

Título: El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 3

Cita: TR LALEY AR/DOC/5230/2012

Sumario: 1. Introducción. 2. La situación en el Código Civil. 3. Enumeración de las reformas más importantes en orden al régimen patrimonial. 4. La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes. 5. Límites a la posibilidad de opción de régimen patrimonial. 6. De la forma de celebración de las convenciones. 7. Régimen primario Concepto. 8. Derecho Comparado. 9. Su recepción en el proyecto del Código Civil del 2012. 10. Caracteres. 11. Contenido del régimen patrimonial primario. 12. Deber de contribución. 13. Responsabilidad solidaria. 14. Protección de la vivienda. 15. Innecesariedad de la existencia de hijos. 16. Ejecución de la vivienda familiar. 17. Omisión de derechos. 18. Asentimiento conyugal. 19. Título sobre la vivienda. 20. Conclusiones.

"La reforma propone un régimen patrimonial matrimonial ordenado, que permite la opción entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales claramente tipificados, con una pormenorizada regulación del régimen de comunidad donde se identifica claramente a los bienes que la componen, la manera de gestionar los bienes propios y gananciales y a la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores tanto durante la vigencia de la sociedad conyugal, como a su disolución."

1. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos, describir cuál es la situación del régimen patrimonial en el ordenamiento civil actual, enumerar cuáles son las reformas más importantes propuestas en el Código Civil y Comercial de la Nación, justificar por qué se resuelve otorgar la posibilidad que los cónyuges opten entre diversos regímenes patrimoniales matrimoniales, describir en qué consiste el régimen primario y cuál es su impacto sobre el ordenamiento privado argentino y explicar la especial protección que se otorga a la vivienda familiar.

2. La situación en el Código Civil

El Código de Vélez Sársfield, reglamentaba el régimen patrimonial del matrimonio en los artículos 1217 a 1322 comprendidos en el Libro Segundo, Sección Tercera, Título Segundo del Código Civil, bajo el nombre "De la Sociedad Conyugal".

El sistema originario era coherente al modelo de familia que existía en el siglo XIX y principios del siglo XX, en el cual la mujer no trabajaba fuera del hogar y era considerada una incapaz relativa de hecho.

En la sociedad decimonónica se justificaba plenamente que hubiera un solo régimen de bienes, ya que había un solo tipo de familia, con similares características en todo el país.

Para ese modelo de familia se estableció un régimen comunidad de bienes y ganancias a la que se denominó "Sociedad Conyugal" con un sistema de administración marital y responsabilidad por deudas conjuntas.

En el Código Civil el marido era el administrador legal de todos los bienes en el matrimonio, incluso los propios de la mujer y los adquiridos por ésta con su trabajo personal, en este sistema era lógico que el marido respondiera por las deudas de la mujer.

El sistema originario sufrió reformas parciales a medida que la situación de la mujer cambió y que el concepto de familia se modificó.

En primer lugar la ley 11.357 transformó el régimen de administración marital y de responsabilidad por deudas que en ambos casos dejaron de estar en manos del marido para ser de responsabilidad de ambos cónyuges en forma separada.

La administración y gestión de los bienes volvió a ser modificada tanto por la ley 17.711 que reformó los artículos 1217, 1272, 1276, 1277 e introdujo un nuevo 1316 bis. Como por la ley 23.515 que derogó los artículos 1220, 1221, 1292 y cambió los artículos 1238, 1294, 1306 y 1312.

Por su parte el régimen de deudas no fue modificado en su esencia ni por la ley 17.711 ni por la 23.515 y continuó siendo regido por lo establecido en los artículos 5º y 6º de la ley 11.357.

Advertimos que a diferencia de los regímenes de patria potestad y de divorcio que fueron íntegramente modificados por distintas leyes, el régimen de bienes del matrimonio del código originario nunca fue íntegramente cambiado, sino que sufrió cambios parciales, que se fueron superponiendo con el correr de los años.

Como resultado de las reformas parciales que sufrió a lo largo de 140 años, el régimen patrimonial del

matrimonio se presenta confuso, a tal punto que ni siquiera se sabe bien cual es su denominación. Por otra parte las normas que lo reglan están dispersas en leyes ajenas al código, y se duda de la vigencia de muchas de las disposiciones.

El sistema es incompleto y dificultoso ya que no existen disposiciones claras ni con respecto al régimen de deudas entre los cónyuges al momento de la disolución del matrimonio, ni con referencia a las normas a aplicar a la indivisión post comunitaria, ni al sistema de las recompensas. Las soluciones se estructuran de acuerdo a una jurisprudencia que se consolida muy lentamente, con grandes inseguridades jurídicas, producidas por las divergencias de respuestas en las diferentes jurisdicciones.

En el año 2012 el único régimen de bienes en el matrimonio tiene las siguientes características:

a) Estaba contemplado en un capítulo que se titula "Sociedad conyugal", con lo cual lo primero que corresponde hacer es explicar que no se trata de una "sociedad".

b) Regula la "dote" de la mujer, siendo que la mujer casada carece de dote alguna, por ende hay que darle a la denominación "dote" un significado diferente e interpretar que toda alusión a "dote" equivale a "bienes propios de la mujer".

c) No existen normas claras sobre indivisión post comunitaria.

d) El sistema de recompensas es confuso lo que genera múltiples inconvenientes en un país signado por la inestabilidad económica y con grandes crisis inflacionarias.

e) No hay disposiciones que aclaren cuál es el carácter de las crías de ganado en una República de característica ganadera. (1)

f) Las disposiciones sobre la propiedad intelectual son insuficientes, no hay regulación alguna sobre las marcas ni sobre las patentes, en un mundo signado por los avances tecnológicos. (2)

g) Hay discordancias de criterios sobre la existencia de bienes gananciales de "carácter dual" lo que genera inseguridades en la administración y disposición en bienes adquiridos con dinero propio y ganancial. (3)

h) No se encuentra aclarado si para disponer de las acciones nominativas y las participaciones se requiere el asentimiento conyugal, cuando el 90 % del capital se encuentra en sociedades de familia.

i) Se duda si a las acciones de fraude entre cónyuges se les aplica las normas de fraude entre los acreedores.

j) No se sabe claramente cuales son las normas que regulan las deudas entre los cónyuges al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

k) Existen grandes imposibilidades de contratar entre cónyuges lo que no se justifica en un régimen de igualdad entre hombre y mujer.

En definitiva si bien la labor de la jurisprudencia clarifica algunas cuestiones, lo cierto es que se requiere una adecuación del régimen de bienes entre los cónyuges coherente con el sistema patrimonial imperante y con la situación de la mujer, protegida por múltiples convenciones internacionales que hacían insostenible referencias a la dote de la "mujer casada".

Ello así el Código Civil y Comercial de la Nación propone un sistema patrimonial matrimonial ordenado, permitiendo la opción entre dos regímenes patrimoniales, matrimoniales claramente tipificados con una pormenorizada regulación del régimen de comunidad donde se da solución clara a los bienes que la componen, a la manera de gestionar los bienes propios y gananciales y a la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores tanto durante la vigencia de la sociedad conyugal, como a su disolución.

3. Enumeración de las reformas más importantes en orden al régimen patrimonial

En orden al régimen patrimonial del matrimonio las reformas más importantes son

a) La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes.

b) La posibilidad de contratar entre cónyuges.

c) El establecimiento de un régimen primario con obligaciones comunes a todos los regimenes, inderogables e inmodificable por voluntad de las partes.

d) La determinación de las consecuencias de los actos en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal.

e) Detallada regulación de los bienes propios y gananciales tratando de dar respuesta legal a todas las cuestiones que durante años preocuparon a la jurisprudencia.

f) La regulación de la etapa de indivisión post comunitaria.

4. La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes

Nuestro país desde el momento de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación estableció un régimen legal único forzoso e imperativo para los cónyuges, y lo mantuvo hasta el siglo XXI.

La imperatividad del régimen patrimonial matrimonial es una excepción en la legislación mundial, ya que casi la totalidad de los países permiten la opción. Pocos son los Estados en el mundo que mantienen en la actualidad el principio de la inmutabilidad, entre ellos se encuentra Bolivia, Cuba y algún Estado de México.

En la Argentina la mayoría de los doctrinarios del derecho civil se inclinan por admitir la posibilidad de que los cónyuges puedan elegir el régimen patrimonial que más les convenga. [\(4\)](#)

Lo cierto es que la existencia de un solo código tenía sentido en la sociedad del siglo antepasado y en la primera mitad del siglo XX, cuando existía un solo modelo de familia, impuesto de manera imperativa para que fuera adoptado por todos los ciudadanos. En esa época en la cual el matrimonio se concebía sólo entre personas de diferente sexo, donde no había divorcio vincular y la mujer, incapaz relativa, no trabajaba fuera del hogar conyugal, se justificaba que se estableciera un régimen de ganancialidad obligatorio como una forma de proteger a la mujer.

Hoy 143 años después, la existencia obligatoria de un solo régimen patrimonial matrimonial no se justifica, ya que existen diferentes modelos de familia matrimoniales que requieren diferentes formas de organización económica de su faz patrimonial.

Así en la segunda década del siglo XXI en un país, donde la mujer goza de igualdad de derechos y oportunidades, donde hace 23 años que se acepta el divorcio vincular y dos años que se reconoce el matrimonio homosexual, se impone la necesidad de dar un margen mayor de autonomía de la voluntad a las personas casadas, permitiendo que puedan optar al menos entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes, ya que si se amplía la autonomía de la libertad en las relaciones personales no se advierte porque no hacerlo en las relaciones patrimoniales, ya que ni el intervencionismo estatal, ni el mejor legislador, ni la mejor sentencia podrán dar a las partes una mejor respuesta que la que los contrayentes puedan darse a sus aspiraciones y deseos económicos, por supuesto sin desatender la solidaridad familiar, la que ha de protegerse mediante el dictado de normas básicas que rijan para todos los regímenes patrimoniales matrimoniales y que resulten inderogables por la voluntad de las partes.

Es por eso que en los fundamentos del proyecto se señala que "La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites".

Los fundamentos del proyecto siguen lo aconsejado hace 14 años en el Congreso Internacional de Derecho de Familia Reservado en Mendoza en el año 1998 donde se aconsejó que [\(5\)](#)

El principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio, y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio.

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".

Estos fundamentos llevan a que en la legislación proyectada, los cónyuges puedan optar entre el régimen de comunidad de bienes y ganancias y el régimen de separación de bienes como se proponía en el proyecto de 1998 y en el proyecto de 1993 aunque en este primer proyecto se preveía la posibilidad de optar entre tres regímenes en lugar de entre dos regímenes, siendo el tercero el régimen de participación en las ganancias.

De esta manera se deja de lado el régimen patrimonial matrimonial legal único e inmodificable por la voluntad y se permite a quienes van a contraer matrimonio que opten entre el régimen de comunidad de bienes y

el de separación de bienes, como así también se prevé la posibilidad de cambiar el régimen después de que las nupcias fueran celebradas.

5. Límites a la posibilidad de opción de régimen patrimonial

Cuando el reformador se plantea la posibilidad de dar opciones a los cónyuges para determinar cual es el régimen que pretenden que rijan sus relaciones económicas durante la vida en común, lo primero que debe determinar es si la posibilidad de elegir va a ser absolutamente libre o si va estar limitada.

Si la posibilidad de opción fuera absolutamente libre los futuros contrayentes podrían elegir cualquier régimen conocido o crear un régimen patrimonial distinto o mezclar diversos regímenes patrimoniales. En tal sentido si la libertad fuera absoluta se podría establecer regímenes a prueba o sujetos a condición, que pudieran ser realizado por instrumento privado e inclusive verbalmente.

El Código Civil Proyectoado no aceptó una amplitud de elección de régimen patrimonial como si lo aceptó en las uniones convivenciales. En este sentido propone dejar de lado el régimen patrimonial matrimonial forzoso y admite la posibilidad de opción pero restringida a solo dos regimenes tipos, con limitaciones que tienden a salvaguardar a los contrayentes cuando son incapaces, a proteger a los terceros y a dar seguridad jurídica.

Muchas legislaciones hacen referencias genéricas a las limitaciones que deben tener los regímenes patrimoniales matrimoniales, así se señala que no deben ser contraria al orden público, a la igualdad de los cónyuges, a las buenas costumbres o no contrariar el principio de la buena fe.

Así por ejemplo el Código Civil Español establece en su artículo 1328 que "Será nula cualquier disposición contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge".

El Código Civil Francés prevé en el artículo 1327 que las convenciones matrimoniales no pueden ser contrarias a "las buenas costumbres".

Por su parte el Código Belga de 1997 en su artículo 1387 establece que las convenciones no pueden ser contrarias al "orden público, ni a las buenas costumbres".

El X Congreso mundial de Derecho de familia recomendó que:

Consideramos que las limitaciones genéricas son innecesarias ya que las convenciones matrimoniales son negocios jurídicos a los cuales se les aplica todos los principios generales de los actos jurídicos y por ende no pueden ser realizadas en contra de la buena fe, ni de la moral y buenas costumbres , ni ser abusivas, porque serían nulas.

Por otra parte es innecesaria la referencia a que deben respetar la igualdad de los cónyuges porque la igualdad del hombre y de la mujer es un principio general que tiñe toda la legislación, goza de protección constitucional y es innecesario hacer referencia al mismo en cada contrato o convención que se reglamente.

El Proyecto de Reforma ha optado por establecer limitaciones de carácter particular a pactar el régimen de bienes entre los cónyuges y limitaciones generales a la posibilidad de pactar en las uniones convivenciales.

Las limitaciones que se establecen a las convenciones matrimoniales son las siguientes:

5.1. Limitaciones en razón del régimen

Sólo se puede optar entre los regímenes legalmente pactados.

No se admite una libertad absoluta de elección de régimen, ni la creación de un régimen distinto o la modificación parcial de los previstos. [\(6\)](#)

Los regímenes legalmente preestablecidos son solo dos, el de comunidad y el de separación de bienes

5.2. Limitaciones en razón de los contrayentes:

La edad de los contrayentes es una limitación tenida en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho codificado aunque con variantes. Mientras en algunos casos se impide la opción a los menores en todos los casos, en otros se permite que los menores opten por intermedio de su representante, con homologación judicial, mientras que otros ordenamientos le impiden la opción a los mayores de determinada edad.

Entre los regímenes que permiten la realización de la opción por menores de edad con aptitud para contraer matrimonio, mediante representante encontramos el Código de Familia de Costa Rica prevé en su artículo 38 que "El menor hábil para casarse pueda celebrar capitulaciones matrimoniales. La escritura será otorgada por su representante, mediando autorización motivada por el juez".

En la misma línea pero con una legislación más reglamentarista se encuentra el Código Belga que establece en el artículo 1388 "El menor habilitado para contraer matrimonio está habilitado para realizar todas las

convenciones y donaciones válidas, siempre que sea asistido en el contrato por las personas que deben dar su consentimiento para la celebración del matrimonio. Si las convenciones matrimoniales han sido realizadas sin esa asistencia, la convención pueden demandada por el menor o por las personas cuyo consentimiento es requerido, pero solo hasta la expiración del año desde que la mayoría de edad es cumplida."

Dentro de las legislaciones que establecen límites en razón de la mayoría de edad encontramos el código civil de Brasil se establece que es obligatorio el régimen de separación de bienes en las personas mayores de 70 años de edad.

En el proyecto se establece claramente que los menores de edad no pueden pactar el régimen patrimonial del matrimonio. (7)

Expresamente se dispuso que las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d). "Los menores de edad habilitados para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial, ni ejercer la opción prevista en el artículo 438 inc. d).

Un convenio realizado en violación de tal disposición será de nulidad relativa según la clasificación de las nulidades aceptadas (art. 385 del Código Civil y Comercial de la Nación) aunque pensamos que puede ser confirmado en la mayor edad.

La legislación proyectada nada dice sobre la posibilidad de los emancipados por matrimonio de modificar el régimen patrimonial matrimonial, en la especie se contraponen dos principios el de la plena capacidad patrimonial de los emancipados por matrimonio salvo en lo relativo a los bienes recibidos a título gratuito y el de la imposibilidad de que los menores realicen convenios relativos regular el régimen patrimonial del matrimonio. Entendemos que como el principio es la plena capacidad del emancipado y como no se encuentra contemplado específicamente la limitación después de dos años puede cambiarse el régimen patrimonial del matrimonio.

Ninguna limitación se ha previsto para los mayores de una determinada edad partiendo de la base que la capacidad es la regla en materia de derecho civil.

Con respecto a las personas de edad avanzada puede ocurrir que su capacidad sea reducida por disposición judicial, ello teniendo en cuenta que el proyecto prevé que la persona que por insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas puede ser interdicta y que la sentencia que declare la interdicción debe determinar la extinción y los límites de la interdicción, como así también el Tribunal debe especificar los actos que el incapaz puede realizar por si o con asistencia del curador.

En un sistema de incapacidad gradual (8) es posible que el juez disponga que la persona no tenga capacidad para celebrar convenciones nupciales sin auxilio de su curador.

Referente a la necesidad de consentimiento del curador el Código de Venezuela dispone que para la validez de las convenciones matrimoniales y de las donaciones hechas con motivo del matrimonio, por quien esté inhabilitado, o se le esté siguiendo juicio de inhabilitación, es necesaria la asistencia y aprobación del curador que tenga, o del que se nombre al efecto si no se le hubiere nombrado; además, deben ser aprobadas por el Juez con conocimiento de causa (artículo 147 del Código de Venezuela)

5.3. Limitaciones en razón de los terceros

La opción y sus modificaciones debe constar en el acta del matrimonio (Arts. 448 y 449), ello tiende a darle publicidad a la situación patrimonial de la persona casada para que sus acreedores sepan cuál es el límite de su responsabilidad y los terceros en general sepan cuál es la capacidad de aquel con quien contratan.

Es importante poner de resalto que el cambio de régimen solo produce efectos frente a los terceros a partir de su inscripción en el acta de matrimonio.

Como el régimen básico es el de comunidad quienes quieran demostrar a los terceros que las limitaciones de este régimen -en orden a la posibilidad de disposición- no les comprenden deberán acreditar mediante acta de matrimonio -expedida en fecha reciente a la celebración del acto- que ha optado por el régimen de separación de bienes.

En cuanto a los acreedores para poder determinar la extensión de responsabilidad por deudas deberán solicitar a sus deudores el acta de matrimonio.

Además de la inscripción de la convención en el acta de matrimonio otras legislaciones han previsto su inscripción en el Registro de la Propiedad o de Comercio, así por ejemplo el Código Civil español en su artículo 1333 dispone que "si las convenciones o sus modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad".

La legislación proyectada ha considerado suficiente la inscripción del régimen patrimonial matrimonial en el Registro Civil en el acta de matrimonio sin requerir otro tipo de inscripciones en otros registros públicos como el de comercio o el de inmuebles o el de automotores.

Cabe preguntarse si es eficaz el régimen de publicidad proyectado o si no hubiera sido mejor la inscripción en los registros público de Comercio y de la Propiedad Inmueble y del Automotor. No debe olvidarse que la publicidad, de las capitulaciones, y del régimen económico en general, aunque instituida para seguridad de los terceros, constituye, como dice Cornu, crédito del matrimonio. Permite a los adquirientes y prestamistas eventuales tratar confiadamente con un cónyuge, de quien conocen, por su régimen, los poderes de disposición y de obligación.

Con anterioridad a la reforma de 1975, la doctrina exponía algunas reservas. Así, Soto Bisquert, analizando el sistema de publicidad instaurado por la ley y Reglamento del Registro Civil, concluía: "De todo este estudio ha resultado que la trascendencia de la reforma no es tanta como en principio parecía. Al no inscribirse, sino solo indicarse en el Registro Civil, los regímenes matrimoniales de bienes, con su solo examen no se puede saber más que la existencia del documento, resolución judicial o hecho que lo determina, pero no su contenido. De ahí que haya que acudir a otros lugares para lograr tal conocimiento. Solo la no constancia en absoluto en el Registro Civil de alteración del régimen legal subsidiario supondrá una plena producción para el tercero de buena fe. En cualquier otro caso, la utilidad del Registro Civil por sí mismo es mínima y únicamente, como ya he dicho tantas veces, de mera orientación, sin que la indicación tenga otro valor que el del documento que refleja, de cuya validez y exactitud depende la de aquélla. De otra parte, el sistema general de publicidad del Registro Civil, complementario al del Código Civil, queda siempre sujeto a la existencia de dos sistemas especiales de publicidad, los derivados del Registro de la Propiedad y del Mercantil a los que se subordina. En caso de choque, deben vencer los terceros cuya protección dimana de estas últimas. Y a estos terceros, especialmente protegidos, se unirán también con carácter prevalente aquellos terceros cuya protección derive del Derecho mobiliario a través del régimen de la posesión". (9)

Es importante poner de resalto que el cambio de régimen solo produce efectos frente a los terceros a partir de su inscripción en el acta de matrimonio, pero frente a las partes produce efectos desde el momento de su celebración. Por otra parte si bien frente a los terceros el cambio de régimen no produce efecto sino desde la inscripción en el registro, si en el contrato los cónyuges hicieran saber del cambio de régimen patrimonial el producirá efectos frente a los participantes en el acto por el principio de buena fe que rige todas las relaciones patrimoniales. Así se encuentra expresamente previsto en el régimen Francés que establece en su artículo 1397 que: "el cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha de la resolución judicial y frente a terceros tres meses después que el cambio sea inscripto en el margen del acta de matrimonio. En ausencia de esta mención el cambio no es opuesto a los terceros salvo que en el acto celebrado con los terceros los esposos manifiesten que han modificado su régimen". (10)

5.4. Limitaciones en razón de la seguridad

Solo puede ser hecha en escritura pública.

Con la forma escrituraria se busca evitar las inseguridades jurídicas que podría acarrear las convenciones realizadas en otras formas.

5.5. Flexibilización de los límites por la libertad de contratar.

La limitación en la posibilidad de elegir sólo dos regímenes patrimoniales se ve flexibilizada por la libertad de contratar entre cónyuges ya 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.

6. De la forma de celebración de las convenciones

Las convenciones tienen una doble formalidad:

Para ser válidas entre partes deben ser realizadas por escritura pública. Muchas y muy variadas son las formas que la doctrina prevé para la realización de las convenciones, entre otras se han propuesto. (11)

- El instrumento público.
- La escritura pública
- El instrumento privado con firma certificada
- La escritura pública homologada judicialmente

- El instrumento privado homologado judicialmente.

La legislación proyectada optó por la forma de escritura pública, la cual es exigida en la mayoría de las legislaciones, entre otras puede citarse a título de ejemplo el Código Civil Francés, Arts. 1394, 1395 y 1396 y por el Código Civil español 1327 Código Belga 1391 y 1392.

Las convenciones matrimoniales pueden modificarse con anterioridad a la celebración del matrimonio, ello también debe hacerse mediante escritura pública.

Cabe preguntarse si esta forma es ad probationem o ad solemnitatem o si es un negocio de solemnidad absoluta o de solemnidad relativa.

La forma puede ser exigida por el sistema jurídico para la validez del acto jurídico, por lo que en caso de no concurrir puede decretarse su nulidad o para preconstituir su forma facilitándola

En el primer caso la forma es solemne ad-solemnitatem mientras en el segundo supuesto solo es requerida ad-probationem.

Los actos de solemnidad absoluta la forma es constitutiva, mientras que en los actos de solemnidad relativa el acto valdría como otro negocio jurídico que impone a las partes elevarlo a la forma requerida

La cuestión estriba en determinar que valor tienen las convenciones celebradas en instrumento privado con anterioridad al matrimonio. Cabe preguntarse si ellas pueden obligar a las partes a convertirlas en escritura pública o si valen como promesas de celebrar convenciones mediante escritura pública.

Entendemos que la convención prenupcial relativa al régimen patrimonial matrimonial no realizada por escritura pública es inválida ya que sería de aplicación el artículo 285 que establece que "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."

Consideramos que difícilmente se dé la posibilidad de exigir la transformación de un acuerdo prenupcial firmado en instrumento privado en escritura pública si no media conformidad de ambas partes, ya que si uno de los contratantes no está de acuerdo en el régimen pactado por instrumento privado se puede negar a celebrar el matrimonio.

Piénsese por ejemplo que los novios por instrumento privado pactaran el régimen de separación de bienes, y después uno de ellos se negara a celebrar la escritura pública, por vía de hipótesis podría pensarse en un juicio destinado a transformar el acto celebrado en forma privada en escritura pública, pero el contratante que se niega a formalizar en escritura pública el régimen de separación de bienes que firmó en escritura privada, si es vencido en el juicio de transformación o de cumplimiento de promesa no podría ser obligado a casarse ya que la promesa de matrimonio no tiene efectos jurídicos. Por lo tanto no cabe admitir que la convención celebrada por instrumento privado sea válida como promesa.

Por otra parte hay que recordar que el matrimonio es un acto jurídico familiar solemne, que no puede ser celebrado sino lo es en la forma establecida por la ley, las convenciones matrimoniales también lo son.

En el régimen actual se sostiene que las convenciones matrimoniales son solemnes conforme al artículo 1223 del Código Civil y Comercial de la Nación. [\(12\)](#)

6.1. Convenciones matrimoniales sujeta a plazo.

Cabe preguntarse si son válidas las convenciones matrimoniales sujetas a condición o a plazo.

Para dar respuesta a este interrogante es preciso partir del principio de mutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio. Ello así si el régimen se puede cambiar los contrayentes pueden pactar un término final o inicial. Por ejemplo podría convenir que el régimen de separación de bienes regirá a partir de los tres años de celebrado el matrimonio y que hasta ese momento rige el régimen de comunidad, y también podrían pactar que el régimen de separación dura solo determinado plazo, cumplido el cual comenzará a tener vigencia el régimen de comunidad.

Al respecto en la doctrina Español enseña Castan Tobeñas que "no parece haber inconveniente para admitir la validez del término inicial o final,...; si los cónyuges han acordado determinado régimen por cierto tiempo de duración, habrá que entender que antes del vencimiento del plazo estarán obligados a pactar de nuevo, y si no lo hacen, que regirá el legal; por el contrario, si acuerdan antes de casarse que el régimen que convienen solo regirá a partir de tal año de su matrimonio, ello equivaldrá a cogerse al régimen de gananciales hasta que llegue tal momento". [\(13\)](#)

7. Régimen primario concepto

Con el nombre de Régimen Primario se reconoce al conjunto de normas, referidas a la economía del matrimonio que se aplican de forma imperativa a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal. (14)

El régimen económico matrimonial primario ha sido definido por Simón Santonja como "reglas de carácter imperativo aplicable a todos los regímenes sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y a satisfacer las necesidades del hogar y la independencia, en especial de la mujer casada". (15)

El régimen primario también es conocido como "estatuto patrimonial de base", "estatuto fundamental", "régimen patrimonial primario" o "régimen primario imperativo".

La denominación "régimen primario", es de origen francés y se ubica su origen en el derecho continental en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Francés de 1965 (16), surge de la distinción entre normas "primarias" que son las inderogables que nacen como consecuencia del matrimonio, y normas "secundarias" que son las que surgen de la voluntad de las partes al elegir el régimen de bienes del matrimonio o de la aplicación supletoria de la ley. (17)

A través del régimen primario el legislador hace prevalecer la concepción filosófica imperante en la sociedad, en un lugar y en una época determinada, sobre la institución matrimonial, en su dimensión patrimonial. (18)

En la actualidad la institución matrimonial requiere en lo patrimonial de normas solidaristas que protejan a la vivienda familiar y a los muebles que la componen, como así también, de reglas claras, relativas a la responsabilidad de los cónyuges en materia asistencial.

Es 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. (19)

En aras de proteger la comunidad de vida familiar, con independencia que ésta sea matrimonial o extramatrimonial se establecen efectos patrimoniales, básicos, directos e ineludibles que se cimientan en la idea de solidaridad.

8. Derecho Comparado (20)

En el derecho comparado la mayoría de las legislaciones en la actualidad reconocen la existencia de un régimen básico común a todos los estatutos matrimoniales, mientras que los códigos decimonónicos en general carecían de un ordenamiento único y las normas que se referían a él se encontraban dispersas en las diferentes leyes.

8.1. España

El código de 1889 no tenía un capítulo específico destinado al régimen primario, en cambio la reforma de 1981 incorpora al Código Civil, en el Libro Primero "de las personas y de la familia" un capítulo, al título "Del régimen económico matrimonial".

En relación al régimen matrimonial cabe destacar que el Código Civil Español establece en su art. 1315 que "El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales". En el régimen hispánico los esposos pueden "libremente" realizar un "Contrato de matrimonio" y también pueden celebrar toda clase de contrato durante la vigencia del matrimonio, a la par que pueden modificar o sustituir el régimen económico, siempre que esta sustitución no afecte los derechos de terceros.

Pero deben respetar las "disposiciones generales" que tienen como particularidad valer para los esposos en todos los regímenes.

Con referencia a las necesidades comunes, el art. 1319 del Código Civil establece que cualquiera de los esposos puede realizar los actos encaminados a atender a las necesidades ordinarias de la familia conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma.

Respecto de las deudas responden solidariamente los bienes comunes y los del esposo que la contrajo y en subsidio, los del otro con derecho a recompensa para el que aportó los propios. Asimismo el art. 1318 dispone que los bienes de los cónyuges estén sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Con relación a la vivienda familiar es necesario el consentimiento de ambos o autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges.

En el mismo sentido los ordenamientos forales españoles tienen capítulos especiales que reglamentan el régimen patrimonial primario, así pueden consultarse, como concordantes, la siguiente normativa Título VII del Libro I (del régimen de bienes en el matrimonio de la comunidad foral), de la Compilación del de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alaya, y Título I del Libro I (del Régimen Económico conyugal) de la Compilación de Derecho Civil de Baleares. Y por su modernidad cabe tener en cuenta el Código de Cataluña sancionado en el año 1998 que dedica el capítulo Primero del Libro primero al régimen básico o primario.

8.2. Francia

En cuanto al régimen primario y las cargas del matrimonio, dispone el Código Francés que cada esposo puede ejercer libremente una profesión, percibir sus salarios y ganancias y disponer de ellos después de haber satisfecho las cargas del matrimonio. Es decir que la libertad de pactar sus relaciones patrimoniales se encuentra limitada por el deber de ambos de soportar las cargas del matrimonio.

Con relación a las deudas el código galo, impone como principio el de la solidaridad por aquéllas contraídas para la manutención del hogar y educación de los hijos, a no ser que estos gastos sean excesivos.

Respecto de la vivienda familiar, el sistema Francés establece que es necesario el consentimiento de ambos para disponer de aquéllos derechos que aseguran el alojamiento de la familia y disponer de los muebles que la adornan bajo pena de nulidad. Por imperio del art. 220-1 si uno de ellos falta gravemente a sus deberes y pone en peligro los intereses de la familia, el juez puede prescribir todas las medidas urgentes que requieran esos intereses.

8.3. Chile

Chile goza de un régimen patrimonial matrimonial optativo. A partir de las leyes 328 del 12 de marzo de 1925 y después la ley 5521 del 19 de noviembre de 1934, se abandona el régimen legal imperativo y se introduce la posibilidad de pactar la separación total de bienes.

En las capitulaciones matrimoniales se puede estipular la separación total o parcial de bienes. Si bien ante la elección de este régimen cada cónyuge es dueño de sus bienes y los administra independientemente, ambos deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción de sus facultades El Juez en caso necesario reglará la contribución (art. 160). [\(21\)](#)

8.4. Suiza

El derecho Suizo ofrece a los cónyuges tres regímenes posibles: el de participación en las ganancias (participations aux acquets o Errungenschat), calificado no de legal, sino de ordinario, que se impone a quienes carecen de otro. Los otros dos -el de separación y el de comunidad de bienes- son voluntarios, en el sentido de que los cónyuges pueden someterse al mismo mediante la celebración de un contrat de mariage. A tenor del artículo 182 al. 1, rige el principio de mutabilidad del régimen matrimonial; los cónyuges tienen posibilidades limitadas de alterar cualquiera de estos regímenes conforme al al. 2 del mismo precepto. [\(22\)](#)

8.5. Los regímenes matrimoniales en los países bajos.

Merece destacarse que este país es uno de los pocos sino el único que en el mundo occidental establece como régimen legal de bienes el de la comunidad universal, introducido por la famosa ley Owen hace más de medio siglo.

8.6. Derecho Anglosajón.

En Inglaterra a partir de la Law Reform (Married woman and Tortfeasors) Act de 1935 se consagra la plena capacidad de la mujer, quien puede disponer de sus bienes como si fuera soltera. En principio el régimen es el de separación absoluta de bienes. Pero por regla general el marido debe mantener a su mujer. Más si la mujer tiene recursos propios, ella debe mantener a su marido si está impedido. La mujer no puede comprometer a su marido, quien adquirirá todo lo necesario para el mantenimiento del hogar, más por los gastos ordinarios del mismo se presume que la mujer tiene mandato tácito para obligar a su marido. [\(23\)](#)

Con la Married Woman's Property Act de 1964 las economías sobre las sumas dadas por el marido para gastos del hogar, y los bienes adquiridos con ellas, se dividen por mitades, salvo convención en contrario. [\(24\)](#)

8.7. Derecho norteamericano.

El estudio de la legislación norteamericana muestra una diversidad de soluciones en materia de regímenes matrimoniales en el interior de cada uno de los Estados federados; con todo, es posible distinguir dos grandes familias de regímenes matrimoniales: el de la Common Law y el llamado de la Community Property. En realidad, ningún Estado ofrece la posibilidad de elegir el régimen matrimonial, pero es posible modular el reparto de derechos y obligaciones entre los cónyuges a través de un contrato. [\(25\)](#)

En Estados Unidos se puede considerar que domina el principio de la separación bienes, aunque no de manera absoluta como en Inglaterra. En muchos estados tales como Colorado, Iowa, Oregón y Utah, las deudas de marido y mujer son separadas pero la responsabilidad es común de ambos, por las deudas contractuales originadas en los negocios de la familia, más en otros estados el marido es el responsable. Mientras que algunos estados establecieron el régimen de comunidad de adquiridos (California, Texas, Arizona); en otros estados los esposos pueden regir sus relaciones patrimoniales a través de un contrato de matrimonio. (26)

Subsisten muy grandes variaciones de un Estado a otro en relación con los regímenes matrimoniales y por ello es difícil hacer generalizaciones. Es posible, no obstante, constatar que los dos grandes regímenes, inicialmente muy diferentes, y anteriormente descritos, se han aproximado hoy para dirigirse hacia un reparto equitativo de los bienes entre los cónyuges. Otra evolución común es la de una mayor autonomía de los cónyuges mediante la acogida cada vez más favorable de acuerdos contractuales sobre la distribución de sus derechos y obligaciones en caso de divorcio. (27)

8.8. Derecho Belga.

El código Belga contempla las disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales matrimoniales en el Libro I "De Las Personas" Título V "Del Matrimonio", capítulo VI "De los derechos y deberes respectivos de los esposos" donde se ocupa, del domicilio conyugal, de la capacidad de contratación entre cónyuges, de la protección de la vivienda familiar, de la forma de contribución a las cargas de la familia y del asentimiento para los actos que recaigan sobre el hogar conyugal y su ajuar.

Resulta destacable que dentro de las disposiciones del régimen primario el derecho belga se ocupe de la igualdad de los cónyuges y establezca que ningún régimen puede modificar la capacidad de contratación entre los esposos. (artículo 212)

Con respecto a la vivienda y al ajuar doméstico dispone que un esposo no puede, sin el acuerdo del otro disponer entre vivos título oneroso o gratuito de los derechos que el posee sobre el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, ni hipotecar ese inmueble; ni disponer los muebles que componen el ajuar conyugal ni darlos en prenda. (Art. 215)

En relación con la locación prevé que el derecho de locación del inmueble alquilado por cualquiera de los cónyuges, aún antes del matrimonio, cuando es afectado en todo o en parte a la vivienda familiar, pertenece conjuntamente a los esposos no obstante toda convención en contrario.

Los cédulas y notificaciones de desalojo cada uno de los esposos o emanar de los dos (Art. 215).

8.9. Canadá.

En el moderno código de Québec -sancionado en 1992- las disposiciones comunes a todos los regímenes se encuentran contempladas en el Libro Segundo "De la Familia", en dos secciones del capítulo 4 "de los efectos del matrimonio": Sección Primera "De derechos y deberes de los esposos" y Sección segunda de la "Residencia Familiar".

Los cónyuges están obligados a contribuir a las cargas del matrimonio en proporción a sus facultades respectivas (art. 395) y los contratos realizados por uno de los esposos relativo a las necesidades corrientes de la familia obligan a responder al otro. (Art. 397) El no contratante puede eximir su responsabilidad si el ha puesto en conocimiento del co-contratante su voluntad de no responder (art. 397).

Con referencia a la residencia familiar y al ajuar doméstico prevé que un esposo no puede sin el consentimiento de su cónyuge, disponer, hipotecar ni transportar fuera de la residencia los muebles que sirven al uso del hogar.

Los esposos locatarios de la residencia familiar no pueden sin el consentimiento escrito de su cónyuge, sub alquilar o ceder su derecho ni poner fin al contrato con el locador, cuando este ha sido comunicado por uno de los esposos que el inmueble sirve de residencia familiar. El cónyuge que no ha dado su consentimiento para el acto puede demandar la nulidad (Art. 403).

Los esposos propietarios de un inmueble de menos de cinco habitaciones que sirva en todo o en parte como residencia de la familiar, no puede sin el consentimiento escrito de su cónyuge enajenar, ni gravar, ni dar en usufructo, uso o habitación, ni enfiteusis, ni alquilar la parte destinada al uso de la familia, el cónyuge que no da su consentimiento puede demandar la nulidad si el inmueble ha sido previamente inscripto como residencia familiar (art. 404).

Los esposos propietarios de un inmueble de cinco o más habitaciones, que sirva en todo o en parte de residencia familiar, no puede sin el consentimiento escrito de su cónyuge enajenar, ni gravar, ni dar en usufructo, uso o habitación ni enfiteusis ni alquilar la parte destinada al uso de la familia (art. 404).

Si una declaración de residencia familiar ha sido previamente inscrita sobre el inmueble, el cónyuge que no da su consentimiento al acto de enajenación puede exigir que el adquirente consienta un alquiler del lugar ocupado con fin de habitación, y si el cónyuge que no de su consentimiento a poner fin a la locación puede demandar su nulidad. (Art. 405)

8.10. Conclusiones de derecho comparado

Del breve estudio del derecho comparado que hemos realizado en este acápite podemos concluir que en la mayoría de los países rige la posibilidad de que los cónyuges decidan como serán sus relaciones patrimoniales. En algunos, cabe la posibilidad de pactar libremente, las cláusulas de ese acuerdo y en otros los esposos se deben limitar a elegir entre las opciones que el ordenamiento les otorga. Pero lo más importante y que es necesario recalcar es que sea cual fuere el sistema imperante, en todos ellos existen normas o los llamados Actos (para los no codificados) que regulan lo que llamamos el régimen primario. Y así podemos destacar como notas comunes en todos ellos, la obligación de los cónyuges de proveer a las necesidades comunes o cargas del matrimonio, la solidaridad por las deudas adquiridas a esos fines, y la protección a la vivienda familiar.

9. Su recepción en el proyecto del Código Civil del 2012

El régimen del Código Civil vigente carece de un estatuto patrimonial familiar básico, en gran medida porque rige en forma obligatoria el régimen de comunidad de bienes; no obstante lo cual es necesario la existencia de un régimen primario ya que el sistema actual permite la vigencia del régimen de separación de bienes en situaciones especiales, para estos supuestos no hay normas relativas a las cargas comunes de los cónyuges, ni tampoco preceptos que protejan el hogar conyugal.

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación admite la posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio antes de su celebración y de modificarlo durante su vigencia.

Aceptada la posibilidad de elección del régimen patrimonial, es necesario la regulación de un régimen primario imperativo; éste es contemplado en el Libro Segundo "de las Relaciones Familiares" Título II "Régimen patrimonial del matrimonio" en el capítulo I de "Disposiciones Generales" Sección III Disposiciones comunes a todos los regímenes" en los artículos 454 a 462.

10. Caracteres

El proyecto de reforma prevé en su artículo 454 que "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."

De la coordinación de ésta norma con la totalidad del ordenamiento propuesto surge que las disposiciones comunes a todos los regímenes tienen los siguientes caracteres:

- Imperativas
- Inderogables
- Permanentes
- De orden público.

11. Contenido del régimen patrimonial primario

El régimen patrimonial primario se ocupa fundamentalmente de:

- a. Determinar cómo deben contribuir los cónyuges a solventar las necesidades del hogar.
- b. Establecer los caracteres de responsabilidad de los cónyuges frente a los acreedores.
- c. Fijar normas de protección de la vivienda familiar y de los bienes que la componen.
- d. Disponer la necesidad del asentimiento para los actos relativos a la disposición de la vivienda en común y de los bienes que la componen.
- e. Prever la forma en que se suplirá la falta de asentimiento conyugal, por ausencia impedimento o negativa injustificada.
- f. Determinar la ineficacia de los actos realizados sin el asentimiento conyugal.
- g. Otorgar medidas precautorias para impedir que se defraude el régimen primario.

12. Deber de contribución

El deber de contribución está establecido en el artículo 455 que "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."

12.1. Objeto de la contribución

Ambos cónyuges deben contribuir a las necesidades del hogar, de los hijos comunes y de los hijos del otro cónyuge que conviven con ambos.

El sistema proyectado parte de considerar que la convivencia matrimonial y familiar lleva inherente la presencia de ciertas necesidades de sus miembros y determina que los bienes de ambos esposos se hayan sujetos a su satisfacción. Tal deber deriva directamente de los principios de colaboración y solidaridad combinados con los de libertad e igualdad. [\(28\)](#)

De manera general podemos apreciar que el deber de contribución está referido a los gastos de mantenimiento o subsistencia de la familia entendida en sentido restringido es decir los cónyuges y los hijos, sin perjuicio de comprender a los familiares cuando conviven en conceptos de gastos del hogar.

- El hogar al que hace alusión la norma es la sede de la familia, que no necesariamente debe ser una vivienda propia, ni siquiera debe tratarse de un inmueble; ya que puede tratarse de una habitación en un hotel, de una pensión como así también de un circo ambulante o una caravana.

El hogar puede ser el normal o el transitorio, es decir que la norma comprende las necesidades de una familia que transitoriamente por motivos de estudio o de enfermedad se haya trasladado a un lugar que no es su residencia habitual. [\(29\)](#)

Dentro de las necesidades del hogar en la legislación extranjera se acepta que ambos cónyuges se encuentran obligados por el pago del canon locativo [\(30\)](#) lo que es lógico porque el hogar conyugal puede no estar en un inmueble propio.

- Los hijos- Ambos cónyuges deben contribuir a las necesidades de los hijos comunes y de los hijos incapaces de uno de los cónyuges que convivan con ellos. Tal contribución no es exactamente igual porque en el caso de los hijos comunes, la obligación se extiende, aun cuando no convivan con los padres:

Durante la menor edad, y mientras exista obligación alimentaria es decir hasta los 21 años. (art. 658)

Durante la incapacidad, en caso de incapaces

Hasta los 25 años mientras estudien o se capaciten (art. 663)

Siempre que le falten medios para alimentarse y que no sea posible adquirirlo con su trabajo (art. 622)

Mientras que para el supuesto de hijos de uno solo de los cónyuges, para que exista el deber de contribución deben:

- Convivir en el hogar común.
- Ser incapaces.
- No se extiende al supuesto en que no convivan en el hogar conyugal.
- No comprende el supuesto de mayores de 18 años, menores de 25 años estudiantes.

- Los familiares: La letra de la norma no comprende dentro del deber de contribución la manutención de los familiares, a cargo de uno de los cónyuges, pero en el supuesto que transitoriamente se encuentren en el hogar común, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar. Así se predica en la doctrina española donde se señala que no son parte del deber de contribución " las atenciones de cualesquiera parientes de uno de los cónyuges, ni tampoco las de cualquiera de las personas que conviven en el hogar como un huésped o invitado por uno de los cónyuges, respecto del cual sólo serán gastos domésticos los propios del alojamiento y manutención (no como norma habitual el vestido)... también la alimentación de las personas empleadas en el hogar o el alojamiento de las que conviven en él, son gastos familiares". [\(31\)](#)

- Los alimentos comprenden las incumbencias de alimentación, cuidado corporal, vestido, educación, menaje, entretenimiento, transporte, suministros corrientes, servicio doméstico, reparaciones ordinarias. En general, todos los bienes y servicios que componen la razonable cobertura de las necesidades vitales de la familia.

- El pago de una jubilación en el derecho francés se considera comprendido dentro de las deudas por las que ambos cónyuges responden solidariamente lo necesario para el contrato de una jubilación. [\(32\)](#)

12.2. Clase de negocio jurídico.

No tiene importancia qué tipo de acto jurídico sea fuente de la obligación del deber de contribución, siempre que sirva realmente a las "necesidades ordinarias de la familia".

Por ello ambos cónyuges estarán obligados por los contratos de compraventa, depósito, garaje, alquiler de guarderías náuticas, mandato, arrendamiento y mutuos estos últimos siempre que se pacten con el fin de conseguir fondos para atender a las necesidades familiares.

Resulta discutido si la fuente de la obligación puede ser el delito, no parece que fuera una necesidad del hogar el contribuir con la obligación de carácter delictual del otro cónyuge, pero si surgirá como una necesidad frente a los hechos ilícitos cometidos por los hijos incapaces, como consecuencia de la patria potestad.

12.3. Forma de la contribución

Cada uno de los cónyuges está obligado a contribuir con las necesidades primarias de la familia en proporción a sus recursos, con todo su patrimonio, cualquiera haya sido el origen de la deuda o el cónyuge contratante.

En ello radica fundamentalmente la diferencia con el régimen actual reglamentado en los artículos 5º y 6º de la ley 11.357, en el cual los cónyuges responden con todo su patrimonio por las deudas por ellos contraídas; y por las deudas comunes que son las relativas a la conservación de los bienes comunes, de la educación de los hijos y del mantenimiento del hogar, el cónyuge que no contrajo la deuda responde con los frutos de los bienes propios y los frutos de los gananciales que él administra.

Y también se diferencia del régimen de deudas proyectado para el sistema de comunidad establecido en el artículo 467 que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales.

Advertimos que en las deudas del régimen primario ambos cónyuges responden con todo su patrimonio en cambio en el sistema de deudas comunes quien no contrajo la deuda responde solo con los bienes gananciales y no con los bienes propios.

La desaparición de la desigualdad entre los esposos conlleva a que ambos deban contribuir a los gastos del hogar conyugal y al mantenimiento de los hijos sin tener en cuenta quien contrata. La manera que lo deben realizar está relacionada con sus posibilidades ya que cada uno está obligado en la medida de sus recursos.

En este aspecto cobra relevancia que el trabajo en el hogar tiene un valor económico, aunque éste resulta difícil de cuantificar, mientras que el trabajo fuera del hogar es fácilmente cuantificable a fin de determinar los recursos de cada cónyuge. (33)

Resulta importante por lo novedoso del ordenamiento tener en cuenta la forma de la contribución a los gastos del mantenimiento familiar previstos en el artículo 5º del código de Familia de Cataluña.

Art. 5º: "1. En la forma que pacten, los cónyuges contribuyen a los gastos del mantenimiento familiar con la aportación propia al trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios.

2. Los hijos, mientras conviven con la familia, contribuyen proporcionalmente a estos gastos en la forma prevista en el artículo 146.

3. Los demás parientes que conviven con la familia, contribuyen a ello, en su caso, en la medida de sus posibilidades y de acuerdo con los gastos que generan."

Advertimos que a diferencia del Catalán, el proyecto argentino se ocupa solo de la contribución de los cónyuges, no de la contribución de los hijos o demás familiares. Los eventuales deberes que afecten a los esposos en relación a los parientes que componen la familia nuclear, como pueden ser los ascendientes o hermanos de cada uno de ellos, habrán de ser incardinados en otros institutos jurídicos, pero podrán ser comprendidos dentro del deber de contribución.

12.4. Extensión de la contribución.

El tema consiste en determinar hasta donde responden los dos cónyuges solidariamente con todo su patrimonio, ello es de una gran importancia frente a los acreedores, ya que para los terceros es fundamental poder precisar si el patrimonio que servirá de prenda común a sus acreencias, es el de ambos cónyuges o es el de uno solo de ellos.

Lamentablemente la respuesta en este tema no es unívoca porque dependerá de:

a. El fin del gasto.

- b. La razonabilidad del gasto.
- c. Que se trate de necesidades ordinarias. [\(34\)](#)
- d. Que sean gastos usuales.
- e. Standard de vida de la familia.

Las soluciones en el derecho comparado son orientativas, pero no uniformes, así en Alemania se considera como integrantes del poder doméstico el arrendamiento de una vivienda, la contratación de un viaje o un apartamiento de vacaciones, o la compra de objetos de regalo para parientes o amigos, mientras en España el arrendamiento de una vivienda de vacaciones es considerado en general un acto de administración extraordinaria [\(35\)](#) ajeno al deber de contribución de ambos cónyuges.

En Alemania se incluye en la esfera de gastos a los que están obligados a contribuir ambos cónyuges la compra de un automóvil si no tiene preponderantemente finalidad comercial o deportiva, más ello en España excede de los límites legales que representa satisfacción de una necesidad ordinaria.

El Código Francés establece en el artículo 220 que la solidaridad de los esposos frente a los contratos que tengan por objeto los gastos del hogar no tiene lugar cuando los gastos fueran excesivos frente al tren de vida de los esposos o la utilidad o inutilidad de la operación o la mala o buena fe de los terceros contratantes.

Pero en definitiva el legislador no da en ningún país una definición exacta de la obligación de contribución. Por lo que para su determinación cobra gran importancia los principios enumerados al comienzo de este título y las decisiones jurisprudenciales, que en el derecho comparado han siempre considerado que ambos cónyuges deben contribuir a los gastos de vestimenta, domésticos, médicos, quirúrgicos y farmacéuticos. Y han estimado que no están comprendidos en el deber de contribución las operaciones de bolsa, ni los contratos realizados para colaborar con un hijo mayor de edad, ni la compra de decenas de libros de lujo. [\(36\)](#)

Por otra parte hay que tener en cuenta el fundamento de la obligación de contribución es el socorro y ayuda mutua. En tal sentido cabe preguntarse ¿si dentro del deber de contribución se puede considerar comprendidos lo necesario para el perfeccionamiento de los propios cónyuges a fin de acceder o conservar puestos de trabajo? creemos que si pues atiende al legítimo interés del cónyuge de perfeccionarse personal y profesionalmente y supone un incremento de la expectativa de ingresos para la unidad familiar y una forma de contribuir a la comunidad de vida esencial durante las nupcias.

12.5. Proporción en la que ha de contribuir cada esposo.

En el sistema proyectado se establece que cada cónyuge contribuirá en la medida de sus recursos económicos ello implica que uno de los cónyuges puede contribuir con bienes y el otro con su trabajo personal. El problema radica en cuantificar el trabajo personal porque la realización de las tareas domésticas pesan sobre ambos cónyuges por igual sin ninguna diferencia en razón del género, pero son cumplidas de acuerdo a sus capacidades físicas y espirituales y teniendo en cuenta su disponibilidad de tiempo, cuando tenga ocupaciones lucrativas en interés de la familia. En definitiva los consortes pueden satisfacer sus necesidades y las de sus hijos con prestaciones personales en la forma que resulte más viable para cada pareja.

Sea cual fuere la manera en que cada consorte asumió el deber de contribución, hemos de observar que el cumplimiento de ese deber puede dar lugar a derecho de reembolso a favor de quien asumió la satisfacción en mayor medida de la que era exigible. Tal circunstancia puede suceder por ejemplo si entre los esposos existe un régimen de separación de bienes y por algún motivo el deber de contribución se cumple exclusivamente con el patrimonio de uno de ellos, a pesar que el otro consorte tiene medios suficientes para contribuir. Asimismo es posible que acontezca que cuando pese a existir bienes gananciales, uno de los cónyuges destina bienes propios suyos para pagar los gastos derivados de la contribución.

Sobre el tema explica el jurista español Albaladejo [\(37\)](#) "en los regímenes de separación y participación, si uno de los esposos afronta con sus bienes propios el cumplimiento de las cargas del matrimonio porque su cónyuge no tiene medios, no tendrá aquél derecho a reembolso más tarde, aunque éste llegue a tener patrimonio posteriormente. En cambio, en el régimen de gananciales, si uno de los cónyuges hace frente a las cargas del matrimonio con su patrimonio privativo como consecuencia de la inexistencia de bienes comunes, sí tendrá derecho a ser reembolsado si ulteriormente llegan a existir tales bienes gananciales. A nuestro modo de ver, este razonamiento resulta lógico, pues en los sistemas de separación y participación no existe una masa patrimonial común, y son los propios esposos quienes deben atender las cargas matrimoniales "proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos". En coherencia con lo anterior, si uno de los cónyuges carece de medios económicos en un momento concreto, será el otro consorte quien deba afrontar tales cargas: las necesidades y los recursos económicos son parámetros que han de comprobarse en cada momento, y resultan variables por naturaleza. Sin embargo, si el matrimonio se encuentra regido por el sistema de gananciales, existe una tercera

masa patrimonial cuya existencia se justifica, entre otros motivos, por la necesidad de atender las necesidades del matrimonio; por esta razón, si, en el cumplimiento de este deber, uno de los esposos ha suplido con su patrimonio privativo la carencia de bienes gananciales, es justo reconocerlo como acreedor de la sociedad de gananciales, pues ha asumido patrimonialmente un deber que no le correspondía de manera directa, sino supletoriamente. (38)

12.6. Recursos para obtener el cumplimiento de la contribución. Demanda de cumplimiento, medidas cautelares.

El deber de contribución puede ser analizado desde dos órbitas diferentes, una en relación a los cónyuges entre sí (relaciones internas al matrimonio) y la otra en relación a los terceros (relaciones externas).

En las relaciones conyugales resulta importante definir como puede un cónyuge obligar a otro a cumplir con su deber de contribución, y con qué medios cuenta para evitar que el otro ponga en peligro a la familia por incumplimiento de sus deberes.

En el aspecto interno entre los esposos el proyecto prevé que el cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga.

Por su parte el artículo 222-1 del código Francés establece medidas precautorias más amplias ya que dispone que si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes y pone de esta manera en peligro los intereses de la familia, el presidente del Tribunal de Gran Instancia puede prescribir todas las medidas urgentes que se requieran.

Entendemos que probado el peligro cualquier medida precautoria podría ser dictada en salvaguarda del régimen primario.

13. Responsabilidad solidaria

En cuanto a las relaciones del cónyuge con los terceros el proyecto prevé la responsabilidad solidaria estableciendo lo siguiente:

Artículo 461.- Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

Fuera de esos casos, y salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

En el régimen proyectado los acreedores tienen derecho a ejecutar sus acreencias sobre el patrimonio de ambos cónyuges indistintamente, sin tener en cuenta cuál de los dos cónyuges se obligó.

En cambio, en el régimen español, la responsabilidad del cónyuge no contratante frente a los acreedores por deudas domésticas es subsidiaria, es decir que los acreedores sólo pueden dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge que no contrajo la deuda una vez demostrada la insolvencia del que con ellos contrató y subsidiariamente los del otro cónyuge. Así lo dispone el artículo 1319 segundo párrafo que dice "de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge."

En el régimen propuesto por la comisión de reforma el deber de contribución por las deudas comunes es solidario y no existe subsidiariedad alguna, es decir que ambos cónyuges responden frente a los acreedores por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, y no comunes que convivan con el matrimonio, creemos que la solidaridad familiar se encuentra más protegida en el régimen propuesto que en el que establece que el cónyuge que no contrató solo responde subsidiariamente...

14. Protección de la vivienda

Una de las novedades más radicales que contiene la reforma es la protección de la vivienda familiar que resulta mucho más tuitiva que la otorgada en la actualidad por el bien de familia y por el artículo 1277 del Código Civil y Comercial de la Nación y se encuentra contemplada entre otros en el artículo 456 que dice que "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."

Una de las cuestiones de mayor trascendencia en todo matrimonio es la relativa a la vivienda habitual de la

familia. En efecto, la vivienda habitual, como base física del hogar, así como los muebles de uso ordinario de la familia, son elementos esenciales para la satisfacción de sus necesidades más elementales; y ello con independencia de que su titularidad corresponda a ambos cónyuges, a uno sólo de ellos e incluso a un tercero. Es por ello que el legislador dicta al respecto reglas imperativas, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que, de una parte, tiene por objeto evitar que uno de los cónyuges lleve a cabo unilateralmente actos dispositivos de la vivienda habitual o de los bienes muebles de uso ordinario de la familia, en cuanto pudiera afectar a la estabilidad de la sede familiar. (39)

14.1 Protección a la vivienda familiar en la constitución nacional, provincial y en los tratados internacionales.

La vivienda familiar tiene una indiscutible protección constitucional, que surge tanto del texto de la Constitución Nacional, como de las diferentes constituciones Provinciales, como de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Así, el art. 14 de la Constitución Argentina establece la "defensa del bien de familia" y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires siguiendo los lineamientos del constitucionalismo social, en el art. 36 inc. 7, establece que la Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia".

Por otra parte después de la reforma constitucional de 1994, algunos convenios internacionales que aluden a la protección de la vivienda familiar han adquirido, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional), entre ellos:

a) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, formulada en París, el 10/12/48, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que dispone: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado (art. 16); "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios" (art. 25).

b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (Bogotá, 1948), que afirma: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

c) La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, aprobada por ley 23.054 de 1984), que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado (art. 17).

d) El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York, el 19/12/66 y ratificado por ley 23.313 que declara: "Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11.1).

e) La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, suscripta en Nueva York el 13/7/67 y ratificada por ley 17.722, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5°, inc. e, III).

f) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por ley 23.179 de 1985, que consagra, especialmente, para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar en condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14, Inc. h).

g) La Convención de los Derechos del Niño, de cuyo contexto general se deriva que todos los derechos acordados parten del presupuesto de la garantía de un hábitat donde desarrollarse.

14.2. Alcance de la protección constitucional a la vivienda familiar.

Resulta fundamental para interpretar la norma proyectada señalar que la garantía constitucional de protección a la vivienda familiar ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda que gozan legítimamente quienes no lo son. (40)

Esta nueva visión se funda en la distinción entre "el derecho a la vivienda y sobre ella". El derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre nacido de vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho personal o real de disfrute. Ahora bien, la importancia social

que la familia impone -a veces-, hace prevalecer el derecho a la vivienda por encima del derecho sobre la vivienda. (41)

14.3. Extensión a dar al término vivienda común.

Por vivienda común se entiende:

- a. La vivienda propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal.
- b. El inmueble de propiedad común de ambos cónyuges.
- c. El inmueble alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo.
- d. El mueble o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente.
- e. El lugar donde cada uno de ellos resida cuando han resuelto no cohabitar.

En definitiva para la protección es indiferente el título por el cual la familia ocupe el inmueble destinado a ser sede del hogar conyugal, es decir que no importa que se trate de una propiedad o de una locación, ni tampoco de quien sea el propietario o el locatario, ello no transforma sin más al cónyuge no propietario en propietario de la vivienda, ni en locatario de ella. La singularidad de la protección no reside, en que forzosamente hayan de ser los cónyuges cotitulares del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos arrendaticios de un esposo por voluntad unilateral, de modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo cederlo en los casos que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar etc. Si bien, un esposo dispuesto a dejar el arriendo tiene, cuando el arrendado también lo quiere así el refugio de incurrir en una causa de desahucio, que si no va acompañada de un acuerdo fraudulento con el arrendador dará lugar, cuando lo haga valer éste a la extinción del arriendo.

Creemos que la protección no alcanza a la segunda vivienda, o residencia alternativa o secundaria, como podría ser la casa de fin de semana o de vacaciones casas quintas o viviendas de vacaciones. (42)

El concepto de vivienda en común no solo rige para los inmuebles, sino también es aplicable a las viviendas familiares que se realicen en casas rodantes, trailers, barcos siempre que sean registrables.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci señala que en la Family Home Protection irlandesa del 12/7/76, el término vivienda (dwelling House) incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil o parte de ellos, utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etc. Unidos a la misma y utilizados usualmente con la vivienda. (43)

14.4. Actos que requieren el asentimiento.

El art. 1277 del Cód. Civil establece que para disponer del inmueble en que está radicado el hogar conyugal se requiere del asentimiento de ambos cónyuges. La legislación proyectada propone una norma más amplia porque habla de disponer de los derechos sobre la vivienda.

La fórmula derecho sobre la vivienda es más amplia que actos de disposición y comprende todos los actos de disposición de contenido real, es decir la venta, permuta, usufructo, uso y habitación y también los actos de disposición de tipo personal como la locación y el comodato.

En definitiva los actos que requieren asentimiento son todos aquellos que impiden o restrinjan el uso de la vivienda por los cónyuges.

Resulta discutible si uno de los cónyuges puede vender el inmueble con reserva de usufructo. Un sector de la doctrina española entiende que si porque no puede compararse la estabilidad del dominio con la del derecho de usufructo. (44) Por nuestra parte pensamos que no es necesario tal asentimiento porque que si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien.

14.5. Las cosas muebles.

La norma en análisis se refiere a los muebles indispensables del hogar. En estos deben entenderse comprendidos los elementos mínimos para el desarrollo de la vida conyugal para cuya determinación tendrá importancia toda la jurisprudencia relativa a la embargabilidad de bienes. El mobiliario al igual que la vivienda debe tener un uso familiar, no sólo en la familia en su conjunto sino de cualquiera de sus miembros.

El fundamento del precepto parece claro: se trata de salvar "el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: dueño o arrendatario; es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle, o en una casa sin amueblar, ni aunque sea el dueño de la habitación o el mobiliario." (45)

15. Innecesariedad de la existencia de hijos

El art. 1277 del Cód. Civil dispone que será necesario el asentimiento de ambos cónyuges para disponer del

inmueble en que está radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces.

La legislación proyectada no contiene el requisito de la existencia de hijos, la protección a la vivienda familiar se otorga desde el nacimiento del matrimonio aun cuando no existieran descendientes. Basta para otorgarla que en el hábitat vivan los cónyuges independientemente de la existencia de hijos.

16. Ejecución de la vivienda familiar

Se limita la posibilidad de ejecución de la vivienda familiar por los acreedores de uno solo de los cónyuges a fin de evitar que mediante el endeudamiento el propietario de la vivienda comprometa a ésta sin intervención del otro cónyuge.

La vivienda familiar puede ser embargada por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por las que hayan sido celebradas conjuntamente por ambos esposos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

El problema se plantea con las deudas que derivan de tasas, contribuciones que gravan al inmueble, como así también de los servicios como el telefónico de las deudas por expensas comunes, y de obligaciones derivadas de las reformas o construcciones realizadas en la vivienda; entendemos que en tales casos, el inmueble puede ser ejecutado porque:

a. Los cónyuges conjuntamente han contraído la deuda ya que indiscutiblemente ambos han prestado su asentimiento a la prestación del servicio o a la realización de la mejora, o se han beneficiado con el objeto de la tasa o contribución.

b. Se trata de deudas que hacen al sostenimiento del hogar conyugal que ambos cónyuges responden solidariamente con todo su patrimonio.

Por analogía debe otorgarse igual protección a la dada para la vivienda en general en el artículo 249 que dice La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;

b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;

c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

17. Omisión de derechos

Presentan una problemática especial las acciones u omisiones del cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda familiar que pueden determinar la extinción de tales derechos, como dejar de pagar la renta o el préstamo hipotecario, hacer obras in consentidas... Se trata de actos materiales de los que no cabe solicitar su nulidad, por lo que sólo cabrá acudir a otras vías, como la del pago por el cónyuge no deudor o, en última instancia, la reclamación del daño causado por el cónyuge que los ha llevado a cabo. [\(46\)](#)

18. Asentimiento conyugal

Art. 457: "En todos los casos en que requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos."

Art. 458: "Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo."

Estas disposiciones dejan de lado la utilización del término consentimiento empleado en el art. 1277 del Cód. Civil y criticado unánimemente por la doctrina, en su lugar correctamente requiere del asentimiento; que es la declaración o conformidad del cónyuge no titular de la gestión del bien: declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno, es decir, concluido por otro. Se trata de una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para la validez de él. [\(47\)](#) Es decir

que el cónyuge no co-dispone con el titular del derecho.

La norma proyectada requiere el asentimiento no sólo al acto en sí sino también a sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etc.). En caso de negativa a prestar el asentimiento, se puede solicitar la venia judicial supletoria.

La autorización judicial sólo puede ser dada para que el cónyuge titular realice el acto de disposición, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición, es decir, el juez no puede obligar al dueño de la vivienda a realizar un acto a pedido de su cónyuge, debe limitarse a dar su autorización cuando el otro la niegue y no esté comprometido el interés familiar.

La jurisprudencia en nuestros tribunales ha tenido oportunidad de perfilar qué debe entenderse por interés familiar y se ha coincidido que cuando el acto prive al cónyuge o a sus hijos de la habitación contraría el interés familiar, y la autorización sólo debe proceder si se le otorga otro hogar de comodidad suficiente de acuerdo al estándar de vida familiar. [\(48\)](#)

Al establecerse que el asentimiento debe darse sobre los elementos constitutivos se busca evitar el asentimiento general anticipado tan discutido en nuestra doctrina por tratarse de una manera de desnaturalizar el régimen vigente.

19. Título sobre la vivienda

Para la protección de la vivienda familiar es indiferente el título por el que se ocupa la habitación. Si bien los más frecuentes son el de propiedad y el de locación, puede ser cualquier otro.

En el caso del arrendamiento la protección de la vivienda impide que el cónyuge arrendatario no puede por sola voluntad, rescindir el contrato, traspasarlo o cederlo en contra del interés familiar.

19.1 El boleto de compraventa.

En el régimen vigente se discute si para la realización de un boleto de compraventa se requiere el asentimiento del cónyuge, en general la doctrina se inclina por considerarlo innecesario, porque el boleto de compraventa no encierra un acto de disposición que es el tipo de acto para el cual el artículo 1276 requiere asentimiento.

En el régimen proyectado se regla sobre el contrato preliminar en el libro Tercero Contratos en General Capítulo 3ro formación del consentimiento, sección 4ta Contrato Preliminar artículo 934 y sobre la promesa de contratar en el artículo 935 que establecen:

Artículo 994.- Disposiciones generales. Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo.

El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un -1- año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovar a su vencimiento.

Artículo 995.- Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

-Interpretamos que como implica una forma de disponer de un derecho sobre la vivienda en común, el boleto de compraventa requiere del asentimiento del otro cónyuge, teniendo en cuenta que la promesa de contratar obliga a celebrar el futuro contrato.

Por otra parte en el régimen de comunidad se requiere el asentimiento del cónyuge para realizar las promesas de los actos para los cuales se exige el asentimiento.

20. Conclusiones

A modo de conclusión creemos que la reforma en el régimen patrimonial matrimonial establecido en el Código Civil aparece como necesaria, porque el sistema actual como resultado de las reformas parciales que sufrió a lo largo de 140 años, se presenta confuso, a tal punto que ni siquiera se sabe bien cuál es su denominación. Por otra parte las normas que lo reglan están dispersas en leyes ajenas al código, y se duda de la vigencia de muchas de las disposiciones.

La formulación es incompleta y dificultosa ya que no existen normas claras ni con respecto al régimen de deudas entre los cónyuges al momento de la disolución del matrimonio, ni con referencia a las leyes a aplicar a la indivisión post comunitaria, ni con respecto al sistema de las recompensas. Las soluciones se estructuran de acuerdo a una jurisprudencia que se consolida muy lentamente, con grandes inseguridades jurídicas, producidas por las divergencias de respuestas en las diferentes jurisdicciones.

Por el contrario la reforma propone un régimen patrimonial matrimonial ordenado, que permite la opción

entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales claramente tipificados, con una pormenorizada regulación del régimen de comunidad donde se identifica claramente a los bienes que la componen, la manera de gestionar los bienes propios y gananciales y a la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores tanto durante la vigencia de la sociedad conyugal, como a su disolución.

Múltiples pueden ser los criterios que inspiran a los cónyuges a la hora de elegir una modalidad de régimen económico matrimonial, los cuales pueden estar fijados en función de determinados parámetros muy variados, así el patrimonio respectivo de cada cónyuge o el de sus respectivos padres, o la composición de la familia -por ejemplo si hay hijos de un matrimonio anterior- o la profesión, edad, existencia de acreedores, facilidad de la liquidación del régimen y también en las consideraciones de equidad y afecto que inspiran su unión. Lo importante es que la ley les brinde las herramientas jurídicas que les permita organizar la transmisión de sus bienes respetando las normas básicas del régimen primario el que es obligatorio y de orden público.

(1) ARIAS, David M., Carácter de las crías de ganado que sustituyen a los animales que forman el plantel propio. JA, 1990-II-687; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. y GREGORINI, Leonardo Rafael, El ganado en el régimen patrimonial del matrimonio, en LA LEY, 1993-A, 967.

(2) GUASTAVINO, Elías P., Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes del matrimonio. ED, 21-430; MEDINA, Graciela, Derecho de autor y régimen patrimonial del matrimonio. LA LEY, 1998-E, 1022; MAZZINGHI (h.), Jorge Adolfo, La calificación de los bienes de los cónyuges y el ejercicio de un pacto de retroventa. LA LEY, 1984-A, 182; Sociedad Conyugal. Origen del dinero. Obra literaria. Autoría. Producido ganancial. Consulta notarial en Revista del Notariado, N° 814. Año 1988.

(3) ALLENDE, Alberto G., El bien de naturaleza mixta en la sociedad conyugal (importancia para el derecho Notarial de su calificación). ED, 28-885; ALLENDE, Alberto G., Concurrencia de aportes propios y gananciales adquisitivos de dominio. Revista del Notariado N° 834. Año 1993; ALLENDE, Luis María, Los llamados bienes mixtos en la sociedad conyugal. Revista del Notariado N° 806 Año 1986; CACCIARDI, Norberto; CATUREGLI, Susana; GOLDFARB, Marta; NOSTRO DE SEGHETTI, Nilda; PELOSI, Horacio; SEGHETTI, Roberto y SLIMOVICH de BURSTEIN, Rita, Problemática de los llamados bienes mixtos en el régimen patrimonial matrimonial. Análisis del Plenario "Sanz". Revista del Notariado N° 834, Año 1993; CAPPARELLI, Julio César, Trascendencia de un reciente plenario sobre calificación de bienes del matrimonio. Revista del Notariado N° 830, Año 1992; CERRA, Silvina, Calificación y prueba de los bienes. Aplicación a un supuesto especial: adquisición de un inmueble mediante el empleo de fondos de carácter propio y ganancias, RDF, 2010-I, 50; FERRARI Ceretti, Francisco, Bienes en parte propios y en parte gananciales en el patrimonio de la sociedad conyugal. Revista del Notariado N° 833 Año 1993; LABAYRU, José María, ¿Puede ser un bien propio y ganancial a la vez? Revista del Notariado N° 834. Año 1993; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Condominio y cosas gananciales indivisas: un aspecto de la cuestión. La Ley, 1990-B, 322.

(4) En este sentido se expidieron por mayoría las: "XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en Buenos Aires en el año 1989, Las Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil Comercial y Procesal 1994, las "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en Buenos Aires en 1997 y el "X Congreso Internacional de Derecho de Familia" celebrado en Mendoza en 1998.

(5) El "X Congreso Internacional de Derecho de Familia" celebrado en Mendoza en 1998 trató en la Comisión N° 3 el tema relativo al "régimen económico de la familia".

(6) Se sigue en esto al Proyecto de Reforma al Código Civil realizado por la comisión creada por Decreto N° 468-92 art. 495 que preveía tres regímenes.

(7) Cabe señalar que la minoría de edad se reduce a los 18 años.

(8) Este sistema es diferente del actual que contempla incapacidades taxativas que no dan al juez posibilidad de graduar la incapacidad.

(9) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español Común y Foral", tomo quinto, Derecho de Familia, Ed. Reus S.A., Madrid 1983. Págs. 314-315.

(10) La ley 97-897, modificó el Código Civil Francés adaptándolo a la Convención de la Haya sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales del 14 de marzo de 1978, en vigor en Francia desde 1992 y organizó la publicidad del cambio de régimen matrimonial obtenido por aplicación de una ley extranjera. El nuevo artículo 1397-4 del Código Civil Francés establece que si la designación de la ley aplicable es realizada durante el matrimonio, esta designación tiene efectos entre las partes desde el momento de la celebración y frente a terceros tres meses después que las formalidades de la publicidad previstas en el artículo 1397 fueran cumplidas.

(11) Estas fueron las formas que fueron presentadas en el "X Congreso Internacional de Derecho de Familia" celebrado en Mendoza en 1998 que abordó el tema de del Régimen económico de la familia.

(12) BELLUSCIO, Cesar Augusto, "Manual de derecho de Familia, t. II, p. 30.

(13) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español Común y Foral". Tomo quinto, Derecho de Familia,

Reus S.A. Madrid 1983, p. 316.

(14) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español, Común y Foral", t. V, Madrid 1983, p. 326; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís "Derecho de Familia, Elementos de Derecho Civil, IV", Barcelona 1982, p. 287.

(15) SANTONJA, Simón, "Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy", Pamplona 1978, p. 12.

(16) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español, común y Foral" T. V -Derecho de familia- Madrid 1983, p. 326.

(17) MAZEAUD, Henry et León, MAZEAUD, Jean et CHABAS, Francois "La famille", 7^a edition, Montchrestien, p. 505.

(18) Conf. CASTAN TOBEÑAS, ob. cit. p. 326.

(19) CUADRADO PEREZ, Carlos "Régimen Jurídico Matrimonial-disposiciones generales" en la obra Tratado de Derecho de Familia Volumen III - Los regímenes Económicos matrimoniales dirigido por Mariano Izquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas, Ed. Thomson Reuter, 2011, Pamplona España, p. 182.

(20) CORNÚ, "Les régimes matrimoniaux", París 1974; PATARIN-MORIN "La réforme des régimes matrimoniaux", dos vols, París 1968. En la doctrina italiana, fundamental TEDESCHI, "I rapporti patrimoniali fra coniugi", Turin 1957 (forma parte del Trattato de Vassalli). En la moderna véanse, entre otros, "Commentario alla riforma del Diritto di famiglia", a cura di CARRARO, OPPO y TRABUCCHI, I, 2, Padua 1977; DE PAOLA y MACRI, "Il nuovo regime patrimoniale della famiglia" Milan, 1978; CORSI, "Il régimen patrimoniale della famiglia", Milan 1979, en el Trattato de CICU-MESSINEO. Para Bélgica RAUCENT "Les régimes matrimoniaux" Bruselas, 1978.

(21) VIDAL TAQUINI, Carlos H., Régimen de bienes en el Matrimonio, Astrea.

(22) GARCIA CANTERO, Gabriel, "Hacia donde evoluciona el derecho patrimonial de la familia". Revista Jurídica del Notariado. N° 64 (octubre-diciembre 2007), p. 373.

(23) VIDAL TAQUINI, Carlos H., ob. citada.

(24) STANDLEY, Kate, Cases and materials on Family Law, p. 56. La convención establece "... If any question arises as to the right of a husband or wife to money derived from any allowance made by the husband for the expenses of the matrimonial home or for similar purposes, or to any property acquired out of such money, the money of property shall, in the absence of any agreement between them to the contrary, be treated as belonging to the husband and the wife in equal shares."

(25) GARCIA CANTERO, Gabriel, "Hacia donde evoluciona el derecho patrimonial de la familia". Revista Jurídica del Notariado. N° 64 (octubre-diciembre 2007), p. 383.

(26) VIDAL TAQUINI, ob. citada.

(27) GARCIA CANTERO, Gabriel "Hacia donde evoluciona el derecho patrimonial de la familia". Revista Jurídica del Notariado. N° 64 (octubre-diciembre 2007). Pág. 385.

(28) PEREDA GOMEZ, E. J. "Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis", Ed. La Ley, Madrid 2007, pág. 328 y siguientes.

(29) LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNANDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín "Elementos de derecho Civil IV", Derecho de Familia, Volumen Primero, Bosch, Barcelona 1990, p. 283.

(30) En el derecho francés HAUSER, Jean et HUET WEILLER Danièle "Traite de Droit Civil - La famille Fondation et vie de la famille" p. 717. En el derecho español LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNANDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín "Elementos de derecho Civil IV", Derecho de Familia, Volumen Primero, Bosch, Barcelona 1990, p. 284.

(31) LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNANDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín "Elementos de derecho Civil IV, Derecho de Familia, Volumen Primero, Bosch, Barcelona 1990, p. 284.

(32) HAUSER, Jean et HUET WEILLER Danièle "Traite de Droit Civil - La famille Fondation et vie de la famille" p. 725.

(33) HAUSER, Jean et HUET WEILLER Danièle "Traite de Droit Civil - La famille Fondation et vie de la famille" p. 717.

(34) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español, común y Foral" T. V -Derecho de familia- Madrid 1983, p. 332.

(35) LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNANDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín "Elementos de derecho Civil IV", Derecho de Familia, Volumen Primero, Bosch, Barcelona 1990, p. 284.

(36) MAZEAUD, Henry et Leon, MAZEAUD, Jean et CHABAS, Francois "La famille" 7^{ma} edition, Montchrestien, p. 518.

- (37) ALBALADEJO GARCIA, "Curso de Derecho Civil IV" 10 ed. Madrid 2006, pp. 145 y 146.
- (38) CUADRADO PÉREZ, Carlos. "El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales". En Tratado de Derecho de Familia. Volumen III. Dirigido por IZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde. Ed. Thomson Reuters, 2011, p. 193.
- (39) MEORO, Mario Clemente. "Los efectos patrimoniales del matrimonio". En "Derecho de Familia" Coordinado por Gema Diez — Picazo Giménez. Ed. Thomson Reuters, 2012, p.. 559.
- (40) Conclusión de la Comisión N 2 de las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial e Informático, celebradas en Junín Provincia de Buenos Aires, 1992.
- (41) Kemelmajer de Carlucci "protección jurídica de la vivienda familiar" separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo" N° 51, MEDINA, Graciela, "Revista de Derecho de Familia N° 7 -1992- Protección Constitucional de la vivienda familiar, con especial referencia a las modernas constituciones provinciales" p. 39, por eso la doctrina propicia que, aún contra la voluntad del titular registral, el cónyuge puede afectar como bien de familia el inmueble ganancial de titularidad del otro cuando existan hijos menores"; BORDA, Alejandro, "Sugerencias de reformas al bien de familia" LA LEY, 1987-E, 842.
- (42) GARCIA CANTEROS, Gabriel, "Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español" en "Hogar y ajuar de la familiar en las crisis matrimoniales", Universidad de Navarra, Pamplona 1986.
- (43) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La protección jurídica de la vivienda familiar", Ed. Hammurabi, 1995, p. 181.
- (44) GOMES LAFUENTE, Gimeno, "Hogar conyugal y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales". Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 155.
- (45) CASTAN TOBEÑAS, ob. cit. p. 334.
- (46) MEORO, Mario Clemente. "Los efectos patrimoniales del matrimonio". En "Derecho de Familia" Coordinado por Gema Diez - Picazo Giménez. Ed. Thomson Reuters, 2012, p. 563.
- (47) ZANNONI, ob. citada, p. 580.
- (48) CNCiv. Sala C 27/5/86 "M.J.M c. M.D.M.", JA 1986-IV-150, síntesis; conf. BOSSERT, "Régimen jurídico de los alimentos", Nro. 248; comparar, LLOVERAS, "Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal" JA, 1986-II-881.