



Las convenciones matrimoniales..., Vol. 29, (2016), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

MARIANA B. IGLESIAS¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

1. Introducción

El nuevo Código Argentino revoluciona –entre otros aspectos- en cuanto a la ampliación de la esfera de la autonomía privada de los cónyuges, permitiéndoles tomar diferentes decisiones que en el régimen de Vélez les estaba vedado. En ese sentido un campo de ampliación de dicha autonomía privada, claramente se advierte en el régimen patrimonial matrimonial, en el que se les permite –no solo- la elección relativa a los dos regímenes previstos –comunidad de ganancias y separación de bienes- optarán para transitar su vida conyugal, sino también –una vez casados- mutar de régimen. En ese marco, es evidente que toma enorme protagonismo el contrato, ya que no puede soslayarse la importancia que reviste no solo como vehiculización de esa autonomía privada que el nuevo Código propone, sino también como herramienta de canalización en orden a la prevención de conflictos, desde que los cónyuges pueden regular para sí determinados aspectos, atendiendo a la realidad que los circunda.

¹ La autora es Abogada. Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora Titular de Derecho Civil VI de esa Facultad.

Dentro de este marco hemos de profundizar el tema de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial Argentino.

2. Las Convenciones matrimoniales en el régimen de Vélez

Antes de avanzar en el régimen del nuevo Código, es conveniente resaltar que el Código de Vélez preveía normativa para las convenciones prematrimoniales, aunque las mismas estaban enmarcadas en un régimen patrimonial matrimonial forzoso y único, como era el caso de la sociedad conyugal. De más está decir que su utilización fue casi nula en nuestro país. El artículo 1217 CC. que en su redacción original tenía 4 incisos, la ley 17711 suprimió dos de ellos, quedando redactado del siguiente modo: *“Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1° La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2° (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.) 3° Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro; (Inciso sustituido por art. 24° de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010); 4° (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)*

Si bien originariamente solo se preveían las donaciones del marido hacia la mujer, -sin posibilidad que se dé la situación inversa- con la sanción en nuestro país del matrimonio entre personas del mismo sexo se habilitó también la posibilidad que un “futuro cónyuge hiciere al otro” donaciones, evitando así toda mención sobre el sexo de ellos y eliminando cualquier discriminación al respecto.

En síntesis las convenciones prematrimoniales quedaron circunscriptas a dos supuestos: uno relativo a la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y el otro a las donaciones entre los futuros cónyuges.

Respecto a este último punto Zannoni explica que:

Para distinguir las donaciones propter nuptias de las donaciones comunes que el novio pudiera hacer a la novia antes de la celebración del matrimonio, corresponde tener en cuenta que aquellas, como integrantes de la dote de la mujer, solo son eficaces si el matrimonio se celebra...Así para el derecho moderno, aunque se discuta si la celebración del matrimonio, se trata, en realidad de una auténtica condición de eficacia. Borda y Belluscio sostienen que estas donaciones son condicionales. Están sujetas a que el matrimonio se celebre – como toda convención prematrimonial- y además, a que el matrimonio sea válido, aunque se deja a salvo la validez, respecto del cónyuge putativo o de buena fe. En cambio Guaglianone afirma que estas liberalidades no deben calificarse de condicionales –subordinadas a un acontecimiento futuro e incierto: 1802 CC- sino que la celebración ulterior del matrimonio integra el acto de la convención prematrimonial mediante la concreción de la causa final móvil”....En realidad, el art. 1240 del Código Civil parece distinguir las donaciones condicionales de aquellas en que el matrimonio no celebrara (ZANNONI, 1981: 412).

3. Naturaleza jurídica de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial unificado

La pregunta inicial –aunque no original- que nos proponemos refiere a la naturaleza jurídica de las convenciones matrimoniales. Fassi-Bossert (1971) citando las voces más antiguas , como por ejemplo Aubry y Rau, las definían diciendo que Convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés común y contrato es la convención en que una o más personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera; en un mismo sentido citando

a Duranton explicaban -distinguiendo las convenciones de los contratos- que ellas no comprenden solo los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se le pueden agregar. Todo contrato es una convención; pero no toda convención es un contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o de cláusula que las partes tengan en mira.

Siguiendo dicha lógica y analizando el art. 1217 del Código de Vélez, Fassi-Bossert explicaban que:

(...) el contenido que el art. 1217 atribuye a la convención matrimonial, es a la vez convención y contrato. Es convención en cuanto los cónyuges determinan los bienes que aportan al matrimonio...en que solo tiene por objeto determinar el aporte de propios al matrimonio, para dejarlo documentado. Es contrato, en cuanto el esposo hiciera donaciones a la mujer (FASSI-BOSSERT, 1977: 100-101).

Ahora bien, si nosotros recurrimos al art. 957 del Código Civil y Comercial, establece que “*Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”. A partir de dicha definición, no nos cabe duda que la convención matrimonial es verdaderamente un contrato² desde que dos partes –los futuros cónyuges y/o cónyuges- manifiestan su consentimiento para regular relaciones jurídicas patrimoniales como puede ser la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio (art. 446 inc. a)) o la enunciación de las deudas (art. 446 inc. b); o la elección del régimen matrimonial en el caso de la convención pre matrimonial; para modificar relaciones jurídicas patrimoniales, tal el caso del art. 449 que prevé luego de la celebración del ma-

2

rimonio, la posibilidad de modificar el régimen patrimonial mediante convención; para transferir, lo que ocurre ante el ejercicio del inc c) del art. 446.

En contra se encuentra Sambrizzi:

Las convenciones matrimoniales pueden constituir un contrato, — como en el caso de las enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 446—, aunque ello no necesariamente es así, como ocurre con las enumeradas en los incisos a) y b) de dicha norma, que en realidad consisten, simplemente, en una declaración efectuada por los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno de ellos lleva al matrimonio, o a las deudas que tuvieran (ZAMBRIZZI, 2014: 757).

Sin perjuicio de ello, tampoco tenemos dudas que si bien —a nuestro juicio- son contratos, las convenciones matrimoniales cuentan con regulación específica y propia.

Ahora bien, lo afirmado nos lleva a preguntarnos si supletoriamente podrían aplicárseles también a ellas las reglas generales relativas a los actos jurídicos, y —en su caso- las relativas a la materia contractual que el Nuevo Código establece, siempre y cuando no exista regulación específica dentro del marco normativo de las propias convenciones matrimoniales.

Así por ejemplo, cuando refiere a la enunciación de las deudas, podría acarrear alguna consecuencia que alguno de los partícipes hubiera ocultado pasivo o inventariado bienes muebles que en verdad no existían en el patrimonio del futuro cónyuge (ej. existencia de determinada cantidad de soja o cabezas de ganado cuando la misma era inferior) ¿Ello podría habilitar el planteo de la nulidad de la convención por dolo, por ejemplo? ¿y en ese caso si existían en la convención otras estipulaciones —además de la inexacta-, las no alcanzadas por el vicio se mantendrían o caerían todas?

Más allá de estas preguntas que nos formulamos a los efectos de pensar en este tema, creemos que las convenciones matrimoniales son verdaderos contratos, con un claro régimen que le es propio, específico y primario. Así requieren forma, y la ley manda a realizarlas por escritura pública, además de imponérsele –para la oponibilidad con relación a terceros- la obligación de la respectiva inscripción; también prevé un régimen propio de extinción, por ejemplo para mudar de un régimen patrimonial a otro solo pueden hacerlo mediante rescisión (ya que solo pueden hacerlo de común acuerdo tanto antes del casamiento como después de celebrado art. 448); tienen un objeto delimitado “...*Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor...*” y normas especiales relativas a la causa, por ejemplo del art. 448 surgen las consecuencias de la frustración del fin cuando se estipula “...*sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado...*” (art. 448), refiriéndose a la validez de las convenciones solo a partir de la celebración del matrimonio.

Por todo lo expuesto, es que pensamos que se trata de contratos que cuentan con un régimen propio, y que permitirían -a falta de norma específica- recurrir de manera supletoria a la aplicación de las normas relativas a los actos jurídicos y los contratos en general. En igual sentido opina Messineo (1955).

4. Convenciones matrimoniales y lesión

Continuando con nuestro razonamiento, relativo a que las convenciones matrimoniales son contratos, se nos presentó la idea de pensar en cuál sería la consecuencia jurídica si un cónyuge incita al otro al cambio de régimen aprovechándose de la necesidad, la debilidad síquica o la inexperiencia del otro, obteniendo a través de dicho camino una ventaja patrimonial evidentemente desproporciona-

da y sin justificación? Dicha situación de hecho daría la posibilidad de aplicar la figura de la lesión a las convenciones matrimoniales? (art. 336 primer párrafo) o en verdad esta hipótesis entrará en un manto de duda a partir del significado o contenido técnico que se dé al término “prestación”, entendiéndose que las convenciones matrimoniales no es un campo apto para las “prestaciones” y por tanto no cabe la aplicación de la nulidad por lesión, siguiendo en esto a Moisset de Espanes (1979) y a Zannoni (2013).

Ya en las Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Santa Fe – 1999, Comisión nº 1, cuyo tema era “Perfiles actuales de la lesión”, se sostuvo que la "evidente" inequivalencia, sin justificación, debe surgir de la comparación entre las ventajas y sacrificios patrimoniales correlativos, es decir entre los resultados patrimoniales de las partes y no necesariamente de la inequivalencia entre las prestaciones (30 votos a favor; 4 votos en contra).

Zannoni (1997) planteaba este mismo tema en el marco del Código de Vélez, si bien no con relación a las convenciones, pero sí al referirse a la partición privada, donde de alguna manera debe reconocerse una situación especial como la que aquí tratamos, y explicaba que:

Hasta la sanción de la ley 17.711 se discutió en nuestro derecho la virtualidad que asumía la lesión subjetiva como causa de anulabilidad de los actos jurídicos. Dicha ley al incorporar la anulabilidad de los actos jurídicos en caso de lesión (art. 954 Cód Civil), plantea su aplicabilidad a la partición hereditaria. La doctrina, en general, ha entendido –con razón- que la anulabilidad por lesión comprende los actos bilaterales onerosos, caso en el cual, como dice Moisset de Espanés, la acción se dirige a proteger a cualquiera de las partes siempre que se haya encontrado en un estado de inferioridad –necesidad, inexperiencia, ligereza- por la otra parte. La partición si bien no es

atributiva de derechos entre los coherederos, es sí, un acto jurídico plurilateral indivisible en el cual interviene la voluntad de cada uno de ellos con miras...a la fijación del contenido ut singuli en bienes o derechos, cuyo presupuesto es la cuantía dada por la naturaleza del llamamiento. En estas condiciones si uno de los coherederos invocara lesión, con fundamento en el aprovechamiento de su necesidad, inexperiencia o ligereza por parte de otro u otros coherederos, sería viable la acción que prevé el art. 954, caso en el cual el accionante podrá demandar la nulidad de la partición o su reajuste equitativo. En el primer caso, es decir si solo se demandase la nulidad, los demandados podrán ejercer el reajuste de la partición salvando, salvando en ese caso el interés del accionante” (ZANNONI, 1997: 337).

Tampoco puede soslayarse que la lesión en el nuevo Código aparece regulada bajo el título de “Vicios de los actos Jurídicos”, con lo que no juega solo para la hipótesis de los contratos, sino de los actos jurídicos en general.

Así, explicando el art. 332 del nuevo Código el Dr. Rivera (2014) –refiriéndose a la lesión- expresa que “*el vicio aplica a los “actos jurídicos”. Si bien por regla general es un vicio que aparece en los contratos onerosos, pueden existir hipótesis de lesión en actos jurídicos unilaterales con efectos onerosos (promesas públicas de recompensa) y también en ciertas renunciaciones*”.

Cuando el destacado civilista argentino habla de renunciaciones, nos preguntamos si acaso no puede resultar una renuncia implícita la mutación del régimen de comunidad de ganancias al de separación de bienes, si se trata de una pareja en la que uno de los cónyuges trabaja y el otro no, y aquél aprovechándose de la necesidad económica por ejemplo y/o la debilidad síquica quizás derivada de una propia crisis matrimonial y/o directamente por la inexperiencia del que nunca trabajó y confió en su cónyuge, muta de régimen para aprovechar determinadas oportuni-

dades económicas y además ir preparando el camino para un divorcio, sin que dichos bienes formen parte de la división de ganancias.

Continúa Rivera (2014) explicando que la lesión contiene dos elementos subjetivos que tienen que ver con la inferioridad de la víctima y la explotación de ese estado de inferioridad y un elemento objetivo relativo a la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada.

Finalmente, nos proponemos solamente dejar planteado el interrogante, sin que ello signifique pensar que el sistema de mutabilidad de régimen patrimonial del matrimonio nos genere dudas, todo lo contrario, creemos que importa uno de los tantos avances y aciertos que el nuevo Código aporta.

5. La forma exigida para las Convenciones matrimoniales en el nuevo Código argentino: Consecuencias de su incumplimiento

Claro resulta del art. 448 que las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, al igual que lo que atañe al art. 449 en cuanto a la modificación del régimen. Por supuesto que, en ambos casos, con la respectiva inscripción en la partida de matrimonio.

Pero la pregunta que nos hacemos es que ocurre si se incumple la forma exigida para las convenciones matrimoniales.

Siguiendo nuestro razonamiento sobre que la convención importa un contrato, y que por tanto, supletoriamente rigen las normas generales de los actos jurídicos y los contratos en general, entendemos que es de aplicación aquí el art. 969 que dice *“Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obliga-*

ron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.” Es decir que, como tanto el art. 448 y 449 no incluyen la fórmula “bajo sanción de nulidad”³ pensamos que –cuando los cónyuges o futuros contrayentes- hubieren realizado una convención mediante instrumento privado cabe la aplicación del art. 1018 que dice “El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento”. Es decir que a nuestro criterio, puede reclamarse judicialmente por parte de cualquiera de los cónyuges la obligación de otorgar la escritura pública, para que conforme surge del art. 969 comience a surtir sus efectos.

A mayor abundamiento, también las normas generales de los actos jurídicos van en igual sentido, el art. 285 expresa que “Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.”

6. Objeto de las Convenciones matrimoniales

Conforme el nuevo Código pueden realizarse convenciones tanto antes de la celebración del matrimonio como después.

³ Ejemplo de ello lo constituye el artículo 1552: “Forma. Deben ser hechas en escritura pública, **bajo pena de nulidad**, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias.”

Nos propusimos destacar la función preventiva de las convenciones, para justificar la importancia que tiene que el abogado instruya sobre su utilización.

Antes de la celebración del matrimonio las convenciones, únicamente pueden tener como 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; y d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código (art. 446 CCC), siendo nula la convención relativa a un objeto diferente de los estipulados en el art. 446/7.

Resultan relevante desde la función preventiva que analizamos los cuatro objetos que el nuevo Código propone, a saber:

a) La designación y avalúo de los bienes. Tiene una finalidad útil,

Al servir para determinar los aportes propios, sobre todo en materia de bienes muebles. Es importante tener una prueba, formulada de común acuerdo de cuáles son los llevados al matrimonio pues así se evitarán entre los cónyuges –o entre el sobreviviente y el heredero del otro- enojosa cuestiones futura para su individualización, que no siempre es fácil, como sucede con costosas joyas...o cuadros de firmas importantes, que se suelen transmitir en las familias, y respecto de la propiedad de los cuales no puede presentarse prueba preconstituida, facturas de compra, inventarios de su transmisión en una sucesión hereditaria anterior al matrimonio, ya que no se denuncian generalmente esos bienes...” (FASSI-BOSSERT, 1977: 101).

En síntesis la prevención radicaría en la preconstitución de prueba de los bienes que se aportan como propios, sobre todo y por ejemplo, el ganado, el cereal, instrumental profesional⁴ (el equipo de un odontólogo, el ecógrafo de un médico,

⁴ Ver HERRERA, Marisa (2015): “Convenciones Matrimoniales”, en Lorenzetti, Ricardo (direct.), *Código Civil y Comercial de la Nación-Comentado*, T. III, Santa Fe: Rubinzal Culzo-

etc.) cuadros, joyas, dinero en efectivo, monedas de oro, en fin todo aquello que no obre en registros de los que claramente surja la calidad de propios de los bienes. Adviértase –entre otras- la importancia en lo que respecta –por ejemplo- con relación al artículo 506, dentro del régimen de la separación de bienes y respecto a la prueba de la propiedad, cuando se expresa que *“Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades.”*; o también en lo que atañe al artículo 464 inc. f: *“Las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado”*.

En cuanto al avalúo, y como sucede para el caso de las acciones de colación y/o reducción del derecho sucesorio, resulta complicado valuar a un determinado momento para que-quizás- sea utilizada esa valuación varios años después, sobre todo con las fluctuaciones monetarias que son habituales en nuestro país. De todas maneras, el sentido que a nuestro entender tiene es dejar plasmado su valor, por si dichos bienes son vendidos y surja el derecho a posteriori a eventuales recompensas por esa venta atendiendo al destino que se le hubiera dado al producido de la misma.

b) **La enunciación de las deudas**, deviene importante también por las eventuales recompensas. Pensemos en una pareja que ha vivido durante mucho tiempo en una unión convivencial, con economías separadas, y que para mayor tranquilidad, ante el emprendimiento de uno de ellos decidan dejar aclarado todo lo relativo al pasivo -y porque no, también al activo de dicho emprendimiento-, por

ni, pág 15. En igual sentido ZANNONI, Eduardo (1977): *Derecho de Familia*, T. I, Buenos Aires: Astrea, 1977, p. 411, pto. 328

ejemplo un consultorio o un negocio etc., antes del casamiento. Veámoslo a la luz del art 468 (en el marco del régimen de comunidad de ganancias) que dice: *“Recompensa. El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad”*, demostrando así la utilidad de la convención en este sentido.

c) **Las donaciones que se hagan entre ellos**⁵. Este inciso puede resultar idóneo para acordar aspectos patrimoniales, ante realidades diferentes de los cónyuges, aplicando a tales efectos el art. 451 CCC en cuanto expresa que: *“Las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación. Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra”*

Pensemos en una unión convivencial de personas con hijos de otras uniones o matrimonios, y además hijos comunes (los tuyos, los míos y los nuestros), o en matrimonios con mucha diferencia de edad, o parejas donde la situación económico-patrimonial sean totalmente diferentes, y ante la decisión de contraer matrimonio decide uno de ellos –a través de una convención prematrimonial- la donación al otro del inmueble –por ejemplo- en donde viven, a los efectos generarle protección. Estos son solo algunos de los ejemplos, que por lo demás, resultan innumerables las razones que pueden llevar a una persona a donar bienes en ocasión de su futuro matrimonio.

d) Por último –diríamos- el objeto de mayor relevancia y quizás el que sea más utilizado a futuro: *“la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código (art. 446 CCC)”*.

Verdaderamente este es el gran acierto. En ese sentido Marisa Herrera (2015) explica que:

⁵ Ver arts. 451 a 453 Donaciones por razón de matrimonio, título que incluye también donaciones de terceros en ocasión del matrimonio.

“El cambio más sustancial en materia de régimen de bienes es, precisamente, la posibilidad de optar por otro régimen de bienes con principios diferentes al de la comunidad como lo es el de la separación de bienes, pero que comparte con aquel ciertas disposiciones similares o comunes a modo de régimen primario. Esta opción...se puede acordar en las convenciones prematrimoniales” (HERRERA, 2015:12).

Reviste suma importancia esta posibilidad en una de convención prematrimonial, sobre todo para aquellos que desde el inicio del matrimonio desean optar por el régimen de separación de bienes ya que –si nada se dice- el régimen supletorio es el de comunidad de ganancias. Y atención, dado que se exige un mínimo para poder cambiar de régimen, si dos personas se casan sin concretar una convención prematrimonial a los efectos de esta opción, deberán esperar luego un año de permanencia en el régimen supletorio (comunidad de ganancias) para virar al régimen convencional (separación de bienes).

Luego de la celebración del matrimonio las convenciones matrimoniales siguen siendo muy útiles ya que es el medio idóneo para acceder al cambio de régimen patrimonial matrimonial (449 CCC), siempre y cuando la decisión se tome de común acuerdo, se haya permanecido el plazo mínimo de un año en el mismo régimen y se realice por escritura pública, con la pertinente inscripción a los efectos de su oponibilidad a terceros.

En todos los casos en que las convenciones –ya sean matrimoniales o prematrimoniales- requieran ser modificadas podrán hacerlo, siempre y cuando también sean de común acuerdo entre los cónyuges y respetando la forma impuesta de la escritura pública, agregando además, la inscripción en el acta matrimonial cuando refieren a la opción del régimen, para su oponibilidad a terceros, y el mínimo de un año de permanencia en el régimen para el caso de mutación de régimen.

7. Convención prematrimonial y matrimonial relativa a la opción de régimen

Como hemos visto, el nuevo Código permite no solo la elección (mediante convención prematrimonial) sino también la mutación del régimen (a través de la convención matrimonial). *“Como toda libertad, y por aplicación de los otros principios de solidaridad y responsabilidad, el propio Código establece ciertos requisitos para la efectividad de la mutación del régimen”* (HERRERA, 2015:24). Así hemos explicado que se puede elegir el régimen patrimonial matrimonial antes del casamiento, siempre que se trate de una decisión de común acuerdo, y bajo las formalidades estipuladas para las convenciones matrimoniales. En caso que los futuros contrayentes nada pactaran, quedarán bajo la órbita del régimen supletorio que prevé el Código, que es el de la comunidad de ganancias. Es decir que se admite un régimen convencional (separación de bienes) y uno supletorio (comunidad de ganancias).

Luego de casados, y a lo largo de la vida conyugal, también pueden cambiar de un régimen a otro, siempre y cuando –nuevamente- se realice mediante escritura pública, de común acuerdo y -además- se agrega un nuevo requisito: que hayan permanecido como mínimo un año en el mismo régimen.

Finalmente, es indispensable para su oponibilidad a terceros la pertinente inscripción. Al respecto el Código impone *“Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio”* (art. 449 última parte).

8. Los contratos entre cónyuges en el Código Civil y Comercial

A partir de la afirmación que hemos hecho respecto a que las convenciones son contratos, no podemos evitar abordar el tema que refiere a la contratación entre cónyuges.

Se ha explicado que:

“El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en la regulación de los contratos especiales del Código Civil. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el art. 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales que dice: "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV.... En consecuencia, en la propuesta originaria no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos....El sistema así pensado, sufrió una importante modificación poco antes de ser aprobado por la Cámara de Senadores que afecta su coherencia interna, y resulta de difícil interpretación, más allá del viejo prejuicio de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a los terceros. En efecto, el artículo 1002, que regula inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incorporó en el inc. d) la prohibición de contratar a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad”(MOLINA DE JUAN, 2014, 17)

El art. 1002 inc d) expresa *“Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.”* A partir de este artículo queda claro que, cuándo los cónyuges se encuentran bajo el régimen de separación de bienes pueden -sin dificultad alguna- contratar entre sí y en interés propio, a diferencia de lo que ocurre respecto de los cónyuges cuando se encuentran bajo el régimen de comunidad de ganancias, a quienes les está impedido hacerlo.

De todas maneras, de la interpretación sistémica del artículo, a nuestro modo de ver, reconoce excepciones. Así resultan precisamente las convenciones matrimoniales mediante las cuales, los cónyuges bajo el régimen de comunidad, pueden convenir mutar al de separación de bienes. Desde ya entendiendo –como hemos desarrollado- que las convenciones matrimoniales son contratos.

Si analizamos otra figura como la partición por ascendiente –que a nuestro modo de ver y al igual que las convenciones matrimoniales resultan herramientas preventivas en el marco de la familia- creemos ver otra excepción.

Principiamos por destacar, que la partición por los ascendientes puede darse en dos modalidades, por donación -lo que constituye un pacto sobre herencia futura excepcionalmente permitido- o por testamento. Pero más allá de la regulación relativa a una u otra modalidad, el Código prevé disposiciones generales que se aplican a ambas modalidades y que se encuentran bajo el título “*Disposiciones generales*”. Dentro de ellas se incluye el art. 2411 “*La persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento. **Si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria.** La partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges.”*

Aquí pensamos que existe otra excepción, ya que, no solo resulta claro el texto de la norma sino que además –de no ser así- se volvería a reeditar la profusa discusión doctrinaria sobre si es posible realizar la partición donación por ascendientes cuando se encontraba vigente la sociedad conyugal (según terminología del art. Art. 3.526) cuando expresaba que “*La partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos.*”

De todas maneras no cabe dudas que el artículo optó por la solución aportada por Guastavino (1976) que sostenía que –si bien la norma imposibilitaba la partición donación por ascendiente de bienes propios, dada la imposibilidad de contratar

entre cónyuges que traía el Código de Vélez-, nada obstaba que pudieran realizar la partición donación conjunta de gananciales, no solo porque en esta clase de bienes el cónyuge no tiene vocación hereditaria porque es socio, sino también porque al ser singular “*por el ascendiente*”, no alcanzaba dicha prohibición a la realización de manera conjunta.

Hoy la norma nos resulta contundente en cuánto expresa “si es casada” cuando la partición es de “bienes propios” debe sumarse al cónyuge a la misma por tener vocación hereditaria. Creemos que no hay modo de desconocer a este artículo como una verdadera excepción al 1002 inc. d).

9. Reflexiones finales

Para finalizar, coincidimos plenamente con la Dra. Marisa Herrera quien sostiene que:

Las convenciones matrimoniales hasta la actualidad constituían un instrumento de poco desarrollo o relevancia práctica. Ahora el Código las revaloriza al permitir, nada más ni nada menos, la posibilidad de los pretensos cónyuges de elegir el régimen de separación de bienes (HERRERA, 2015: 22).

Agregando además, que es sumamente importante generar conciencia en las personas respecto de la importancia de prevenir conflictos derivados de los aspectos patrimoniales en el marco del matrimonio, aprovechando -por tanto- las posibilidades que el Código nos da a través de las convenciones matrimoniales, que van más allá de la posibilidad del cambio de régimen patrimonial matrimonial.

Referencias bibliográficas

FASSI, S.-BOSSERT, G. (1977): *Sociedad conyugal*, T. 1, Buenos Aires: Astrea,

GUASTAVINO, E. P. (1976): *Pactos sobre herencia futura*, Buenos Aires: Ediar.

HERRERA, M. (2015): *Convenciones Matrimoniales*, en Lorenzetti, Ricardo (direct.), “*Código Civil y Comercial de la Nación-Comentado*”, T. III, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

MOLINA DE JUAN, MARIEL F. (2014): “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges” en *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia* 2014 (diciembre), 04/12/2014, 17; AR/DOC/4328/2014.

MESSINEO, F. (1955): *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. 4, Buenos Aires: Egea.

MOISSET DE ESPANES, L. (1979): *La lesión en los actos jurídicos*, Buenos Aires: Zabalía.

RIVERA, J. (2014): “Vicios de los actos jurídicos”, en Rivera Julio C.-Medina, Graciela (direct.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Buenos Aires: Ed. La Ley.

SAMBRIZZI, E. (2014): “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley* 04/11/2014 -1 - LA LEY2014-F, 757, Cita Online: AR/DOC/3941/2014.

ZANNONI, E. (1981): “Derecho de Familia”, T. 1, Buenos Aires: Astrea.

(1997): “Derecho de las Sucesiones”, T. 1, Buenos Aires: Astrea.

(2013): “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, Buenos Aires: Ed. Astrea.