

Título: **La convención matrimonial**

Autor: **Basset, Úrsula C.**

Publicado en: **DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 3**

Cita Online: **AR/DOC/1666/2016**

Sumario: I. Marco introductorio. — II. Algunas cuestiones sobre los requisitos de forma. — III. Ventajas y desventajas de cada régimen: un paneo. — IV. Balance.

#### I. Marco introductorio

La determinación del régimen patrimonial reposa sobre dos fuentes: a) la ley, b) la convención de las partes. Sin embargo, en un país como el nuestro que ha vivido casi 150 años bajo un régimen patrimonial matrimonial imperativo y único, el legislador no podía modificar las costumbres de manera sustancial. El criterio progresivo llevó a ofrecer una solución moderada. Los esposos gozan de libertad para determinar el régimen patrimonial que discipline sus relaciones económicas, pero esa libertad es visiblemente más limitada que en otros regímenes comparados.

Es decir, que en el nuevo Código Civil y Comercial los esposos pueden elegir cuál será su régimen matrimonial. Es una buena noticia. Ya desde 1989 la doctrina se había pronunciado mayoritariamente por la elegibilidad de regímenes en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires. Así se refleja en los dos últimos Proyectos de Reforma (1993, 1999), marcando así una tendencia (1).

La posibilidad de optar que se ofrece a los contrayentes o cónyuges en el derecho argentino es de modalidad "cerrada" (2). A diferencia de lo que sucede en un régimen jurídico como el francés o el brasileño que ofrecen modalidades "abiertas" en las que los regímenes son versátiles: pueden adaptarse o incluso elegirse otros distintos a los que regulan sus respectivos códigos (3), el derecho argentino se restringe invariablemente al régimen de comunidad o el de separación y solamente según son regulados en el Código. La modalidad es pues "cerrada". Se encarga de precisarlo el Art. 446, cuando enfáticamente dice (la cursiva es nuestra): "los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes" y el Art. 447 cuando fulmina de nulidad cualquier otro acuerdo (ver sección iii). Es interesante señalar que el borrador del Anteproyecto preveía además el régimen de participación de bienes (4), lo que justifica algunas inconsistencias en el texto final (5).

En el nuevo sistema, los cónyuges que contraigan nupcias, a falta de opción, serán regidos supletoriamente por el régimen legal de comunidad de ganancias. Si celebran convención, podrán optar sólo por el régimen de separación de bienes.

Una vez contraídas las nupcias, con o sin convención matrimonial, el Código permite la mutabilidad de las convenciones, e. d. la celebración de una nueva convención cambiando de régimen (los demás objetos previstos —donaciones, inventario, etc.— carecen de sentido durante la vigencia del matrimonio).

Como puede advertirse, la legislación argentina limita la libertad armar un régimen a medida, no obstante que otorga la factibilidad de mudar el régimen elegido tantas veces como los cónyuges lo deseen, en tanto y en cuanto respeten los plazos de espera establecido por la ley. El legislador entiende que la naturaleza variable de las relaciones entre las personas, pueda exigir correcciones y adecuaciones (6), pero las permite restringiéndolas a dos opciones prefijadas. La pluralidad de tipos familiares y la infinita variedad de relaciones queda así encorsetada cuando de efectos económicos se trata. Se trata (tal vez, es discutible) de otra manifestación de incoherencia entre el régimen del matrimonio y su emergencia económica.

De todas formas, los matrimonios cambian a lo largo del tiempo y así también los contextos económicos y el ejercicio de la profesión o el trabajo de los esposos. Determinadas circunstancias pueden hacer aconsejable un cambio de régimen. Por otra parte, también es verdad que el régimen patrimonial es así respetuoso de la tradición veleciana de adaptarse a las costumbres sociales. Debe recordarse que Argentina viene de un régimen patrimonial extremadamente rígido. El nuevo régimen es una buena transición de apertura. Así pues, Argentina se enrola entre los países que prevén la mutabilidad del régimen.

Argentina se enrola en un sistema de mutabilidad laxo. En los sistemas comparados encontramos algunos sistemas de inmutabilidad de las convenciones, sistemas de mutabilidad limitada, y sistemas de mutabilidad laxa (7). Los países que prevén la inmutabilidad, no admiten que los cónyuges una vez elegido el régimen antes del matrimonio, lo modifiquen con posterioridad. Los de mutabilidad limitada, admiten un número restringido de modificaciones o dificultan los sistemas de cambio de régimen con disposiciones especiales (p. ej., homologación judicial, tiempo de espera extendido para cambiar de régimen). Finalmente, los sistemas laxos facilitan el cambio. Argentina fija un plazo de espera breve y no requiere ningún tipo de control judicial, aunque se exige la formalidad del instrumento público y su registración a efectos de que sea oponible a terceros.

El tiempo de espera para mudar de régimen es también muy breve, si se lo compara con otros sistemas en derecho comparado: está previsto un año. De modo que los cónyuges pueden cambiar de régimen si dejan pasar un año de vigencia del régimen precedente.

El tiempo de espera para cambiar de régimen en el Código Civil y Comercial es de un año. A poco que se piense, y si se mide con la fuente francesa que exige que el cambio satisfaga el interés de la familia, dos años de plazo de espera, una obligación de informar a algunos terceros y eventualmente, homologación judicial (8), la sola condición del plazo y de un plazo breve evidencian una laxitud en los requisitos. Es paradójico. El régimen francés da amplia libertad en la elección y diseño del régimen pero controla su modificación estrictamente con dispositivos preventivos (que son siempre los más eficaces). En tanto, el régimen argentino limita fuertemente la libertad de optar, pero es laxo en el cambio de régimen. Quienes se ven perjudicados de la laxitud son los terceros que podrían verse afectados (los hijos de un matrimonio anterior, los hijos mayores de edad que velan sobre sus padres que a lo mejor tienen edad avanzada, acreedores): se juega un delicado equilibrio de principios. De una parte el interés de la familia puede hacer conveniente la modificación, de otra parte, es necesario encontrar resguardos preventivos y correctivos que resguarden los intereses de terceros al régimen (a veces también miembros de la familia). Finalmente, el cambio de régimen puede afectar al esposo más débil, de modo que la laxitud en el cambio termine partiendo de la autonomía de los cónyuges para terminar en la dependencia de uno respecto del otro. De ahí que la laxitud probablemente no sea la solución más conveniente, pese a la regulación de tejido abierto del matrimonio. Se trata incluso de entrever analogías con el régimen de la partición privada en el derecho sucesorio y corregir la interacción entre régimen patrimonial y protección del vulnerable ante la eventualidad de la ruptura del matrimonio. La tarea de discernimiento le corresponderá hoy día al escribano.

En realidad, la redacción originaria preveía dos años de tiempo de espera (9). La redacción definitiva redujo ese plazo a un año. El fundamento de dicha modificación es evidente, y depende del impacto del matrimonio en el régimen de bienes: si el matrimonio es divorciable sin tiempo alguno de espera y depende exclusivamente de la voluntad unilateral de cualquiera de los esposos, parecería incoherente mantener dos años de plazo de espera para el régimen de bienes que es un efecto más bien periférico del matrimonio. Esta argumentación, empero, no tiene en cuenta una dimensión esencial del régimen, a saber, su trascendencia de la esfera privada de los esposos al intercambio de bienes y servicios con terceros, que exige un reforzamiento de la protección de la seguridad jurídica. A veces, una tendencia a ver el matrimonio sobre todo en su dimensión interna y desde la perspectiva de la autonomía y privacidad, olvida el impacto social y la trascendencia al interés público de las relaciones de los cónyuges entre sí. Esa inadvertencia puede perjudicar intereses de terceros que contraten con los cónyuges. En este sentido, parecía más acertada la restricción inicial a dos años, aún con la regulación actual del matrimonio (10). O, caso contrario, reemplazar la limitación de plazo por un control judicial, como en el sistema francés que inspiró la normativa.

Conviene ahora referirse a la naturaleza jurídica de las convenciones. En el derecho francés, fuente del nuestro en esta materia, están sujetas a las reglas de los actos jurídicos bilaterales con el régimen específico de consentimiento que les impone el matrimonio mismo (11). El telón de fondo es la regulación de los contratos (12). No obstante referirlas a los contratos sería insuficiente para comprender su especialidad. Son contratos que están transidos de matrimonialidad, y sabemos ya que el matrimonio es una relación en donde la vulnerabilidad de las partes se potencia, la buena fe acendrada puede causar cegueras parciales o totales, e inevitablemente se produce una desigualdad de poder derivada de las relaciones heterosexuales, y, por último, los contrayentes podrían ser menores de edad o adolecer de alguna restricción a la capacidad. Por eso mismo, la hermenéutica de las mismas está ligada a su causa fin, hay algunas reglas específicas de fondo y contenido que están ligadas al objeto del matrimonio y la regla de la libertad contractual no rige lo referido a la capacidad para celebrarlas. En última instancia, el carácter contractual de las convenciones queda reformulado en virtud de la incidencia formal principio de especialidad del matrimonio (13).

Todas estas notas impiden catalogar sin más la convención como un contrato liso y llano. De allí también que en algunos regímenes comparados se prefiera un vocabulario que distinga a las convenciones de los contratos: por ejemplo "convenciones", "capitulaciones" o "pactos" son rodeos que sirven para eludir la denominación de "contrato" (14). Estas múltiples denominaciones no esconden otra cosa que la dificultad del legislador de concebirlas como contratos lisos y llanos.

Una definición de las convenciones podría formularse como sigue: se trata de En todo caso, las convenciones son acuerdos contenidos en instrumentos públicos firmados por los cónyuges, en los cuáles éstos pueden disponer 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 el Código Civil y Comercial de la Nación (15).

Las convenciones tienen un régimen diferenciado según se celebren antes (convenciones pre-nupciales) o después del matrimonio (convenciones post-nupciales).

-En cuanto a su entrada en vigencia, si se celebran antes del matrimonio (convenciones pre-nupciales) no producen efecto sino hasta la celebración del matrimonio (Art. 448). De tal suerte que pueden ser modificadas cuantas veces los contrayentes decidan, pues estando bajo condición suspensiva no producen efecto obligatorio alguno hasta que se celebre el matrimonio. En tanto, la entrada en vigencia de las convenciones post-nupciales ocurre al momento de la celebración de las mismas.

-En cuanto al régimen de publicidad, las convenciones pre-nupciales tienen un sistema de publicidad especial. El sistema de publicidad está organizado tanto para las convenciones pre-nupciales como para las post-nupciales de forma tal que las convenciones resultan oponibles a terceros a partir de su anotación marginal en el acta de matrimonio. Ahora bien, en las convenciones pre-nupciales aún no hay acta de matrimonio, pues los esposos aún no lo contrajeron. Consecuentemente entrada en vigencia, y por lo tanto su oponibilidad ad intra (en las relaciones entre cónyuges) se produce automáticamente en el momento de la celebración, en que cesa la condición suspensiva que pesaba sobre ellas. En cambio, la oponibilidad ad extra (a terceros) requiere la anotación marginal en el acta. El art. 420, inc. i y j regula este segundo aspecto, creando un régimen especial de registración para las convenciones pre-nupciales. Impone el deber al oficial público que celebre el matrimonio de preguntar a los contrayentes si celebraron o no convención pre-nupcial y en caso afirmativo, el deber de dejar constancia marginal en el acta de matrimonio (ver más abajo). Así pues, la publicidad de las convenciones pre-nupciales se resuelve por vía de anotación en el momento de la celebración del matrimonio, mientras que en las convenciones post-nupciales, el escribano deberá realizar el trámite de anotación marginal en el acta matrimonial y de registración en los registros respectivos.

-Sólo para aclararlo, aunque resulta implícito, las convenciones pre-nupciales resultan oponibles entre los cónyuges desde el momento de la celebración del matrimonio, mientras que las post-nupciales lo son desde el momento en que se otorgue la escritura pública que los contiene.

-A la inversa, frente a terceros, en todos los casos resultan oponibles desde la anotación marginal al acta de matrimonio.

Por último, tanto en el régimen francés [\(16\)](#) como en el argentino, las convenciones matrimoniales contienen dos series de requisitos: una serie, está ligada a la protección de terceros y del interés público, la otra, ligada a la protección de los cónyuges entre sí y del interés familiar. Cada una de esas series, contiene a su vez dos órdenes de requisitos. En cuanto a la dimensión ad extra del matrimonio (terceros, interés público) el Código regula los requisitos de solemnización de las convenciones (sección a) y los requisitos de publicidad (sección b). En cuanto a la dimensión ad intra, y para proteger los intereses públicos comprometidos en el régimen patrimonial del matrimonio, se regulan los requisitos de capacidad (sección c) y los requisitos de fondo relativos al objeto y contenidos de las mismas (sección d). A tales requisitos nos abocamos a continuación.

## II. Algunas cuestiones sobre los requisitos de forma

En cuanto a los requisitos de forma, sólo cabe celebrar la convención por escritura pública, ya sea que la convención se celebre antes o después del matrimonio. Otras soluciones hubieran sido viables [\(17\)](#), sin embargo hay múltiples razones para confiar a los escribanos la tarea de la confección de la convención. La primera y más evidente es que la Argentina no tiene costumbre de celebrar convenciones. Es esencial que la convención se celebre en el marco de una contención y asesoramiento adecuados [\(18\)](#). En segundo lugar, la escritura pública es un instrumento fehaciente y el escribano garantiza la inscripción (con la salvedad de la convención pre-nupcial, que explicamos más abajo). En tercer lugar, la objeción que podría plantearse en el sentido de que la escritura encarece, no cabe en el marco del régimen de separación de bienes: quién separa bienes, tiene bienes para separar y por lo tanto se justifica y puede costear un escribano.

Los textos que consagran este requisito de forma son los 448 y 449. El art. 448 se refiere a las convenciones prematrimoniales y que reza: Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efecto a partir de la celebración... Mientras tanto, el art. 449 se refiere a las convenciones que se celebren con posterioridad a la celebración del matrimonio: Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. En ambos casos, la exigencia en relación a la forma es idéntica.

### i) Naturaleza del requisito de forma y efectos

Es importante señalar que el requisito de forma es un requisito ad solemnitatem [\(19\)](#). Vale decir, que si la forma prevista por el legislador para la convención pre- o post-nupcial no se verifica, la convención es nula.

El requisito de solemnidades formales en el acto jurídico supone una excepción al principio de libertad de formas (art. 284), por el cuál la ley eleva los requisitos de validez del acto en virtud de la especial trascendencia que ese acto tiene (20). Es una forma necesaria que hace a la sustancia del acto, por lo cual, cuando falta, causa ineficacia.

#### ii) Fundamento del requisito de solemnidad

Es que el problema central que subyace a estas discusiones es la comprensión del fundamento de la naturaleza formal solemne de las convenciones matrimoniales.

El fundamento de las solemnidades es múltiple: permite favorecer la reflexión de los que celebran el acto, aumentar la calidad y la precisión de las declaraciones contractuales, cuidar la seguridad jurídica, dar certeza al acto, facilita la prueba, permite auxiliar y aconsejar a los celebrantes en el acto jurídico que celebrarán, indirectamente protege el orden público y la seguridad jurídica y permite un control fiscal (21).

Y aquí nuevamente es necesario referirse a la dimensión ad intra y a la dimensión ad extra del matrimonio. De una parte, entre cónyuges, el obligar a la solemnidad tiene un fundamento protectorio de al menos dos aspectos jerárquicamente dependientes el uno del otro: el marco notarial en el que se confecciona la convención implica asesoramiento para ambos esposos o futuros esposos y un marco objetivado de negociación. Ese marco permite corregir al menos en parte dos vicios a la plena libertad de los cónyuges o contrayentes: de una parte, corrige los vicios de discernimiento derivados de la falta de adecuada información. De otra, corrige los vicios de voluntad que derivan de las sutiles presiones que a veces rodean las relaciones de pareja, cuando uno de los dos miembros es más fuerte y el otro más vulnerable. Esas dos debilidades del acto jurídico en el contexto de las relaciones entre novios o esposos se enderezan (en la medida de lo posible) con la contención y el asesoramiento notarial. En el fondo, las convenciones matrimoniales toman prestado por analogía del consentimiento matrimonial el requisito de libertad plena para contraerlas. Ad extra del matrimonio, es necesario asegurar las condiciones de validez intrínsecas del acto jurídico en el cuál se celebran y además asegurar los mecanismos adecuados de registración. Será necesario precisar cuál es el interés jurídico en la solemnidad de la convención matrimonial, para comprender qué tipo de nulidad la fulmina en caso de ausencia de formas impuestas por la ley.

#### iii) Efectos del incumplimiento de las formas impuestas

El fundamento de la formalidad de las convenciones matrimoniales es indudablemente una protección para terceros, y en ese sentido, su omisión podría dar lugar a un régimen de nulidad relativa (22). Esa lectura es la que hace la mayoría de la doctrina con apoyo en la función protectoria (de la seguridad jurídica, de terceros, de las partes) que tendría la formalidad solemne prevista por el Código Civil y Comercial. En el derecho comparado, prevalece también la sanción de nulidad relativa, todo ello, a más de que hay una retirada en torno a los actos que refieren a los pactos entre cónyuges (consistente con el avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia y una creciente irrelevancia social del matrimonio).

La doctrina ha acostumbrado distinguir entre formas solemnes absolutas y relativas (23). Mientras que las absolutas tienen una inherencia tal al acto que lo vician de nulidad en caso de omisión, las relativas privan al acto de su efecto propio, pero pueden generar obligaciones secundarias. Cabe interrogarse en cuál de estas dos categorías ingresa la solemnidad propia de las convenciones matrimoniales.

El equívoco viene dado por lo dispuesto por el art. 285 y su juego con el nuevo art. 449 del Código Civil y Comercial y el antiguo 1223 del Código Civil. Comencemos por el art. 285: "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". En dicho artículo estarían contenidas las dos variantes de solemnidad absoluta y relativa. La primera estaría en la parte final del artículo ("excepto que..."), la segunda, en la mal llamada "conversión" (24). ¿A cuál de las dos pertenece la convención no instrumentada en escritura pública? Lo plantea Medina. ¿Qué sucedería si los novios o los cónyuges hubieran celebrado convención pre- o post-nupcial en instrumento privado: ¿implicaría ello una obligación de escriturar? (25).

La hipótesis tiene muchos bemoles. Lo primero de todo es recordar que el consentimiento que se presta en las convenciones matrimoniales guarda analogía directa con el consentimiento matrimonial, que lo impregna (26), que es su condición de existencia y su causa motivo y fin. De allí que el consentimiento que prestan los celebrantes para la convención esté calificado evocando aspectos del consentimiento matrimonial. La exigencia de la plena libertad de las partes es mayor que en la mayoría de los contratos, y tiene que subsistir al momento en que tal convenio se concluya. No cabría celebrar una convención matrimonial en el que una de las partes no acuerde, por la fuerza; del mismo modo que un boleto de compraventa. La estructura de libertad para consentir es distinta. Si uno de los dos se arrepiente, prevalece la libertad de no convenir con el otro. No se puede forzar a

convenir a lo que ya no se adhiere.

Más específicamente, no procedería respecto de las convenciones pre-nupciales, que pueden ser modificadas tantas veces como sea antes del matrimonio pues no han entrado en vigencia. Si uno de los novios se niega a transferirla a escritura pública, su negativa lleva implícita un cambio en la convención (eventualmente su negativa a firmarla). Esa negativa a transferirla implica una manifestación tácita de no querer darle efectos plenos (27). Y en ese sentido, es plenamente válida. Cualquier otra solución sería limitante a la libertad contractual (autonomía) de los contrayentes en elegir las condiciones que regirán sus relaciones patrimoniales.

¿Y en el caso de la convención post-nupcial de modificación de régimen? En ese caso vemos difícil que la acción prospere. Allí es donde el problema se plantea más netamente. Si las partes se obligaron sin las formas debidas, ¿deberían quedar obligados a escriturar? El art. 285 dice que si la ley prevé la nulidad por falta de solemnidades requeridas, no nace la obligación de escriturar. Ni el Art. 448, ni el Art. 449 sancionan con la nulidad a la convención celebrada sin las solemnidades requeridas. La nueva versión sigue el art. 497 del Proyecto de 1993. El antiguo art. 1223 del Código Civil de Vélez, en cambio, tenía previsión específica de nulidad: "art. 1.223. Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces.". Una previsión semejante no existe en el nuevo Código. ¿Qué pensar?

Nosotros pensamos que la formalidad de las convenciones matrimoniales es de naturaleza absoluta y no relativa. De tal suerte que la inherencia de la forma en el objeto es de tal entidad (por las implicancias que tiene en los esposos y en los terceros) que la falta de las solemnidades requeridas vicia en su sustancia la convención, y que ya no queda forma de sanearla. Mucho menos, por lo dicho más arriba sobre la libertad del consentimiento para las convenciones matrimoniales, que sigue las reglas del consentimiento matrimonial, cabría imponer al otro cónyuge la obligación de sanear el instrumento de forma imperativa por medio de una sentencia judicial. El derecho francés, que es fuente del argentino en este punto (28), opta por la "nulidad absoluta" de las convenciones no celebradas en escritura pública (29).

#### La función del escribano y el asesoramiento

El nuevo rol que adquiere el escribano en las convenciones matrimoniales debe ponerse de resalto. Las funciones del escribano consisten entonces fundamentalmente en tres: a) la consultiva; b) la técnica-jurídica; y, c) la administrativa (30). Comencemos por las últimas dos, para terminar en la más compleja y novedosa.

En cuanto a la función técnica-jurídica, el escribano tiene la obligación de i) asegurarse de la voluntad libre y del discernimiento de ambos celebrantes; ii) redactar un instrumento que no resulte impugnabile y que respete las formas impuestas y requisitos del acto; iii) informar a los esposos de las consecuencias financieras y fiscales en cuanto las decisiones que tomen. Aquí no es necesario agregar comentario alguno. No se requiere la presencia de testigos y bastará con que las partes estén presentes simultáneamente, en virtud de la significación económica del convenio. Cabe tan sólo la pregunta de si el convenio podría celebrarse por mandatario. Creemos que si se tratara de un poder especial de representación a tal efecto, y siguiendo la estructura análoga del matrimonio que puede ser celebrado a distancia, cabría tal alternativa. El derecho francés la admite (31).

En cuanto a las funciones administrativas, el escribano deberá: i) dar fe del acto, ii) otorgar a los esposos el certificado respectivo, y, iii) realizar las inscripciones y anotaciones que sean requeridas en cada caso. El escribano es responsable de su diligencia en dar publicidad al convenio celebrado. Los daños y perjuicios que podrían derivarse de un obrar negligente son evidentes, sobre todo cuando los cónyuges a menudo procuran cambiar el régimen de bienes para proteger su patrimonio de agresiones externas a futuro.

De las tres tareas reseñadas, la más difícil es probablemente la tercera: la función consultiva. En este sentido, el escribano debe: i) mantener una entrevista con las partes para esclarecer las circunstancias particulares del caso; ii) estudiar de manera profundizada cuál sea la mejor solución concreta jurídica y personal para ese matrimonio; y, iii) orientar a los esposos o futuros esposos hacia la mejor solución jurídica, en una suerte de devolución. Esta etapa es naturalmente previa a las otras dos que acabamos de enunciar.

La tarea consultiva requiere de una gran sensibilidad, para mantener el equilibrio y la unidad familiar y no inducir faltas de decoro que podrían quebrar los delicados hilos que a veces estrechan a la familia. La novela corta Honoré de Balzac lo expresa óptimamente (32), los más nobles sentimientos humanos pueden verse enlodados en el cálculo frío del contrato de matrimonio hasta el punto de resquebrajar un proyecto común. Mejor aún lo decía nuestro primer codificador, con una rara exquisitez: "La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose mil pasiones e intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio" (33).

De otra parte, debe mantener equidistancia entre los futuros cónyuges o cónyuges y asesorar con la mayor objetividad posible. En juego están reclamos posteriores por mala praxis. Es posible que los Colegios de

Escribanos deban desarrollar protocolos de asesoramiento que permitan poner a mayor resguardo a sus colegiados.

Por último, debe contar con la información necesaria para clarificar ventajas y desventajas de cada régimen para cada caso particular. A continuación, simplemente algunas reflexiones y sugerencias que pueden tenerse en cuenta para aconsejar a los celebrantes.

### III. Ventajas y desventajas de cada régimen: un paneo

En general, pueden considerarse las siguientes ventajas y desventajas de cada régimen matrimonial:

#### A) Régimen de comunidad de bienes

##### i) Ventajas

- No crea disparidad financiera entre los dos esposos (se enriquecen simultáneamente de la misma manera por el esfuerzo conjunto). En este sentido es el más equitativo y el más armónico con la naturaleza del matrimonio y la solidaridad familiar.

- En consecuencia, conviene especialmente al esposo que por diversas razones no estará en condiciones de tener los mismos ingresos que su cónyuge (ya sea por el cuidado de los hijos, de parientes, formación profesional, profesión, esposos que migran de otros países sin ingresos personales) [\(34\)](#).

- El régimen de comunidad tiene dispositivos de protección de los bienes propios que son más eficaces que en el régimen de separación, en el cuál las confusiones de patrimonio son más difíciles de desentrañar (ver parte III de este libro). Entre otros, los cónyuges disponen de un elaborado sistema de recompensas y una clara distinción de los bienes propios o gananciales.

- El régimen de comunidad protege mejor al cónyuge supérstite en la eventualidad de la muerte, especialmente si el premuerto es proveedor. El cónyuge supérstite retira como socio la mitad de los gananciales, además de heredar de los propios, según con quienes concurra. En tanto, el separado de bienes no retira su mitad en las ganancias, con lo cuál sólo recibirá los propios.

##### ii) Inconvenientes de la comunidad

- El inconveniente esencial de la comunidad de bienes consiste en que la responsabilidad por deudas es más extensa que en el régimen de separación de bienes (art. 467, se suma la conservación y reparación de bienes gananciales, por los que el cónyuge que no contrajo la deuda responde con la totalidad de sus bienes gananciales).

- Un segundo inconveniente es la necesidad del asentimiento conyugal, que puede entorpecer algunos actos jurídicos. A diferencia de la separación de bienes, se requiere asentimiento para los bienes gananciales registrables del otro cónyuge, acciones nominativas no endosables y las no cartulareres, participaciones en sociedades y establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (art. 470). Considerando que el asentimiento no puede darse en general (art. 457) ni puede otorgarse mandato para asentir (art. 458, aunque podría entenderse limitado a la vivienda familiar, ver infra). Todo lo cuál hace inconveniente el régimen de comunidad cuando el giro de los negocios implica compras y ventas frecuentes de accines o bienes que requieren asentimiento.

- Suele ser inconveniente cuando uno de los cónyuges tiene actividades o una profesión de riesgo patrimonial. Aunque la responsabilidad por deudas es separada, siempre existen bienes dudosos y el riesgo de uno de los cónyuges podría amenazar el patrimonio familiar. De todas formas puede limitarse la responsabilidad por otros caminos, sin necesidad de recurrir a la separación de bienes.

- Las familias ensambladas con frecuencia prefieren el régimen de separación al de comunidad, para mantener lo más incólume posible la parte de la herencia que correspondería a los hijos de uniones anteriores [\(35\)](#).

- Los cónyuges tienen una prohibición general de contratar (salvo mandato y las sociedades expresamente permitidas).

#### B) Separación de bienes

##### i) Ventajas

- Por la separación de patrimonios y el régimen más restringido de separación de deudas (sólo se aplican las excepciones del régimen primario en relación a las cargas del matrimonio), la protección del patrimonio individual de un cónyuge frente a los acreedores del otro es más importante.

- Por tal razón responde mejor a las hipótesis en las cuáles uno de los esposos ejerce una profesión o

actividad comercial de riesgo.

- Los frutos de los bienes propios siguen siendo propios, por lo cuál cada patrimonio crece para sí y en su propio beneficio, sin derramarse sobre la comunidad o sobre el patrimonio del otro.

- Es el régimen preferido en caso de segundas o ulteriores nupcias. La cuestión se relativiza en caso de que las segundas nupcias sean a causa de viudez (caso en el cuál los hijos de las primeras nupcias recibirán la porción que corresponde al premuerto por vía sucesoria).

- Cada cónyuge puede administrar y disponer libremente sin necesidad de requerir el asentimiento del otro.

- Hay libertad de contratar entre cónyuges.

- Por esta razón el régimen es particularmente útil cuando la actividad económica o empresarial de al menos uno de los cónyuges le exige agilidad para administrar y disponer de bienes.

- No es necesario compartir las ganancias ni equilibrar los ingresos personales con el otro cónyuge, salvo en lo que se refiere a las cargas matrimoniales y la obligación de contribuir que surge del régimen primario (ver más abajo).

#### ii) Inconvenientes

- A la disolución del matrimonio, el esposo que no ejerció profesión o que no dispone de fortuna personal se encuentra particularmente expuesto. Es decir que el contrato es injusto para la parte más débil, especialmente cuando se trata de la mujer que distrae de su capacidad profesional para el cuidado de los hijos comunes.

- Esta situación (la de exposición del cónyuge más débil) no encuentra solución en la hipótesis de la compensación económica. Podría no serle acordada, incluso por razones probatorias, y quedar la mujer en una situación de particular vulnerabilidad luego de haber dedicado años al cuidado de los niños, posibilitando así el desarrollo de la carrera de su cónyuge.

- Dependiendo de la composición del patrimonio, en principio, se empeora la situación del cónyuge superviviente en caso de muerte. Si concurre con descendientes sólo heredará como un hijo más de los bienes del premuerto y no retirará su mitad ganancial.

- De todas formas subsisten pesadas esferas de responsabilidad solidaria que surgen del régimen primario.

- Es casi imposible mantener las cuentas claras y que ambos patrimonios resulten discernibles. Los cónyuges suelen hacer operaciones conjuntas, y el resultado es un número de bienes para los cuáles el derecho no prevé reglas de prueba o de titularidad, como sucede con los institutos de recompensa, subrogación, de prueba del carácter del bien y las presunciones, que en cambio operan en el régimen de comunidad de bienes.

Como se advertirá, en todos los casos es necesaria, junto con la circunspección de evaluar en concreto las circunstancias del caso que se plantea, el ejercicio de función prospectiva, de intentar esclarecer cómo se plasmará el proyecto de vida de cada uno de los celebrantes de la convención matrimonial y el proyecto de vida común, para traducirlo en un instrumento eficaz y adecuado. El escribano deberá además prever los posibles obstáculos que puedan plantearse: la convención tiene una función preventiva de conflictos, que se resuelve adecuadamente cuando el asesoramiento puede detectarlos con antelación.

En todo caso, vale la pena evaluar algunos contextos puntuales. Del cuadro de situación que acabamos de exponer, se puede deducir lo siguiente [\(36\)](#).

A) Si ambos cónyuges ejercen una actividad remunerada por la que obtienen ingresos similares

- Si bien en esta hipótesis pareciera indiferente el régimen elegido por los cónyuges, lo cierto es que entran en juego diversas variables.

- Si el matrimonio es heterosexual, y el proyecto de vida en común incluye a los hijos, es indudable que el régimen de comunidad será el más adecuado para proteger a la mujer, que necesariamente distraerá de su capacidad productiva durante la gestación y luego, en los primeros años de vida del niño.

- Aún en la hipótesis de filiación adoptiva, sigue siendo la mujer, según estadísticas comparadas, quien mayormente asume el cuidado del hogar.

- Es necesario evaluar cuáles son las relaciones con la familia ampliada, si hay personas mayores a la que uno de los cónyuges debe dedicarse especialmente.

- Otro factor a tener es que el régimen de comunidad altera el signo de los frutos de los bienes propios. Aunque los ingresos gananciales sean idénticos, quién ingresa al matrimonio con un capital propio importante debe saber que los frutos que este produzca se ganancializarán.

- Es necesario también considerar la edad de los celebrantes o la previsión de planificación hereditaria. La

situación en la que quedará el cónyuge supérstite es considerablemente más ventajosa si durante el matrimonio regía el régimen de comunidad. A la porción que le corresponda en cualquier hipótesis de concurrencia con otros herederos, se suma el hecho de que retirará la mitad de los gananciales. Obviamente, alterará así la composición de la herencia. De modo que si hubiera hijos de un matrimonio anterior o ascendientes, cuya porción hereditaria el celebrante quisiera proteger, debería optar por el régimen de separación de bienes y no el de comunidad.

B) Uno sólo de los cónyuges tiene ingresos regulares o previsiblemente los tendrá, el otro tiene ingresos periódicos, irregulares o menores

-El régimen de gananciales beneficiará al que tenga menores ingresos y funcionará como un régimen protectorio derivado de la solidaridad.

-El que tenga mayores ingresos proveerá en alguna medida para ambos. El que tenga menos ingresos podría contribuir en especie con las tareas del hogar o de cuidado.

-Si hay desigualdad de ingresos y se celebra el convenio bajo el régimen de comunidad de bienes, es importante que el mayor aportante comprenda que la contribución en especie corrige la desigualdad aparente de aportes que materializa la comunidad. Incluso podría ser conveniente dejar constancia de ello en el convenio (aunque no produzca efectos jurídicos inmediatos, podría producirlos a nivel de la hermenéutica de las relaciones patrimoniales y así prevenir conflictos, y también podría ser útil al momento de la disolución del matrimonio, como clave retrospectiva del proyecto de vida común de los cónyuges).

-Si hay desigualdad de ingresos y el acuerdo se celebra bajo el régimen de separación, el cónyuge que no tenga ingresos regulares o equivalentes estará en situación de vulnerabilidad y obtendrá los beneficios del derecho de contribución que le otorga el régimen primario, además de los alimentos. Al momento de la ruptura, podrá demandar una compensación económica si puede probar los requisitos exigidos.

-Si hay desigualdad de ingresos y se celebra una convención bajo el régimen de separación es esencial clarificar al cónyuge de menos ingresos que se encuentra en una situación de exposición económica, que podría quedar vulnerabilizado ante la ruptura, y que en caso de muerte, no recibirá más que la porción que le corresponda en cada caso (no retira la mitad de los gananciales). Es una forma de garantizar el discernimiento como elemento de formación del consentimiento para la convención. Sería incluso conveniente, en aras de fortalecer la validez del convenio, dejar constancia escrita de que se le ha informado esta circunstancia.

-Si uno de los dos cónyuges —será usualmente el de más ingresos- realiza una actividad comercial, el régimen de separación de bienes le dará más libertad.

-Si el que tiene más ingresos, también puede jaquear con su giro comercial o profesional el patrimonio común, será más adecuado el de separación.

C) Uno de los cónyuges tiene patrimonio personal importante o lo recibirá previsiblemente

-El régimen de gananciales transforma en ganancial todo fruto de un bien propio. De modo que, de acuerdo al proyecto de vida deberá evaluarse si se trata del régimen más conveniente.

-Quien, por razones diversas (hijos de uniones anteriores, ascendientes que se desea proteger) desea mantener incólume su patrimonio, deberá optar por el régimen de separación de bienes.

D) Empresa (37) y elección del régimen de bienes

-El asunto es harto complejo, pero las ganancias de las empresas son gananciales, por lo cuál surge el problema de la ganancialidad de los bienes que sean reinvertidos. La cuestión no es lineal, porque depende de si la empresa tiene forma societaria (38), de si las ganancias se distribuyen o no (si exceden o no la personalidad jurídica de la empresa o se llevan a reserva sin distribuirse, caso en el cuál nunca ingresaron en el patrimonio de los cónyuges...etc. (39)).

-En todo caso, en la medida en que las ganancias (dividendos o no) se distribuyan en acciones, esas acciones serán gananciales suscitando una compleja situación en el seno de la empresa en el que el cónyuge no-empresario no tiene parte (40). Pueden además, según las acciones de que se trate (ver más abajo), estar sometidas al régimen del asentimiento conyugal del cónyuge no propietario (41).

-Más aún, en la hipótesis de la ruptura, si se trata de una sociedad, aún las ganancias llevadas a reserva (no distribuidas o capitalizadas), en una solución jurídica asaz controversial, dan lugar a recompensa si implicaron un mayor valor de la participación del cónyuge socio. Así, en el nuevo Código Civil y Comercial. Esta misma solución se aplica a los fondos de comercio (42).

-Si el régimen que impera es el de separación de bienes, desaparecen la mayoría de los problemas. Desde

luego, que subsiste una desprotección evidente respecto del cónyuge no empresario.

Hemos acompañado apenas un número reducido de reflexiones. Seguramente serán completadas en la práctica por el lector.

#### IV. Balance

Así las cosas, toda convención que no cabe duda de que toda convención que no fuera celebrada por escritura pública provoca la nulidad del acto entre los cónyuges y ante terceros. Entre cónyuges, porque no existen efectos secundarios derivados de la falta de forma, la solemnidad requerida tiene carácter absoluto. Frente a terceros, porque se trata de una forma impuesta ad solemnitatem, que en consecuencia se sanciona con la nulidad relativa en caso de incumplimiento de las formas prescriptas (sección iii). Por otra parte, esta es la tónica del derecho comparado (43).

Hemos visto también la trascendencia del fundamento por el cuál se impone el requisito formal (sección ii) y la peculiar relación que tiene el consentimiento a la convención matrimonial con el consentimiento matrimonial (sección i).

Finalmente, hemos recorrido brevemente algunas cuestiones relativas a la intervención del escribano en la confección de la convención matrimonial (sección iv), para finalizar con un análisis sucinto de ventajas y desventajas de cada régimen en abstracto y según distintas situaciones coyunturales que pueden plantearse (sección v).

(1) En cuanto a conservar la unicidad del régimen, los proyectos de reforma no fueron unánimes. Son conocidas las posiciones de Juan A. Bibiloni y Jorge J. Llambías, profundamente favorables a un régimen comunitario e imperativo. La doctrina se dividía, con representantes de relieve en una y otra posición (a favor del régimen único: Belluscio, Méndez Costa, Fleitas Ortiz de Rozas, Roveda, Sambrizzi, Perrino; a favor de la pluralidad de regímenes: Kemelmajer, Mizrahi, Zannoni, Bossert, Capparelli; entre otros). Para profundizar, BASSET, Ursula C., Calificación..., cit, p. 63 y ss.

(2) GONZÁLEZ, Eliana, Comentario al Art. 446, en BASSET, Ursula C., Código Civil y Comercial. Tratado exegético. ALTERINI, Jorge H. (Dir), Buenos Aires, Astrea, 2015, T. III, p. 192.

(3) TERRÉ, Franc,ois, y Philippe SIMLER. Droit Civil, Les Régimes Matrimoniaux. Paris: Dalloz, 2015, n° 183 y ss.

(4) Siguiendo el modelo del Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 (Reformas Al Código Civil: Proyecto Y Notas De La Comisión Designada Por Decreto 468/92. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma., 1993. Print. (Miembros: Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalda, Eduardo Antonio Zannoni), p. 42 y ss.

(5) Como la incorporación del "avalúo" y de los bienes y de las "deudas" al inventario del Art. 446, que tenía la funcionalidad de establecer la situación patrimonial de origen de cada cónyuge de cara al régimen de participación. El inventario y avalúo (conteniendo también el pasivo, como hemos sostenido otrora) es útil en todos los regímenes pero es especialmente necesario en el de participación de ganancias. Por otra parte, el régimen primario quedó desproporcionado ante una opción limitada a dos regímenes que los cónyuges tienen que aceptar en bloque, sin poderlos modificar.

(6) TERRÉ, SIMLER. Droit Civil, ..., cit., n° 150.

(7) Las denominaciones son nuestras. Eduardo Sambrizzi ofrece un estudio de derecho comparado sobre la cuestión en SAMBRIZZI, Eduardo A. El Régimen Patrimonial Matrimonial En El Nuevo Código Civil Y Comercial. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 48 y ss.

(8) TERRÉ, SIMLER. Droit Civil, ..., cit., n° 241.

(9) Siguiendo el artículo 498 del Proyecto de la Comisión designada por dec. 468/92 (citado supra).

(10) En realidad, no era ese plazo el que requería corrección, sino probablemente la falta de plazo de espera del matrimonio, que lo banaliza.

(11) CORNU, Les régimes...,cit. p. 206. MALAURIE, Ph, Cours de droit civil..., cit. p. 107.

(12) Es la posición de Jorge A. Mazzinghi (h). Ver MAZZINGHI, Jorge A. M., (h). "Las Convenciones Matrimoniales." RCCyC (diciembre) (2015): 41.

(13) TERRÉ, SIMLER, Droit civil..., n° 115. La causalidad formal del principio de matrimonialidad en el régimen puede profundizarse en BASSET, La Calificación..., cit., Cap. VIII.

(14) Sobre esto, MALAURIE, Cours de droit civil..., cit. p. 107.

(15) Cfr. Art. 446. Augusto BELLUSCIO las define así: "convención matrimonial (...) es el acuerdo celebrado entre los futuros cónyuges con el fin de determinar el régimen matrimonial al cuál quedarán sometidos, o bien algunos de los aspectos de sus relaciones patrimoniales". Cfr. BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 293.

(16) CORNU, Les régimes..., cit., p. 208.

(17) Eduardo ROVEDA consideró en su momento la conveniencia de que se hubiera previsto la realización en instrumento privado y posterior homologación judicial. ROVEDA, Eduardo G., "El régimen patrimonial del matrimonio" en RIVERA, Julio César, and Graciela MEDINA, Dirs. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 356-7.

(18) MOLINA de JUAN, Mariel, Comentario al Art. 448, en KEMELMAJER De CARLUCCI, Aída Rosa, Marisa HERRERA, and Nora LLOVERAS, Dirs. Tratado De Derecho De Familia: Seguín El Código Civil Y Comercial De 2014. Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, P. 577.

(19) KRASNOW, Adriana N. "El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial", en KRASNOW, Adriana N., Dir. Tratado De Derecho De Familia. Vol. II. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 628.

(20) ORELLE, José M., en TOBIÁS, José W. (Dir. De tomo), ALTERINI, Jorge H., Dir., and Ignacio E. ALTERINI, Coord. Código Civil Y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Vol. II. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 367.

(21) ORELLE, José M., ..., cit, p. 379, con cita de LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto, Contratos, Instituciones de Derecho Civil, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tº III, p. 16.

(22) Con fundamento en el art. 386 2º parte, Código Civil y Comercial Argentino. Cfr. SAMBRIZZI, El Régimen..., cit. p. 43.

(23) PELOSI, Carlos. "Las Formas Extrínsecas. Concepto, Doctrina Extranjera Y Nacional." Revista Del Notariado Enero (1975): 799. VINTI, Angela M. "Forma y prueba de los contratos en el Proyecto de Código", (s/d), AR/DOC/1388/2013.

(24) Seguimos aquí las fundadas críticas de Jorge e Ignacio ALTERINI al giro "conversión" del acto jurídico, en ALTERINI, Jorge H., Dir., and Ignacio E. ALTERINI, Coord. Código Civil Y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Vol. II. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 439.

(25) La hipótesis la plantea Graciela MEDINA durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield y la trae a colación MOLINA de JUAN en su comentario al Art. 448, citado supra, adhiriendo. MEDINA, Graciela, "Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil", LL-1999, E, 1050 y ss.

(26) TERRÉ, SIMLER, Droit civil..., n° 155.

(27) Dice MEDINA: la convención en instrumento privado no podría funcionar como promesa en ese caso. (Cfr. supra).

(28) Cfr. Notas al Art. 497, Reformas Al Código Civil: Proyecto Y Notas De La Comisión Designada Por Decreto 468/92. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma., 1993. Print. (Miembros: Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalda, Eduardo Antonio Zannoni), p. 43.

(29) TERRÉ, SIMLER, Droit civil..., n° 205.

(30) Las tareas se deducen de la funciones generales del escribano, proyectadas a la peculiaridad de esta situación. Numerosas páginas de asociaciones y federaciones de escribanos tienen referencias a las obligaciones concretas que supone la confección del convenio. Una protocolo breve y claro puede encontrarse en: [http://www.notaires.fr/sites/default/files/Notaires\\_contrat%20de%20mariage\\_0.pdf](http://www.notaires.fr/sites/default/files/Notaires_contrat%20de%20mariage_0.pdf) (Consultado 24/2/2016).

(31) TERRÉ, SIMLER, Droit civil..., n° 206.

(32) Le contrat de mariage, 1835.

(33) Nota al Título "De la sociedad conyugal", Código Civil Argentino.

(34) El régimen de comunidad, se dice, no admite cenicientas: quien casa con un príncipe se transforma en princesa (y viceversa).

(35) Así lo sostiene la Federación Belga de Notarios

(<https://www.notaire.be/se-marier-vivre-ensemble/le-mariage/les-regimes-matrimoniaux/avantages-et-inconvenients-de-la-commu> consultado: 26-2-2016). Pero esta idea era una de las razones por las cuales se impulsó la pluralidad de regímenes en la Argentina, para satisfacer las necesidades y concepciones familiares de la pluralidad de tipos familiares.

(36) Tomamos algunas sugerencias de PEREZ MARTÍN, Antonio Javier. Pactos Prematrimoniales: Capitulaciones Matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento Consensual. Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 56 y ss.

(37) Adviértase que cuando en este segmento utilizamos el término empresa, lo hacemos en sentido amplio, según describe Eduardo FAVIER DUBOIS, es decir: incluyendo contratos asociativos y sociedades. Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "La empresa en el nuevo derecho comercial. Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales", LA LEY 01/12/2015 , 1.

(38) Ver nota supra.

(39) Hemos desarrollado ampliamente esta cuestión con bibliografía en BASSET, La Calificación de bienes..., cit. a dónde remitimos por brevedad).

(40) Sobre todo esto, ver nuestro estudio en BASSET, La Calificación de bienes..., cit.

(41) Cfr. Art. 470 para el régimen de comunidad de ganancias.

(42) Cfr. Art. 491: "(...) Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio."

(43) MEDINA, Graciela, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma del Código Civil y Comercial", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, noviembre de 2012, Año IV, N° 10, p. 10. KRASNOW, Adriana N. "El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial", en KRASNOW, Adriana N., Dir. Tratado De Derecho De Familia. Vol. II. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 629.