

El Régimen de Bienes en el matrimonio en el anteproyecto de Código Civil de 1998

La posibilidad de los cónyuges de optar por el régimen de separación de bienes

Por

Alumna: Analía Romero

Tutora: Beatriz Bísvaro

Sumario

I. Introducción

II. Parte I:

1. Distintos regímenes patrimoniales del matrimonio

1.1 Régimen de Absorción de la Personalidad Económica de la mujer por el marido.

1.2 Unidad de Bienes.

1.3 Régimen de Unión de Bienes.

1.4 Régimen de Comunidad.

1.5 Régimen de Separación de Bienes.

1.6 Régimen de Participación en la Ganancias o Mixtos.

III. Parte II:

2. Régimen legal en Argentina: El Régimen de Vélez Sarsfield y sus reformas.

2.1 Convenciones Matrimoniales

2.2 El Código Civil.

2.3 Gestión de la Comunidad.

2.3.1 Régimen del Código Civil.

2.3.2 Régimen de la Ley 11.357.

2.3.3 Régimen de la Ley 17.711.

2.4 Responsabilidad por las deudas.

2.5 Régimen de Separación de Bienes.

2.6 Naturaleza Jurídica de la Sociedad Conyugal.

IV. Parte III:

3. El Anteproyecto de Código Civil de 1998.

3.1 Anteproyecto de 1998.

3.1.1 Encuadre Normativo.

3.1.2 Contenido.

3.2 Opinión de la Doctrina.

V. Parte IV:

4. Opinión personal.

VI. Parte V:

5. Conclusiones.

VII. Bibliografía.

Introducción

En el presente trabajo nos ocuparemos de uno de los temas de mayor actuali-

dad y trascendencia para el Derecho de Familia; se trata de una de las innovaciones más importantes y más controvertidas que presenta el Anteproyecto de Código Civil¹ para la República Argentina de 1998, elaborado por la Comisión creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, suscripto por los Doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman, Atilio Aníbal Alterini². El tema no es otro que la posibilidad de elección de los contrayentes y cónyuges del Régimen Patrimonial que los acompañará durante el matrimonio.

El tema será tratado a lo largo de las cinco (5) partes en las que se estructura el trabajo. Empezando por una descripción de los distintos regímenes conocidos, vigentes y ya no vigentes; seguiremos con una vista del tema en el estado actual de nuestra legislación, el régimen normado por Vélez Sarsfield y sus reformas; como tema central de este trabajo nos detendremos en el Proyecto de 1998, para analizar la incorporación a la legislación argentina el régimen de separación de bienes, que importa admitir la elección del régimen patrimonial del matrimonio por los esposos; la opinión de la doctrina que está a favor de tal incorporación y de la doctrina que está en contra de ella, las venta-

jas y desventajas del régimen, y la forma en la que se prevé su inserción en nuestro derecho; y para terminar expondré mi opinión, fundada en la doctrina —desde ya— y daré las conclusiones de lo desarrollado.

El tema propuesto plantea una serie de cuestionamientos que no han pasado inadvertidos a la doctrina; así, podemos mencionar los debates que se han llevado a cabo en cuanto a la necesidad o no de innovar respecto del régimen patrimonial del matrimonio, y en su caso, cómo llevar adelante esa innovación; se ha planteado su reubicación dentro del Código Civil, dado que actualmente está legislado dentro de los contratos, y tanto en el Proyecto del '93 como en el del '98 se acordó trasladarlo al Libro en el que se tratan las relaciones de familia.

El Régimen Patrimonial del Matrimonio ya había sido abordado en el Proyecto que sirvió de antecedente inmediato del que aquí trataremos, redactado en 1993³, y quizás con mayor amplitud, dado que contemplaba la opción entre dos regímenes y ante el silencio de los interesados operaba el régimen legal supletorio.

En efecto, en el Proyecto de 1993 se preveía la incorporación a la legislación nacional de los siguientes regímenes patrimoniales del matrimonio: De

¹ Anteproyecto que unifica la legislación de Derecho Privado.

² Los doctores nombrados fueron los que suscribieron el Anteproyecto, si bien la Comisión fue integrada por otros más, pero que no firmaron el proyecto presentado.

³ Comisión creada por Decreto P.E.N. N° 468/92, integrada por los Doctores: Augusto Cesar Belluscio, Salvador Dario Bergel, Aida Kemelmajer de Carlucci, Sergio Lepera, Julio Cesar Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni.

Participación en las Ganancias y De Separación, quedando como régimen legal supletorio el De Comunidad de Ganancias; y cualquiera que sea el elegido, rigen una serie de normas inderogables para las partes, que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades del hogar y de los hijos menores o incapaces. En el Proyecto de 1998 la opción ha quedado limitada al régimen de separación, manteniéndose esas normas inderogables, conocidas también como Régimen Primario.

El tema a desarrollar se presenta más que interesante y es de gran actualidad. Es por ello que me he propuesto llevar adelante este trabajo con la mayor precisión y claridad que mi capacidad y corta experiencia me permitan, de modo tal que pueda realizar un aporte, modesto claro está, al debate y difusión de un tema tan profundo para la sociedad argentina.

Parte I: Distintos regímenes patrimoniales del matrimonio

1. Desde los más remotos tiempos de los cuales se tiene conocimiento, el aspecto patrimonial del matrimonio ha merecido la atención de los regímenes matrimoniales. Ello así atento la especial vinculación que el matrimonio crea entre los cónyuges; la comunidad de vida⁴ que implica el matrimonio, supone también una comunidad de intereses patrimoniales, que limita la autonomía de acción de los esposos. Esa li-

mitación, como veremos en las páginas siguientes, es diferente según el tipo de régimen patrimonial que se legisle y se ha ido modificando a lo largo del tiempo.

1.1 Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido

Hacer referencia a este régimen obedece sólo a razones históricas, dado que no se encuentra vigente en ninguna parte del mundo en la actualidad y desde hace ya mucho tiempo. Se trata del régimen más antiguo conocido por el hombre, en virtud del cual la mujer se incorporaba a la familia del marido, transmitiéndole en propiedad a éste los bienes dotales que ella o un tercero hubiese entregado. Con el matrimonio se concentraban en manos del marido todos los bienes de la mujer, quien administraba, disponía y gozaba libremente de él; asimismo soportaba todas las cargas del hogar y era el único responsable de las deudas. A la disolución del matrimonio, la mujer recibía parte de los bienes, aunque a título de heredera.

Este régimen era el consecuente con el matrimonio *cum manu* del Derecho Romano; también fue conocido en el *Mundium* germánico y tuvo vigencia en Inglaterra hasta 1882, si bien en 1870 se le permitió a la mujer casada administrar los sueldos, jornales u otros ingresos provenientes de su trabajo personal.

⁴ Zannoni, Eduardo A., Tratado de Derecho de Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo I, pág. 436/7, Editorial Astrea; Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, Tomo II, pág. 131, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

1.2 Régimen de unidad de bienes

Este régimen comparte varias características con el anterior, también produce una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido; la diferencia aparece a la disolución, ya que el marido —o sus herederos— deben restituir a la esposa o a sus herederos el valor de los bienes que ésta aportó. La mujer pierde, con el matrimonio, el dominio de los bienes que aporta y adquiere un derecho de crédito a su disolución.

Este régimen se originó en Alemania, teniendo lugar respecto de los muebles —para los inmuebles se aplicaba el régimen de unión—, y tuvo aplicación en algunos cantones suizos hasta que en 1907 se sancionó el Código Civil. En Alemania este régimen fue reemplazado por uno de participación en las ganancias.

1.3 Régimen de unión de bienes

A diferencia del régimen anterior, el marido no adquiere la propiedad de los bienes de la mujer, tan sólo su administración y disfrute. Cuando se disuelve el matrimonio, el marido o sus herederos deben restituírselos *en especie*. Es decir, el marido es el usufructuario de los bienes de la mujer, quien mantiene la nuda propiedad.

Los patrimonios no se confunden, de allí que cada cónyuge sea responsable por las deudas que contrajo antes o durante el matrimonio; ello implica al-

guna aptitud de la mujer para obligarse, si bien el marido es el único responsable por las deudas del hogar, incluso de las contraídas por la esposa, ella sólo contribuye con los frutos de los bienes que aporta.

Este régimen es de origen germánico, fue abandonado cuando resultó incompatible con la igualdad jurídica de los cónyuges consagrada por la Constitución de Bonn; está vigente en Suiza, aunque atenuado a favor de la esposa; se aplica en Derecho Hebreo; es régimen legal en China y una posibilidad contractual en Turquía. En Francia se lo contempló como régimen convencional bajo la denominación *sin comunidad*. El Código portugués de 1867 lo llamó *simple separación de bienes*.

1.4 Regímenes de comunidad

Generalmente se dice que lo característico de estos regímenes de comunidad es la formación de una *masa común*⁵ de bienes que se repartirá entre los esposos —o uno de éstos y los herederos del otro— a la disolución del matrimonio. Ahora bien, cabe aclarar que la formación de esta “masa” no implica que los cónyuges comparten el dominio o propiedad de los bienes “comunes”, tal como si fuera un condominio⁶. Comunidad no es sinónimo de cotitularidad, sino el derecho al goce común de los bienes durante el matrimonio y en el de partir en común el conjunto de los bienes al liquidarse la comunidad.

⁵ Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Tomo II, pág. 8, Editorial Depalma; Azpiri, Jorge O., Derecho de Familia, pág. 139, Editorial Hammurabi S.R.L.

⁶ Eduardo A. Zannoni, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, pág. 442.

Se distinguen tres (3) masas de bienes: propios del marido, propios de la mujer y los comunes o gananciales.

Según la extensión de la masa la comunidad puede ser *universal o restringida*. En la primera, la celebración del matrimonio convierte en comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, para dividirse entre ellos o los herederos del premuerto a la disolución de la comunidad. Consecuentemente con ello también se da una comunidad de deudas. Asimismo es posible que ciertos bienes queden excluidos, según surge de las legislaciones que lo implementan⁷, tales como los bienes donados o legados a uno de los cónyuges cuando es así la voluntad del donante o testador, los objetos de uso personal, etc; también ciertas deudas pueden quedar excluidas, tales como las obligaciones provenientes de hechos ilícitos.

La segunda puede consistir en Comunidad de Muebles y Ganancias o sólo de Ganancias. En el régimen de Muebles y Ganancias la comunidad se restringe a los muebles sin consideración a su origen y a las ganancias y adquisiciones de ambos cónyuges luego de la celebración del matrimonio. Francia lo consagró como régimen legal, al igual que Alemania —que ya en 1957 lo eliminó—, aunque en la actualidad subsiste como convencional; en Bélgica es el régimen legal. En este régimen encontramos bienes propios de cada cónyuge, constituidos por los inmue-

bles de que era propietario antes del matrimonio o que adquiriese luego por herencia, legado o donación (ya que no constituyen *ganancias*), y los bienes comunes o gananciales, integrados por los muebles que cada esposo lleva al matrimonio y todas las adquisiciones que la ley no repute propias del cónyuge adquirente. En la Comunidad de Ganancias ésta se integra sólo con lo ganado por cualquiera de los cónyuges luego del matrimonio; es decir todas aquellas adquisiciones que la ley no atribuya como propias al cónyuge que la realiza.

Este tipo de comunidad es el más difundido; es el régimen legal en Francia, Portugal, España e Italia; en las legislaciones latinoamericanas es régimen legal único en Bolivia y en Perú, lo es supletorio legal en Chile, Venezuela y convencional en Guatemala.

Asimismo, los regímenes de comunidad se distinguen según la forma de administración de los bienes. Así encontramos Régimen de Comunidad de Administración Marital, Separada o Conjunta. La comunidad administrada por el marido se identificaba con los regímenes que no reconocían tal capacidad a la mujer. En su momento fue el régimen seguido por Francia para la comunidad de muebles y ganancias, universal y de ganancias, del alemán del 1900 y de España. Paulatinamente se fue sustrayendo de la administración del marido ciertos bienes, atribuyendo tal administración a la mujer. La

⁷ Holanda y Brasil como régimen legal, Portugal como régimen convencional.

evolución del reconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer casada concluye con la incorporación en los regímenes de comunidad de la administración separada. Ello se manifestó primeramente en el Código Civil de Costa Rica de 1888, seguido luego por Colombia, Uruguay e Italia. De Administración Conjunta son los regímenes de los países del área soviética, fue también el régimen elegido por Cuba en el Código de la Familia de 1975, en el Código Civil de Perú de 1984 y del español.

1.5 Régimen de separación

Por este régimen, cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes presentes y de los que adquiere durante el matrimonio; dispone de ellos, los administra y disfruta libremente y, consecuentemente, es el único responsable por las deudas que contrae.

El matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido. A su vez, cada cónyuge responde individualmente por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, en principio, por esa responsabilidad⁸.

Lo dicho no implica desconocer que todas las legislaciones que lo contemplan instituyen un régimen de protección del interés familiar, es decir, tendiente a asegurar la satisfacción de las necesidades del hogar y de los hijos menores o incapaces. Ningún régimen de separación de bienes se ha visto en forma pura⁹, un régimen de absoluta separación es imposible, porque la vida en común provoca cierta comunidad sobre algunos bienes, aunque sea restringida¹⁰; simplemente este tipo de régimen no confiere a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos¹¹.

Este régimen se presenta como el más apropiado para aquellos matrimonios en los cuales ambos cónyuges realizan una actividad profesional, comercial o remunerada, es decir, que ambos generan ingresos, ya que permite la libre circulación de los bienes de los esposos, sin comprometerse patrimonialmente el uno al otro.

Este régimen se originó en el Derecho Romano, donde era el régimen propio del matrimonio *sine manu*, en el que la mujer seguía sujeta a la potestad de su *parterfamilias* y la *sui iuris* mantenía la propiedad de sus bienes y podía adquirir otros¹².

⁸ Eduardo A. Zannoni, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, pág. 444.

⁹ Se dictan normas específicas e imperativas para los esposos referentes a la contribución de ambos a los gastos del hogar, la educación de los hijos, etc.

¹⁰ Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, Tomo II, pág. 134, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

¹¹ Zannoni, Eduardo A. Ob. cit. pág. 445.

¹² Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Tomo II, pág. 15, Editorial Depalma.

El régimen se compadece con el reconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer casada, y ello es una ventaja, pero también se ha observado que esta independencia puede traer aparejado el inconveniente de atribuir a uno de los cónyuges riquezas que suelen ser el resultado de esfuerzos comunes¹³.

El régimen de separación es uno de los regímenes convencionales en Italia, Francia, Alemania, Portugal, España, Suiza, Bélgica, Mónaco, Aragón, México, Perú, Uruguay, Paraguay, Guatemala, Chile y Brasil. Portugal y Brasil además lo imponen como forzoso cuando se celebra el matrimonio en contravención de ciertos impedimentos matrimoniales. Es el régimen legal de Austria, Grecia (legal supletorio), Japón y es también el régimen del derecho anglosajón y musulmán.

1.6 Régimen de participación en las ganancias o mixto

Por este régimen, originado en el derecho costumbrista húngaro, se aplican durante el matrimonio las reglas del régimen de separación de bienes, y a su disolución se efectúa una partición entre los cónyuges. Esta partición puede realizarse de diversas maneras, razón por la cual no puede hablarse de un régimen de partición sino de regímenes de participación.

Como régimen convencional lo legisla en primer término el código polaco de 1825, en el cuál los cónyuges podían convenir que a la muerte de uno de

ellos el supérstite recogiera la mitad de todos los bienes que constituían la masa común que se establecía en el momento de la muerte. En 1888 Costa Rica, que ya había sancionado su código civil, lo consagra como régimen legal supletorio, para ser seguido por Alemania en 1957. También es un régimen convencional en Francia y en España.

En el derecho húngaro la partición se hace por mitad del incremento neto que tenían los bienes gananciales, comparando el valor que dichos bienes tenían en el momento de la celebración del matrimonio. En Polonia y Costa Rica la partición es en especie y se restringe a los bienes gananciales.

Colombia es el segundo país americano en adoptar este régimen, en 1932, lo llamó *de participación en las adquisiciones*. A la disolución, ingresan en la masa común los muebles, si no fueron excluidos por convención matrimonial o inventario ante testigos; participación parcial en los muebles y participación en los adquiridos. Uruguay hace lo propio en 1946. En Hungría y Polonia este régimen estuvo vigente hasta 1953 y 1950 respectivamente, años en los cuales se dictan los códigos de familia.

Parte II: Régimen legal en Argentina: el Régimen de Vélez Sarsfield y sus reformas

2. Vélez Sarsfield legisló sobre la Sociedad Conyugal, así la llamó, en el Libro Segundo ("De los derechos perso-

¹³ Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Tomo II, pág. 15, Editorial Depalma.

nales en las relaciones civiles”), sección tercera (“De las obligaciones que nacen de los contratos”), Título II del Código Civil¹⁴, adoptando el régimen de comunidad como régimen legal único o forzoso.

Para la época de sanción del Código Civil ya se había legislado sobre diversos regímenes patrimoniales del matrimonio y en varios países se permitía a los cónyuges optar entre varios de ellos por el que resulte mejor adaptado a su situación¹⁵. A pesar de tal estado de cosas, Vélez Sarsfield prefirió instaurar un régimen legal único y forzoso, inmodificable por los esposos; las razones de tal decisión se encuentran extensamente manifestadas en la nota al Título II de la Sección Tercera del Libro II. Vélez interpretó que tal libertad en esta materia resultaría perjudicial, juzgó que al ser el régimen puramente legal se evitarían *las mil pasiones o intenciones menos dignas que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio*.

2.1 Convenciones matrimoniales

A pesar de que el Código Civil no admite regímenes convencionales, en los Arts. 1217 a 1229 Vélez Sarsfield legisló sobre las convenciones matrimoniales que juzgó *necesarias* para los esposos y los derechos de terceros¹⁶; en este contexto, fueron muy limitadas. Por el originario Art. 1217 los esposos podían celebrar antes del matrimonio convenciones sobre los objetos si-

guientes:

- inc. 1: La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- inc. 2: La reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio;
- inc. 3: Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa;
- inc. 4: Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejen por su fallecimiento.

En los dos artículos subsiguientes se determina que la convención que versare sobre otro objeto es de ningún valor, como así toda renuncia de uno a favor del otro o del derecho a los gananciales; tampoco podrá otorgarse convención luego de celebrarse el matrimonio ni modificarse las anteriores o revocarse.

Las convenciones matrimoniales deben ser hechas en escritura pública (art. 1223), cualquiera que fuese el valor de los bienes comprometidos (art. 1184 inc.4), y debe contener las enunciaciones del art. 1225 del Código Civil.

El capítulo que contiene las previsiones sobre las convenciones matrimoniales sufrió diversas modificaciones por las leyes 11.357¹⁷, 17.711 y 23.515.

La ley 17.711 derogó los incisos 2 y 4 del Art. 1217 y el Art. 1224. La ley 23.515 derogó los Arts. 1220 y 1221.

¹⁴ Ley 340, sancionado el 25/9/1869 y promulgado el 29/9/1869.

¹⁵ Ello surge de la lectura de la Parte I de este trabajo.

¹⁶ Nota al título de la Sociedad Conyugal.

¹⁷ Aunque tácitamente, al inc. 2 del art. 1217.

Así las cosas, las convenciones matrimoniales permitidas han quedado reducidas a dos: un inventario de los bienes que cada uno lleva al matrimonio¹⁸ y las donaciones que el esposo hiciera a la esposa¹⁹.

Como puede observarse, ni antes ni después de las reformas se puede modificar el régimen patrimonial del matrimonio por convención matrimonial.

2.2 El Código Civil, expone Zannoni, distingue los bienes propios de cada cónyuge —a los propios de la mujer los denominó *dote*, y los propios del marido, es decir, aquellos que éste introduce al matrimonio o que adquiere después por donación, legado o herencia; art. 1263— y los gananciales, a los que el art. 1271 define residualmente diciendo que “Pertencen a la sociedad como gananciales los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió luego por herencia, legado o donación”. El artículo consagra una presunción *iuris tantum*, la llamada presunción legal favorable a la comunidad.

Continúa el autor citado explicando que el Código Civil adoptó una comunidad restringida, no la universal; porque quedan excluidos de ella los bienes de que eran titulares los cónyuges al contraer el matrimonio y los que adquiriesen después a título gratuito.

Ahora bien, la doctrina se planteó si se trataba de una comunidad restringida a las adquisiciones o ganancias o si, también, comprendía los muebles que cada cónyuge introducía al matrimonio, salvo que se hubiese practicado el inventario para individualizarlos autorizado por el art. 1271 inc. 1, es decir, por convención prematrimonial. Esta discusión se planteó al tratar de armonizar dos normas: el art. 1271 y el 1224.

El art. 1224 establecía²⁰: “Si no hubiese escritura pública o privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que éste se contrae, haciéndose comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos; y disuelta la sociedad se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de los

¹⁸ Permite preconstituir la prueba de la existencia y carácter propio de tales bienes, a fin de destruir la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1271 Cód. Civ.

¹⁹ Se trata de las llamadas donaciones *propter nuptias*, cuya tradición se remonta al derecho romano, donde estas donaciones eran consecuencia del tradicional régimen dotal romano en que la dote estaba protegida por la obligación de restitución a la mujer en el supuesto de disolución de las nupcias. Por esta razón no se admitieron donaciones de la esposa al esposo. Vélez Sarfield tampoco admitió la posibilidad de tales donaciones — de esposa a esposo—, cuyas razones se encuentran en la nota al Título de la Sociedad Conyugal.

Las donaciones hechas por el esposo a la esposa sólo son eficaces si el matrimonio se celebre (*conditio nuptiae sequantur*) y que sea válido, aunque se deja a salvo la validez respecto del cónyuge putativo o de buena fé (arts. 1238, 1239 y 222 inc. 2, Cód. Civ). Gustavo A. Bossert, Eduardo A. Zannoni, “Manual de Derecho de Familia”.

²⁰ Fue derogado en 1968 por la ley 17.711.

muebles y cosas fungibles que durante el matrimonio adquieran marido o mujer, por herencia, legado o donación". Por su parte, el art. 1271 admite la prueba del carácter propio de los bienes, sin subordinar esa prueba a que exista inventario de los muebles y cosas fungibles que cada esposo lleva al matrimonio, en caso de pretender sustraer a éstos de la comunidad²¹.

Una primera tesis interpretativa se fundaba en la primera parte del art. 1224, según la cual, a falta de inventario de los muebles aportados, la comunidad comprendía a todos ellos, además de las ganancias. Para esta posición se trataría de un tipo de comunidad intermedia entre la de ganancias y la de muebles y ganancias, pues en lugar de entrar en ella todos los muebles, habrían entrado solamente los aportados, no los adquiridos después por título gratuito. Este tipo de régimen habría podido ser modificado convencionalmente por la exclusión total o parcial de los muebles aportados, mediante el procedimiento de inventariarlos en la convención matrimonial²². De esta forma habrían convivido en el Código dos tipos de comunidad, uno de muebles y ganancias —el legal—, y otro convencional, el de ganancias solamente. Esta tesis fue sostenida por Segovia, Machado, Révora, Bidau, Gustavino, Belluscio y Borda.

Para una segunda posición, el art. 1224 enunciaría un principio *iure et de iure*, considerando que cuando no media convención matrimonial sobre los bienes muebles y cosas fungibles que los cónyuges llevan al matrimonio, éste se contrae haciéndose comunes aquellos; la ley presumiría sin admitir prueba en contra que, a falta de convención, es voluntad de los cónyuges dar a éstos el carácter de comunes o gananciales²³. Así lo entendieron Colmo, Lafaille, Cornejo, Fassi y Bibloni.

Una tercera posición, surgida de la jurisprudencia²⁴, entendía que lo dispuesto por el art. 1224 respecto de los bienes muebles y cosas fungibles sólo sienta una presunción *iuris tantum*, que cede ante la demostración de la realidad de las cosas, de acuerdo con nuestras costumbres matrimoniales y a la regla del Art. 1271. De acuerdo con esta opinión, mientras que el Art. 1271 establece un criterio amplio en cuanto a la prueba del carácter propio de los bienes existentes a la disolución de la sociedad conyugal, el Art. 1224 lo restringe cuando se trata de acreditar el carácter propio de los bienes muebles y cosas fungibles existentes a la disolución del matrimonio²⁵.

La discusión dejó de tener relevancia cuando la ley 17.711 derogó el art. 1224, con lo cual la comunidad en

²¹ Zannoni, Eduardo A., ob. cit. pág. 455.

²² Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Tomo II, pág. 18

²³ Zannoni, Eduardo A., ob. cit. pág. 455.

²⁴ Jurisprudencia de la antigua Cámara Civil de la Capital Federal, ver Ccivil Cap, 9/8/23, JA, 11-290; id., 8/9/47, LL, 48-53; id., 15/3/48, JA, 1948-I-688.

²⁵ Zannoni, ob. cit. pág. 456.

nuestro Código se restringe a las ganancias y adquisiciones; si bien respecto de los muebles y cosas fungibles regirá la presunción legal favorable a la comunidad del Art. 1271, a la disolución del matrimonio se podrá producir la prueba del carácter propio de ellos, aunque no se hubiere realizado su inventario en convención matrimonial. Zannoni entiende, además, que en este punto regirá el principio de amplitud probatoria.

2.3 Gestión de la comunidad

En este punto veremos los lineamientos fundamentales sobre los cuales Vélez Sarsfield organizó la gestión de la comunidad y las reformas introducidas por las leyes 11.357²⁶ y 17.711.

2.3.1 Régimen del Código Civil

El Art. 1276 disponía que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio²⁷, sean dotales o adquiridos después de formada la sociedad; el Art. 1277 precisaba los alcances con que el marido podía ejercer la administración. En diversas disposiciones del Código se establecían limitaciones a la gestión de los bienes, en especial respecto de los bienes propios de la mujer, verbigracia, todo acto de disposición de inmuebles de la mujer requería su conformidad, y si el marido enajenaba o gravaba sin ese asentimiento, dichos actos eran inoponibles a ella, quien podía reivindicarlos o requerir la liberación de los gravámenes (Art. 1253); la mujer podía

argüir de fraude los actos y contratos efectuados por el marido anteriores a la separación de bienes si, mediante ellos, éste pretendiera sustraerlos del patrimonio común (Art. 1298); el marido no podía donar los bienes inmuebles gananciales sin el asentimiento de su esposa (Art. 1807 inc. 2) y tampoco los propios de la mujer (Art. 1277).

En lo fundamental, la administración de los bienes gananciales y de los propios correspondía sólo al marido, salvo los casos de separación judicial de bienes que prevén los Arts. 1290, 1292, 1294 y concordantes. Se trataba de una comunidad de administración marital, hasta 1926.

2.3.2 Régimen de la ley 11.357

Esta ley introdujo las siguientes reformas:

1) Concedió a la mujer casada la libre administración y disposición del producido de la profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, como también la posibilidad de adquirir con el producto de tales actividades toda clase de bienes, pudiendo además administrar y disponer de estos bienes libremente (Art. 3 inc. 2, a).

2) Acordó a la mujer casada la posibilidad de administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondiesen en caso de separación judicial de bienes (Art. 3 inc. 2, c). Respecto de estos últimos, la misma norma agregaba que se presu-

²⁶ Del año 1926

²⁷ Excepto aquellos respecto de los cuales la mujer haya ejercido el derecho de reservarse la administración, según surge del art. 1217 inc. 2.

me 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 declaración de voluntad contraria inscripta en un registro especial o en el de mandatos donde no lo hubiere. Zannoni nos ilustra explicando que, sin alterar la extensión de la comunidad, la ley 11.357 introdujo, como en el derecho francés, la institución de los bienes reservados; llamados por la doctrina y la jurisprudencia "gananciales de administración reservada". Respecto de los bienes propios la mujer podía revocar el "mandato presunto" y tomar a su cargo la administración de ellos.

Parte de la doctrina entendió que esta ley dio lugar a un *régimen compuesto de gestión*. Es decir que se mantenía el sistema de administración legítima a cargo del marido, en tanto la mujer no ejerciera actividades retribuidas y no aportase bienes propios (régimen primario). Al régimen compuesto se pasaba mediante la revocación del mandato tácito de administración conferido al marido, por la circunstancia de que la mujer ejerciera actividad remunerada. Otros autores entendieron que el derecho de la mujer de administrar sus bienes propios existía con total prescindencia de que manifestase su voluntad en tal sentido. Los fundamentos eran la imposibilidad de admitir una dualidad de reglamentación y que

las ventajas y responsabilidades creadas por la ley 11.357 para la mujer son de orden público y no pueden variar por la simple iniciativa de los particulares²⁸.

2.3.3 Régimen de la ley 17.711

La evolución hacia el pleno reconocimiento de la capacidad civil de la mujer casada culmina con la ley 17.711, en 1968²⁹, que sustituye los Arts. 1276 y 1277 del Código Civil que establecían básicamente el régimen de administración marital legítima.

El art. 1276 fue totalmente sustituido y el Art. 3 de la ley 11.357 fue derogado; según la primera parte de aquél, "cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo". Instituye el régimen de administración separada (o bicéfala) de la comunidad.

Esto produjo en la doctrina discrepancias en cuanto a la tipificación del régimen patrimonial del matrimonio argentino a partir de esta reforma³⁰.

Para la doctrina mayoritaria se mantiene el régimen de comunidad de gananciales, sin perjuicio de que su administración sea separada.

Para Vidal Taquini y para Mazzinghi³¹ ya no cabe hablar de sociedad

²⁸ Así lo expone Zannoni en su tratado, pág. 458 y sig.

²⁹ Luego de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948 por decr. ley 9983/57, ley 14.467.

³⁰ Zannoni, ob. cit. pág. 459.

³¹ Según lo explica Zannoni en su obra ya citada.

conyugal. Para Kaller de Orchansky se estaría ante el régimen de participación³².

En virtud del principio sentado por el art. 1276 reformado, uno de los cónyuges carece de facultades para administrar o disponer los bienes adquiridos por el otro, salvo que medie mandato³³ —expreso o tácito— que legitime una gestión en interés ajena.

De esta manera coexisten *dos masas patrimoniales de gestión*, en las que, a su vez, se distinguen los bienes propios de y los gananciales de titularidad de cada cónyuge, cuya administración le corresponde.

Por excepción se deja en manos del marido la administración de los bienes cuyo origen, o la prueba de su origen, fuese dudosa.

Por su parte, el nuevo art. 1277 establece restricciones a la libre disposición de ciertos bienes. Se requiere del asentimiento del otro cónyuge cuando el titular pretende disponer o gravar inmuebles o muebles registrables de carácter ganancial, o aportar alguno de estos bienes a sociedades, etc. El mismo asentimiento se requiere para enajenar o gravar el inmueble propio o ganancial, en que radica el hogar

conyugal, existiendo hijos menores o incapaces, incluso luego de la disolución de la sociedad conyugal.

2.4 Responsabilidad por las deudas

En el régimen originario del Código Civil, las deudas contraídas por el marido y por la mujer en los casos en que podía legalmente obligarse constituían las *cargas de la comunidad* (Art. 1275 inc. 3). Los Arts. 1280, 1282, 1283 y 1286 establecían que, por las deudas de marido y mujer, sin perjuicio de comprometerse los bienes propios del cónyuge deudor, los acreedores podían ejecutar cualquier bien de la comunidad.

La ley 11.357 modificó lo establecido disponiendo la separación de deudas. En su Art. 5 establece que los bienes propios de la mujer y los gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer. El art. 6 dispone que por excepción un cónyuge responde con los frutos de sus bienes propios o de los gananciales que administra, por las deudas contraídas por el otro para hacer frente a las cargas del hogar, la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes.

³² Zannoni concuerda con Belluscio en considerar impropio asimilar el régimen de comunidad con administración separada —que introduce la ley 17.711— al de participación, por cuanto en éste, no hay masa común, sino simplemente un crédito de uno de los cónyuges contra el otro, destinado a igualar sus ganancias o patrimonios; y en nuestro código ha quedado intacta, en ese sentido, la comunidad. A la disolución de la comunidad se constituye una masa común que se divide por iguales partes entre marido, mujer y sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos (art. 1315).

³³ Zannoni, Eduardo A., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, pág. 460 dice que este mandato se rige por las reglas del mandato convencional, aunque sin la obligación de rendir cuentas.

Esto provocó que parte de la doctrina, entre ellos Borda y Vidal Taquini, dijeran que a partir de la ley 11.357 es impropio hablar de "cargas de la sociedad conyugal", pues por esta ley las deudas se atribuyen al marido o a la mujer, salvo algunos casos particulares en los cuales se impone la responsabilidad, aunque limitada, al cónyuge que no las ha asumido.

A juicio de Zannoni³⁴, si bien la ley 11.357 importó separar las responsabilidades de cada cónyuge, no afectó al régimen básico de las cargas del pasivo definitivo de la sociedad conyugal, computable a la liquidación. Para este autor, el Art. 5 de la ley citada serviría a los acreedores, para que sepan contra cuál de los cónyuges exigir el pago de sus créditos antes de que se disuelva la sociedad (pasivo provisorio), en tanto que el Art. 1275 del Código Civil indicaría el pasivo definitivo a la disolución de la comunidad³⁵.

2.5 Régimen de separación de bienes

El Código Civil previó la separación de bienes "como supuesto de excepción", en que se disuelve la comunidad. Estos supuestos eran:

- A) El divorcio a petición del cónyuge inocente (Art. 1306, en su antigua redacción);
- B) La mala administración o el concurso del marido que pusiese en peligro los bienes propios de la mujer (Art. 1294);

C) La interdicción del marido (Art. 1290);

D) La ausencia con presunción de fallecimiento (Art. 26, ley 14.394).

En nuestros días el cuadro planteado ha sufrido modificaciones.

En primer lugar, el divorcio produce, de pleno derecho, la disolución de la sociedad conyugal, con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda (Art. 1306, párr. 1º, reformado por la ley 17.711), con lo cual la separación de bienes ya no depende del pedido del cónyuge inocente.

La causal de mala administración o concurso ha sido modificada, por la ley 23.515; el actual Art. 1294 prevé la separación de bienes cuando la mala administración de uno de los cónyuges haga peligrar el eventual derecho del otro sobre los gananciales; y se ha introducido al Art. citado que cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte de uno de los cónyuges, el otro puede pedir la separación de bienes.

2.6 Naturaleza jurídica de la Sociedad Conyugal

Uno de los temas que más ha preocupado a nuestra doctrina en el ámbito del Derecho de Familia es el de la naturaleza jurídica de la Sociedad Con-

³⁴ Opinión compartida por Belluscio, en su Manual de Derecho de Familia, ya citado, pág. 115/6.

³⁵ Si las cargas enunciadas en el art. 1275 se pagaran con fondos gananciales, no hay pasivo definitivo a la disolución de la comunidad; en la medida en que tales cargas se paguen con fondos propios de los cónyuges habrá derecho a recompensa.

yugal³⁶, ello así desde que la dilucidación de esa naturaleza es necesaria para establecer qué principios y normas se le aplicarán en caso de duda o laguna, y según la institución a la que se la asimile.

Se han propuesto diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de esta *sociedad*, entre ellas podemos mencionar:

1) Tesis de la Sociedad: Sostenida, con distintos argumentos, por Legón³⁷, Fassi y Bossert³⁸. Estos autores encuadran el régimen patrimonial del matrimonio en la figura genérica de la sociedad, teniendo en cuenta la asimilación que hace el propio Vélez Sarsfield y la terminología por él empleada y por el análisis de sus elementos estructurales: la *affectio societatis*, reflejada en la propia *affectio maritalis*; el objeto, en la unión de aportes y adquisiciones que forman el patrimonio común con el cual se atiende a las necesidades del hogar y se responde por las deudas; su carácter contractual, aunque forzoso, en la prestación del consentimiento matrimonial; la participación en las utilidades y la contribución en las cargas comunes a la disolución, etc.

2) Tesis del Condominio: Esta tesis es sostenida con algunas reservas por

Borda³⁹, ya que entiende se trataría de un condominio que tiene un régimen legal propio, organizado sobre bases distintas del derecho real que lleva el mismo nombre. El autor sintetiza su idea diciendo que *es una copropiedad peculiar, de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por la ley a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes.*

3) Tesis del Patrimonio de Afectación: Fue sostenida por Rébora⁴⁰, rebatiendo la tesis de que el régimen patrimonial implique *sociedad* entre los cónyuges. Este autor encuentra en la doctrina de los patrimonios de afectación la respuesta a diversas situaciones patrimoniales que entre los cónyuges y entre ellos y terceros, no pueden ser explicados como derechos individuales.

4) Tesis de la Sociedad Civil no dotada de Personalidad Jurídica: Sostenida por Belluscio⁴¹, quien dice que sólo existe como sociedad en la relación entre los socios, no en la de ellos con terceros. Añade el autor que esta sociedad tiene un patrimonio, cargas u obligaciones, pero que ellas no juegan frente a terceros, sino para la determinación del pasivo definitivo de la sociedad, en las relaciones entre los socios. Asimismo, que puede ser acree-

³⁶ Si bien es un tema que no se puede dejar de tener presente, no profundizaré en él por exceder el ámbito de este trabajo.

³⁷ En: "Naturaleza jurídica del régimen de bienes en el matrimonio", J.A. 46-317.

³⁸ En: "Sociedad Conyugal", tomo I.

³⁹ En: "Manual de Derecho de Familia", 11ma. Edición, pág. 170.

⁴⁰ En: "Instituciones de la familia" Tomo III.

⁴¹ En: "Manual de derecho de Familia", Tomo II, pág. 45 y sig.

dora o deudora, pero sólo de los cónyuges y en cuanto a las recompensas que surgen a su disolución; etcétera.

5) Tesis de la Persona Jurídica: En su Manual de Derecho de Familia⁴², Borda señala la existencia de una teoría que considera a la sociedad conyugal como titular de derechos, con un patrimonio propio distinto del patrimonio de los cónyuges, que soporta cargas y obligaciones, etcétera.

6) Tesis del Patrimonio en Mano Común: Esta teoría encuentra su origen en la institución germánica de la *Gesamte hand*, cuyos rasgos esenciales son: que es un patrimonio común separado del resto de los bienes que pertenecen a cada uno de los condóminos; que ese patrimonio está afectado a un objeto determinado, y que los condóminos carecen de acción de división del condominio. Esta teoría viene a instalarse en una posición intermedia entre el derecho real de copropiedad y la personalidad jurídica.

7) Tesis del Régimen: Esta teoría es sostenida por Mazzinghi⁴³. Este autor, tras señalar que adhiere a la postura de Guaglianone, afirma junto con él que se trata de un sistema patrimonial de relaciones entre los cónyuges y de éstos con terceros, es decir que se trata de un régimen. El autor entiende que el matrimonio es una institución, comprendiendo el concepto como un sistema de normas ordenadas al logro

de un fin; y en ningún momento excluye de ese sistema a las normas que tuvieran contenido económico. O sea que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal es la misma que la del matrimonio. Este régimen patrimonial forma parte de un estatuto más amplio, que es el estatuto del matrimonio.

8) Tesis de la Comunidad de Derechos y Relaciones Jurídicas: Esta teoría es desarrollada por Zannoni⁴⁴ quien entiende que al estar frente a la sociedad conyugal se está ante un supuesto de *comunidad de derechos y relaciones jurídicas, en principio, sólo oponibles entre los cónyuges*. Quizá por comodidad de lenguaje no pone obstáculos a emplear el término *sociedad conyugal*, siempre que se entienda por tal al complejo de relaciones patrimoniales que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre éstos y terceros. Entiende el autor que al emplear Vélez Sarsfield el término *sociedad conyugal* ha querido destacar el aspecto fundamental de *coparticipación en las ganancias obtenidas y contribución en las deudas contraídas* durante el matrimonio y que debe entenderse como reacción del derecho moderno al sistema dotal del derecho romano.

Parte III: El proyecto de Código Civil de 1998

3 Antes de abordar de lleno el Proyecto de 1998 haremos una vista por el proyecto que fue tenido por antecedente inmediato de éste; me refiero al

⁴² En la obra citada, página 168.

⁴³ En: "Derecho de Familia" Tomo II, pág. 160.

⁴⁴ En: "Tratado, Derecho Civil, Derecho de Familia", Tomo I, pág. 469.

proyecto elaborado por la Comisión creada por el Decreto N° 468/92.

A esta comisión se le encargó proyectar las reformas al Código Civil en lo referente a las obligaciones y contratos, en un intento de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación. Según las propias palabras del Dr. Zannoni, integrante de la comisión, ésta resolvió que la metodología más aconsejable para realizar un proyecto en tal sentido sería la reelaboración integral del Libro Segundo del Código Civil. Ello devino en la necesidad de reorganizar los títulos y capítulos allí previstos. Por esa razón la comisión juzgó conveniente plantear la nueva ubicación de las normas que prevén el régimen patrimonial del matrimonio, actualmente comprendido entre los contratos, dado que esa no es la ubicación que le correspondería en un nuevo ordenamiento metodológico. La comisión resolvió trasladar tal regulación al Libro Primero del Código Civil, proyectándose una Sección Tercera denominada "Del régimen patrimonial del matrimonio", aprovechando para poner al día las respectivas disposiciones, para utilizar las mismas palabras que utilizara Belluscio⁴⁵, también integrante de la comisión.

En cuanto a las reformas al régimen patrimonial del matrimonio se decidió por amplia mayoría —seis contra uno— permitir la opción a los esposos entre dos o más regímenes, entre ellos el de comunidad, de separación y de

participación en las ganancias tanto por convención prematrimonial como, bajo ciertas condiciones, durante la vida del matrimonio, pero sin permitir la modificación del régimen elegido; quedando como régimen legal supletorio el de comunidad ante el silencio de los interesados.

Este proyecto fue elevado en marzo de 1993 y adquirió estado parlamentario al ser girado al Senado en las sesiones ordinarias ese mismo año; sin embargo, no tuvo tratamiento legislativo.

Como ya se dijo en otra parte de este trabajo, en el Proyecto de 1998 la nueva ubicación de las normas referentes al régimen patrimonial del matrimonio fueron trasladadas al Libro Tercero, y de los tres (3) regímenes regulados, quedaron dos; se eliminó el régimen de participación en las ganancias.

3.1 Proyecto de 1998

3.1.1 Encuadre normativo⁴⁶:

La legislación proyectada para el régimen patrimonial del matrimonio tendría lugar en el Libro Tercero, denominado "De las relaciones de familia", en el Título Segundo: "Del régimen patrimonial del matrimonio", Capítulos I, II y III; artículos 438 a 501 del Código Civil.

3.1.2 Contenido

La regulación se inicia con el trata-

⁴⁵ En LL 1994, Tomo A.

⁴⁶ Publicado en "Estudios de Derecho Comercial", número especial, Junio de 1999.

miento de las convenciones matrimoniales. En este campo las innovaciones son: el inc. b del Art. 438⁴⁷, por el cual se puede hacer una declaración de las deudas de cada uno de los contrayentes, si las hay⁴⁸; el inc. c del mismo artículo, dado que se permiten las donaciones entre esposos —actualmente solo se permiten del esposo a la esposa—; y se incorpora el inc. d para que por medio de convención matrimonial los esposos hagan uso de la opción por un régimen patrimonial que los acompañe durante el matrimonio, hasta tanto no sea cambiado por otro, empleando el mismo medio, o por sentencia judicial en los casos previstos.

Las convenciones matrimoniales deben hacerse por escritura pública. Se estima conveniente la forma estipulada por la ley para estas convenciones dada su gran fuerza probatoria. Con este instrumento se satisface la fuerza probatoria del acto jurídico que tiene tanta trascendencia para los cónyuges y los terceros. Por otra parte, el notario que interviene podrá informar a las partes sobre los efectos y consecuencias del régimen elegido.

Para que sea dable el cambio conven-

cional de régimen es necesario que hayan transcurrido dos (2) años de la aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, o bien que el cambio provenga de sentencia judicial en los casos de separación de bienes⁴⁹.

Es decir que después de celebrado el matrimonio, para que los esposos puedan cambiar convencionalmente de régimen, deben haber transcurrido, como mínimo, dos (2) años de vigencia del régimen. Si bien de la exposición de motivos no se ha encontrado la razón que justifique este plazo mínimo, ello puede obedecer a razones de seguridad jurídica para que los cónyuges no estén constantemente cambiando de régimen, para dar un mayor amparo a terceros. Por otra parte, en el plazo de dos (2) años se puede advertir el funcionamiento del sistema elegido⁵⁰. No hay limitación en cuanto a la cantidad de veces que se puede cambiar convencionalmente de régimen.

Por su parte, el Art. 442 restringe la posibilidad de los menores de edad, aunque habilitados para casarse, de hacer convenciones matrimoniales, por cuanto les impide hacer donacio-

⁴⁷ El inciso a del mencionado art. equivale al inc. 1 del actual art. 1217.

⁴⁸ Ello puede tener influencia en la determinación de las recompensas debidas a la comunidad, si deudas personales de alguno de los cónyuges fueron pagadas con "bienes" gananciales, en caso de tratarse del régimen de comunidad.

⁴⁹ Kanefsky, Mariana, "Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario", JA, año 2000, Tomo I, explica que: "El cambio por sentencia judicial sólo podría hacerse del régimen de comunidad al de separación, ya que si los cónyuges pactaron un régimen de separación voluntariamente, no podrían ser obligados a ir más allá de lo originariamente pactado, pues el régimen de comunidad no sólo compromete las relaciones entre las partes, sino también influye en el régimen sucesorio".

⁵⁰ Kanefsky, Mariana, JA, año 2000, Tomo I, pág. 922.

nes y ejercer la opción prevista en el último inciso del Art. 438.

Al proyectarse que la elección del régimen patrimonial del matrimonio debe hacer por convención matrimonial, se ha dado nueva vida a tal institución. Sabido es que en nuestro país, las convenciones matrimoniales no han sido muy frecuentes; pero también se sabe que en la legislación vigente su objeto es tan reducido, que quizás ésa haya sido la causa de que pocas veces hayan sido utilizadas.

Con la previsión del Art. 438 inc.d del proyecto, las convenciones matrimoniales han adquirido en nuestro país la importancia y trascendencia que la institución siempre tuvo en otros países.

El capítulo sigue con las donaciones en razón del matrimonio; y aquí el proyecto realiza una limpieza de normas, unas por superfluas y otras que ya encontraban implícitamente derogadas en la actualidad. Asimismo se elimina el régimen dotal.

En la Sección Tercera del Capítulo se prevén las *Disposiciones comunes a todos los regímenes*. Se trata de una serie de normas que serán de aplicación sea cual fuere el régimen patrimonial que rijan el matrimonio. Es lo que se conoce con el nombre de *Régimen Pri-*

*mario, Régimen Económico Matrimonial Primario, Estatuto Patrimonial de Base, Estatuto Fundamental, Régimen Patrimonial Primario o Régimen Primario Imperativo*⁵¹.

En esta sección se legisla acerca de la obligatoriedad de estas normas; del deber de contribución de los esposos, en proporción a sus ingresos, a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos (incluyendo los hijos incapaces de uno de los cónyuges que conviven con ellos), pudiendo ser demandado judicialmente el cónyuge que no da cumplimiento a este deber. El régimen proyectado, a diferencia del actual, hace responsables a los esposos en forma solidaria por este tipo de deudas. No es subsidiaria la responsabilidad del no contratante, por eso sostienen quienes apoyan esta reforma que es mucho más protectorio el sistema proyectado que el actual, en tanto el proyectado impone, frente a las deudas relativas al desenvolvimiento de la familia, la solidaridad de los cónyuges.

Se legisla también cuáles serán los actos que requerirán del asentimiento del otro cónyuge para que puedan ser realizados por uno de ellos —a diferencia del art. 1277 actual, el art. 448 se limita a los actos de disposición sobre la vivienda común y los muebles imprescindibles de ésta⁵²—, las conse-

⁵¹ Medina, Graciela, ED, Tomo 184, año 1999, dice que: "Este régimen es definido como por Simón Santoja como "reglas de carácter imperativo aplicable a todos los regímenes sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades del hogar y la independencia de los cónyuges, en especial de la mujer casada". La denominación es de origen francés y se ubica su origen en el derecho continental en la reforma del Código Civil Francés de 1965".

⁵² Disposición similar a la contenida en el art. 1277 es la del art. 463, que se refiere específicamente al régimen de comunidad.

cuencias de otorgarlos sin el asentimiento requerido; en los arts. 449 a 452 se prevé la forma de obtener tal asentimiento y los casos en los que procede la venia judicial supletoria.

Los actos que requieren el asentimiento son todos aquellos que impidan o restrinjan el uso de la vivienda común, sean de administración o de disposición —de disposición real (venta, permuta, usufructo, uso y habitación) y personal (locación, comodato)—.

La protección de la vivienda familiar⁵³ en el régimen proyectado es mucho más amplia que la otorgada actualmente por el art. 1277, ello se manifiesta principalmente porque el proyecto no impone la existencia de hijos para proteger la vivienda familiar, es decir que la familia puede estar integrada solamente por los esposos.

En esta misma sección se dispone la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos a que se refiere el art. 447 (Deber de Contibución).

En el art. 454 se prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares cuando uno de los cónyuges pone en peligro *los intereses de la familia* por grave incumplimiento de sus deberes; y para finalizar, en el art. 455 se regula la

administración y disposición de las cosas muebles no registrables.

En el Capítulo II se legisla sobre el régimen de comunidad, disponiéndose en primer lugar su carácter supletorio a falta de opción realizada en convención matrimonial.

A continuación se enumeran los bienes que tendrán carácter de propios, los que tendrán carácter de gananciales; existe también una presunción a favor de la ganancialidad de los bienes existentes a la extinción de la comunidad cuyo origen propio no se haya probado.

En cuanto a las deudas se dispone que cada cónyuge responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos; se responsabiliza, aunque limitadamente a los bienes gananciales —excluidos los provenientes del trabajo personal—, también al cónyuge no contratante por las deudas contraídas por el otro para la conservación y reparación de los bienes gananciales; se disponen los casos en los que hay lugar a recompensa; se establece la administración separada de los bienes propios de cada cónyuge, dejando a salvo los actos que requieren del asentimiento del otro esposo; en cuanto a la administración y disposición de los bienes gananciales se dispone que corresponde al cónyuge adquirente, aunque se requiere el asentimiento del otro

⁵³ La vivienda familiar ha adquirido una importante protección constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, tanto por su inclusión en el art. 14, como por la elevación a rango constitucional de una serie de tratados y convenciones internacionales que también la consagran.

esposo para gravar o enajenar ciertos bienes considerados de importancia para la economía del matrimonio; el régimen continúa y se prevén también las causales de extinción de la comunidad, la indivisión postcomunitaria (y todo lo referente a su gestión), las reglas que regirán la liquidación y partición.

Puede decirse, en líneas generales, que el régimen de comunidad no ha sufrido profundas modificaciones; por parte de algunos autores se han observado críticas en cuanto a la redacción de las normas, a los términos utilizados por el proyecto. Pero es de destacar que esta crítica se hace también a la reforma en general. Otros, como Belluscio⁵⁴, entienden que se ha "perfeccionado" el régimen de comunidad en el proyecto de 1998.

En el Capítulo III se legisla el régimen de separación de bienes: aquí se dispone que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes personales, dejando a salvo los actos sobre la vivienda común y los muebles imprescindibles de ésta (Art. 448, del régimen primario); en cuanto a las deudas también se prevé su incommunicabilidad, salvo lo dispuesto por el Art. 453, respecto de la responsabilidad solidaria (artículo que también pertenece a las disposiciones que se aplican a cualquiera de los regímenes que se adopte); los bienes respecto de los cuales ninguno de los cónyuges pruebe su propiedad exclusiva se entenderá que pertenecen a ambos por

mitades, y en caso de disolución del matrimonio y a falta de acuerdo entre los cónyuges, los bienes indivisos se partirán, se realizará en la forma prevista para las particiones de herencias; se establece que cesa el régimen de separación de bienes por la disolución del matrimonio y por el cambio de régimen; en caso de reconciliación de los cónyuges subsiste la separación de bienes, salvo que ellos adopten el régimen de comunidad (conf. Art. 441).

El régimen de separación de bienes que se proyecta trata cuidadosamente la protección de la integridad de la familia. Como se ha dicho en otra parte de este trabajo, no es un régimen de separación pura, absoluta. Por el contrario, se procura establecer claramente que los cónyuges están obligados solidariamente, y en proporción a sus recursos, a contribuir al sostenimiento mutuo, de los hijos y de las necesidades del hogar.

Se trata de un régimen que permite a los cónyuges manejarse con total libertad en su vida comercial, profesional o laboral, sin comprometer los bienes del otro, y sin desatender las *onera matrimonii*.

En este sentido tiene un papel muy importante el establecimiento de un régimen primario, aplicable a cualquiera de los regímenes patrimoniales del matrimonio, que en lo proyectado, implica una protección más amplia de la actualmente vigente.

⁵⁴ "La elección del régimen matrimonial por los esposos", LL, 1994 Tomo A.

3.2 Opinión de la doctrina

En el desarrollo de este epígrafe debemos distinguir las opiniones a favor y las opiniones en contra acerca de la reforma en sí misma y en cuanto al tema objeto de este trabajo en particular; aunque en general se puede decir que aquellos que no están a favor de la unificación y "modernización" de nuestra legislación, tampoco ven con buenos ojos la forma, o el resultado, de tales modificaciones.

Sin temor a equivocarme, considero que se puede afirmar que la mayor parte de la doctrina nacional está a favor de la reforma; prueba de ello es que el tema ha sido planteado en todos los encuentros de profesionales del derecho de las últimas décadas y se han expresado por la unificación⁵⁵.

Del mismo modo que no han sido pocos los proyectos elaborados para realizar la mencionada unificación⁵⁶, si bien hasta el momento ninguno de ellos llegó al destino propuesto.

A partir de este último Proyecto, el de 1998, se han escuchado algunas voces, como la del Dr. Jorge Mosset Iturraspe, que se plantean si realmente es necesario reformar la legislación en este momento⁵⁷; el Dr. Mosset Iturraspe, al plantearse esta reforma, recuerda un viejo adagio popular que manda *cuando la noche se presenta muy oscura, desensillar y esperar hasta que aclare*, queriendo decir que éste no es el momento para reformar, dado que nos encontramos en un momento en el que la *ideología del mercado es "dejar hacer" y "dejar pasar"*⁵⁸. Es de recor-

⁵⁵ Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940 en Buenos Aires, VI Conferencia Nacional de Abogados de 1959 en La Plata, III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 en Córdoba, Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1969 en Rosario, III Congreso de Derecho Societario de 1982 en Salta, IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en 1983 en Mar del Plata, Segundo Congreso Argentino de Derecho comercial en 1984 en Buenos Aires, Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales en Buenos Aires en 1986, VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial en Junín en 1994 y XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1997 en Buenos Aires entre otros. Patricia Ferrer en JA año 2000 tomo I.

⁵⁶ Entre los más recientes podemos nombrar: el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, y el Proyecto elaborado por la Comisión creada por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92; más antiguos encontramos el Proyecto de Biliboni y el de 1936.

⁵⁷ En "El Código Civil y el siglo XXI" JA, publicación de Agosto de 1999 por el 80° Aniversario de la Revista.

⁵⁸ En su publicación de la Revista Jurídica "Jurisprudencia Argentina", por su 80° Aniversario, el Dr. Mosset Iturraspe sostiene que "Nadie puede desconocer cuál es la ideología predominante en la hora presente: la propia del Mercado; una especie de "fundamentalismo", compuesto de una visión a la vez conservadora y fatalista: siempre habrá "ricos y pobres"; ganadores y perdedores del Mercado; lo válido es "dejar hacer" y "dejar pasar", sin caer en tentaciones intervencionistas o dirigistas. Privatizar, desregular y flexibilizar, son las voces de mando. La protección o tutela del "supuesto débil", el consumidor, carece de toda lógica. Privilegiar las situaciones de necesidad insatisfecha, inexperiencia por falta de información y ligereza por apremios de cualquier orden, aparece como un sinsentido. Una idea "tribal", diría Hayerk, desconocedora del "orden espontáneo" del Mercado y de los "dedos invisibles" que lo gobiernan. Esa ideología contrapone "Economía y Derecho" y busca el predominio de la primera, de sus pautas y criterios, a la vez que de sus valores, sobre los propios de la ciencia jurídica. Descree de la solidaridad y predica el individualismo; no confía en el Estado y, por ende, se apoya exclusivamente en la libertad individual, la de cada uno, para hacer lo que le venga en ganas. ¿Puede una reforma al Código Civil, hecha hoy, desconocer semejante estado de cosas o ideas?. ¿Puede reformarse a espaldas de semejante ideología predominante?.

dar que el Dr. Mosset Iturraspe está a favor de la unificación del derecho privado, ello se evidencia en su participación en el proyecto encargado por el decreto 468/92, lo cual me hace pensar que no está de acuerdo con el contenido de éste proyecto. En realidad, no es ello lo que surge nitidamente de sus más recientes publicaciones⁵⁹, sólo se refiere lo "inoportuno" de una reforma en este momento.

El planteo del Dr. Mosset Iturraspe es contestado por el Dr. Atilio A. Alterini⁶⁰ en su escrito publicado en Jurisprudencia Argentina, en el Tomo II del año 1999. Allí, el Dr. Alterini expone una larga lista de motivos por los cuales ni los profundos cambios económicos y tecnológicos que estaba y está experimentando el país, ni la víspera del cambio de gobierno, en aquél momento, debían detener la marcha de esta reforma. También contesta a una serie de críticas⁶¹ puntuales que el Dr. Mosset Iturraspe hace del proyecto, que no desarrollaré por exceder el tema

de este trabajo. Para continuar con el tratamiento de la doctrina, podemos mencionar que se han manifestado afirmativamente por la reforma planteada y en particular por el tema de este trabajo los Doctores Eduardo A. Zannoni⁶², Aída Kemelmajer de Carlucci, Vidal Taquini⁶³, Atilio Aníbal Alterini⁶⁴, Graciela Medina⁶⁵, Mariana Kanefsch⁶⁶, Patricia Ferrer⁶⁷, entre otros y sin olvidar las recomendaciones y conclusiones de los últimos congresos y jornadas celebradas⁶⁸.

Yendo a la posición contraria, como principal opositor a la reforma del régimen patrimonial del matrimonio, no así de la reforma en sí, podemos citar al Dr. y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Augusto César Belluscio, quien en reiteradas publicaciones ha dejado en claro su total desacuerdo con la posibilidad de permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia⁶⁹; entre los partidarios de esta posición podemos

⁵⁹ "La responsabilidad civil en el tercer milenio (El Proyecto de reforma al Código Civil)", en JA. Semanario del 05/05/99, y la publicación mencionada anteriormente.

⁶⁰ Recordemos que el Dr. Alterini fue integrante de la comisión redactora de este Anteproyecto.

⁶¹ Críticas referidas a el tratamiento de la responsabilidad civil y contratos.

⁶² Ob. Cit. Página 452.

⁶³ Respecto de los dos últimos, así lo señala Belluscio en su publicación de LL 1994, Tomo A, pág. 803.

⁶⁴ Además de la publicación ya citada: "Sobre las disidencias con el proyecto de Código Civil de 1998", LL Tomo D año 1999.

⁶⁵ En "Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil", ED Tomo 184 año 1999.

⁶⁶ En: "Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario", JA Tomo I año 2000.

⁶⁷ En: "El proyecto de unificación del derecho privado de 1998: Una legislación de avanzada para la República Argentina", JA Tomo I año 2000.

⁶⁸ X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas", celebradas en Mendoza del 20 al 24 de septiembre de 1998, Comisión Nro. 3, recomendaciones de la mayoría 1 a 10; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Conclusiones, Santa Fe, 23 a 25 de septiembre de 1999, Comisión Nro. 5; VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones, Morón, 21, 22 y 23 de octubre de 1999, Comisión Nro. 4.

⁶⁹ En: "La elección de régimen patrimonial por los esposos" LL, Tomo A, año 1994; "Anteproyecto de Código Civil. Disidencias", LL, Tomo C, año 1999; "El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil", LL del 22/06/1999.

mencionar a los Doctores Guillermo A. Borda, Jorge A. Mazzinghi y María Josefa Méndez Costa⁷⁰.

A continuación, veremos los principales argumentos esgrimidos a favor y en contra de la reforma introducida al Código Civil en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio y la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad por los futuros contrayentes y esposos; a saber:

A favor

1° Doctrina francesa⁷¹: Los motivos en que se sustenta el mantenimiento de la posibilidad de elección son: la fuerza de la tradición; la diversidad de situaciones conyugales desde el punto de vista de los intereses pecuniarios, que exigiría una diversificación de regímenes según la situación de las parejas; el criterio de que la posibilidad de adaptar el régimen a las necesidades variables de las parejas favorece la celebración de matrimonios; la aplicación del principio de general de libertad contractual, que en esta materia se traduce en libertad de convenciones matrimoniales⁷².

2° Que es recomendable que la nor-

mación jurídica del régimen patrimonial del matrimonio de los países que no lo tienen así regulado, atendiendo a sus propias particularidades, otorgue a cada matrimonio un margen de libertad para optar por uno de dos o más regímenes⁷³.

3° Que el cambio producido en la última década en la estructura económico social familiar, y la distinta organización de la comunidad doméstica en las diversas regiones del país, exigen también un cambio en las relaciones económicas entre los cónyuges⁷⁴.

4° Que es el deseo manifestado por parejas de divorciados que desean contraer segundas nupcias, de no verse sometidos al régimen de comunidad, sino al de separación de bienes⁷⁵.

5° Que la mejor adecuación del régimen patrimonial al matrimonio en el cual ambos cónyuges despliegan actividad económica es el de separación de bienes⁷⁶.

6° Que conviene dejar a los propios interesados la solución de sus problemas, en lugar de imponerles autorita-

⁷⁰ Todos ellos citados por Augusto C. Beluscio en "Elección de régimen matrimonial por los esposos", LL 1994, Tomo A.

⁷¹ País de origen de las convenciones matrimoniales por las cuales puede elegirse el régimen y de gran influencia en nuestro país.

⁷² Según lo cita Belluscio, LL 1994, Tomo A, pág. 802.

⁷³ Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia, Salta, 1983.

⁷⁴ Zannoni, Eduardo A., "Convenciones Matrimoniales", Temas de Derecho Privado II, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, pág. 141, Bs. As. 1990; Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reforma al Código Civil, JA del 8/12/93.

⁷⁵ Zannoni, Vidal Taquini, en la publicación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal citada en el pie 74, pág. 120; Kemelmajer de Carlucci, Aida.

⁷⁶ Zannoni, Eduardo A. misma cita nro 74.

riamente una solución⁷⁷. En otros términos, la admisión del juego de la autonomía de la voluntad en esta materia⁷⁸.

7° La negativa del valor de la costumbre secular de no realizar convenciones nupciales, que no habría podido desarrollarse de otro modo en virtud de no permitirlo el marco legal⁷⁹.

8° La imposibilidad de que un estatuto único sea apto para regir las situaciones más diversas, que aconsejaría admitir un pluralismo social a más de político⁸⁰.

9° El predominio de la solución pluralista en el derecho extranjero, solución que si no debe trasplantarse automáticamente, tampoco debe ser ignorada⁸¹.

10° Que la posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio respeta el principio de igualdad jurídica de los cónyuges y de libertad de los contrayentes, que se ve vulnerado cuando el Estado impone un régimen legal único y forzoso⁸².

11° Que la libertad de elección de re-

gímenes patrimoniales matrimoniales otorga a los cónyuges una *opción* y no una *obligación*, y aunque sea ejercida por una minoría no se advierte el fundamento de negarle a quien lo requiere la posibilidad de optar⁸³.

12° Que es necesaria la existencia de un *régimen primario*, ya que el sistema actual permite la vigencia del régimen de separación de bienes en situaciones especiales⁸⁴, y para éstos supuestos no hay normas relativas a las cargas comunes de los cónyuges, ni tampoco preceptos que protejan el hogar conyugal⁸⁵.

13° La autonomía de la voluntad no obsta a la protección de la familia, por cuanto cualquiera fuera la elección de los esposos, siempre va a existir un régimen primario que tiene por fin proteger a la familia y al hogar conyugal. Tan es así que en el régimen primario proyectado por la Comisión 685-95 se le da a las necesidades de la familia y a la vivienda familiar una protección muy superior a la otorgada por el régimen de comunidad actual⁸⁶.

En contra

1° Que el matrimonio es un acto de

⁷⁷ Vidal Taquini, Carlos H., según lo cita Belluscio en su publicación de LL 1994, Tomo A, pág. 803.

⁷⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos...", JA del 8/12/93.

⁷⁹ Bendersky, Mizrahi, según lo cita Belluscio en LL 1994, tomo A, pág. 803.

⁸⁰ Kemelmajer de Carlucci.

⁸¹ Kemelmajer de Carlucci.

⁸² Recomendación de la Comisión Nro. 3 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, septiembre de 1998.

⁸³ También de las Recomendaciones de la Comisión Nro. 3 del Congreso citado ut-supra.

⁸⁴ Arts. 1290, 1292, 1294 y 1306 del Código Civil, y el srt. 26 de la ley 14.39.

⁸⁵ Medina, Graciela, Régimen patrimonial matrimonial y la reforma del Código Civil, ED, Tomo 184 A, 1999.

⁸⁶ Patricia Ferrer, El proyecto de unificación del Derecho Privado de 1998: Una legislación de avanzada para la República Argentina, JA, Tomo I, año 2000.

amor que no se aviene con una especulación patrimonial, por lo cual el régimen debe ser fijado por la ley de acuerdo a lo justo y razonable, sin que haya razones poderosas para apartarse de la tradición argentina⁸⁷.

2° Que es peligroso un régimen absolutamente convencional, ya que el problema involucra no sólo los intereses de los cónyuges, sino los de la comunidad familiar y los de la sociedad entera, interesada en el sustento económico de la familia. La confrontación de posiciones individuales y la tendencia a hacer prevalecer un interés sobre otro no convienen al régimen patrimonial de la familia, que requiere un mínimo de estabilidad económica reflejada en un estatuto legal⁸⁸.

3° Que el régimen que mejor refleja en lo económico la vinculación creada por el matrimonio y el más adecuado como elemento en favor de la unión matrimonial es el de comunidad, y a lo sumo podría admitirse la posibilidad de sustituirlo convencionalmente por el de separación de bienes después de cierto número de años de vigencia del legal, en interés de la familia y con homologación judicial⁸⁹.

4° Que el régimen de separación de bienes, como régimen legal, va siendo abandonado en los países que lo ad-

miten, que es injusto y no deja de producir inconvenientes; que la posibilidad de pactar el régimen en el matrimonio se contrapone con la tendencia a reconocer una comunidad de bienes en la unión de hecho⁹⁰.

5° Que ni en el derecho castellano, ni en el patrio, ni en la codificación, ni en las costumbres existe una tradición que impulse a admitir la elección del régimen matrimonial por los cónyuges. Por el contrario, resulta chocante que el matrimonio sea la ocasión de un arreglo patrimonial, y absurdo acudir al notario antes de la celebración de las nupcias⁹¹.

6° Que ninguna relación tiene el principio de autonomía de la voluntad que rige en materia contractual con la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio, que obviamente no es un contrato. El seudoliberalismo que pretende aplicarse también podría servir para modificar a voluntad los efectos personales del matrimonio. La sociedad está interesada en regular aquéllos como éstos, motivo por el cual no puede razonablemente impedirse que el legislador asigne el mismo carácter imperativo a los primeros como a los segundos⁹².

7° Que no se aprecia en nuestro país que exista necesidad de permitir la op-

⁸⁷ Borda, Algunas observaciones al proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por el Decreto del Poder Ejecutivo del 14/10/1993, II.

⁸⁸ Mazzinghi, Derecho de Familia, Tomo II ps. 103-4, Nro. 187, 1972.

⁸⁹ Mendez Costa, María Josefa, La proyectada modificación del régimen patrimonial matrimonial, LL 1993-C, 943.

⁹⁰ Belluscio, ob.cit. LL 1994, Tomo A, pág. 804.

⁹¹ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 809.

⁹² Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 809.

ción entre diversos regímenes según la situación social o laboral de los esposos, ni tampoco se presentan los problemas de derecho internacional privado que estuvieron en el origen de la libre elección. Por lo demás, si una nación europea avanzada —como lo es Francia— lo normal, a estar de las encuestas, es que la gente ignore cuál es el régimen que le rige, tanto más será así en nuestro país. Ello puede ser una buena fuente de abusos del más azezado en cuestiones patrimoniales, fuera del posible planteo directo del más rico al más pobre de la alternativa entre renunciar a la comunidad o no casarse⁹³.

8° Que no es válido el argumento de que la libre elección favorezca la celebración de los matrimonios. Entre el matrimonio y la unión de hecho se opta, normalmente, por motivos distintos de los patrimoniales. Y, en definitiva, si en algún caso excepcional se elige la unión de hecho para impedir el sometimiento al régimen matrimonial imperativo, ello no es más que el ejercicio de la libertad personal. Carece de valor ético pretender convencer a una pareja de que debe casarse si el egoísmo de sus integrantes, que los conduce a pretender la independencia patrimonial, será un seguro escollo para una unión sólida⁹⁴.

9° Que los cambios producidos en la

estructura económico social de la familia, así como la diversidad de estructuras en las diversas regiones del país, en nada se oponen a un régimen de comunidad de gestión separada como el vigente, máxime con el perfeccionamiento que implica el proyecto redactado⁹⁵.

10° Que no se comprende por qué los divorciados que se casan en segundas nupcias deseen mantener la independencia patrimonial. Su patrimonio al tiempo de volver a casarse no entra en la comunidad, sino sólo las ganancias futuras⁹⁶.

11° Que la separación de bienes —principal opción que se busca introducir con la extensión de las materias objeto de las convenciones matrimoniales— es un régimen cuya injusticia es reconocida en forma prácticamente unánime, en especial para la mujer que no despliega una actividad económica independiente, y está en franca decadencia en el mundo⁹⁷.

12° Que es desde todo ángulo de mira absurdo que mientras se busca asignar al concubinato los efectos patrimoniales del matrimonio —en un régimen que no puede ser sino imperativo puesto que se aplica a una situación de hecho—, a la vez se pretenda autorizar el apartamiento del régimen en la unión legal⁹⁸.

⁹³ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 810.

⁹⁴ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 810.

⁹⁵ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 810.

⁹⁶ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 810.

⁹⁷ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 810.

⁹⁸ Belluscio, ob. cit. LL 1994, Tomo A, pág. 810.

Parte IV: Opinión personal

4 De lo expuesto en la Parte I de este trabajo, surge con claridad que la evolución del régimen patrimonial del matrimonio se da en favor de la independencia económica de los cónyuges, del pleno reconocimiento de la capacidad civil de la mujer y de que toda esta evolución se hace sin desatender la protección integral de la familia.

Podemos observar cómo en el derecho comparado se fue permitiendo a los cónyuges decidir qué régimen patrimonial adoptar para su matrimonio, si bien a lo largo del tiempo se han ido modificando los regímenes entre los cuales poder optar.

Esto me hace pensar que en nuestros días ya no es apropiado que la ley imponga un régimen único e inmodificable, tratando por igual a las personas, que por esencia somos únicos e irrepetibles. Parafraseando a Couture diré que no hay nada más injusto que tratar como iguales a quienes no lo son.

Creo que éste es el sentido que ha tenido la evolución legislativa del régimen patrimonial del matrimonio: permitir que cada pareja se atenga al régimen que mejor se adecue a su situación económica y convicciones ético-morales.

Considero que nuestra actual legislación sobre la materia no refleja tal evolución; el régimen dispuesto en el Código Civil, a pesar de las reformas, se ha quedado a mitad de camino; si bien hoy por hoy vemos cierta autonomía económica entre los cónyuges, el régimen patrimonial del matrimonio sigue siendo único, legal y forzoso, ya que la posibilidad de pasar al régimen de separación de bienes (en los casos en que la ley lo autoriza) es fruto de situaciones especiales y que deben ser probadas⁹⁹, y no el producto de la libre voluntad de los interesados.

Con lo expuesto no quiero decir que el régimen actualmente vigente sea malo, o injusto, sólo creo sinceramente que es hora de inyectar "nuevos aires"¹⁰⁰ a una legislación que data de tiempos en los que la sociedad argentina tenía otras necesidades.

Es verdad, las leyes 11.357, 17.711 y 23.515 representaron la respuesta a las exigencias de la sociedad del momento en la que cada ley fue dictada. Como sabemos, el derecho siempre va más lento que los hechos; pero también sabemos, que la reforma propuesta lleva ya largo tiempo instalada en la doctrina nacional¹⁰¹.

4.1 Con lo dicho estoy dejando en claro mi postura sobre este tema; comparto los fundamentos de la doctrina por los cuales la reforma al Código Ci-

⁹⁹ El régimen de separación de bienes se impone como consecuencia si se prueban las circunstancias exigidas por la ley para que ello sea procedente; arts. 1290, 1292, 1294 y 1306 Cód. Civ. y art. 26 ley 14.394.

¹⁰⁰ El encomillado me pertenece.

¹⁰¹ Baste recordar los congresos y jornadas oportunamente citadas

vil en el particular es acertada y necesaria.

Me hago eco de los argumentos expuestos en favor de la reforma proyectada. Y en particular quiero decir que si bien el matrimonio es un acto de amor, como lo entiende Borda —entre otros—, y que no se aviene con estipulaciones patrimoniales, resulta contradictorio que no se permita a los esposos convenir el régimen patrimonial que los regirá en el matrimonio, antes de celebrarlo, cuando están en armonía, y si se les permita hacerlo cuando se están divorciando, y la armonía ya esta rota.

Este proyecto no propone que cada pareja diseñe su propio régimen patrimonial, ello conduciría a la existencia de tantos regímenes patrimoniales como parejas hubiera en nuestro país, lo cual sería un poco menos que un caos. Se propone la incorporación de un régimen establecido por la ley; si bien las parejas podrán optar por uno u otro, no podrán introducirle modificaciones convencionalmente.

No es aceptable, para negar la inclusión del régimen de separación de bienes en nuestro país, el argumento de que éste se encuentra en franco abandono por parte de aquellos países que lo preveían, dado que es un reclamo de nuestro país, y que se viene postergando desde hace unos años ya. Si bien la cuestión no es “transplantar” instituciones extranjeras porque sí, las experiencias del derecho comparado

nos permitirán establecer un régimen que funcione en la práctica sin inconvenientes, o cuanto menos, no con tantos.

Tampoco es viable el argumento de que este régimen sólo será aprovechado por “unos pocos”, y que por tal razón no se justifica su inclusión, dado que estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legisla para la mayoría, *cuando legislar para la minoría no causaría perjuicios a la mayoría*¹⁰². Baste recordar que lo que se prevé es la “posibilidad” de optar, más no la “obligación” de hacerlo.

Por otra parte, la autonomía de la voluntad que se pretende admitir en esta materia no es ilimitada. En la reforma proyectada se ha prestado especial atención a fin de no desatender la debida protección a la familia exigida por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con rango constitucional; ello se evidencia en el establecimiento de un régimen primario que instrumenta tal protección, aplicable tanto al régimen de separación de bienes como al de comunidad.

Como hemos visto, el mundo ha evolucionado hacia el reconocimiento de la igualdad jurídica de los cónyuges, y la imposición de un régimen patrimonial no se aviene con tal reconocimiento. No queda prácticamente, por no decir que ya no hay ninguno, país que no reconozca a los cónyuges el derecho de elegir el régimen patrimonial del matrimonio. La igualdad y libertad de

¹⁰² la letra en cursiva me pertenece.

los cónyuges en este tema ha sido implementada en casi todo el mundo, y la exigencia de que Argentina también lo haga se ha hecho visible en los encuentros, internacionales y regionales, de profesionales del derecho¹⁰³.

Se dice que el régimen de separación es injusto, en especial para la mujer que no realiza actividad económica. Quienes sostienen este argumento olvidan que ninguna mujer decidiría casarse bajo este régimen si no despliega actividad económica alguna. Sería poco menos que impensable que se vea algo así en la práctica; y el desconocimiento del funcionamiento, efectos y consecuencias del régimen tampoco podrían ser utilizados como bases de este argumento, desde el momento que el escribano, que otorga la escritura pública en la que debe ser instrumentada la convención por la cual se opta por este régimen, debe explicar estas circunstancias a las partes.

Belluscio dice que es el régimen del más crudo egoísmo, que poco se aviene con la comunidad de vida que es de esperar del matrimonio. "En todo caso, si no quieren compartir sus ganancias, que no se casen: el concubinato no les está prohibido y poca o ninguna diferencia hay entre el concubinato y el matrimonio con separación de bienes¹⁰⁴". Frente a estas palabras yo me pregunto: ¿Qué está proponiendo el Dr. Bellus-

cio?, ¿Propone que aquellos que no se sienten comprendidos por la legislación vivan al margen de la ley?, ¿No sería mejor si la ley pudiera amparar la mayor cantidad de gente posible?

Ya lo dijo el Dr. Zannoni: "La mejor adecuación del régimen de comunidad al matrimonio se da en aquellos casos en los cuales uno de sus integrantes aporta económicamente y el otro afronta las tareas del hogar, y el de separación de bienes se adecua mejor a aquél en que uno y otro despliegan actividad económica¹⁰⁵."

En suma, estamos frente a la posibilidad de dar un nuevo rumbo a la legislación argentina: actualizándola, poniéndola en pie de igualdad con las legislaciones más modernas, y lo que es más importante aún: con la reforma proyectada, al menos en este tema, se da respuesta a un pedido de la sociedad argentina, que ha evolucionado, que se ha modificado con el correr de los años.

La reforma no plantea la desnaturalización del matrimonio; por el contrario, espera dar solución a aquellas situaciones "nuevas", que se han planteado en los últimos años, procurando ajustar el derecho a las situaciones que está llamado a regir.

Con este Proyecto de Código Civil se

¹⁰³ Entre otros: Congreso Hispano Americano de Profesores de Derecho de Familia, Salta 1983; X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El derecho de Familia y los nuevos paradigmas", Mendoza 1998.

¹⁰⁴ En "El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de Código Civil", LL del 22/06/99.

¹⁰⁵ "Convenciones Matrimoniales", Temas de Derecho Privado II, publicación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1990, pág. 141.

propone un régimen patrimonial del matrimonio completo, innovador (para nuestra legislación), respetuoso de las costumbres locales, y también de las necesidades de nuestro tiempo. Parafraseando al Dr. Atilio A. Alterini, integrante de la Comisión encargada de redactar este proyecto de Código Civil, diré que los firmantes de este proyecto han pretendido hacer una obra de consenso racional..., haciendo un código para toda la Nación¹⁰⁶.

Quisiera agregar que no hay regímenes patrimoniales del matrimonio "esencialmente" malos o buenos, justos o injustos; hay, simplemente, diferentes realidades sociales, culturales y económicas, que no pueden ser tratadas por la legislación, en nuestros días, de manera uniforme. La ley debe contemplar estas diferentes realidades y darles una respuesta adecuada, permitiendo que la gente viva dentro de ella.

Parte V: Conclusiones

1° De los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio que contempla el derecho comparado y de su evolución a lo largo del tiempo se observa:

A) Que se reconoce a los contrayentes y cónyuges el derecho de elegir libremente el régimen patrimonial al que ajustarán su matrimonio¹⁰⁷, y también

de cambiarlo mientras dure el matrimonio¹⁰⁸.

B) Que se ha llegado al pleno reconocimiento de la igualdad jurídica de los cónyuges¹⁰⁹.

2° La legislación vigente en Argentina no refleja la evolución seguida por el derecho comparado en atención al reconocimiento de la capacidad de los cónyuges para elegir el régimen patrimonial de su matrimonio.

3° La reforma propuesta implica una innovación para el derecho argentino, no así en relación a las legislaciones extranjeras conocidas.

4° Las convenciones matrimoniales adquieren una importante función frente al régimen patrimonial del matrimonio¹¹⁰, lo cual permitirá su difusión y utilización.

5° La forma en la que está prevista la opción por el régimen de separación de bienes y la manera de cambiar el régimen del matrimonio, aseguran la debida publicidad del acto y protección de los derechos de terceros¹¹¹.

6° Es necesaria la incorporación de un régimen primario del matrimonio, dado que en la actualidad el régimen de

¹⁰⁸ En otros términos, permitir el uso de la autonomía de la voluntad en esta materia

¹⁰⁹ Principio éste, que también ha sido consagrado en nuestro país.

¹¹⁰ Al ser el medio previsto para manifestar la voluntad de los cónyuges de adherir al régimen de separación de bienes, y como medio para cambiar el régimen por el que se venga rigiendo el matrimonio.

¹¹¹ La seguridad jurídica exige que ante la posibilidad de que el régimen patrimonial del matrimonio no sea uno solo, el que resulte aplicable para cada caso particular pueda ser conocido por terceros que quieran vincularse con alguno de los esposos, al igual que deben poder conocer cuando éstos decidan pasar de uno a otro régimen.

comunidad convive con supuestos de régimen de separación, y no existen normas que prevean la protección de la vivienda familiar, como tampoco de las necesidades y cargas del hogar.

7º El régimen de separación de bienes proyectado permite a los cónyuges manejarse con mayor independencia en lo económico, cuando esto es una necesidad —o conveniencia— de los interesados, sin descuidar la debida protección de las cargas del matrimonio.

Bibliografía

- María Josefa Méndez Costas, "Derecho de Familia" – Daniel Hugo D'antonio, Editorial Rubinzal-Culzoni, Octubre de 1990.
- Carlos H. Vidal Taquini, "Régimen de Bienes en el Matrimonio", Editorial Astrea, Marzo de 1990.
- Gustavo A. Bossert – Eduardo A. Zannoni, "Manual de Derecho de Familia", Editorial Astrea, 4ª. Edición, Abril de 1996.
- Guillermo A. Borda, "Manual de Derecho de Familia", Editorial Perrot, 11ª Edición, Abril de 1993.
- Augusto César Belluscio, "Manual de Derecho de Familia", Editorial Depalma, 6ª. Edición, Octubre de 1996, Tomo II.
- Jorge Adolfo Mazzinghi, "Tratado de Derecho de Familia", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 3ª. Edición,

Marzo de 1996, Tomo II.

- Eduardo Antonio Zannoni, "Tratado de Derecho Civil-Derecho de Familia", Editorial Astrea, 3ª. Edición, Mayo de 1998, Tomo I.
- Jorge O. Azpiri, "Derecho de Familia", Editor José Luis Depalma, Editorial Hammurabi SRL, Marzo de 2000.
- "Nota de Elevación del Anteproyecto de Código Civil al Sr. Ministro de Justicia de la Nación Dr. Raúl Granillo Ocampo, LL, Antecedentes Parlamentarios, 1999, Tomo B.
- Augusto C. Belluscio, "La Elección de Régimen Matrimonial por los Esposos", LL 1994, Tomo A.
- Augusto C. Belluscio, "El Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil", LL del 22 de Junio de 1999.
- Augusto C. Belluscio, "Anteproyecto de Código Civil. Disidencias", LL 1999, Tomo C.
- Atilio A. Alterini, "Sobre las disidencias con el Proyecto de Código Civil de 1998", LL 1999, Tomo D.
- Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 860, Abril/Mayo/Junio de 2000, página 115 y siguientes.
- Graciela Medina, "Régimen Patrimonial Matrimonial Primario y la Reforma del Código Civil", ED 1999, Tomo 184.

- Atilio A. Alterini, "¿No a la Reforma? ¿No a esta Reforma? (Sobre ciertas críticas al Proyecto de Código Civil de 1998)", JA 1999, Tomo II.
- Patricia Ferrer, "El Proyecto de Unificación del Derecho Privado de 1998: Una legislación de avanzada para la República Argentina", JA 2000, Tomo I.
- Mariana Kanefsch, "Autonomía de la Voluntad, Cambio de Régimen y Régimen Primario", JA 2000, Tomo I.
- Jorge Mosset Iturraspe, "El Código Civil y el Siglo XXI. ¿Reformar, cambiar o mantener?", JA Agosto 1999, Conmemoración de su 80° Aniversario.
- Eduardo A. Zannoni, "Convenciones Matrimoniales", Temas de Derecho Privado II, Colegio de Escribanos de la Capital Federal 1990.
- Aída Kemelmajer de Carlucci, "Lineamientos Generales del Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Proyecto de Reforma al Código Civil", JA del 8 de Diciembre de 1993.
- "X Congreso Internacional de Derecho de Familia-El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas"; Mendoza, 20 al 24 de Septiembre de 1998; Comisión 3: Régimen Económico de la Familia, Conclusiones y Ponencias de los profesores invitados: Dra. Lourdes Wills Rivera (Venezuela) "Régimen patrimonial durante el matrimonio"; Joaquín Rams Albesa (España) "Problemas de planteamiento de la sociedad de gananciales en la sociedad igualitaria"; José Luis de los Mozos (España) "Régimen patrimonial y Autonomía de la Voluntad".
- "XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; Santa Fe, 23 a 25 de Septiembre de 1999, Conclusiones Comisión 5: La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales de familia, JA 2000, Tomo I.
- "VI Jornadas de Derecho Familia, Menores y Sucesiones"; Morón 21, 22 y 23 de Octubre de 1999, Conclusiones Comisión 4: Aspectos patrimoniales del matrimonio", JA 2000, Tomo I.
- "Proyecto de Código Civil de la República Argentina", Revista de Estudios de Derecho Comercial, San Isidro, 15 Número Especial, Carlos Vichino Editor, Junio de 1999.