ley sobre la materia

En el año 2022 se ha presentado un proyecto de ley (Ver Anexo III) donde se propone modificar el artículo 1002, eliminando el inciso d. respecto a la imposibilidad de contratar entre cónyuges

El proyecto presentado por la diputada Marisa Uceda (2022) dentro de sus argumentos resalta: "La contradicción normativa descrita no encuentra sustento alguno, se basa en viejos conceptos que han sido ampliamente superados, especialmente por los avances legislativos que reconoció nuestro País en la primera parte de la década que estamos terminando."(p.11)

Conclusiones

En la actualidad se modernizaron los derechos patrimoniales matrimoniales; se abandona el sistema único y forzoso de sociedad conyugal para abrir camino hacia la autonomía de la voluntad.

A pesar de los nuevos avances, se prohíbe a los cónyuges contratar entre sí estando inmersos en el régimen de comunidad de bienes, dejando de lado sin sentido lógico a la autonomía de la voluntad, principio rector del Código Civil y Comercial de la Nación.

No debería estar coartada la libertad de contratación para los cónyuges que están inmersos en el régimen supletorio; esto es contrario a la evolución de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad.

Si los cónyuges han optado por la separación como régimen patrimonial, les está permitida la libre contratación; entonces si entendemos que esta prohibición rige para la protección de terceros debería pensarse que los cónyuges que eligen el régimen de separación no cometerían actos que defrauden a terceros por lo que no requieren esta prohibición; en cambio los que están inmersos en el régimen de comunidad si la necesitan; algo que a todas luces resulta incoherente. Podríamos afirmar que se reprende a quienes están inmersos en el régimen de comunidad por el simple hecho de elegir este régimen patrimonial.

Consideramos que el artículo 1002 inc d es un yerro del legislador, que debería ser modificado derogando este inciso. No puede reprender a quien opta por el régimen de comunidad, sin un argumento lógico, se destaca la incongruencia del artículo 1002 inc d) ya que no está en consonancia con los avances legislativos en igualdad y autonomía; así mismo, debemos rescatar la presunción de la buena fe en la celebración e interpretación de los contratos que en este caso estaría dejando de lado.

El régimen de comunidad, podemos decir, es el más común entre los contrayentes de nuestro país, carece de sentido coartar la libertad de contratación de los mismos donde esta posibilidad sería una herramienta para el desarrollo económico de su comunidad de vida, en la actualidad para

poder remediarlo deberían cambiar de régimen o tal vez conformar sociedades para realizar el negocio jurídico que deseen.

Reiteramos que este inciso debe ser derogado, es impensado continuar con esta prohibición para los cónyuges inmersos en el régimen de comunidad de bienes. Consecuentemente con el articulado del Código debe primar la autonomía de la voluntad de los cónyuges para organizar su proyecto de vida personal familiar y económica. No podemos pensar entonces que la solución sea el cambio de régimen.

Existe una contradicción con la redacción del Código Civil y Comercial donde se deja de lado la libertad contractual y la autonomía de la voluntad sin un sustento, y de este modo esta prohibición colisiona con el sistema de coherencia que el mismo Código Civil y Comercial propone en el Artículo 2, en especial con los valores de autonomía e igualdad que sustenta el ordenamiento.

Tal como esta prohibición lo expresa quienes no pueden contratar entre sí son los cónyuges inmersos en el régimen de comunidad, pudiendo hacerlos quienes hayan optado por el régimen de separación, el régimen de comunidad es el régimen supletorio. Si bien en este trabajo abordamos las implicancias de cada uno de los regímenes patrimoniales matrimoniales creemos que sería de utilidad para los futuros contrayentes tener conocimiento sobre lo que su elección implicaría.

Obsoletas quedaron ya otras prácticas donde al momento de contraer matrimonio se lee el articulado del código a segundos de plasmar la firma de los contrayentes. En razón de la importancia que implica la elección del régimen patrimonial matrimonial proponemos que se informe a los futuros contrayentes que significa cada uno de los regímenes y qué implicancias tienen cada uno de ellos. Esta información podría ser brindada por los Registros Civiles y de Capacidad de las personas de cada jurisdicción a través de un curso informativo on line que no requiera mayores recursos públicos, donde se explique en lenguaje claro a los futuros contrayentes lo que implica la elección de cada régimen patrimonial; y en caso de elegir uno u otro las consecuencias jurídicas. No existe verdadera libertad sin conocimiento.

Referencias

- Arianna, C. (2017). *Régimen patrimonial del matrimonio*. Astrea.
- Argentina. (2012). *Código civil*. Astrea
- Belluscio, C. A. (2019) *Matrimonio según el Código Civil y Comercial de la Nación*. García Alonso.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Astrea.
- Código Civil. *Artículo 218*. Registro Oficial Suplemento 46. 2005, 24 de junio. (Ecuador).
<https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/01/07.Código-Civil.pdf>
- Chile. Código Civil.(2000, 30 de mayo). *Artículo 1796*. Ministerio de Justicia de la República de Chile.
[/https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf)
- Cruz Matteri, J. I., & Brandone, M. M. (2019). *Prohibición de contratar entre cónyuges. La libertad contractual perdida*. Suplemento Especial. La Ley.
- Gaviola, F. (2019). *La prohibición de contratar entre cónyuges en interés propio, el régimen de comunidad de bienes. La necesidad de derogación de la norma*. La Ley.
- Gherzi, C. A., & Weingarten, C. (2017). *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*. (4a. ed.). La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014a). La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En M. Graham y M. Herrera (Dirs.). *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (pp.3-44). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
[http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/DERECHO%20DE%20LAS%20FAMILIAS%20completo%20digital%20\(3\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/DERECHO%20DE%20LAS%20FAMILIAS%20completo%20digital%20(3).pdf)

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014b). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino. *Revista Jurídica La Ley Vol. E*, 1267-1279.
- Krasnow, A. N. (2019). *Régimen patrimonial del matrimonio*. Erreius.
- Ley N° 1. *Reforma Parcial del Código Civil* . Paraguay. Artículo 44. 1985, 23 de diciembre. (Paraguay).
<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Civil-Paraguay-reformaparcial.html>
- Ley N° 20.744. *Contratos de Trabajo*. (Argentina) (20 de septiembre de 1974).<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/norma.htm>
- Ley N° 19550. (1984). *Ley de sociedades comerciales*. Artículo 27. B.O. 30/03/1984. (Argentina).
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>
- Ley N° 11.357. (1926). *Derechos civiles de la mujer*. (14 de septiembre de 1926), (Argentina). Argentina.gob.ar.
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11357-232934/texto>
- Lloveras, N. (Dir.), & Ríos, J.P. (Coord.). (2018). *Manual de Derecho de las Familias*. Tomo I. (2a ed.). Mediterránea.
- Lloveras, N. & Vilela Bonomi, M. V. (2016). *Regímenes matrimoniales patrimoniales en el Código Civil y Comercial. El régimen de comunidad y de separación de bienes; ¿Tienen algo en común?* . La Ley.
- Lloveras, N., Orlandi, O., & Faraoni, F. E. (2015). *El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Mediterránea.
- Malizia, R. (2019). *Derecho patrimonial en el ámbito del Derecho de Familia*. Rubinzal Culzoni.
- Molina de Juan, M. (2014a). Artículos 401 y 402. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras. (Dirs). *Tratado de Derecho de*

Familia Según el Código Civil y Comercial. Tomo I, (pp.557-680).
Rubinzal Culzoni.

Molina de Juan, M.F. (2014b). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges.* Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 17- LA LEY 2014-F, Cita Online: AR/DOC/4328/2014.

Nallar, F. (2015). *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial. Elección y Mutabilidad.* Cathedra Jurídica.

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.(2012). *Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nro 884-2012 - V Libro Segundo- Relaciones de Familia- Título 1 Matrimonio.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Infojus.
http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

Uceda, M. (2022). *Proyecto de ley: Modificación del artículo 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación.* Honorable Cámara de Diputados de la Nación -
<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF/2022/TP2022/0136-D-2022.pdf>

Otero, M. (2015). *Matrimonio. Disolución del Matrimonio. Régimen Patrimonial del Matrimonio. Uniones Convivenciales. Procesos de Familia.* Colección Nuevo Código Civil y Comercial VI. 1. Editorial Estudio.

Richard, E. H. (2017). *Sociedad entre cónyuges: luces y sombras del Código Civil y Comercial y la Ley de Sociedades.* Academia de Derecho.
<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/sociedadentreconyuges.pdf>

Ríos, M. (2023, 26 de junio). *El contrato de trabajo entre cónyuges desde la perspectiva del código civil y comercial.* Al Día. Microjuris.com.
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2023/06/30/doctrina-el-contrato>

-de-trabajo-entre-conyuges-desde-la-perspectiva-del-codigo-civil-y-comercial/

- Rivera, J. & Raganato, C. G. (2008). Usufructo a favor del cónyuge no titular. *Revista de derecho Privado y Comunitario*, 155-173. Rubinzal Culzoni.
- Ruiz Olabuena, J. (2007). *Metodología de la investigación cualitativa*. Serie Ciencias Sociales. Vol 15. Universidad de Deusto.
- Sánchez Herrero, A. (2014). Capacidad y legitimación contractual. En E. I. Saux, M. F. De Lorenzo & F. G. Santarelli (Dir.). *Estudios sobre capacidad y derechos personalísimos*, (pp.285-308). La Ley.
- Segurotti, Luciana c/ ANSeS s/ prestaciones varias. (26 de noviembre de 2002). Nro. Interno: S728, 374 20030207. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. . <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=529890&cache=1714233963167>
- Warde, A. M. (2020). La autonomía de la voluntad y el sistema patrimonial del matrimonio. Los contratos entre cónyuges. En F. E. Tavip (Dir.), P. Alonso del Río, J. P. Rios y D. Peninger (Coords.), *Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales*, (pp.65-93). Advocatus.
- Zavalía, R. (Comp.). (2012). *Código civil*. Zavalia.

Anexos

Anexo I: Ficha del Registro Civil y Capacidad de las personas de Córdoba

Anexo II: Fallo Segurotti

Anexo III: Proyecto de derogación del art. 1002



Régimen patrimonial del matrimonio

1- Opta por separación de bienes Si No

En caso positivo deberá acompañar copia de la Escritura certificada por escribano público para su inscripción en el acta de matrimonio.

2- Opta por la comunidad de bienes Si No

Firma contrayente 1: _____

Aclaración

Firma contrayente 2: _____

Aclaración



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 26 de noviembre de 2002.

Vistos los autos: "Segurotti, Luciana c/ ANSeS s/ prestaciones varias".

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó el fallo de la instancia anterior que había reconocido el derecho de la actora a obtener la jubilación ordinaria bajo el régimen de la ley 18.037 y señaló que los servicios que aquélla había prestado entre el 1° de marzo de 1986 y el 20 de agosto de 1991 en la metalúrgica "Franco Rizzato" no podían considerarse como trabajados en relación de dependencia por haber sido cónyuge del dueño.

Sin perjuicio de ello, el tribunal ordenó al organismo previsional que en un plazo de treinta días dictara una nueva resolución sobre la prestación solicitada, a cuyos efectos debía computar el período cuestionado como trabajado por cuenta propia. Contra este pronunciamiento, la parte actora y la ANSeS dedujeron sendos recursos ordinarios, que fueron concedidos y son, en principio, admisibles (art. 19 de la ley 24.463).

2°) Que los agravios de la demandante que se refieren al carácter de los servicios cumplidos en relación de dependencia de su cónyuge resultan justificados, pues, con las pruebas aportadas al juicio, aquélla ha demostrado el vínculo laboral invocado y los aportes al ente previsional correspondiente (conf. fs. 126 del expediente administrativo 024-27187007289-001).

3°) Que esta Corte, en su actual composición, no comparte la doctrina sentada en los precedentes de Fallos: 266:202; 276:383; 278:207; 288:375, 292:400, entre otros, según la cual no existiría posibilidad de relación laboral

entre cónyuges.

En efecto, por una parte en la legislación vigente no existe prohibición genérica de contratar entre cónyuges, ni específica de celebrar contrato de trabajo; por la otra, la independencia de los patrimonios —aun gananciales— de los cónyuges que estableció en primer término la ley 11.357 y perfeccionó la ley 17.711 (arts. 1276 y 1277 del Código Civil) permite perfectamente conciliar sus derechos y deberes en la órbita matrimonial con la relación de dependencia propia del mencionado contrato, que se limita a las actividades de la empresa. Por tanto, si —como en el caso— se acredita la efectiva realización de las tareas y la realización de los correspondientes aportes impuestos por la legislación previsional, no existen motivos para negar la prestación solicitada. Conclusión que es válida igualmente para el supuesto de vigencia de la sociedad conyugal como para el de separación judicial de bienes, en razón de que aquélla no es obstáculo a la referida independencia patrimonial.

4°) Que el memorial de la ANSeS contiene planteos genéricos que no rebaten en debida forma los fundamentos del pronunciamiento apelado, toda vez que señalan la insuficiencia de la prueba testifical para considerar acreditado el periodo laboral cuestionado, pero no se hacen cargo de las constancias documentales examinadas por la cámara, lo que lleva a declarar, en este aspecto, la deserción del remedio intentado.

5°) Que los restantes agravios esgrimidos por la administración respecto al art. 22 de la ley 24.463, han sido examinados y resueltos por este Tribunal en el precedente publicado en Fallos: 323:2632, por lo que deben ser rechazados.

Por las razones expresadas, con el alcance indicado, se modifica la sentencia. Costas por su orden (art. 21 de la ley

S. 728. XXXVII.
R.O.
Segurotti, Luciana c/ ANSeS s/ prestaciones
varias.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

24.463). Notifíquese y devuélvase. EDUARDO MOLINE O'CONNOR -
AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO
BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA



“2022 – Las Malvinas son argentinas”

Proyecto de Ley

La Honorable Cámara de Diputados de la Nación sanciona con fuerza de

LEY:

MODIFICACIÓN ARTÍCULO 1002

DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación el que quedará redactado de la siguiente manera: ARTÍCULO 1002.- Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados; b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido; Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo.

ARTÍCULO 2. De Forma.

FUNDAMENTOS:

Señor presidente:

El 28 de febrero 2011 fue dictado por la entonces Presidenta de la Nación Argentina Cristina Fernández de Kirchner el decreto 191, por el cual se dispuso la creación de una “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, designando como integrantes de ella a los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

El 27 de marzo de 2012, la Comisión hizo entrega a la Presidenta de la Nación del trabajo elaborado. El anteproyecto fue objeto de algunas reformas por parte del Poder Ejecutivo, siendo luego elevado a la Cámara de Senadores para iniciar su tratamiento legislativo, y vuelto a modificar por la Comisión Bicameral.

La sanción del Código Civil y Comercial Argentino, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, consagró el avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, aún en el ámbito del derecho matrimonial, ampliando el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y extinción de la unión matrimonial.

La nueva legislación civil revisa la concepción rígida que tenía la legislación decimonónica sobre las relaciones humanas familiares, contraria a la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos y con una fuerte tendencia a considerar todo de orden público. En este sentido, se introdujeron modificaciones de diversa índole a los fines de lograr una mayor armonía en la relación entre autonomía de la voluntad y orden público.

Así, los principales cambios en la materia son:

La modificación de los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Al regularse un régimen incausado de divorcio, se establecen como deberes morales la fidelidad y la cohabitación, ya que su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.

Regímenes patrimoniales: comienza a regir, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y confiere a los futuros o actuales cónyuges la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: el de comunidad o el de separación de bienes.

Establece normas inderogables por los cónyuges, comunes a ambos regímenes, destinadas a la protección de intereses familiares y del o la cónyuge más vulnerable, así como el deber de contribución, la protección de la vivienda familiar, el asentimiento del cónyuge no titular y las consecuencias de su ausencia, falta o negativa, el mandato entre cónyuges, la responsabilidad por deudas y la administración de cosas muebles no registrables.

Se enumeran cuáles son los bienes del régimen de comunidad considerados propios y gananciales, aclarando temas que eran controvertidos en la doctrina y jurisprudencia, como los llamados bienes mixtos; se introducen cambios en la prueba del carácter propio o ganancial de los bienes, para su oponibilidad a terceros; se modifica la regulación sobre las deudas de los cónyuges; se regula el cálculo de la cuenta de recompensas una vez extinguida la comunidad, incluido el supuesto de la participación en sociedades o fondos de comercio.

Se regula especialmente la gestión de los bienes en el régimen de comunidad, según sean bienes propios, gananciales o adquiridos conjuntamente. Se dispone la inoponibilidad de los actos otorgados por uno de los cónyuges con el fin de defraudar al otro cónyuge.

Se establece la aplicación de las normas del mandato o la gestión de negocios cuando un cónyuge administra bienes del otro sin mandato expreso.

Se prevén nuevas causas de extinción de la comunidad. Se establece que la retroactividad de dicha extinción, la que se produce al día de la notificación de la demanda o petición conjunta en los supuestos de anulación, divorcio o separación de bienes; y se aclara que, si precedió una separación de hecho a la anulación del matrimonio, la sentencia tiene efectos retroactivos a la fecha en que se produjo la separación, dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

Se regula la indivisión pos comunitaria. Los cónyuges pueden acordar libremente las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos.

El régimen de separación está presidido por el principio de libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge; con las limitaciones previstas por las normas inderogables por voluntad de los cónyuges, referidas a aquellos actos que requieren asentimiento, vivienda familiar, mandato, responsabilidad, administración y disposición de bienes muebles no registrables y deber de contribución.

Asimismo, se establecen en otros libros del código Civil y Comercial, reglas respecto de la planificación del patrimonio familiar, indivisión o conservación de la empresa familiar, partición por ascendientes, se otorga una mayor autonomía para disponer de los propios bienes, instituye una reducción en las porciones legítimas.

Sobre el tema específico de contratación entre cónyuges el Código Civil Velezano, no contenía una norma general específica que prohibiera la contratación entre cónyuges ellos, sino que establecía prohibiciones o incapacidades de derecho en algunos contratos determinados. Aquellos contratos expresamente prohibidos eran:

Donación. El artículo 1807, inc. 1, Código Civil Velezano, disponía que “no pueden hacer donaciones los esposos el uno al otro durante el matrimonio”, y el artículo 1820 añadía que “las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos”. La prohibición era absoluta, pero comprendía sólo las donaciones, y no las liberalidades que enunciaba el artículo 1791.

Compraventa. El artículo 1358, del Código Civil derogado, consagraba la prohibición expresando: “El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos”.

Permuta. El artículo 1490, del Código Civil de Vélez, disponía que “los que pueden comprar y vender, pueden adquirir y enajenar créditos por título oneroso”, y el artículo 1441 añadía que “no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compraventa”.

A su vez, se encontraban expresamente permitidos, el contrato de mandato y la constitución de Derecho Real de Hipoteca. La posibilidad de celebración entre cónyuges de algunos contratos fue discutida por la doctrina, y finalmente fueron aceptados como posibles por la gran mayoría de los autores, como los contratos de mutuo, fianza, depósito, locación, comodato, etc.

La prohibición de contratar entre cónyuges descripta encontraba su fundamento en evitar que el más fuerte de los esposos impusiera condiciones al otro por medios persuasivos o disuasivos; la existencia de un único régimen, legal y forzoso, patrimonial del matrimonio, y la posibilidad de que por vía de los contratos se pudiera defraudar los derechos de los acreedores.

Cabe analizar los fundamentos de párrafo anterior a la luz de la normativa vigente en esa época, y por lo tanto tener presente que el Código de Vélez originalmente disponía en los artículos 55 y siguientes que la mujer casada era incapaz de hecho relativa, sujeta a la representación del marido, pero no a la representación promiscua del Ministerio Pupilar. Con la Ley 11.357 de 1926, Ley de Derechos Civiles de la Mujer, se terminó con la incapacidad civil de la mujer soltera, viuda y divorciada pero no derogó el artículo 55 del Código Civil, continuando con la categorización de las mujeres casadas como incapaces de hecho relativas, si bien les reconocía el ejercicio de algunos derechos para los que no quedaron sometidas a la autorización o representación del cónyuge, pero, como ya dijimos, no les reconocía la capacidad civil plena. Con la sanción de la Ley 17.711, de 1968, se reconoció legalmente la plena capacidad de las mujeres mayores de edad, distinción de estado civil.

El Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, contemplaba la posibilidad de la libre contratación entre cónyuges que hubieran optado por uno u otro régimen de regulación patrimonial matrimonial. Resultaban aplicables los principios generales de capacidad a la celebración de este tipo de actos jurídicos, lo que implicaba una evolución normativa, fundada en el nuevo paradigma del derecho civil consagrado por la legislación argentina.

El anteproyecto preveía en el artículo 1001 el mismo texto que finalmente se aprobó. Mientras que en el artículo 1002 regulaba las inhabilidades especiales, imponiendo en una norma general, una regla que se encontraba dispersa en los artículos 1160, 1161, 1442 y 1443 del Código de Vélez, en consonancia con el cambio de paradigma del derecho civil argentino, y la ampliación de la autonomía de los sujetos de derecho, disponía textualmente:

“No pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes cuya administración o enajenación están o han estado encargados; b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados a procesos en los que intervienen o han intervenido; c) los abogados y procuradores, respecto a bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido”.

Este artículo fue alterado en su redacción por un agregado que hiciera en su dictamen final la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación creada por Resoluciones de la Honorable Cámara de Diputados y el Honorable Senado de la Nación, la que incorporó el inciso “d” y el último párrafo, el que bien podría haber sido dispuesto como inciso “e”.

Respecto de la incorporación del inciso “d”, el fundamento en el dictamen de la Comisión Bicameral es muy escueto y sostiene que: "La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión".

El Código Civil y comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, establece en el artículo 1001 la regla general a aplicar a los supuestos de inhabilidades para contratar en los casos en que se encuentren impedidos de hacerlo por disposiciones especiales. Ello no sólo comprende las situaciones previstas en el artículo 1002, sino también otros supuestos normativos, como los artículos 1341, 1348, 1535, 1676, del Código Civil y Comercial, o los artículos 32, 133 y 271 de la Ley General de Sociedades.

En resguardo del orden público y para evitar que determinados sujetos puedan aprovecharse de las ventajas que puede darle una posición pública o privada con relación a intereses ajenos, se establecen supuestos específicos de inhabilidades para contratar. Ellas pueden considerarse comprendidas en el concepto amplio de la habitualmente denominada “incapacidad de derecho”, expresión sin adecuado rigor técnico que da cuenta de un supuesto en el que una persona que no padece ninguna limitación para actuar y decidir por sí lo mejor para sus intereses, se ve impedida de hacerlo en determinados supuestos concretos.

En los primeros tres incisos del artículo 1002, las inhabilidades se fundan en la relación de poder en la que se encuentran los sujetos con respecto a los bienes objeto de la prohibición, siendo los bienes jurídicos tutelados y protegidos por estas inhabilidades: la comunidad en el caso del inc. “a”; las partes de un proceso judicial, arbitral o de mediación en el caso del inc. “b”; y para los clientes o contrapartes de abogados y procuradores en el caso del inc. “c”.

Entre las críticas doctrinarias mayoritarias que ha recibido este artículo, se encuentran: el establecimiento de la inhabilidad sin plazo, y la aplicación a todo tipo de contratos y bienes, críticas especialmente referidas a los tres primeros incisos.

Respecto del inciso d, cabe resaltar que en orden a lo dispuesto por el artículo 7 del CCCN, la inhabilidad en estudio resulta aplicable a los contratos celebrados desde su entrada en vigencia, y a los cónyuges que hubieran celebrado matrimonio con anterioridad a la entrada en vigencia, toda vez que su régimen patrimonial era el de comunidad, y a aquellos que no hubieran celebrado convención de cambio de régimen con posterioridad.

El ordenamiento jurídico consagra límites a la aptitud genérica de la persona para ser titular de derechos, estableciendo derechos con límites que se encuentran fundados en consideraciones de orden superior y que concluyen en que determinadas personas no puedan ser titulares de determinados derechos.

El Código Civil y Comercial trata la capacidad en los artículos 22 al 50, en el título I del Libro Primero referente a la persona humana, ocupándose en los artículos 382 a 397 de la

“2022 – Las Malvinas son argentinas”

ineficacia de los actos jurídicos y del artículo 1000 al 1002 de las inhabilidades específicas para contratar y de los efectos de la declaración de nulidad del contrato realizado por un incapaz o capacidad restringida.

La capacidad de derecho es tratada Código Civil y Comercial Argentino, en su artículo 22 el que establece que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Es en uso de esas capacidades que la ley establece las inhabilidades para contratar en los artículos 1001 y 1002.

Las inhabilidades son impuestas por la ley suspendiendo, transitoriamente, la aptitud de ser titular de determinados derechos, en este caso la transitoriedad podría traducirse en “mientras se mantenga la comunidad de bienes de los cónyuges”, y, por lo tanto, con la extinción de la comunidad por cualquiera de sus causales llega a su fin la inhabilidad impuesta.

Tal como surge del citado dictamen de comisión, la razón del inciso “d” del artículo 1002, parece fundarse en la posibilidad de lesión o perjuicio por fraude a los terceros. Por lo que, de la interpretación de la norma anterior, puede concluirse que se está ante una cuestión de orden público y, por ende, la nulidad debe calificarse de absoluta ante la presunción de celebrar actos fraudulentos respecto de terceros. A pesar que los terceros tienen siempre el sistema de protección y publicidad para ejercer sus derechos, sea que el acto se celebre entre quienes son cónyuges entre sí, con régimen de separación o con régimen de comunidad.

Mientras que en la regla del Código Civil derogado la doctrina entendía que la prohibición de contratar entre cónyuges sólo se aplicaba si el tipo contractual planteaba un interés divergente entre las partes, pero no cuando no lo había, la normativa actual no deja lugar a dudas sobre la inhabilidad para celebrar cualquier tipo de contrato.

Es la propia legislación Civil y Comercial la que establece excepciones a la norma general, ya que se encuentran especialmente regulados en el contrato de mandato y la constitución de sociedades. Asimismo, se puede incluir en esta nómina la celebración de convenciones matrimoniales y los pactos sobre herencia futura.

El artículo 459 prevé: Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.

Este artículo distingue dos supuestos: aquellos mandatos para el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye y los mandatos para otorgar asentimiento conyugal.

Entra en estudio asimismo la norma genérica del artículo 474 que permite interpretar la posibilidad de otorgar poderes para todo tipo de actos.

Artículo 474: Administración sin mandato expreso. Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.

Sociedad entre cónyuges: El artículo de la Ley 19.550 que preveía la posibilidad de constituir sociedades de capital a los cónyuges fue sustituido por el punto 2.14 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Con Vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, texto según artículo 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014, texto normativo que actualmente dispone: “Artículo 27: Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV”.

Esta regulación es quizás la que mayor contradicción plantea con la norma en estudio. Ya que se encuentra en consonancia con la autonomía patrimonial de los cónyuges que se planteaba en el Anteproyecto.

Se amplía la posibilidad a los cónyuges bajo cualquiera de los dos regímenes a constituir entre sí cualquier tipo de sociedad, sean de capital o de interés. Dejando atrás el fundamento de la prohibición de constituir sociedades sin limitación de la responsabilidad en protección al patrimonio común.

Convenciones matrimoniales: Artículo 449.- Modificación de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

El cambio de régimen de comunidad al de separación de bienes exige la previa disolución y liquidación del anterior régimen convenido, dejando libertad a los cónyuges para la liquidación, partición y adjudicación de los bienes gananciales. Y teniendo en cuenta que, la elección del régimen de separación de bienes les confiere a los cónyuges una libertad para contratar entre sí, queda plasmada la gran desigualdad que acarrea la normativa en estudio, y su falta coherencia con el resto del articulado y con la concepción general de la materia patrimonial matrimonial.

Pactos sobre herencia futura: Artículo 1010.- Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Encontramos en esta norma una posibilidad más de realizar pactos o contratos de contenido patrimonial entre cónyuges, ya avanzando sobre la disposición de bienes para después de la muerte.

Se han expresado numerosos doctrinarios en favor de la derogación de este inciso, a modo de ejemplo, la 32 Jornada Notarial Argentina, celebrada en la Ciudad de Buenos Aires en

2016, dentro de las conclusiones del Tema II expresó: CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES. La incorporación de la inhabilidad de los cónyuges bajo el régimen de comunidad de contratar entre sí colisiona con los principios de libertad, igualdad y autonomía de la voluntad receptados por el CCCN. Se encuentran expresamente permitidos el contrato de mandato, la integración de sociedades de cualquier tipo –incluidas las de la sección IV del Capítulo 1 LGS-, el pacto sobre herencia futura, la convención sobre el cambio de régimen patrimonial matrimonial y la partición por ascendientes. Se impone la necesidad de la derogación del inciso “d” del artículo 1002 CCCN.

En el mismo sentido, por parte de mis pares se han presentado diversos proyectos proponiendo esta reforma.

La contradicción normativa descrita no encuentra sustento alguno, se basa en viejos conceptos que han sido ampliamente superados, especialmente por los avances legislativos que reconoció nuestro País en la primera parte de la década que estamos terminando.

Actualmente, y por una amplia voluntad popular, nos encontramos una vez más transitando el mejor camino que podemos recorrer, el del reconocimiento y ampliación de derechos.

Por todo lo expuesto, solicito a mis pares el acompañamiento del presente proyecto.

Diputada Marisa Uceda