

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES
EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL

Por Graciela M. Moreno de Ugarte*

1. Nociones generales.

Capitulación matrimonial es un convenio celebrado por los futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que habrán de someterse durante el matrimonio o bien precisar algún aspecto de sus relaciones patrimoniales futuras.

El objeto de la capitulación puede variar según la mayor o menor amplitud que le acuerde el derecho positivo. Así, en cuanto a la elección del régimen, las alternativas pueden ser desde escoger entre uno de los propuestos por la ley, hasta elaborar un particular sistema patrimonial que resultará eficaz en tanto no contraríe el orden público establecido. Puede reglarse, por ejemplo, la propiedad y gestión de los bienes e ingresos de cada esposo, la responsabilidad por deudas, el modo de partir los bienes a la extinción del régimen, los porcentajes que habrá de atribuirse cada uno, las compensaciones económicas, etc..

En cuanto a su naturaleza jurídica se ha sostenido que se trata un negocio jurídico bilateral que no configura propiamente un contrato, sino una *convención*, o una especie de *pacto normativo*, o de *estatuto acordado* en el que pueden reglarse distintos aspectos de las relaciones patrimoniales de los esposos¹. Para otros se trata de un contrato realizado *a causa del matrimonio*, es decir cuya eficacia futura pende de la celebración del matrimonio²

En realidad, el asignarle o no la naturaleza de contrato depende de qué se interprete que es un contrato, y de cuál sea el objeto de la convención. En cuanto a lo primero, es de señalar que tanto el art. 1137 del Código Civil cuanto el proyectado art. 957, ubicado en el título segundo del libro tercero del Proyecto de Código Civil, adoptan una tesis amplia a la hora de definir la figura, abarcando todos los actos jurídicos bilaterales patrimoniales, cualquiera sea el efecto que persigan (crear, modificar, transferir, extinguir) y cualquiera sea la clase de derechos patrimoniales sobre los que incidan (personales, reales,

*Profesora adjunta de la cátedra de Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de Cámara de Familia.

¹ Fanzolato, Eduardo I. "Las capitulaciones matrimoniales-Derecho argentino y derecho comparado", "Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia" N° 19, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As.Dic.-2001,párr.1, pág. 25.

²Zannoni, Eduardo A. "Derecho de Familia", Tomo I, Ed. Astrea, Bs.As. 1981, párr. 289, pág. 426.

intelectuales)³. Conforme a ello, se puede afirmar que tanto para la norma vigente cuanto para la proyectada, la capitulación matrimonial es, en principio, un contrato en cuanto concurren al menos dos personas, un acuerdo de voluntades y, respecto al contenido, disciplina relaciones jurídicas patrimoniales (ajenas a la sucesión mortis causa) que vinculan los intereses de las partes⁴.

Decimos que en principio, pues las diversas legislaciones pueden ampliar o restringir la materia objeto de la convención, incidiendo de tal manera en su naturaleza. Veamos. El art. 446 del Proyecto, ubicado en el Título II (Régimen patrimonial del matrimonio), Capítulo I, Sección I, establece que las convenciones sólo pueden tener por objeto: *a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código.*

La primera y segunda importan “*declaraciones de conocimiento*” y no una “*expresión de voluntad*” en los términos del art. 957, por tanto no configurarían un contrato, en tanto que las dos últimas sí, por tratarse de donaciones⁵ y de una expresión de voluntad común destinada a escoger el sistema que habrá de reglar las relaciones patrimoniales⁶.

La distinción entre contrato y convención tiene su origen en la antigua diferenciación que se hacía en el derecho romano clásico, que se justificada pues el primero otorgaba acciones para exigir su cumplimiento y la segunda no. En la actualidad “*este doble orden de categorías conceptuales*” carece de utilidad práctica, pues se les aplican las mismas reglas básicas a ambas⁷.

Repárese, por ejemplo, que aun en las denominadas “*declaraciones de voluntad*” de los incs. 1 y 2, existe una voluntad objetiva de ambos contratantes de establecer efectos jurídicos a sus futuras relaciones patrimoniales, desde que importan preconstituir prueba

³ López de Zavalía, Fernando J., “Teoría de los Contratos”, tomo I, Parte General, Ed. Zavalía, Bs. As. 4^o Edición, Bs.As. 1997, párr. 1, pág. 13.

⁴ Aparicio, Juan Manuel “Contratos en general. Observaciones al Proyecto de Código”, Publicado en: LA LEY 05/12/2012, LA LEY 2012-F, 1213

⁵El Proyecto define a la donación en el art. 1542: “*Concepto. Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta*”. Ya no cabrá entonces discutir sobre la naturaleza contractual de la figura, posición que aun hoy puede sostenerse si se analiza integralmente el título VIII de la Sección III, Libro II del Código Civil. Véase para ello Freytes, Alejandro, “Naturaleza jurídica de la donación”, publicado en L.L.Cba. 2010(agosto), 747.

⁶López de Zavalía, Fernando J., ob. y lug. citados, párr. 1, pág. 13.

⁷Aparicio, Juan Manuel, en “Contrato I”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1997, pág. 58/60.

sobre el carácter, valor y naturaleza de los bienes y deudas, que puede ser opuesta por los terceros y que genera entre los contrayentes un derecho y un deber correlativo a la hora de determinar la composición de las distintas masas de bienes. De cualquier modo, bueno es remarcar que pese a su naturaleza, no se discute que no habrán de aplicárseles “*indiscriminadamente*” a las convenciones matrimoniales los efectos de los contratos, pues los intereses comprometidos en los acuerdos celebrados en materia patrimonial familiar son diferentes a los del resto de los contratos, lo que impone un distinto tratamiento⁸.

Al igual que el actual art. 1238 del Código Civil el art. 448 del Proyecto establece que la convención matrimonial *sólo produce efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto el matrimonio no sea anulado*. La convención está sujeta entonces a una condición suspensiva (art. 348) de modo que no cumplida la condición (la celebración del matrimonio válido) es ineficaz, salvo en lo que respecta a la donación hecha al cónyuge de buena fe en el caso de matrimonio putativo (arts. 428 y 429 b)).

2. Del régimen legal imperativo al régimen convencional.

Sin duda la modificación más importante en esta materia es la facultad que la ley proyectada otorga a los contrayentes para escoger, a través de la capitulación matrimonial, entre alguno de los dos regímenes propuestos (art. 446 inc. d)).

El régimen de comunidad de gananciales actual, que conforme a un primer criterio de clasificación que atiende a la habilidad de los esposos para regular sus relaciones patrimoniales futuras⁹, es único, legal y forzoso, se convierte en el proyecto en un régimen convencional, opcional y supletorio, que al permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia, faculta a los futuros cónyuges a escoger entre dos regímenes, el de comunidad y el de separación de bienes. El régimen de comunidad se instrumenta ante la ausencia de elección por parte de los contrayentes, el que por ello reviste el carácter de supletorio. El esquema legal se completa con un régimen inderogable. El nuevo sistema propone una alternativa para que cada pareja de contrayentes, de acuerdo a sus particulares

⁸Kemelmajer de Carlucci, Aída “Autorregulación de las relaciones patrimoniales del matrimonio”, en Derecho Patrimonial de la Familia, Ed. Alveroni, Córdoba, 2000, párr. IV) e), pág. 148. Expresa que no rige la *exceptio non adimpleti contractus*, ni la típica regla de que las obligaciones contractuales nacen para extinguirse.

⁹Méndez Costa, María Josefa “Derecho de Familia” Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1982, párr. 17 y sgtes, pág. 289 y sgtes. La autora efectúa una clara sistematización de los regímenes matrimoniales en atención a tres criterios: 1) libertad de los contrayentes para regular sus relaciones patrimoniales futuras; 2) libertad de modificación; 3) estructura y dinamismo

condiciones desde el punto de vista económico, escoja la opción que considerem más apta para regular sus futuras relaciones patrimoniales matrimoniales¹⁰.

La norma se inserta en un sistema que consagra la libertad de contratación entre los esposos, que pueden celebrar todo tipo de contratos dentro del matrimonio ya que no se reproduce el precepto contenido en el actual art. 1219 del Código. No obstante, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad tiene sus límites. Solo se puede elegir entre dos regímenes, no es posible alterar convencionalmente la reglamentación legal prevista para cada uno de ellos (art. 447), y está regulado el régimen patrimonial matrimonial primario, cuyas disposiciones, al decir del art. 454 *se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario.* El régimen primario entonces se encuentra excluido de cualquier tipo de convención.

Se trata de reglas –entre otras- que determinan quiénes afrontan y en qué medida los gastos de sostenimiento de los esposos, del hogar y de los hijos (*deber de contribución-art. 455*), quiénes resuelven sobre el destino de la vivienda familiar, los bienes muebles que componen su ajuar, y la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio¹¹ (*actos que requieren asentimiento-art. 456*),

¹⁰Solo a modo de ejemplo, piénsese en el contrayente que ya divorciado con anterioridad y con una desagradable experiencia en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal, no desea en el nuevo matrimonio un socio en el 50% de los frutos de sus bienes propios, para de tal modo evitar eventuales futuros litigios, o bien, que los hijos del matrimonio anterior deban compartirlos con el nuevo esposo al tiempo de heredarlo. En este mismo sentido se pronuncia -entre otros- Carlos Arianna en “Derecho de familia: La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales de familia. Relatores: Wilde, Zulema; Wagmaister, Adriana y Arianna, Carlos A.. Fecha: 8 de septiembre de 1998-Revista del Notariado 857, 01/01/2011, 143, quien propicia la apertura del sistema a otros regímenes, pues a su juicio está fuera de toda duda que no se puede hablar de un único modelo familiar: “...*No es lo mismo, quizás, la familia que se crea a través de un vínculo conyugal por primera vez que la situación de aquel que viene de un fracaso y quiere formar otra familia. También existen familias ensambladas y uniparentales, es decir, hay distintas formas de familia. Y es probable que ante esta diversidad de formas familiares deba existir la posibilidad legal de optar para algún caso por un régimen que no sea único, es decir, que las partes tengan algún margen de elección*”.

¹¹El precepto, por su importancia práctica, merece un comentario aparte. En Córdoba, los jueces han declarado la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución Provincial que establece la inejecutabilidad de la vivienda familiar por entender que la norma aludida al sustraer a la acción de los acreedores un bien que integra la garantía patrimonial del deudor, invade materia propia del derecho civil, cuya regulación ha sido expresamente delegada por las Provincias al Congreso de la Nación en el art. 75 inc. 12 de la Constitución vigente (antiguo art. 67, inc. 11 de la C.N.) y, por lo tanto, les está vedado a las primeras, según lo establecido en el art. 108 de la Constitución Nacional. Con la propuesta del proyecto, cumplidos los recaudos legales, este escollo estaría superado.

quétipo de responsabilidad asume cada uno para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes (*responsabilidad solidaria*, art. 461).

Es este un conjunto de reglas mínimas que regulan *efectos comunes derivados del matrimonio*, esto es, las responsabilidades económicas básicas de los esposos, que atañen a sus relaciones personales y que por ello se rigen por la ley del domicilio conyugal efectivo, y no por el primer domicilio conyugal que es el que regula las convenciones matrimoniales y el régimen de bienes (art. 2624), lo que evidencia la importancia práctica de no calificarlo como un régimen de bienes¹²

De tal manera, se asegura a los futuros esposos un sistema de protección compuesto por determinados derechos relativos a tres aspectos (vivienda familiar, responsabilidad frente a terceros por deudas comunes y contribución en proporción a los recursos) que sin duda resultan fundamentales para contrarrestar los perjuicios que -en algunos casos- el régimen de separación puede acarrear para el cónyuge más vulnerable desde el punto de vista económico. Situaciones en las que hay un solo bien –propio de uno de los esposos- asiento del hogar familiar, para disponer de él su titular requerirá del asentimiento del otro (art. 456); o cuando solo uno de los esposos sea el proveedor económico del hogar, a él le corresponderá en mayor medida o casi exclusivamente afrontar los gastos de sostenimiento del hogar y de los hijos porque es quien aporta los recursos, y esto es así pese a que el régimen adoptado haya sido el de separación de bienes.

No puede dejar de considerarse en este punto la pensión compensatoria prevista en el art441 del Proyecto para después del divorcio, cuya función es nivelar el desequilibrio que la disolución del vínculo produce respecto de uno de los cónyuges como consecuencia de la liquidación del régimen económico, o bien, eventualmente, a raíz de la elección del régimen de separación de bienes, y que viene a subsanar el perjuicio que puede sufrir aquel de los esposos que no ha generado recursos durante la convivencia frente al otro que ha visto incrementado su patrimonio. Justamente el inc. a del art. 442 fija, entre otras, como

¹²Fanzolato, Eduardo I. en ob. y lug. cit., párr. 8.1, pág. 37, es quien señala que la distinción entre efectos comunes del matrimonio y régimen de bienes propiamente dicho (que regula el modo de distribuir la fortuna adquirida durante el matrimonio) tiene trascendencia en Derecho Internacional Privado, porque los dos cuerpos de normas no tienen el mismo punto de conexión.

pauta a tener en cuenta por el Juez “*el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial*”.

3. De la inmutabilidad del régimen de bienes a su mutabilidad.

Es un carácter común a todas las convenciones matrimoniales previstas en el art. 1217 del Código Civil su inmutabilidad, justificada esta cualidad por la prohibición de efectuar donaciones entre los esposos (art. 1219 del Código Civil).

El régimen de comunidad de gananciales que legalmente rige desde la celebración del matrimonio no puede modificarse después. Sólo por las causas legalmente previstas (art. 1294) habrá de reemplazarse el régimen legal por el de separación de bienes.

En el Proyecto de Código Civil, por el contrario, y en concordancia con el principio de libertad de contratación, se habilita el cambio de régimen durante el matrimonio por acuerdo de los esposos. Se establece un lapso mínimo de un año de aplicación del régimen convencional o legal supletorio para permitir la modificación, la que debe ser hecha por escritura pública y anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para que produzca efectos respecto de terceros.

Los terceros acreedores *anteriores al cambio de régimen* que podrían verse afectados, principalmente si se pasa del régimen de comunidad al de separación, pueden petitionar se les declare inoponible a ellos el nuevo régimen hasta el año, a contar desde que conocieron de la modificación (art. 449).

El precepto viene así a cerrar toda posibilidad de menoscabo a los intereses de terceros, pero en realidad la proyectada regulación del pasivo conyugal es la que les brinda mayores garantías a los acreedores.

Veamos. En el Proyecto, al igual que en art. 5 de la ley 11.357, rige el principio de separación de deudas, en virtud del cual cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con sus bienes, salvo casos excepcionales en los que también se responsabiliza al otro (arts. 461 y 467). Las previstas en el art. 461 proyectado son las denominadas “deudas comunes” (por necesidades de hogar, sostenimiento y educación de los hijos) que en el Código Civil son concurrentes (art. 6, ley 11.357), y en el Proyecto integran el régimen primario y son solidarias (art. 461), por lo que ambos cónyuges responden con todos sus bienes, a excepción –para el régimen de comunidad –de la contraída para la conservación de los bienes gananciales en la que el cónyuge no contratante también

responde pero solo con sus bienes gananciales (art. 467). En este marco, resulta que el cambio del régimen de comunidad al de separación puede perjudicar al tercero si concretamente se reduce su prenda común –el patrimonio-, reducción que puede resultar de la partición de los gananciales si el patrimonio del esposo deudor fuese superior al del otro. En este caso, los acreedores pueden ejecutar y adoptar todas las medidas cautelares antes de la partición, pues durante la indivisión postcomunitaria se siguen aplicando las reglas citadas supra (art. 486), efectuándose la partición sobre los activos líquidos (art. 487)¹³. En este marco, es claro que aun privando a la convención de su cualidad de inmutable, habilitando el cambio de régimen, solo un acreedor desprevenido podría verse perjudicado. No obstante, aun para este supuesto la ley le otorga la posibilidad de declarar la inoponibilidad de la modificación del régimen a su respecto hasta un año después de haber tomado conocimiento del cambio.

4. Las otras cláusulas permitidas en el Proyecto de Código Civil. Las donaciones nupciales.

4.1. Como se anticipó, lo novedoso del proyecto consiste en incorporar como objeto de la convención matrimonial la atribución de los futuros esposos de escoger entre los dos regímenes que regula el ordenamiento. Otra novedad consiste en la incorporación de la posibilidad de enunciar las deudas.

Según el art. 446 del Proyecto, las convenciones matrimoniales pueden tener por objeto: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; y c) las donaciones que se hagan entre ellos.

El objeto de la capitulación, al igual que en el Código Civil, sigue siendo limitado, por lo que el sistema puede caracterizarse como de “relativa” libertad de convención. El precepto contenido en el actual 1218 tiene su correlato en el proyecto en el art. 447, de manera que no sólo que la enunciación es taxativa, sino que además, en lo que al régimen de bienes se refiere, no es posible alterar los principios que rigen en cada uno de los regímenes matrimoniales regulados, combinando reglas de uno u otro o elaborando un estatuto particular. Sólo puede optarse entre los que se regulan, sin alterar los principios que

¹³Para el aspecto externo del pasivo se siguen aplicando los arts. 461, 462 y 467, sin perjuicio del derecho de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común. Categóricamente se dispone que: “*La disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor*”.

los informan. Así, para el régimen de comunidad se reproduce en el art. 463 lo dispuesto en el art. 1271 del Código Civil: “...*No puede estipularse que la comunidad comience antes o después...*”; y no pueden ampliarse las causales de extinción del régimen, que son las enumeradas en el art. 475.

El inc. a) consigna la “*designación y avalúo que cada uno lleva al matrimonio*”. Los esposos pueden consignar las aportaciones económicas que hacen al matrimonio, forma de preconstituir prueba sobre el carácter propio de los bienes, a lo que se suma la tasación, que en el Código actual la prevén los artículos 1251 y 1256. La cláusula es de utilidad pues la calidad de propios de los bienes no puede luego discutirse ni por los esposos ni por sus sucesores, a más de ser oponible a terceros. Es una forma de enervar la presunción legal de ganancialidad plasmada en el art. 466 del Proyecto, por lo que asume especial relevancia para quienes celebran un segundo matrimonio y poseen bienes que de no ser denunciados se consideran gananciales.

El inc. b) prevé como objeto la “*enunciación de las deudas*”, que constituye un agregado valioso para clarificar aún más la situación patrimonial de los contrayentes al tiempo de celebrar el matrimonio.

4.2. Donaciones nupciales.

El Proyecto sistematiza las donaciones nupciales, regulando en tres artículos de la Sección II, las que los esposos se hacen uno al otro, únicas que son objeto de la capitulación matrimonial, las que realizan los terceros en favor de uno o de ambos, y la oferta de donación, mal denominada en el Código actual como “promesa de dote”. Dada la facultad de escoger el régimen de separación de bienes, la posibilidad acordada a los esposos e incluso a los terceros de dotar de una reserva económica a uno o a ambos futuros cónyuges a través de la donación hace que ésta cobre interés, pues puede resultar un modo de equilibrar los patrimonios al inicio del régimen y contribuir también al equilibrio de la situación económica de cada esposo al tiempo de la disolución del matrimonio.

El inc. c) alude a las “*donaciones que se hagan entre ellos*”. Las donaciones nupciales por estar contenidas en la capitulación matrimonial deben respetar la forma que ésta impone y por lo tanto siempre celebrarse por escritura pública (art. 448), esto aun cuando se

trate de donaciones manuales (art. 1554), es decir, tengan por objeto cosas muebles o títulos al portador, que en el Proyecto se perfeccionan con la entrega de la cosa¹⁴.

Pese a que existe libertad de contratación, este tipo de donaciones que tiene por objeto incrementar el haber del donatario antes del matrimonio, le está vedado al futuro esposo menor de edad (art. 450). A su vez el beneficiario menor de edad debe aceptar a través de su representante legal o bien por un tutor especial, si el donante fuese el representante legal (art. 1549). El menor ya emancipado por el matrimonio (art. 27) no podrá hacer donación de lo recibido, ni con autorización judicial, porque se lo veda el art. 28 inc. b.

El art. 452 despeja toda duda en orden a que el matrimonio obra como una *conditio iuris* que da virtualidad y vigencia jurídica a la donación, es decir, la donación *propter nuptias*, al igual que la convención matrimonial en la cual está contenida, se completa en los hechos con la celebración del matrimonio y su consecuente validez. En efecto, el art. 451 establece que la donación sólo tiene efecto si el matrimonio se celebra. El precepto siguiente, referido tanto a la donación entre esposos, propia de la capitulación matrimonial, cuanto a la que a ellos le efectúan los terceros *con motivo del matrimonio*, reafirma el carácter condicional: “*Las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido*.” Repárese que esta última norma refiere al “*matrimonio válido*”; de no ser así, la donación es ineficaz; salvo que se trate –como ya se adelantó– de un cónyuge “donatario” de buena fe (art. 429 inc. b).

El Proyecto no reproduce la norma contenida en el art. 1240 del Código Civil que establece como principio la “*irrevocabilidad*” de las donaciones hechas por causa del matrimonio, contemplando como excepciones supuestos que en realidad producen la

¹⁴Elía, Marcos, en “El tratamiento del contrato de donación en el Anteproyecto de Código Civil” publicado en ED [250] - (09/11/2012, nro. 13.118) [Publicado en 2012], expresa que la doctrina atinadamente señala que cuando la tradición de la cosa se ha empleado como forma de exteriorizar la voluntad, el contrato de donación quedará perfeccionado con la recepción de la cosa en señal de aceptación de la oferta. Tal circunstancia torna innecesaria la forma escrita del contrato para probar su existencia. A su juicio, la tradición de la cosa como exigencia para la perfección de la donación de cosas muebles tampoco se compadece con el carácter consensual atribuido al contrato de donación (art. 1542) ni con la exclusión de la vetusta categoría de los contratos reales propiciada en el Proyecto. Entiende que debió adoptarse, en el particular, la pauta general brindada por el art. 1813 del Cód. Civil, es decir, que las donaciones de cosas muebles deben acreditarse mediante instrumento público o privado.

ineficacia del acto pero no por motivo de la revocación¹⁵. En la ley proyectada, al igual que en el Código Civil, la donación tiene como carácter propio la “irrevocabilidad”, es decir, el acuerdo no puede ser dejado sin efecto por la sola voluntad del donante. El instituto de la revocación –al igual que en las donaciones en general (art. 451)- sólo es posible respecto a las donaciones que tienen por causa el matrimonio, por incumplimiento de los cargos, ingratitude del donatario, y en caso de habérselo estipulado expresamente, por supervivencia de hijos del donante (art. 1569).

La potestad que la ley proyectada concede al donante de revocar las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales por ingratitude de los beneficiarios (arts. 1571 y cons.), viene a suplir la que concede el actual art. 212 del Cód. Civil al marido inocente. El citado precepto no está contenido en el Proyecto dentro del elenco de los efectos del divorcio debido a la recepción del divorcio incausado (art. 437), en el que ningún pronunciamiento se emite respecto a la responsabilidad de los esposos en la ruptura matrimonial. No obstante, la normativa es clara en orden al reconocimiento de la facultad legal que tiene el donante, víctima de los actos que configuran ingratitude, de dejar sin efecto el gesto de generosidad.

4.2.1. La oferta y la aceptación de la donación.

El art. 453 expresa: *“Oferta de donación. La oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un (1) año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada”*.

La norma transcripta debe vincular con los arts. 1241, 1242 y 1248 del Código que refieren a la mal denominada “promesa de dote”¹⁶ y que en realidad tratan de donaciones

¹⁵El precepto expresa: *“Todas las donaciones por causa del matrimonio son irrevocables, y sólo podrán revocarse si fuesen condicionales y la condición no se cumpliera, o si el matrimonio no llegare a celebrarse, o si fuere anulado por sentencia pasada en cosa juzgada, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo”*. El incumplimiento de la condición suspensiva es un supuesto de ineficacia del acto pero no de revocación. Lo mismo si el matrimonio no se celebra. Sea que la celebración del matrimonio se considere una condición suspensiva, una condición de eficacia o la causa final del acto, lo cierto es que no es una revocación. En el proyecto la cuestión queda superada por el art. 452 que determina que la celebración del matrimonio es una “condición implícita”.

¹⁶Se conoce por dote el aporte de bienes hecho por la mujer al marido, en propiedad o en usufructo, destinado a contribuir a solventar las cargas del hogar, que a la disolución del régimen se le restituye en valor o en especie, respectivamente. El Código Civil califica como dote al conjunto de bienes propios de la mujer, sean los aportados al matrimonio o los adquiridos después a título gratuito.

hechas por terceros –fuera de las convenciones matrimoniales- que solo tienen por beneficiaria a la mujer, y que pueden verificarse de dos maneras: a) por convención con el futuro esposo (art. 1241) en cuyo caso adoptan la forma de un contrato en favor de terceros; y b) por contrato directo con la mujer (art. 1248 del Cód. Civil).

En el proyecto, y en virtud del principio de igualdad de los esposos, cualquiera de ellos puede ser beneficiario. Tratándose técnicamente de una oferta¹⁷, así es denominada en la norma proyectada, debiendo sujetarse a las disposiciones generales de las donaciones.

El proyecto atribuye fuerza obligatoria a la oferta en el art. 974, ubicado en la Sección I (consentimiento, oferta y aceptación), Capítulo 3, Título II del Libro III. La norma expresa: *"La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso"*. Ello significa que el oferente está obligado a mantener la oferta durante un determinado lapso, obligación que priva de efectos a su revocación.

Como se ve, la fuerza obligatoria de la oferta está vinculada al plazo de su duración que puede o no haber sido fijado por el oferente. El proyecto en el art. 974 solo refiere al caso en que el oferente no fijó plazo, distinguiendo la oferta hecha a una persona “presente” (párr. 2° del art. 974), de la efectuada al “ausente” (párr. 3° del art. 974 e inc. b) del 980).

Ahora bien, en materia de donación nupcial efectuada por terceros a los esposos, la norma contenida en el art. 453, señala: *"Oferta de donación. La oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de UN (1) año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada"*.

De conformidad a lo señalado por la doctrina¹⁸, en el sentido de que la oferta en los contratos siempre tiene que tener un término de vigencia, el proyecto lo fija en el plazo de un año que debe contarse a partir de la recepción, excepto previsión diferente, según lo preceptuado por el art. 974 cuarto párrafo. El plazo de un año parece acertado pues, razonablemente es el tiempo en que –en circunstancias normales- cabe esperar se concreten las nupcias desde que fueron anunciadas. No cumplida la condición a la que se subordina su

¹⁷Zannoni, Eduardo A. en ob. y lug. citados, párr. 296, pág. 432.

¹⁸Aparicio, Juan Manuel ob. y lug. citados en nota anterior.

eficacia (art. 452) en ese plazo, la oferta caduca y ya no puede perfeccionarse el contrato por medio de la aceptación.

Pero lo relevante del tema es que en el caso de donaciones nupciales la oferta no posee fuerza vinculante, pues puede ser revocada por el proponente antes de la aceptación.

En efecto, contrariamente a lo establecido por el art. 975, que, en consonancia con la fuerza obligatoria de la oferta, sólo admite como retractación o revocación de aquélla comunicación al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta, la última parte del art. 453 establece: “...*se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada*” (453)¹⁹. Al parecer la norma se aparta del principio general, en este caso con el fin de mantener la facultad de ofertar o no la donación en cabeza de quien dispone gratuitamente de sus bienes.

En el art. 976, se mantiene la solución del Código Civil (1149) en el sentido de que la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, pero estableciendo que tales hechos deben producirse antes de la recepción de la aceptación. Coincidentemente el art. 1545 relativo a las donaciones expresa que la aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario.

El Proyecto no reitera la disposición contenida en los arts. 1235 y 1814 *in fine* del Código Civil, según la cual las donaciones entre esposos no requieren aceptación. La norma es criticada por la doctrina²⁰ ya que tratándose de un contrato requiere necesariamente de la voluntad de donante y donatario, resultando la aceptación de la donación, aun no expresada, del rol de parte en el acto del futuro contrayente, o de la recepción de la cosa donada (art. 1792)²¹.

Tratándose de donaciones de terceros a uno o a ambos esposos, el art. 453 *in fine* luego de establecer el plazo de un año de caducidad de la oferta de donación, expresa: “...*Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada*”. Se

¹⁹ Señala Aparicio en la obra recién citada que el proyecto debió acoger el temperamento de la Convención de Viena de 1980, la cual admite, por vía de regla, que la oferta pueda ser revocada, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación, temperamento también acogido por los Principios del Unidroit y por el Proyecto Gandolfi. Esta solución –agrega– significa una acertada corrección de la reglamentación del Código Civil con la ventaja que estructura un sistema semejante al actualmente vigente, aunque notablemente mejorado.

²⁰ Méndez Costa, María Josefa, ob. y lug. citados, párr. 33, pág. 303; Belluscio, César Augusto “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Depalma, Bs.As. 1991, párr. 315, pág. 31.

²¹ López de Zavalía, Fernando J. Ob. y lug. cit. párr. 69.2, pág. 544

trata de una aceptación presumida por la ley; se infiere que la celebración del matrimonio revela la conformidad con la oferta por parte del destinatario (art. 979).

4.2.2. Las donaciones nupciales. Colación. Acción de reducción.

El proyecto supera la discusión que se suscitó en la doctrina en orden a si el cónyuge debe o no colacionar²². El art. 2385 del proyecto establece que están obligados a colacionar “...*los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada...*”. La norma se corresponde con el principio de libertad de contratación entre esposos que ahora hace posible la donación entre ellos *durante el matrimonio*.

Por su parte el art. 2388 pone fin a la discusión en torno a si se debe colacionar la donación efectuada cuando el beneficiario no era heredero. En efecto, el artículo citado dice: “...*El descendiente que no era heredero presuntivo al tiempo de la donación, pero que resulta heredero, no debe colación...*”. Con relación a la donación prenupcial prevista en el art. 446 inc. c), claramente expresa: “...*El cónyuge no debe colación cuando la donación se realiza antes del matrimonio*”. De este modo categórico se dispone que no puede haber anticipo de la porción hereditaria si el beneficiario no era heredero al tiempo de la donación.

Si el cónyuge no está obligado a colacionar la donación que le hizo el otro antes del matrimonio, debe ésta imputarse a la porción disponible y, en la medida que la exceda, reducirse, ya que está sujeta a las reglas de la inoficiosidad (art. 451). Así, si con la reducción de las disposiciones testamentarias no se salva la legítima (art. 2453), el heredero legitimario puede pedir la reducción de la donación prenupcial.

En el punto, resulta de interés señalar que según el art. 2549 la acción de reducción no procede contra el donatario o subadquirente que ha poseído la cosa donada durante diez años, computados desde la adquisición de la posesión. De tal manera, la donación hecha de un esposo al otro *durante el matrimonio* está sujeta a colación sin importar el tiempo en que se hizo, pero no está sometida a reducción si se llevó a cabo hasta diez años antes del fallecimiento del donante.

5. Capacidad para celebrar convenciones matrimoniales.

²²Pérez Lasala, José Luis, “Derecho de Sucesiones-Tomo I-Parte General”, Ed. Depalma, Bs. As. 1978, párr. 623, pág. 735.

En el proyecto, de modo similar a la ley vigente aunque con mayor precisión, se faculta a celebrar convención matrimonial a aquel que se le habilita a contraer matrimonio, aun con dispensa judicial (art. 404)²³. Sin embargo, distinto a lo que preceptúa la norma vigente que no contiene limitaciones, la proyectada prevé dos, los contrayentes menores de edad: no pueden hacer donaciones, ni tampoco ejercer la opción del art. 446 inc. d.

El art. 450 del Proyecto establece: “*Personas menores de edad. Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el art. 446 inc. d)*”.

La norma que veda a la persona menor de edad hacer donaciones al otro contrayente está en consonancia con lo dispuesto por el art. 1548 referido a la capacidad para donar que exige *plena capacidad* para disponer de los bienes, y con el art. 1549 que requiere ser *capaz* para aceptar donaciones. Efectivamente, el menor, que aún no está emancipado porque todavía no contrajo el matrimonio (art. 27), no tiene plena capacidad y por tanto no puede donar ni aceptar donaciones.

La prohibición no admite excepciones, pues no se ha reproducido el art. 1807 inc. 7 del actual ordenamiento, que permite donar al menor adulto los bienes que conforman su peculio personal y que administra, o sea los bienes obtenidos por el producido del ejercicio de profesión, industria u oficio, sea que lo ejerza autorizado por sus padres (art. 283 del Cód. Civil) o no, por contar con título habilitante (art. 128 del Cód. Civil).

Igualmente cabe preguntarse sobre la utilidad de la limitación, ya que en lo inmediato podrá hacer donaciones a su esposo o esposa, pues ya no hay prohibición de contratar entre cónyuges y el menor emancipado *puede hacerlo con la limitación del inc. b) del artículo 28*(art. 1548), es decir, podrá donar a su cónyuge los bienes adquiridos con el producido de su trabajo, profesión, oficio o industria (arts. 30 y 683) que estaban en la esfera de su administración (art. 686 inc. a), más no los recibidos a título gratuito. En este marco, quizás hubiese sido conveniente habilitar al menor, mayor de 16 años, a hacer donaciones de los

²³Tal conclusión puede igualmente extraerse del actual art. 1222 del Cód. Civil. En efecto, aun cuando este dispositivo pareciera que faculta a otorgar capitulación matrimonial sólo al menor que cuenta con edad nupcial, la derogación del art. 1221 que privaba de esa posibilidad a quienes contraían matrimonio con dispensa, y la “actual” coincidencia de la edad nupcial con la mayoría de edad, necesariamente impone en todos los casos la dispensa del impedimento, por lo que puede concluirse que el Código vigente también vincula la facultad de celebrar convención matrimonial a la posibilidad de contraer matrimonio, aún con dispensa judicial

bienes obtenidos por su trabajo (art. 683) en la convención matrimonial, con la asistencia en el contrato de las personas que ejercen su representación.

Tampoco pueden los menores hacer la opción prevista por el inc. d del art. 446. En el marco de la mayor apertura que se ha otorgado a la autonomía de la voluntad al parecer se ha considerado conveniente proteger a quienes no siendo plenamente capaces no cuentan quizás con el grado de madurez suficiente para escoger el régimen que habrá de regir sus relaciones patrimoniales. Por más loable que sea el propósito, parece evidente que se parte de considerar al régimen de separación como inadecuado para el menor, de allí que se opte por su sometimiento al de comunidad, al menos al comienzo de la relación matrimonial y hasta el transcurso del año necesario para modificarlo. Pero sucede que en ocasiones –por ejemplo, si el menor es poseedor de una importante fortuna- puede ser este sistema el que mejor proteja sus intereses. Por otro lado, no debe olvidarse la vigencia del régimen primario que contrarresta los efectos negativos que el régimen de separación puede eventualmente tener.

Ahora bien, justamente debido al reducido margen de contratación de que disponen las personas menores de edad, la norma en estudio no prevé la asistencia de los representantes legales en la celebración de la capitulación (art. 101 inc. b).

El proyecto no especifica si una vez celebrado el matrimonio el menor ya emancipado puede optar por modificarlo una vez cumplido el plazo legal. Más siendo que la regla general es la capacidad (art. 27) y que las prohibiciones deben interpretarse restrictivamente, cabe concluir que el menor emancipado puede válidamente optar por modificar el régimen patrimonial, pasando del régimen de comunidad al que quedó sometido al de separación de bienes.

6. La forma y la publicidad

El proyectado art. 448 expresa sobre el punto que: “...*Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública...Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del art. 446 inc. d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio*”.

La modificación del régimen durante el matrimonio también debe ser hecha por escritura pública, debiendo anotarse marginalmente en el acta de matrimonio el cambio de régimen para que produzca efectos respecto de terceros, todo según lo dispone el art. 449.

Se trata de una formalidad sustancial que hace a la validez del acto y que sin duda contribuye a evitar la precipitación en la declaración de voluntad y otorga además certeza a la manifestación de voluntad. Las importantes implicancias que aparejan tanto la elección del régimen cuanto su modificación justifican la adopción de estas solemnidades en protección de la libertad de los esposos y los intereses de terceros, quienes de tal modo conocen los poderes de disposición y los límites de la responsabilidad de sus eventuales contratantes.

7. Los convenios de convivencia y las capitulaciones matrimoniales.

Mención especial merecen los denominados “Pactos de convivencia” regulados en el Capítulo 2 del Título III, relativo a las uniones convivenciales. Estos convenios que regulan aspectos personales y patrimoniales de la convivencia, deben ser hechos por instrumento público o privado, y previa registración resultan oponibles a terceros (art. 517).

Se trata de una particular aplicación de las capitulaciones matrimoniales al campo de las uniones convivenciales que permite elaborar un régimen patrimonial especial, que entre otros aspectos, puede reglar lo relativo a la distribución de los bienes adquiridos durante la unión cuando se produzca la ruptura (art. 514). Por su importancia, merecen un tratamiento específico, que excede los límites de este trabajo.

8. Conclusiones

1) El Proyecto actualiza la regulación de la capitulación matrimonial partiendo del principio de la libre contratación entre esposos. La modificación más importante en esta materia es la facultad que la ley proyectada otorga a los contrayentes en el art. 446 inc. d) para escoger entre alguno de los dos regímenes propuestos: el de comunidad y el de separación; y de modificar el seleccionado durante la convivencia matrimonial (449), lo que significa atribuir la cualidad de mutable al régimen de bienes.

2) El régimen primario que establece responsabilidades básicas a los esposos se erige como un límite a la libertad de contratación, pues queda excluido de cualquier tipo de convención.

3) La otra novedad del Proyecto consiste en la incorporación como objeto de la convención de la posibilidad de enunciar las deudas y, especialmente, la elaboración de una remozada regulación de las donaciones nupciales que armoniza con el régimen general de ese contrato. Las donaciones con motivo del matrimonio se regulan en tres artículos, reglando la “oferta de donación” en reemplazo de la mal denominada “promesa de dote”. Estas donaciones recobran interés al representar la posibilidad de dotar de una reserva económica a uno o a ambos futuros cónyuges y de ese modo equilibrar los patrimonios al inicio del régimen, y contribuir también al equilibrio de la situación económica de cada esposo al tiempo de la disolución del matrimonio.

4) Se faculta a celebrar convención matrimonial a aquel que se habilita a contraer matrimonio, aun con dispensa judicial (art. 404). Sin embargo, distinto a lo que preceptúa la norma vigente que no contiene limitaciones, la proyectada prevé dos: los contrayentes menores de edad no pueden hacer donaciones; ni tampoco ejercer la opción del art. 446 inc. d).

5) La capitulación matrimonial y su modificación deben ser hechas por escritura pública, debiendo anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los terceros acreedores anteriores al cambio de régimen pueden petitionar su declaración de inoponibilidad; aunque en realidad, la proyectada regulación del pasivo conyugal es lo que otorga mayor protección a los terceros.