

# Alcance de la supresión de la prohibición de los contratos entre cónyuges en el Proyecto 2012

## Introducción

El régimen patrimonial del matrimonio es un tema que ha preocupado largamente a la doctrina nacional, que viene debatiendo acerca de la conveniencia y necesidad de adecuar las relaciones económicas entre cónyuges al cambio de circunstancias que ha experimentado el entorno en que se inserta la institución familiar, núcleo básico de toda sociedad humana<sup>1</sup>.

De conformidad con la legislación vigente, celebrado el matrimonio los cónyuges entran a compartir su vida personal en comunidad y, paralelamente, en lo patrimonial se someten al régimen de comunidad de gananciales, que reviste caracteres de imperativo e inmutable. Dicho régimen apenas si se ha visto flexibilizado luego de la sanción de la ley 11.357, que eliminó las limitaciones a la capacidad de la mujer, y la ubicó en paridad de condiciones con el marido en orden a la administración de sus bienes propios y gananciales por ella adquiridos, y el reconocimiento de su plena capacidad civil con la reforma de 1968.

La rigurosidad del sistema vigente, que cercena absolutamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ha sido objeto de reiterados cuestionamientos, en tanto no se compadece con la evolución de las instituciones, que experimentan el impacto de nuevas ideas, prácticas sociales, costumbres y hábitos que han transformado el contexto socio-económico de la dinámica familiar.

## El régimen propuesto

El proyecto trata el “Régimen patrimonial del matrimonio” en el Título II del Libro segundo, donde distribuye la materia en tres capítulos que refleja el criterio metodológico que la Comisión redactora declara en los Fundamentos sobre la inclusión de “partes generales para las diversas instituciones que regula”. Y así el primer capítulo contiene “Disposiciones generales” sobre el tema, y los dos siguientes están dedicados al “Régimen de comunidad” (Cap. 2º) y al “Régimen de separación de bienes” (Cap. 3º). Estos dos últimos capítulos no serán considerados aquí porque exceden el marco que se nos ha propuesto.

---

<sup>1</sup> Si bien la familia en el sentido tradicional, como un modelo único en su configuración, ha dejado paso a otras formas familiares, la vocación natural de la persona humana es la vida en familia, y de ahí su protección como “elemento natural y fundamental de la sociedad” según la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José, Art. 17), que reafirma la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 5, 8, 9, 10, 16, etc.) como el entorno más propicio para el desarrollo del niño, lo que muestra que la institución familiar sigue siendo la base de la vida social.

En sustitución del régimen único, obligatorio, riguroso e inmutable -que funciona como apretado "corsé" en el que "la única opción para no quedar atrapado en este sistema económico es no contraer nupcias"<sup>2</sup>- se admite la posibilidad de optar por alguno de los regímenes matrimoniales previstos, con antelación a la celebración del matrimonio en las convenciones prenupciales, o bien con posterioridad, cumplidas las condiciones que la ley establece.

Esta reforma del régimen patrimonial es aplaudida por casi la totalidad de la doctrina argentina que ha cuestionado la inconsecuencia de seguir sosteniendo un sistema rígido en orden a las relaciones económicas entre cónyuges. Esas voces tuvieron oportunidad de expresarse en diversas jornadas nacionales, y especialmente en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en 1998, que en la Comisión N° 3 trató el tema relativo al "Régimen económico de la familia", y cuyas conclusiones recogen no sólo recomendaciones de Jornadas anteriores, sino también las reiteradas aspiraciones de la doctrina nacional en la materia. Esas conclusiones estaban inspiradas en "el principio de la autonomía de la voluntad, que como principio general se manifiesta en todo el campo del derecho, por lo que también debe ser admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio"<sup>3</sup>.

En el contexto de las profundas transformaciones que ha experimentado la realidad social contemporánea, la legislación argentina ha ido receptando lentamente nuevos parámetros en relación a la posición jurídica de la mujer, que han flexibilizado en alguna medida el sistema original plasmado en el Código Civil en la materia<sup>4</sup>. El reconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer casada, y la total equiparación con el hombre en cuanto a sus derechos y prerrogativas jurídicas en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>5</sup>, han repercutido en reformas parciales de las relaciones económicas de los esposos entre sí y con respecto a terceros. Esas modificaciones, que funcionaron como parches introducidos al sistema original, llevan a los especialistas a afirmar que hoy "el régimen patrimonial del

---

<sup>2</sup> CHECHILE, Ana María, *La posibilidad de elegir el régimen patrimonial matrimonial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, SJA 2012/08/29-3; JA 2012-III-1273.

<sup>3</sup> Así nos expresábamos con María E. Lloveras de Resk en el primer punto de nuestra Ponencia al X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, Comisión N° 3, que sirvió de introducción a las conclusiones a las que arribó la Comisión: "1. *La posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio respeta el principio de igualdad de los cónyuges y de libertad de los contrayentes, que se ve vulnerado cuando el Estado impone un régimen legal único y forzoso.* 2. *Los diferentes modelos de familia no admiten una respuesta única en orden a la regulación de sus relaciones patrimoniales.* 3. *Si las partes pueden convenir sobre su domicilio, la organización y administración de su vida doméstica, resulta coherente que puedan elegir el régimen patrimonial que regulará su matrimonio.* 4. *La libertad de elección de regímenes 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 optar*".

<sup>4</sup> Una realidad que contrasta con aquella sociedad de hace dos siglos que inspirara a Vélez Sársfield una legislación que, preocupado por "conservar las costumbres del país", cercenó toda posible convención entre esposos porque tales contratos, en su pensamiento, sólo serían fuente de pleitos perjudiciales para el matrimonio y la familia. V. nota al título 2 "De la sociedad conyugal", Sección 3ª, Libro Segundo del CC.

<sup>5</sup> Ley 23.179 (BO 3/6/85), especialmente Parte IV, arts. 15 y 16.

matrimonio se presenta confuso, ...incompleto y dificultoso”<sup>6</sup>, lo que es consecuencia de “la persistencia de normas de la redacción primigenia del Código Civil, (que) conduce a confusiones y obliga a realizar un permanente esfuerzo interpretativo”<sup>7</sup>.

Las nuevas condiciones han puesto en crisis la estructura del tradicional modelo familiar frente a la presencia de diversas formas familiares<sup>8</sup>, cuyo desenvolvimiento se inserta en otra dinámica de relaciones económicas que es necesario atender. La inquietud reformista del régimen patrimonial con carácter integral se ha concretado en el Proyecto que, siguiendo la fuerte tendencia que prevalece en el Derecho comparado, propone un cambio en el régimen patrimonial del matrimonio que, sin ser subversivo, se traduce en una oxigenación saludable del sistema, y puede calificarse como una modificación renovadora del marco en el que se desenvuelven las relaciones económicas entre cónyuges. Con la reforma se operará el tránsito desde un sistema restringido a un sistema intermedio, que permitirá ejercitar la autonomía con mayor amplitud.

### **El régimen legal vigente en materia de contratos entre cónyuges.**

Para mejor apreciar la índole de las reformas que introduce el Proyecto, vale la pena echar una ligera mirada sobre la situación vigente en el Código Civil, en el que la comunidad de gananciales tiene carácter obligatorio subsistente el matrimonio, o mientras no haya separación de bienes, y además es inmutable, no puede ser cambiado libremente por los cónyuges durante su vigencia.

Aunque nuestro Código Civil no contiene una norma de carácter general que impida la contratación entre cónyuges, ha sancionado prohibiciones expresas en relación a determinados contratos y guarda silencio respecto de la mayoría de los tipos legislados. Las prohibiciones expresas se limitan a dos contratos que son paradigmas tipológicos, el uno de los actos a título oneroso (compraventa, art. 1358), y el otro de los contratos a título gratuito (donación, art. 1807, inc. 1º). Como todas las normas sobre las incapacidades de derecho son de orden público, la violación de esas prohibiciones conlleva la nulidad del acto.

A estos se adicionan aquellos que, por remisión del legislador a otras normas al tiempo de determinar la capacidad para contratar, también deben considerarse interdictos. Así, el contrato de permuta, que se rige por las normas de la compraventa (arts. 1490 y 1492 CC), y la cesión, a cuyo respecto la ley remite,

---

<sup>6</sup> MEDINA, Graciela, *El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*, DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, p. 4.

<sup>7</sup> MÉNDEZ COSTA, María J., *La proyectada modificación del régimen patrimonial matrimonial*. L.L., 1993-C, 943.

<sup>8</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado*, RDPC, 2012-2- Proyecto de Código Civil y Comercial-I, p. 295, advierte que “el incremento del número de parejas que conviven en una relación previa o alternativa al matrimonio, la existencia del divorcio y los nuevos matrimonios o uniones no matrimoniales generaron la necesidad de prestar atención a estas nuevas formas de vida familiar, incluida la llamada familia recompuesta”.

en orden a la capacidad negocial, a los contratos de donación (art. 1437 CC) y de compraventa (arts. 1439 y 1441 CC), según la modalidad que adopten las partes al tiempo de celebrar la cesión. Es decir, se trata de contratos cuyo objeto es la transmisión de bienes en propiedad, el paso de un patrimonio a otro, sea a título gratuito, sea a título oneroso.

La finalidad de tales prohibiciones es evitar que a través de atribuciones patrimoniales mutuas, los cónyuges alteren el respectivo patrimonio, sobre el que han puesto sus expectativas los terceros contratantes.

No hay limitaciones para celebrar contratos de mandato, fianza u otras garantías reales, depósito, comodato, mutuo, apuestas, inclusive sociedades civiles, y comerciales por acciones y de responsabilidad limitada. De entre los tipos contractuales restantes, pocos autores dudan acerca de la viabilidad de la locación (en sus tres subtipos) y del contrato oneroso de renta vitalicia<sup>9</sup>.

En este sistema, los cónyuges sólo recuperan la eficacia de su autonomía de la voluntad luego de la disolución de la sociedad conyugal, y hacen uso de la plenitud de su capacidad contractual, por ejemplo, al dividir los gananciales de la sociedad conyugal disuelta a través de un acuerdo privado entre ellos, porque ya no regirían los arts. 1218 y 1219 CC., que cercenaban su aptitud negocial durante la vigencia de la comunidad.

### **Las convenciones matrimoniales**

Las convenciones matrimoniales son reguladas en la primera sección del capítulo sobre disposiciones generales del Título II. Con esa denominación se hace referencia a los acuerdos prenupciales que están permitidos celebrar a los futuros cónyuges en relación a sus bienes con la perspectiva de la futura celebración del matrimonio.

El régimen vigente prevé en el art. 1217 la posibilidad de estos acuerdos, con un objeto muy restringido, pues esa regulación autónoma sólo puede versar sobre la enunciación o inventario de los bienes propios con los que cada consorte llegará al matrimonio, y sobre las donaciones que el esposo otorgare a su prometida. Ninguna otra materia puede ser objeto de la convención.

El Proyecto no sólo amplía el espectro de cuestiones sobre las cuales pueden los futuros cónyuges tomar decisiones según su autónoma voluntad, sino que autoriza otros contenidos, que tienen profunda importancia en el esquema de las relaciones económicas del matrimonio.

Junto a la enunciación y avalúo de los bienes con los que cada uno llega al matrimonio (inc. a), pueden consignarse específicamente las deudas (inc. b) y se autorizan donaciones mutuas y recíprocas entre los cónyuges (inc. c). Y lo

---

<sup>9</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, ha sostenido que "la validez del mutuo se proyecta en la validez de la renta vitalicia entre cónyuges constituida mediante la entrega de suma de dinero (artículo 2073)", Código Civil Comentado – Derecho de Familia Patrimonial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 30.

que es verdaderamente trascendente, porque introduce una profunda modificación del sistema vigente tan denostado, es la posibilidad de optar por el régimen patrimonial a que se someterán los cónyuges (inc. d)<sup>10</sup>. Esta opción significa una importante innovación en el sistema, al permitirles ejercer su libertad de elección en orden al régimen patrimonial que regirá durante la unión matrimonial.

Sin embargo, el alcance de esta opción se limita a elegir entre el régimen de separación de bienes, o el de comunidad de ganancias, únicas opciones que ofrece el sistema. Entre la pluralidad de regímenes, la doctrina distingue los sistemas de pluralidad abierta y de pluralidad cerrada, según que los cónyuges puedan hacer su elección entre un elenco determinado por la ley, o acceder a diseñar libremente los términos en que regirán sus relaciones económicas<sup>11</sup>.

El Proyecto ofrece un régimen de pluralidad restringido, pues el repertorio de opciones se circunscribe al sistema de comunidad de gananciales, o al de separación de bienes, con la particularidad de que el primero operará como régimen subsidiario si no se ha formulado la opción que la ley autoriza. Puede concluirse que, en este sentido, el Proyecto admite un ejercicio acotado de la autonomía de la voluntad, porque los futuros contrayentes no tienen posibilidad de configurar el contenido del régimen que escogen, ya que no permite ejercer una libertad absoluta en la elección de régimen, ni tampoco “la creación de un régimen distinto o la modificación parcial de los previstos”<sup>12</sup>.

Los interesados podrán entonces convenir un régimen de separación de bienes, con el que podrán operar en libertad en el manejo de sus respectivos patrimonios y ejercerán en plenitud las facultades que les competen como titulares de esos bienes. Caso contrario, si nada dicen, regirá entre ellos el régimen común de comunidad de gananciales.

Este funciona como alternativa subsidiaria en ausencia de expresión de la autonomía de la voluntad que la ley autoriza (art, 463)<sup>13</sup>. El sistema de comunidad rige, sea porque no ha habido opción y aquél funciona como régimen supletorio, sea porque se lo ha elegido expresamente en función de la libertad de elección que se concede, transcurrido un año de vigencia del otro sistema, dado que los cónyuges pueden modificar indefinidamente el régimen económico.

---

<sup>10</sup> Dispone el art. 446: “Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;

b) la enunciación de las deudas;

c) las donaciones que se hagan entre ellos;

d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código”.

<sup>11</sup> BASSET, Úrsula C., *Modificaciones al régimen económico del matrimonio en el Proyecto, RDPC, 2012-2- Proyecto de Código Civil y Comercial-I*, pp. 507-538.

<sup>12</sup> MEDINA, G., *El régimen patrimonial...*, op.cit., p. 7; SOLARI, Néstor E., *El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil*, SJA 2012/06/20-11; JA 2012-II-1265.

<sup>13</sup> Art. 463.- **Carácter supletorio.** *A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449.*

Cuando los contrayentes sean menores que han celebrado el matrimonio previa dispensa judicial, no les está permitido hacer la opción por el régimen patrimonial de separación de bienes, ni hacerse donación alguna en las convenciones prenupciales (art. 450).

### **Recaudos de forma y plazo legal para ejercitar la opción de cambio de régimen. La cuestión de la publicidad.**

Para la celebración de estas convenciones matrimoniales se exige la observancia de una forma solemne, la escritura pública, como corresponde a un acto de esta naturaleza<sup>14</sup>. Para el caso de que los cónyuges ejerciten su autonomía y opten expresamente por un régimen patrimonial determinado, esta circunstancia deberá anotarse marginalmente en el acta de matrimonio respectiva (art. 448)<sup>15</sup>. Esta anotación tiene por objeto hacer conocer a los terceros cuál es el régimen patrimonial al que se han sometido los cónyuges. La única condición es que haya pasado como mínimo un año del régimen adoptado<sup>16</sup>, y el cambio se realice mediante escritura pública el que, se reitera, también “*debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio*” (art. 449)<sup>17</sup>.

En concordancia con esta disposición, previamente en el capítulo sobre la celebración del matrimonio, el art. 420 establece las enunciaciones que debe contener el acta de matrimonio, y entre ellas están la “*declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó*” (inc. i), y la “*declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes*” (inc. j).

La autonomía se ejercita sin cortapisas cuando los cónyuges mayores de edad decidan cambiar de régimen, y pueden hacerlo cuantas veces quieran<sup>18</sup>. La

<sup>14</sup> Justamente en el régimen vigente, las convenciones matrimoniales previstas en el art. 1217 se encuentran entre los actos jurídicos bilaterales para los cuales la ley exige la escritura pública (art. 1184, inc. 4), exigencia de forma que en el caso tiene carácter absoluto.

<sup>15</sup> Art. 448.- **Forma.** *Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio*

<sup>16</sup> Este plazo podría aún abreviarse si se diera el caso de una petición de divorcio que no requiere plazo alguno, por lo que señala BASSET, U. que la flexibilización en materia de divorcio “permitiría una modalidad más veloz de cambio de régimen que la prevista en el capítulo de régimen patrimonial.” (*Modificaciones al régimen económico...*, ob. cit., p. 516).

<sup>17</sup> Art. 449.- **Modificación de régimen.** *Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de UN (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.*

*Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de UN (1) año a contar desde que lo conocieron.*

<sup>18</sup> ROVEDA, Eduardo G., *El régimen patrimonial del matrimonio*, en: RIVERA, Julio César (Dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos

norma no pone otra limitación que el transcurso del plazo mínimo de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, y esta modificación debe hacerse también bajo la forma de escritura pública.

Al respecto cabe advertir que no parece suficiente este sistema de publicidad<sup>19</sup>. Además del Registro del estado civil y capacidad de las personas, las convenciones matrimoniales y sus modificaciones deberían inscribirse en el registro donde conste la titularidad de los bienes que corresponda cuando ellos fueran registrables, como el registro en el que constan las mutaciones reales sobre bienes inmuebles, y similares. Y tratándose del caso en que uno de los cónyuges fuera comerciante, debería hacerse la respectiva anotación en el Registro Público de Comercio.

En el art. 449 se ha previsto el plazo de un año para que los acreedores anteriores perjudicados por el cambio, a contar desde que conocieron la modificación, puedan hacerlo “declarar inoponible” a su respecto. Se trata de una previsión insoslayable, a fin de que esté siempre asegurada la tutela de los derechos de terceros adquiridos con anterioridad al cambio de régimen patrimonial.

De todos modos, el sistema de publicidad adoptado se percibe demasiado precario si se tiene en cuenta la exigüidad del plazo para cambiar de régimen, y la lentitud habitual de los trámites de registración que son típicos en el funcionamiento de la administración pública local.

### **La autonomía negocial entre cónyuges**

La noción de autonomía de la voluntad en el ámbito negocial se traduce en la facultad de los particulares para establecer una autorregulación en materia de intereses patrimoniales propios de su competencia. Esta facultad encuentra una primera y fuerte limitación en las normas de orden público.

La flexibilización del régimen patrimonial del matrimonio, y otras atenuaciones de la legislación que adopta el Proyecto, a regir en el campo del Derecho de familia –caracterizado hasta ahora por la prevalente presencia de la normativa de orden público–, significa el abandono de una tendencia restrictiva, un cambio casi en sentido contrario, porque se pasa de una concepción normativa inspirada en principios de orden público a una regulación que se presenta con caracteres de disponibilidad, y por ello, modificable por los cónyuges.

A diferencia del régimen patrimonial vigente único, obligatorio e indisponible, se presenta la posibilidad de formular elección entre las alternativas que ofrece el sistema.

---

Aires, 2012, p. 295, entiende “disvaliosa esta posibilidad de tener al régimen de bienes del matrimonio en constante modificación por encontrar disfuncional a la vida marital”.

<sup>19</sup> Coincidimos con MEDINA, G., quién se pregunta sobre la eficacia del régimen de publicidad proyectado y señala su escasez, advirtiendo que esa información “permite a los adquirentes y prestamistas eventuales tratar confiadamente con un cónyuge, de quien conocen, por su régimen, los poderes de disposición y de obligación” (*El régimen patrimonial...*, op.cit., p. 9).

Antes de la celebración del matrimonio, en las convenciones prenupciales el campo de aplicación de la autonomía de la voluntad está acotado a un solo negocio, las donaciones mutuas (inc. c), porque las otras manifestaciones posibles configuran declaraciones dirigidas a ser conocidas por terceros<sup>20</sup>, y no comportan ningún intercambio patrimonial entre los sujetos del acto. Las donaciones que se hagan entre ellos es un verdadero contrato porque en él se verifican atribuciones patrimoniales recíprocas y simultáneas entre las partes. Esta reciprocidad crea una relación de interdependencia entre las prestaciones, que condiciona la subsistencia de ambas en caso de nulidad de una de ellas, como lo prevé en el título respectivo el art. 1560, única norma dedicada a esta clase de donaciones.

En cambio, celebrado el matrimonio, la posibilidad de contratar entre cónyuges no tiene restricciones en el Proyecto, cualquiera sea el régimen patrimonial por el que han optado los cónyuges. Ninguna duda cabe cuando ese es el régimen de separación de bienes, que implica que cada uno de los cónyuges administra y dispone del patrimonio de que es titular como antes de casarse. Los bienes no integran una masa común, no hay calificación de bienes propios o no como en el régimen de comunidad, por lo que los intercambios o sustituciones que alteren la configuración patrimonial es irrelevante para los terceros, que deben respetar la autonomía de la voluntad del titular que hace uso de la capacidad contractual que conserva en plenitud.

Cuando el régimen es el de la comunidad, es posible distinguir entre bienes propios y gananciales. Respecto de los bienes propios cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y poder de disposición (art. 469), con la excepción de aquellos actos que requieren el asentimiento del otro cónyuge. Asimismo, la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido (art. 470).

Es así que el patrimonio de cada cónyuge se integra con los bienes propios y los gananciales que adquiera, hasta tanto no se disuelva el matrimonio, o se modifique el régimen de comunidad. Dado que existen dos masas patrimoniales, que se administran separadamente, cada esposo tiene su propia órbita de libre actuación, y es responsable individualmente por las deudas que contrae. Ese patrimonio es prenda común de los acreedores del cónyuge. Las modificaciones que puedan resultar de acuerdos privados entre esposos pueden no ser oponibles a terceros interesados, cuando estos se vean perjudicados a causa de mutaciones cuya posibilidad de conocimiento sea dificultosa por tratarse, por ejemplo, de bienes no registrables<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Como dice BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2º ed., trad de Martín Perez, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 100, se trata de declaraciones que se dirigen necesariamente a otros "y a hacerles notorio un determinado contenido".

<sup>21</sup> Bien advierte MEDINA, G., *El régimen patrimonial...*, op.cit., p. 10, que "a través de contratos los esposos pueden cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad y en el de separación pueden aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos o a la distribución de los bienes con lo cual indirectamente se pueden configurar regímenes intermedios".



En cambio esa autonomía para disponer está restringida cuando se trata de a) bienes registrables; b) acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública; c) participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior, y d) establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, el titular de esos bienes que desee enajenarlos o gravarlos deberá contar con el asentimiento del otro cónyuge. Así prescribe el art. 470, que exige el mismo recaudo para las promesas de esos actos, que comportan “contratos preliminares”, reglados en el Libro tercero, Título segundo sobre los contratos en general.

### **Límites a la autonomía de la voluntad. El régimen primario imperativo.**

Dentro del capítulo sobre disposiciones generales, se incluye una sección que contiene disposiciones comunes e inderogables, aplicables a los dos regímenes que ofrece el sistema (art. 454)<sup>22</sup>. Estas normas regulan materia en la que está interesado el orden público familiar porque apuntan a reforzar los lazos de solidaridad entre cónyuges que sustentan la institución del matrimonio.

Las restricciones están fundadas en la necesidad de que los esposos contribuyan equitativamente a las cargas que se originan en el desenvolvimiento de la vida familiar, por lo que no son admisibles acuerdos privados sobre cuestiones que comprometen la estabilidad de la institución matrimonial. Se afirma que “si la libertad de los cónyuges fuese absoluta, se hallarían habilitados para pactar un régimen de bienes donde se omitiese por completo cualquier idea de solidaridad familiar y tal eventualidad implicaría un quebrantamiento con la idea fundamental del negocio jurídico matrimonial constantemente admitida, en la que éste es contemplado como el modo de establecer una comunidad de vidas no solo espiritual sino también material”<sup>23</sup>.

A este plexo normativo, de carácter imperativo, se lo denomina “régimen patrimonial primario”, y se lo caracteriza como “un estatuto constitutivo de un conjunto de derechos, facultades, deberes, prohibiciones y limitaciones que se producen por el solo hecho de contraer matrimonio y tienen por objetivo posibilitar el cumplimiento y realización efectiva de los fines del matrimonio en su aspecto patrimonial”<sup>24</sup>.

Tales normas están dirigidas a ordenar las relaciones económicas entre los cónyuges y con terceros. Cualquiera sea el régimen patrimonial elegido, cada cónyuge tiene la libre disposición de los bienes que componen su patrimonio, y esto implica que cada uno responde únicamente con sus propios bienes por las deudas que contraiga, sin que el otro quede obligado. Sin embargo, hay ciertos

---

<sup>22</sup> Art. 454: **Aplicación. Inderogabilidad.** *Las disposiciones de esta Sección 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.*

<sup>23</sup> MEDINA, G., *El Régimen patrimonial...*, ob.cit., p. 12.

<sup>24</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el Proyecto de Reformas al Código Civil* (dec. 468/1992)", JA 1993-IV-842.

actos en los que esa libertad de administración y disposición aparece restringida porque se ponen en juego derechos esenciales para la vida familiar.

Y así, en primer lugar se establece el “deber de contribución” para las erogaciones que requiere el sostenimiento de la familia, del hogar y de los hijos, comunes o no, a lo que los esposos están igualmente obligados en proporción a sus recursos<sup>25</sup>. Más aún, ambos son solidariamente responsables por las deudas que contrajere uno de ellos para el sostenimiento del hogar o de los hijos comunes (art. 461)<sup>26</sup>.

En la sociedad contemporánea se ha generado un amplio consenso en torno de la necesidad de proteger algunos bienes humanos básicos, entre los que se encuentra la vivienda familiar como un derecho que se percibe entre los valores inalienables del ser humano y de su dignidad. En coincidencia con la norma constitucional que incluye entre los derechos fundamentales la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna (Art. 14 bis C.N.), el Proyecto ha establecido una protección preferente de la vivienda familiar.

La legislación proyectada prescribe que es necesario el “asentimiento” del otro cónyuge cuando uno de ellos decida disponer de los derechos sobre la vivienda, o de los muebles indispensables para el desenvolvimiento de la vida en familia, y para efectivizar esa tutela, sanciona la inejecutabilidad de la vivienda después de celebrado el matrimonio, salvo que ambos cónyuges la hayan comprometido por deudas contraídas de común acuerdo, o mediando asentimiento (art. 456)<sup>27</sup>. La norma habla correctamente de prestar el asentimiento o “conformidad de un tercero que no es parte”<sup>28</sup>, pues se trata de la declaración de voluntad unilateral que debe formular el cónyuge que no interviene en el acto.

Sentada esa regla primordial, a continuación se regula el contenido y alcance de ese asentimiento (art. 457), y se prevé la autorización judicial para salvar determinadas situaciones que puedan presentarse. Así, en caso de ausencia o impedimento por falta de capacidad suficiente, o negativa infundada del otro

---

<sup>25</sup> Art. 455: **Deber de contribución.** *Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga.*

<sup>26</sup> Cabe preguntarse si la responsabilidad solidaria que impone esta norma alcanza también a “los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos” a los que se extiende el deber de contribución del art. 455.

<sup>27</sup> Art. 456: **Actos que requieren asentimiento.** *Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de SEIS (6) meses de la extinción del régimen matrimonial.*

*La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.*

<sup>28</sup> Cfr. FANZOLATO, Eduardo, *El asentimiento conyugal*, Córdoba, 1986, p. 10.

cónyuge a prestar esa declaración, podrá otorgarse el acto con autorización judicial (art. 458). Sin embargo, admitido el poder de representación que cada uno puede dar al otro esposo para ejercer las facultades que le competen dentro del régimen matrimonial, se excluye la posibilidad de que el representante se de a sí mismo ese asentimiento (art. 459). El poder de representación también podrá ser otorgado judicialmente en el caso de que uno de los cónyuges esté ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad (art. 460).

Con similar preocupación, también se limita la libertad de administrar y disponer del cónyuge que individualmente tiene la tenencia de los bienes muebles no registrables, cuando sean indispensables para el hogar, o estén destinados al uso personal o sean aplicables al trabajo o profesión del otro cónyuge. Aún cuando haya terceros de buena fe interesados, tales actos de disposición unilateral serán nulos, y *“el otro cónyuge puede demandar la anulación dentro el plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haber conocido el acto y no más allá de SEIS (6) meses de la extinción del régimen matrimonial”* (art. 462).

### **Conclusión**

En definitiva, las innovaciones en el régimen patrimonial proyectado presentan el desafío de sustituir un pensamiento jurídico impregnado con las limitaciones que inspiran el régimen vigente, aunque bastante atenuadas por la tarea pretoriana de la jurisprudencia, y requieren ensayar criterios adecuados para asegurar la plena autonomía de los cónyuges en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición de sus bienes. No cabe pensar en casos no expresamente previstos, pero la posibilidad de “recalificación informal” de los bienes que integran el sistema de comunidad<sup>29</sup>, podría generar tensión de los intereses comprometidos, y el sistema debe proveer los medios para garantizar el mayor grado de certeza jurídica y de protección a los terceros de buena fe.

---

<sup>29</sup> Cfr. BASSET, U., ob.cit., p. 529.