

El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino*

Santiago Falbo

SUMARIO

- Introducción.*
A) *Descripción del régimen patrimonial del matrimonio argentino.* B) *Cambios de la estructura de la familia en la sociedad.* C) *Propuestas de cambio.*
D) *Ponencias.*
E) *Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio nos proponemos analizar la estructura del régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino, mediante el desarrollo de los puntos que consideramos trascendentales dentro de la materia. Partiremos del concepto mismo del régimen patrimonial, pasando por la clasificación de los diferentes regímenes existentes en el derecho comparado, lo cual constituirá, de alguna manera, el esqueleto del estudio, hasta llegar al régimen argentino vigente en la actualidad.

Sabido es que nuestro sistema, aunque en gran medida modificado por las

* El presente trabajo obtuvo el premio en la categoría "Autores noveles" de la 37 Jornada Notarial Bonaerense, llevada a cabo en Junín entre los días 2 y 5 de noviembre de 2011. Corresponde al Tema I: "Rol del notario en materia de derecho de familia" de dicha convocatoria.

leyes 11.357, 17.711, 23.515 y 26.618, reconoce su origen en el Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD de 1871. Si bien, en virtud de las leyes mencionadas, el régimen ha cambiado sustancialmente, muchas de las normas y principios del código original continúan aún hoy vigentes. Basta con mencionar que, en la República Argentina, a diferencia de la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, el régimen patrimonial del matrimonio continúa siendo un régimen legal, único y forzoso. Ello se debe a que VÉLEZ no previó la existencia de ningún otro régimen convencional opcional para los esposos, a la par del legal.

En un primer punto analizaremos los principales caracteres de nuestro régimen, la esencia (en cuanto a su naturaleza jurídica) de la *sociedad conyugal*, lo que ayudará a comprender cuáles son los principios sobre los que se basa nuestro sistema, para luego abordar el tema de la calificación de los bienes en el matrimonio. El principio de ganancialidad que rige en la materia nos permitirá enfocarnos en los diferentes supuestos de calificación propia de los bienes, abriendo la posibilidad de desentrañar el sentido de nuestro régimen de comunidad, su esencia y sus consecuencias prácticas desde un enfoque jurídico-notarial.

A su vez, desarrollaremos las diferentes posturas en torno a la posibilidad de la adopción del criterio mixto en la calificación de los bienes, tomando en consideración nuestra legislación actual. Abordaremos también el alcance del asentimiento conyugal exigido por el art. 1277 del Código Civil, así como su finalidad práctica. Todo esto, teniendo en especial consideración las conclusiones propuestas en ocasión de las XXX Jornadas Notariales Bonaerenses celebradas en Villa Gesell del 22 al 25 de noviembre de 1995, por el significativo aporte que las mismas presentan desde el punto de vista académico. Haremos oportuna referencia a ellas al desarrollar los temas tratados allí.

En un segundo punto, haremos referencia a la estructura actual de la familia en la República Argentina, con el fin de delimitar la adecuación (o no) de nuestro sistema jurídico en lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio, con la nueva realidad social imperante en nuestro país.

Finalmente, en la tercera y última parte del estudio, nos abocaremos a tratar el tema de la proyección del régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino teniendo en miras una futura reforma legislativa, con la finalidad de proponer un sistema que se adecue a las nuevas realidades sociales.

A lo largo del desarrollo del presente estudio, intentaremos no perder de vista la estrecha vinculación existente entre el régimen patrimo-

nial del matrimonio y el derecho notarial, y de esta manera aspiramos a realizar un humilde aporte a la vasta doctrina notarialista argentina.

A) DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO ARGENTINO

1. Concepto

Daremos un primer concepto de régimen patrimonial matrimonial que abarque todos los regímenes existentes o posibles en los diferentes sistemas jurídicos. Éste nos permitirá delimitar el objeto que estudiaremos a lo largo del presente desarrollo.

El régimen patrimonial del matrimonio es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, y de éstos con terceros, de orden público, y establecido en pos del interés familiar, desde la celebración del matrimonio y hasta su disolución.

De esta manera, el inicio del régimen resulta ser el principal efecto patrimonial que el acto de celebración del matrimonio produce para los cónyuges. Tanto la administración y disposición de los bienes como las adquisiciones que benefician a cada uno de los cónyuges se encuentran sometidas a las disposiciones legales referidas al régimen patrimonial.

2. Clasificaciones

La vasta experiencia que se nos presenta en el ámbito del derecho comparado, nos permite distinguir diferentes tipos de regímenes. Desde el régimen de absorción hasta la separación de los patrimonios, pasando por los de participación.

Siguiendo a GUSTAVO A. BOSSERT y EDUARDO A. ZANNONI¹, haremos referencia en este punto a los llamados regímenes típicos, reconocidos por la doctrina tradicional, adoptando como criterio clasificador la repercusión del régimen patrimonial del matrimonio sobre la propiedad de los bienes. Estos son: de absorción, de unidad o unión de bienes, de comunidad, de separación y de participación.

¹ BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, 6ta Ed., pág. 218.

2.1. Régimen de absorción

Como la mayoría de las instituciones del derecho en la actualidad, este régimen reconoce su origen en el derecho romano, dentro de la institución del *matrimonio cum manu*, a través de la cual la mujer se incorporaba a la familia del marido. La mujer carecía de patrimonio y, a través de esta institución, como *alieni iuris* que era, pasaba de la dependencia directa de su *pater familiae*, a la del marido (o del *pater familiae* de este último si no era *sui iuris*). De esta forma, todo el régimen patrimonial del matrimonio se ubica en cabeza del marido.

Actualmente, y en virtud del reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer, debate ampliamente superado, no cabría imaginar la existencia de ningún sistema de este tipo en nuestro derecho positivo. Sin embargo, resulta útil destacarlo por su importancia histórica.

2.2. Régimen de unidad y unión de bienes

Según el régimen de unidad, el marido adquiere la propiedad de todos los bienes de la mujer, desde la celebración del matrimonio y hasta su disolución. La nota característica que diferencia este régimen con el de absorción, es que, al momento de la disolución, la mujer tiene un derecho de crédito por el valor de los bienes transmitidos a favor de su marido.

Según el régimen de unión de bienes (y siguiendo los mismos lineamientos que el anterior), con el acto matrimonial, el marido adquiere, no ya la propiedad, sino la administración y disfrute de los bienes de la mujer, debiendo restituir los mismos en especie, al momento de la disolución. Aquí la propiedad se mantiene en cabeza de la mujer, mientras que en el régimen de unidad, la propiedad pasa al marido y sólo queda en cabeza de ésta un derecho de crédito contra aquél.

2.3. Régimen de comunidad

Pasamos a estudiar aquí los típicos regímenes matrimoniales actuales. El régimen de comunidad se caracteriza por crear una masa de bienes, de titularidad de uno o ambos cónyuges que genera derechos comunes que se encuentran en estado de expectativa hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Esto no afecta, en principio, la titularidad o el dominio sobre dichos bienes, los cuales podrían recaer incluso en cabeza de uno solo de los cónyuges.

Decimos que ese derecho se encuentra en estado de expectativa, porque, en rigor, dicha masa no se va a determinar sino hasta el momento de la disolución de la sociedad; por ello se ha dicho que, paradójicamente, la comunidad se forma cuando termina².

Como veremos más adelante, los bienes que integran la masa común, luego de disuelta la sociedad conyugal, se dividirán entre ambos cónyuges por mitades. Pero la masa estará compuesta por los bienes que, durante la vigencia de la sociedad conyugal, se adquirieran en las condiciones en que la ley los califique como gananciales.

Por ello debe entenderse que, al momento de la disolución, la masa se forma en concreto, como un conjunto de bienes determinados. Pero la calificación de los bienes que compongan el patrimonio de los cónyuges, y que, en definitiva, determinará cuales de ellos integrarán dicha masa, opera desde el nacimiento mismo de la sociedad.

Veremos ahora los diferentes tipos de comunidad.

2.3.1. Universal

Incluyen, dentro de la comunidad, la totalidad de los bienes existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Tanto los bienes anteriores, como los adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, forman una masa común destinada a ser dividida por mitades entre los cónyuges.

2.3.2. De muebles y ganancias

Según este régimen, quedan incluidos dentro de la masa común, además, los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante la vigencia de la sociedad conyugal en las condiciones que la ley califica como gananciales, la totalidad de los bienes muebles, sin consideración alguna sobre el tiempo en que fueron adquiridos, e incluso cuando éstos sean preexistentes a la sociedad conyugal.

Siguiendo el texto del ya derogado art. 1224 del Código Civil, podemos afirmar que fue éste el sistema elegido por VÉLEZ.

2.3.3. De ganancias

En este régimen, la comunidad se integra solamente, y en principio, con los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal a

² FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel y Roveda, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 2da ed., pág. 29.

título oneroso. Por oposición los bienes anteriores a la celebración del matrimonio, y los adquiridos posteriormente a título gratuito (por herencia, legado o donación), son propios del cónyuge titular, y permanecerán ajenos a la masa común.

Éste es el régimen vigente en nuestro país en la actualidad, y, como nos enseñan GUSTAVO A. BOSSERT y EDUARDO A. ZANNONI, “La comunidad de ganancias es, dentro de los tipos de comunidad, el mas difundido. Actualmente es el régimen legal en Francia, Portugal, España e Italia. En la legislación latinoamericana, la comunidad de ganancias es régimen legal único en Bolivia y en Perú, régimen supletorio legal en Chile, Venezuela, y convencional en Guatemala”³.

2.4. Régimen de separación

Dentro de este régimen, los patrimonios de ambos cónyuges permanecen separados, no existe comunidad alguna, ni derechos en expectativa con relación a los bienes adquiridos por cualquiera de ellos durante la vigencia del matrimonio.

Haciendo un paralelismo con los regímenes de comunidad que venimos analizando, podría decirse que, en los regímenes de separación, todas las adquisiciones son consideradas como propias del cónyuge titular. Éste adquiere, administra y dispone de sus bienes sin restricción.

De esta manera, al disolverse la sociedad conyugal no hay partición alguna, permaneciendo en el patrimonio de cada cónyuge los bienes que ha adquirido aun durante la vigencia del matrimonio.

2.5. Régimen de participación

Este régimen vendría a ser una variante de los dos anteriores. Por un lado, durante la vigencia del matrimonio, opera igual que los regímenes de separación: cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes por él adquiridos. Pero al momento de la disolución del vínculo matrimonial, opera, en cabeza del cónyuge que haya acrecentado en menor medida su patrimonio, un crédito en contra del otro.

No se forma aquí una masa partible (como ocurre con los regímenes de comunidad), sino que nace un derecho personal, de carácter crediticio, cuya finalidad radica en equiparar las ganancias operadas durante el matrimonio entre ambos cónyuges.

³ BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. Ob. cit., pág. 222.

3. Otras clasificaciones

Analizando los sistemas en el derecho comparado, y desde ópticas diferentes, encontramos dos clasificaciones:

3.1. Según la injerencia de la autonomía de la voluntad en la elección del régimen patrimonial del matrimonio, podemos distinguir entre:

a. Regímenes forzosos (o legales): son los impuestos por ley a los cónyuges de manera forzosa. Éstos, al contraer matrimonio, quedan sometidos al régimen previsto, independientemente de su voluntad.

b. Regímenes supletorios: en este supuesto, en principio, la elección del régimen patrimonial aplicable queda librada a la voluntad de los cónyuges, pero la ley prevé, a la par de los regímenes convencionales, un régimen que operará de manera imperativa ante la falta de elección.

c. Regímenes convencionales: el régimen es libremente elegido por los esposos. Generalmente, los diferentes sistemas jurídicos que contemplan estos tipos de regímenes establecen también un régimen supletorio aplicable ante la falta de elección.

3.2. Según la fuente u origen que los diferentes regímenes reconocen, dentro de cada sistema:

a. Sistemas legales: son los sistemas que dan lugar a la opción en la elección del régimen dentro de los establecidos por la ley.

b. Sistemas Convencionales: son los sistemas que dejan librada esta elección a la autonomía de la voluntad.

Obsérvese que aquí no clasificamos ya a los regímenes, sino a los sistemas, como conjunto de normas y principios que rigen los derechos patrimoniales del matrimonio, y (salvo contadas excepciones) abren la posibilidad a su vez de elegir entre dos o más regímenes.

En los sistemas legales, los diferentes regímenes que los futuros contrayentes podrán elegir, estarán contemplados específicamente dentro de la ley; en los sistemas convencionales, en cambio, los regímenes quedan librados a las convenciones que las partes libremente decidan.

4. El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino

En el derecho argentino, las normas relativas al régimen patrimonial del matrimonio se encuentran dentro del Libro Segundo (“De los derechos personales en las relaciones civiles”), Sección tercera (“De las obli-

gaciones que nacen de los contratos”), título segundo (“De la sociedad conyugal”), del Código Civil; comprendiendo desde el art. 1217 al 1319.

Como se observa, VÉLEZ estructuró un sistema construido íntegramente sobre la base de la sociedad conyugal, la cual, a su vez, se estructura sobre la base del régimen de comunidad de ganancias. De alguna manera estas normas vendrían a asimilar a los cónyuges con los *socios*, siendo ellos los *representantes* de la *sociedad conyugal*, que ha nacido desde la celebración del *contrato* de matrimonio.

Surge entonces la necesidad de desentrañar cuál es la naturaleza jurídica de la *sociedad conyugal*.

Analizando la ubicación del régimen dentro del Código Civil, no caben dudas respecto del sistema desarrollado por VÉLEZ, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto por el art. 1262⁴.

En su concepción originaria, la sociedad conyugal podría ser considerada como una sociedad. Y, en efecto, muchos autores así lo han entendido, aunque calificándola, en algunos casos, como una sociedad *sui generis*⁵.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por negar esta tesis, justificando su postura al exponer que la sociedad conyugal no es realmente un sujeto de derecho distinto de los socios. Ésta no tiene potestad jurídica para adquirir bienes, ni posee un patrimonio propio.

La titularidad de los bienes corresponderá, en cada caso, a uno o a ambos cónyuges, pero nunca a la sociedad⁶. Por otra parte, no existen dudas en cuanto a que la sociedad no puede ser sujeto pasivo de una obligación⁷, por cuanto, como hemos expresado, ésta carece de personalidad. Serán los socios, en su caso, los sujetos pasivos obligados⁸.

⁴ “La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este Título”.

⁵ Cfr. FASSI, Santiago C. y Bossert, Gustavo A. *Sociedad Conyugal*; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977; T. 1; pág. 75 y sgts.

⁶ Cfr. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de familia*, T I, 5ta ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 483.

⁷ Si bien podemos destacar la existencia de las “cargas de la sociedad conyugal”, como las erogaciones efectuadas por los esposos durante la vigencia de la sociedad, teniendo en miras las necesidades del hogar, la educación de los hijos y la conservación de los bienes comunes (arts. 5° y 6° de la Ley 11.357), estas cargas operan como excepciones a la responsabilidad del cónyuge por las deudas asumidas con terceros por el otro. Ello demuestra, a *contrario sensu* de lo que su nombre sugiere, como estas “cargas” afectan a los esposos y no a la sociedad. Puntualmente extendiendo la responsabilidad del cónyuge no contratante, por las deudas asumidas por el otro, por las erogaciones realizadas en beneficio de la sociedad conyugal, y en los casos que la ley así lo determina, a los frutos de sus bienes propios.

⁸ Cfr. BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Familia*, T. 1; 10ma. edición actualizada por Guillermo J. Borda; Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 222.

Finalmente, los autores que, en el derecho argentino, han sostenido la tesis de la sociedad como persona jurídica, se apoyan en lo dispuesto por el art. 1262, en cuanto a la aplicación supletoria de las reglas del contrato de sociedad⁹.

Sin embargo, la doctrina moderna ha considerado a este artículo como tácitamente derogado. Agregamos que en la práctica, la norma en cuestión no es de ninguna manera aplicable. Así lo han resuelto los tribunales nacionales en numerosos fallos. Al respecto, el doctor BELLUSCIO ha dicho que “La sociedad conyugal no es persona jurídica que pueda ser propietaria de bienes: los propietarios son uno u otro de los cónyuges”¹⁰.

Creemos que, dentro del sistema estructurado por VÉLEZ, referente a los efectos patrimoniales del matrimonio, y a la luz de las sucesivas reformas, la sociedad conyugal no es otra cosa que el régimen patrimonial de comunidad de ganancias.

Al respecto, ZANNONI explica que el término sociedad conyugal debe ser entendido como “el complejo de relaciones patrimoniales que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre éstos y terceros ... concluimos que en gran medida el término sociedad conyugal, en la concepción de VÉLEZ SARSFIELD, tiende a destacar el aspecto fundamental de *coparticipación en las ganancias obtenidas y contribución en las deudas contraídas* durante el matrimonio y debe entenderse, ya dijimos, como *reacción* del derecho moderno al sistema dotal romano...”¹¹.

Sin embargo, en el presente trabajo, por cuestiones didácticas y metodológicas, nos seguiremos refiriendo a la *sociedad conyugal* al hacer alusión al régimen de comunidad vigente en el derecho argentino.

5. Principales caracteres de nuestro régimen

El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino se caracteriza esencialmente por ser único, legal, imperativo y forzoso, y estructurado sobre una típica comunidad.

Esto implica que, al momento mismo de la celebración del acto matrimonial, ambos cónyuges se encuentran sometidos, independien-

⁹ FASSI, Santiago C. y Bossert, Gustavo A. Ob. cit. pág. 88.

¹⁰ C. N. Civ., Sala C, 2/11/76, ED, 72-605.

¹¹ ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 486.

temente de su voluntad, al régimen de comunidad de ganancias, sin la posibilidad de optar por otro.

Del juego de los arts. 1217, 1218 y 1219 del Código Civil surgen las limitaciones que pesan sobre los cónyuges, relativas a la modificación del régimen patrimonial mediante convenciones prematrimoniales (arts. 1217 y 1218 CC.), y la prohibición, bajo pena de nulidad, de modificar dicho régimen luego de la celebración del matrimonio (art. 1219 CC.).

El primero de estos artículos, según la redacción original del Código, presenta los puntos sobre los que los cónyuges pueden, antes de la celebración del matrimonio y excepcionalmente, contratar libremente. Si bien la norma aparece estructurada con carácter permisivo, del juego de los artículos siguientes surge el carácter prohibitivo de las convenciones, y éstas vienen a aparecer como excepciones a la prohibición genérica del art. 1218.

La Ley 17.711 vino a limitar aún más el objeto de las convenciones prematrimoniales: de los cuatro incisos originales que preveía el 1217, la mencionada ley suprimió los incisos 2¹² y 4¹³.

Consecuentemente sólo quedan vigentes los incisos 1 y 3: “Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1° La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. 3° Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa”.

Por el 1218, “Toda otra convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”. Y por último, el 1219 nos dice “Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado”.

6. Alcances de la sociedad conyugal. Extensión de la comunidad. Calificación de los bienes

Tal como venimos anticipando, VÉLEZ optó por el régimen de comunidad de ganancias, lo cual nos lleva a la tarea de determinar, por un

¹² ... “la reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio”.

¹³ “Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento”.

lado, cuál es el momento en que se origina la comunidad y, por el otro, cuáles serán los bienes que integren dicha comunidad.

El art. 1261 establece que la sociedad conyugal principia con el acto de celebración del matrimonio. Es decir que, a partir de ese momento, comenzarán a regir las normas que venimos analizando.

Los patrimonios de los cónyuges pasarán a dividirse en masas diferentes, según el modo en el que los bienes sean adquiridos, lo que determinará, al momento de la disolución de la sociedad, la formación de una masa de bienes gananciales sobre los cuales ambos cónyuges tendrán expectativas comunes.

Todo esto nos impone, necesariamente, abocarnos al tema de la calificación de los bienes.

Podemos afirmar que desde el inicio del régimen de comunidad, los bienes de los cónyuges pasan a dividirse, al menos idealmente, en cuatro masas diferentes conformadas por: los bienes propios de titularidad de cada uno de los cónyuges; y los bienes gananciales de titularidad de cada uno de ellos. A su vez, serán estos últimos los que formarán una masa sobre la cual ambos cónyuges tendrán derecho a la partición y adjudicación por mitades (según el art. 1315).

Será necesaria entonces la calificación de los bienes para ubicarlos en una u otra masa, según corresponda, atento a las disposiciones contenidas en los arts. 1261 a 1274 del Código Civil¹⁴.

Como principio, y en virtud de la presunción de ganancialidad establecida por los arts. 1271 y 1272, todos los bienes que luego de la celebración del matrimonio ingresen al patrimonio de uno u otro cónyuge se calificarán como gananciales, si no se prueba que ingresan como propios, y únicamente en los casos previstos en la ley.

Si bien la doctrina y jurisprudencia han entendido que ésta es solo una presunción *iuris tantum*, y se refiere principalmente a la carga de la prueba del carácter de propio de los bienes, esta norma no deja de operar como principio rector dentro de este instituto¹⁵.

Por ello creemos conveniente analizar cuáles son los bienes que serán calificados como propios, que constituirán, de alguna manera, la excepción a la calificación ganancial de los bienes que se adquieran durante el matrimonio.

¹⁴ Además del art. 1246, el cual ha sido reinterpretado por la doctrina, extendiendo sus disposiciones a ambos cónyuges, como veremos más adelante al referirnos al supuesto de la subrogación real.

6.1. Esencia del régimen patrimonial de comunidad de ganancias

Antes de abocarnos en concreto a la calificación de los bienes, haremos la siguiente reflexión que ayudará a desentrañar la esencia del régimen que venimos analizando, el cual parte de la siguiente premisa: todo incremento del patrimonio de cualquiera de los cónyuges que reconozca su causa en una prestación o actividad realizada durante la vigencia de la sociedad conyugal¹⁶, será ganancial.

Creemos que la esencia del régimen legal argentino se encuentra íntimamente ligada a la estructura familiar. Al respecto, ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y EDUARDO G. ROVEDA explican: “La comunidad de ganancias es un régimen de estricta justicia para los matrimonios donde existe una diferenciación de roles, y uno de los cónyuges pone su mayor atención en el hogar y los hijos, mientras el otro realiza una actividad externa más remunerativa en términos económicos”¹⁷.

Desde que se reconoce que uno de los cónyuges se encontrará en una situación más apta para la acumulación de riquezas mientras que el otro se abocará a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos, no sería justo que las adquisiciones del primero beneficien sólo a éste, siempre que las tareas realizadas por el segundo resultan imprescindibles para el desarrollo de su actividad, que, en definitiva, se traduce en el incremento de su patrimonio.

Volveremos más adelante sobre este punto con la intención de determinar si este paradigma social se mantiene en la actualidad, de manera que justifique la existencia del régimen de comunidad de ganancias como régimen legal, único y forzoso.

7. Bienes propios

Quedan excluidos de la masa de gananciales, en primer término, los bienes de los que cada uno de los cónyuges sea propietario con anterioridad al matrimonio. Al no reconocer estas adquisiciones su *causa* durante la vigencia de la sociedad, permanecerán fuera de la comunidad.

¹⁵ C. N. Civ., Sala C, 28/9/76, ED, 72-609: “La presunción legal emanada del art. 1272 del Código Civil únicamente es posible dejarla sin efecto con la prueba de que los bienes se adquirieron con dinero propio de uno de los cónyuges”.

¹⁶ Salvo contadas excepciones previstas en la ley, como por ejemplo el párrafo 9 del art. 1272 del Código Civil referente a los derechos intelectuales.

¹⁷ FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel y Roveda, Eduardo G. Ob. cit., pág. 9.

A la par de éstos, se encuentran los bienes que los cónyuges adquieran, aun durante la vigencia de la sociedad conyugal, a título gratuito, ya sea por herencia, legado o donación, ya que lo recibido no constituye propiamente una *ganancia* para el cónyuge (conforme el art. 1271 del Código Civil).

Simultáneamente, el Código Civil previó en qué casos los bienes adquiridos durante el matrimonio serán calificados como propios:

7.1. *Bienes propios por subrogación real*

La subrogación real importa; a grandes rasgos, una ficción creada por la ley, mediante la cual se trasladan los derechos y caracteres que pesaban sobre un bien determinado, a otro bien diferente que ingresa en reemplazo del anterior: ocurre una sustitución en el objeto, pero se mantienen los mismos caracteres.

En el caso que nos ocupa, y conforme a lo dispuesto por el art. 1266, el empleo de bienes propios en la adquisición de un nuevo bien, implica que este último ingrese al patrimonio del adquirente manteniendo el mismo carácter que el anterior.

Sin embargo, del análisis de las diferentes doctrinas, y teniendo en cuenta las reformas introducidas por la Ley 17.711, advertimos la necesidad de ahondar un poco más en este instituto.

A la par del art. 1266 al que nos referimos anteriormente, que recepta el principio de la subrogación real en la calificación de los bienes de los cónyuges, hallamos una disposición similar para el caso de la mujer.

Por el art. 1246 en su redacción original, nuestro sistema recepta la posibilidad de la reinversión y, consecuentemente, la subrogación real, para los bienes inmuebles que adquiriera la mujer, con dinero de ella "...y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero le pertenece a la mujer"¹⁸.

Antes de la reforma de la Ley 17.711, se trataba en efecto de dos supuestos diferentes, teniendo en cuenta el régimen de administración marital que resultaba del Código Civil de VÉLEZ (arts. 1276 y 1277), por cuanto esta reserva importaba un caso de excepción a favor de la mujer. Por ello, el art. 1246 establecía requisitos aún más rigurosos que los del 1266 para que operara la subrogación real.

¹⁸ Art. 1246 del Código Civil, parte final.

Luego de la reforma, al modificar sustancialmente el régimen de administración y reconocer definitivamente la igualdad entre el hombre y la mujer, la doctrina mayoritaria consideró la necesidad de reinterpretar algunas normas del Código Civil, principalmente, las contenidas en los capítulos II, III y VIII del Título II.

En general se expresó que la mayoría de estos artículos se encontraban tácitamente derogados, al no ser compatibles con las nuevas normas o chocar con el destacado reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, no fue esta la interpretación predominante con relación al art. 1246.

La doctrina mayoritaria ha entendido que el mentado art. 1246 debe ser interpretado de manera extensiva, aplicándose por igual a ambos cónyuges¹⁹.

Esto nos ubica en un nuevo punto de partida para analizar cómo opera, dentro de nuestro sistema, la subrogación real por reinversión de fondos producidos por la venta de un bien de origen propio.

De manera sintética, podemos afirmar que según el art. 1266 no se requiere formalidad alguna para que la subrogación real opere; mientras que el 1246, aplicable a los inmuebles²⁰, establece la necesidad, ahora para ambos cónyuges, de expresar en el título de adquisición que el inmueble que se adquiere *ingresará* a su patrimonio en carácter de *propio*, por haber sido adquirido con otros bienes o dinero de origen propio y, además, el cónyuge que pretenda la subrogación real, deberá dejar constancia de *cómo* el dinero le corresponde en ese carácter.

Entendemos que la subrogación real opera cuando se haya cumplimentado con las exigencias del art. 1246, de lo contrario y por aplicación del principio de ganancialidad, el bien ingresará al patrimonio del cónyuge como ganancial.

Sin embargo, tal como aclaramos anteriormente, este principio implica una presunción *iuris tantum* de que lo adquirido ingresará al patrimonio en carácter de ganancial, con lo cual quedará abierta la posibilidad de probar que el bien se adquirió con dinero propio. Consecuentemente,

¹⁹ Al respecto, la comisión IV de la XXX Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en Villa Gesell del 22 al 25 de noviembre de 1995, ha resuelto: “1) Se considera que el art. 1246 del C.C. con referencia a la posibilidad de determinar la subrogación real del carácter propio del bien que se adquiere, es aplicable a ambos cónyuges y a cualquier clase de bien registrable”.

²⁰ Aunque extensible a cualquier clase de bienes registrables.

entre cónyuges, aun que se haya omitido el cumplimiento de los extremos exigidos por el art. 1246 al momento de la escritura de adquisición, quien ostente un interés legítimo en probar el carácter de propio de un bien por subrogación real, podrá demostrarlo en sede judicial por cualquier medio de prueba²¹.

Respecto de terceros, en cambio, tal carácter debe necesariamente surgir de la escritura de adquisición, no siendo posible su acreditación posterior. Por lo tanto, en sede notarial, el cónyuge adquirente deberá expresar el hecho de que la compra la realiza con fondos de origen propio, así como la designación de cómo el dinero le pertenece en ese carácter.

A su vez, se ha resuelto que “La omisión o insuficiente declaración del origen del dinero utilizado en la adquisición puede subsanarse en la vía notarial por medio de una escritura complementaria aclaratoria. Este acto debe contener la declaración precisa y circunstanciada por parte del cónyuge que subsana su título de adquisición, de cómo el dinero le pertenece. La participación del otro cónyuge no titular es conveniente pero no necesaria”²².

Creemos que la participación del cónyuge no titular otorga mayor seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, evitando fraudes entre los esposos, quienes, de otra forma, podrían estar sustrayendo del patrimonio de la sociedad conyugal, bienes aparentemente propios, pero que hubiera correspondido calificarlos como gananciales.

Finalmente agregamos que más allá del recaudo formal, en todos los casos, máxime cuando no ha participado el cónyuge no titular, será la certeza sobre el origen propio del dinero con el que se haya efectuado la adquisición y su positiva acreditación, lo que le asignará el carácter de propio al bien adquirido por subrogación real.

7.2. Bienes adquiridos por causa o título anterior a la celebración del matrimonio

El art. 1267 dispone que “La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la

²¹ C. N. Civ., Sala C, 17/11/75, ED, 65-431

²² XXX Jornada Notarial Bonaerense; Comisión IV. Conforme Cuaderno de Apuntes Notariales N° 62 del año 2010, dictamen de Aldo Emilio Urbaneja. Ver también Cuaderno de Apuntes Notariales N° 31 del año 2007, dictamen de Marcela H. Tranchini, quién sostiene que la omisión o insuficiente declaración en la escritura de adquisición sólo puede subsanarse por vía judicial, por aplicación del principio de presunción de ganancialidad.

causa o título de adquisición le ha precedido y *se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges*".

Siguiendo los lineamientos que planteamos párrafos atrás, es fácil inferir que la exclusión de estos bienes de la masa de los gananciales responde al mismo principio general que rige en la materia, por cuanto, repetimos: *todo incremento del patrimonio de cualquiera de los cónyuges que reconozca su causa en una prestación o actividad realizada durante la vigencia de la sociedad conyugal, será ganancial*.

Como consecuencia, los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, pero que reconozcan su causa en una prestación o actividad realizada con anterioridad a la celebración del matrimonio, serán reputados como propios²³. Los arts. 1268, 1269 y 1270 del Código Civil contemplan los diferentes supuestos en los que procede la aplicación de este principio.

Sin embargo, y con relación al art. 1267, la cuestión no resulta para nada sencilla: la última frase del artículo transcrito ha suscitado en la doctrina nacional importantes discrepancias.

Mayoritariamente, se ha entendido que la cosa adquirida por una causa o título anterior a la celebración del matrimonio, debía ser reputada como propia, quedando a salvo, en su caso, el derecho de recompensa a favor del cónyuge no titular para el supuesto del empleo de fondos gananciales en la adquisición.

De esta manera, se consideró que no era necesario cumplir con el recaudo de que *se haya pagado con bienes de uno de los cónyuges*. El bien ingresará en carácter de propio, sea cual fuera el origen de los fondos empleados, pues de otra forma (si se requiere el empleo de fondos propios), estaríamos frente a un supuesto de subrogación real, ya previsto por el art. 1266 (o 1246). Por otra parte, agregamos que la jurisprudencia nacional así lo ha resuelto²⁴.

No podemos dejar de mencionar la opinión de ZANNONI, contraria a la interpretación que antecede. Luego de analizar los antecedentes y fuentes que VÉLEZ tuvo a la vista en este punto, advierte que el codificador se aparta de ellas al agregar, al final del art. 1267, la frase: "... y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges".

²³ Obsérvese cómo este mismo principio es receptado por el art. 1273, aplicable a la situación inversa: Los bienes adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, pero que debieron adquirirse durante su vigencia, serán gananciales.

El autor se aparta de la doctrina mayoritaria por cuanto: “La interpretación que se hace del art. 1267 del Código Civil está a todas las luces en contradicción con lo que claramente se desprende de su letra”²⁵. Más adelante concluye: “... el principio de la subrogación real es lógico que rija respecto de las adquisiciones realizadas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, pero no es tan axiomático en lo relativo a las adquisiciones que reconocen su causa *anterior* a él. El art. 1267 vino, pues, a delimitar la cuestión y constituye, a la postre, una aplicación del art. 1266, al dar preponderancia al principio de la subrogación real”²⁶.

Todo esto nos lleva a reflexionar sobre el tema en cuestión. Anticipamos, haciendo un breve paréntesis en este punto, que no encontramos obstáculo alguno para admitir la calificación mixta de los bienes²⁷.

Como se observa, siguiendo la interpretación propiciada por ZANNONI, el art. 1267 vendría a receptar el principio de la subrogación real, aplicable a las adquisiciones que reconocen su causa anterior a la celebración del matrimonio.

Los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio serán propios, pues hasta entonces no existirán bienes gananciales algunos. Sin embargo, cuando un bien es adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal por una causa anterior, pasa a cobrar relevancia el origen de los fondos invertidos para la adquisición del mismo, pues podría suceder que una parte del precio fuera pagado con anterioridad a la celebración del matrimonio, y el saldo restante se hubiera cancelado durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La norma que nos ocupa nos brinda la solución al caso planteado en el agregado final. Si una parte del precio es pagado con fondos de origen ganancial, el bien deberá ser reputado como ganancial en esa proporción, pues de otra forma ingresaría al patrimonio propio del cónyuge titular un bien que ha sido adquirido, al menos en parte, con fondos gananciales.

Creemos que éste es el espíritu de la norma, concordante con todo el sistema estructurado por VÉLEZ. Entra en juego aquí, no sólo la presun-

²⁴ C. N. Civ., Sala B, 27/05/64, ED, 8-796; C. N. Civ., Sala B, 29/04/1980, LL 1980-D-420; C. N. Civ., Sala A, 14/03/62; ED, 2-991.

²⁵ ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 528.

²⁶ ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 529.

²⁷ Volveremos sobre este punto al analizar el tema de la calificación única o mixta.

ción de ganancialidad que rige en la materia, sino también lo dispuesto por el art. 1272, segundo párrafo.

Cabría oponerse al sentido que le damos a la norma sosteniendo que no hubiera hecho falta regular un supuesto que ya se encuentra legislado en el art. 1246. Sin embargo creemos que el art. 1267 contempla un principio más amplio que el supuesto que se analiza aquí.

En efecto, dentro de las adquisiciones a título oneroso por causa anterior al matrimonio, se encuentran, a modo de ejemplo, las indemnizaciones debidas a uno de los cónyuges que reconozcan su causa en un hecho anterior a la celebración del matrimonio, aunque se hagan efectivas durante la vigencia de la sociedad conyugal.

7.3. *Productos de bienes propios, mejoras en bienes propios*

Por aplicación del *principio de accesoriedad*, tanto los productos de un bien propio, como las mejoras hechas en un inmueble de carácter propio, seguirán la suerte de lo principal.

En el primer caso, los productos de la cosa son los objetos que se separan o sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia (conforme art. 2329, CC.). Resulta lógico pues, que si la extracción de los productos del bien propio disminuye el valor del mismo, lo extraído ingrese al patrimonio del cónyuge manteniendo el mismo carácter de propio.

Como excepción a este principio, el art. 344 del Código de Minería dispone: “Los productos de las minas particulares de los cónyuges pertenecen a la sociedad”. Esta norma viene a asimilar el resultado de la explotación minera a los frutos naturales o civiles (al otorgarle carácter ganancial), pues en este caso, los productos de las minas son su única fuente generadora de recursos.

Respecto de las mejoras, debemos diferenciar dos supuestos diferentes: si las mejoras *no son separables* del bien al cual acceden, será de aplicación el principio de accesoriedad que venimos analizando (conforme al art. 1266 del Código Civil). Si las mejoras *son separables* del bien, aunque éste sea propio, beneficiarán a ambos cónyuges, pues serán, en cualquier caso, gananciales (conforme al art. 1272, párrafo 7 del Código Civil).

8. Bienes gananciales

Todos los bienes *existentes a la disolución* de la sociedad conyugal, serán gananciales, *si no se prueba que pertenecían a uno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación* (art. 1271 parte final).

El art. 1272 en su primer párrafo dispone: “Son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos *adquiriesen durante el matrimonio*, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado...”. Mientras que el primero de estos artículos se refiere a los bienes existentes a la disolución de la sociedad conyugal, el segundo alude a los bienes adquiridos durante su vigencia. De esta forma el art. 1272 viene a precisar los alcances de la mentada presunción de ganancialidad.

Luego prevé los casos específicos en los que los bienes serán reputados gananciales dentro de una enumeración que la doctrina ha considerado de carácter enunciativo (párrafos 2 a 9). A su vez, los arts. 1273 y 1274 se encargan de otros dos supuestos, dándole cierre al capítulo IV del Título II.

El último párrafo del art. 1272, incorporado por la Ley 17.711, constituye una excepción al principio general. La norma establece: “Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son *bienes propios* del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es *ganancial*”.

Esta excepción tiene lugar a partir de la conceptualización de los derechos intelectuales como derechos extrapatrimoniales, que no pueden ser apreciables en dinero. Por ello la norma viene a consagrar su carácter de propio. Sin embargo, su producido económico viene a asimilarse al fruto civil del trabajo o profesión, lo que justifica su inclusión dentro de los bienes gananciales.

Finalmente podemos agregar que la disposición del art. 1273 viene a receptar idéntico principio que el 1267, en la situación inversa: estos son los bienes que, habiendo sido adquiridos luego de la disolución de la sociedad conyugal, reconocen su causa durante la vigencia de ésta²⁸.

Queda por analizar el art. 1274, relativo a las donaciones remuneratorias. Según el art. 1822, “Las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero, y *por los cuales éste podía pedir judicialmente el pago al donante*”.

Del análisis del art. 1274²⁹ se advierte cómo el codificador incurre en una contradicción, por cuanto las donaciones que no daban acción contra el que las hace, no podrían calificarse como remuneratorias. Por lo demás, estas donaciones serán gananciales, cuando los servicios se hubieran prestado durante la vigencia de la sociedad conyugal.

9. Calificación única o mixta

Se ha planteado en la doctrina la cuestión de la calificación de los bienes, cuando se ha invertido, para su adquisición, simultáneamente fondos propios y gananciales. Dos posturas opuestas han dado diferentes soluciones al caso.

Quienes sostienen la tesis de la calificación única, afirman que los bienes deben calificarse como propios o como gananciales. Quienes sostienen la tesis de la calificación mixta, en cambio, no ven impedimento para que un mismo bien sea calificado como propio en una parte y ganancial en otra.

9.1. Calificación Única

Dos posturas han admitido la calificación única apoyándose en diferentes criterios. Respecto de la primera, los bienes serán propios o gananciales según la naturaleza de los fondos que constituyan el *aporte mayor* para su adquisición. De esta manera, si la mayor parte del precio fue pagado mediante el empleo de fondos propios, el bien será calificado como propio, reconociéndose una recompensa a favor de la comunidad por los fondos gananciales empleados.

En cambio, si la mayor parte del precio fue pagado mediante el empleo de fondos gananciales, el bien será calificado como ganancial, reconociéndose una recompensa por ese monto en contra de la comunidad, a favor del cónyuge que haya empleado fondos propios.

²⁸ C. N. Civ., Sala B, 27/05/1964, ED, 8-796. Ha resuelto que: “Es ganancial el inmueble cuya adquisición, instrumentada en un boleto de compraventa, la hizo el marido durante el matrimonio, pagando parte del precio bajo este régimen, y el saldo del precio después del fallecimiento de su esposa...”, apoyándose en el art. 1267. Agregamos que el caso en cuestión encuadra más precisamente en el supuesto del art. 1273.

²⁹ “Las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges, o a ambos por servicios que no daban acción contra el que las hace, no corresponden al haber social, pero las que se hicieron por servicios que hubiesen dado acción contra el donante, corresponden a la sociedad, salvo que dichos servicios se hubieran prestado antes de la sociedad conyugal, pues en tal caso la donación remuneratoria no corresponde a la sociedad, sino al cónyuge que prestó el servicio”.

Conforme a la segunda postura, los bienes serán propios o gananciales según la naturaleza de la *primera adquisición* cuando se han adquirido porciones indivisas sobre un bien mediante el empleo de fondos de una naturaleza (propios o gananciales), y luego se adquieren las restantes, mediante el empleo de fondos de la otra naturaleza (gananciales o propios respectivamente)³⁰.

9.2. Calificación mixta

Según la tesis de la calificación mixta, los bienes adquiridos mediante la utilización simultánea de fondos propios y gananciales serán calificados como propios en la proporción de los fondos propios invertidos, y gananciales en la proporción restante.

Adherimos a la tesis de la calificación mixta. En primer lugar no hay una norma expresa que contemple este supuesto, de manera que todas las disposiciones relativas a la calificación de los bienes pueden aplicarse a las partes o porcentajes de los mismos en virtud del carácter de los fondos empleados para su adquisición; y, en segundo lugar, creemos que ésta es la solución que proporciona mayor justicia al caso³¹. Agregamos que la doctrina notarial mayoritaria ha adoptado idéntico criterio³².

9.3. Reflexión acerca del fallo plenario Sanz

Resulta trascendental el análisis del fallo de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal en pleno, en los autos “Sanz, Gregorio O.” del 15 de julio de 1992, según el cual se adopta, por mayoría, la postura de la calificación única. Si bien el plenario en cuestión no resulta vinculante para los tribunales de la provincia de Buenos Aires, destacamos la importancia de los fundamentos allí vertidos, y proponemos la siguiente

³⁰ Ésta es la postura adoptada por la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal en pleno, en los autos “Sanz, Gregorio O.”: “Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter, adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal”.

³¹ Al respecto, la Comisión IV de la XXX Jornada Notarial Bonaerense ha resuelto: “El bien adquirido por uno de los cónyuges con fondos en parte propios y en parte gananciales, debe calificarse como mixto. Tal calidad surge en virtud de no existir prohibición legal al respecto, y ser el fiel reflejo de la realidad económica”. Y en su despacho de *Lege Ferenda* concluye: “Se propone que una futura reforma legislativa adopte el criterio de la calificación dual de los bienes”.

³² Ver Cuaderno de Apuntes Notariales, N° 47 del año 2008, dictamen de Marcela H. Tranchini; y Cuaderno de Apuntes Notariales, N° 65 del año 2010, dictamen de Aldo Emilio Urbaneja.

reflexión: la cuestión planteada en el caso radica en determinar si reviste el carácter de propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter, adquiere, luego, a título oneroso, las restantes porciones durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La decisión de la mayoría se apoyó sobre la base de dos fundamentos diferentes: por un lado, y en virtud de los arts. 2695 y 2696 del Código Civil³³, se destaca el efecto declarativo de la partición en el condominio. De ello se desprende que en caso de que un condómino adquiriera la totalidad de las porciones indivisas del bien, corresponde considerar que ha sido propietario exclusivo de la totalidad del bien desde la adquisición de la porción originaria.

Creemos que aquí la cuestión es otra: no se discute la titularidad del cónyuge adquirente con relación al bien en cuestión, sino el carácter con el que ese bien adquirido debe ingresar a su patrimonio. No existiría un condominio, pues el titular es, en todos los casos, el cónyuge adquirente. Por lo tanto, tampoco habría partición ni efecto declarativo alguno que retrotrayera al momento de la adquisición originaria del bien³⁴.

Basta con mencionar que la cuestión planteada en el plenario se origina en virtud de la resolución del Registro de la Propiedad Inmueble que requirió el asentimiento del cónyuge no titular, en virtud del art. 1277 del Código Civil³⁵.

El segundo argumento en el que se funda la decisión radica, conforme el propio fallo, en: “la idea de unificación de la propiedad, que es una constante en el pensamiento de VÉLEZ, quien a través de diversas normas evidencia el disfavor con que observa las *comunidades*, tratando de desalentarlas”.

³³ Art. 2695: “La división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningún derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos”.

Art. 2696: “El mismo efecto tendrá, cuando por la división de condominio uno de los condóminos hubiera venido a ser propietario exclusivo de la cosa común, o cuando por cualquier acto a título oneroso hubiera cesado la indivisión absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros”.

³⁴ Al respecto, el doctor Carlos H. Gárgano en su voto en disidencia por sus propios fundamentos ha dicho: “Los efectos retroactivos de la partición respecto de los derechos y de las obligaciones recíprocas de los coherederos (arts. 3503 a 3513, Código Civil) y de los condóminos (arts. 2695 a 2697, Código Civil), no se extienden a la sociedad conyugal, pues la determinación del carácter de propio o ganancial de un bien responde a reglas propias de dicha sociedad”.

Con respecto a esta interpretación, creemos que concluye en una contradicción. En lo que atañe al régimen patrimonial del matrimonio, estamos frente a una *comunidad*, instaurada por el propio legislador, dentro de la cual la ubicación de un bien determinado en una u otra masa responderá a las consecuencias que las normas le asignen, según el modo en el que estos fueron adquiridos. No debe perderse de vista que estamos ante normas de orden público, cuya obligatoriedad no depende en ningún caso de la voluntad de las partes.

Finalmente, en el voto minoritario en disidencia, encontramos los fundamentos que creemos más apropiados. Luego de expresar su adhesión a la tesis de la calificación mixta o dual³⁶, vemos reflejada con gran precisión la justicia que la solución propuesta ofrece, en los siguientes términos: “Es cierto que conforme a la postura que no se comparte, existiría un crédito de la sociedad conyugal o del otro cónyuge por los fondos invertidos en la adquisición del bien que se considera propio, el que se haría efectivo en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Empero, este arbitrio no protegería adecuadamente los derechos del cónyuge no adquirente quien, frente a la insolvencia del titular que tiene la libre disponibilidad del bien sin necesidad de contar con el asentimiento de aquél, podría ver burlados sus derechos.

La injusticia de esta solución se evidencia, con mayor claridad en hipótesis, en que el cónyuge titular de algunas partes indivisas de escasa importancia, adquiridas con fondos propios, luego incorpora las restantes, con la inversión de fondos gananciales, pese a lo cual la totalidad del bien tendría aquel carácter. Así, a modo de ejemplo, si alguien detentara como propia una décima parte de un bien y luego adquiriera con fondos gananciales las nueve décimas partes restantes, pese a ello, su cónyuge o la sociedad conyugal (según la postura que se asuma), únicamente tendrían un crédito, pero el bien seguiría siendo propio”³⁷.

Más patente es la injusticia del criterio único, si imaginamos el caso opuesto, en el que se adquiere una pequeña porción de un inmueble con

³⁵ Veremos más adelante cómo este asentimiento implica, justamente, una declaración de conformidad del cónyuge no titular con un acto jurídico ajeno.

³⁶ “Esta minoría considera que frente al silencio de la ley, cuadra inclinarse, entre las dos soluciones posibles, por aquella que sea cabal reflejo de la verdad y que garantice a los cónyuges una real protección de sus respectivos aportes... Parece indiscutible que la posibilidad de reunirse en un mismo bien una calidad propia en cuanto a determinada parte alícuota y ganancial en la otra, no ofende ningún principio fundamental”.

fondos gananciales, ocurriendo que con posterioridad, ese mismo cónyuge herede el resto de bien.

Retomando el supuesto contemplado por el art. 1267, podemos concluir que su agregado final viene a delimitar el alcance de la norma: el bien adquirido por una causa anterior al matrimonio, será propio sólo en la proporción de los fondos propios empleados, y será ganancial en la proporción restante.

10. Pasivo de la sociedad conyugal

Siguiendo la redacción original del Código de VÉLEZ, el art. 1275, bajo el título “Cargas de la sociedad”, estableció cuáles serían las deudas por las que debía responder la sociedad. Está claro que no será “la sociedad” el sujeto pasivo obligado, sino que, con relación a estas deudas, el cónyuge que efectivamente realice su pago, tendrá un crédito en contra de la masa de bienes gananciales por ese monto.

Paralelamente, la Ley 11.357 del año 1926 sobre los derechos civiles de la mujer, vino a establecer el alcance de la responsabilidad de cada uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro.

Dada la aparente contradicción que sugerían las distintas soluciones que estas dos normas establecen, se han desarrollado en la doctrina nacional significativos debates de gran utilidad para interpretar la cuestión.

Explica MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA el alcance de los dos aspectos de las deudas de los cónyuges: “Se trata de dos aspectos vinculados pero independientes entre sí. Uno es el que atañe a la relación entre el cónyuge deudor y su acreedor (‘cuestión de la obligación’), que responde a la pregunta ¿sobre qué bienes puede el acreedor perseguir el cobro de su acreencia?, cuestión que se plantea tanto vigente la sociedad conyugal como después de disuelta y hasta la efectiva partición de los gananciales. El otro aspecto (‘cuestión de la contribución’) concierne al derecho de un consorte a exigir al otro que asuma parte de la deuda, responde a la pregunta ¿qué bienes deben resultar definitivamente disminuidos por su pago? interrogante que se plantea en la etapa de liquidación de la

³⁷ Suscripta por los doctores Ana M. Luaces, Hugo Molteni, Gerónimo Sansó, José A. M. de Mundo, Osvaldo D. Mirás, Juan C. Dupuis, Mario P. Calatayud, Julio M. Ojea Quintana, Eduardo L. Fermé, Benjamín E. Zaccheo, Carlos R. Degiorgis y Gladys S. Alvarez.

sociedad conyugal con la finalidad de asegurar a cada cónyuge la exacta participación por mitades en los bienes gananciales”³⁸.

Con relación a la “cuestión de la contribución”, rige el art. 1275³⁹. Por lo tanto, respecto de las erogaciones efectuadas por uno de los cónyuges en razón de cualquiera de los conceptos que la norma enumera, se generará un crédito a su favor liquidable de la masa de gananciales al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Estas son las deudas *comunes*, que serán tenidas en cuenta para establecer la contribución que en definitiva, deberá afrontar cada uno de los cónyuges.

Con relación a la “cuestión de la obligación”, en cambio, rigen los arts. 5° y 6° de la Ley 11.357⁴⁰. Estas normas vinieron a establecer la separación de la responsabilidad de los cónyuges: cada uno responde por las deudas por él contraídas con sus bienes propios, y los gananciales que él administre.

Excepcionalmente, la responsabilidad se extiende a los frutos de los bienes de uno de los cónyuges por las obligaciones contraídas por el otro para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes. En este caso, el acreedor podrá satisfacer su acreencia cobrándose, tanto de los bienes del cónyuge deudor, como de los frutos de los bienes del otro cónyuge.

11. Administración y disposición. Asentimiento del cónyuge no titular

Con relación a la administración y la disposición de los bienes de la sociedad conyugal, actualmente rigen los arts. 1276 y 1277, modificados

³⁸ MENDEZ COSTA, María Josefa. “Las deudas de los cónyuges después de la ley 26.618”; La Ley, 16/06/2011.

³⁹ “Son a cargo de la sociedad conyugal: 1°. La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes; 2°. Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido o de la mujer; 3°. Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse; 4°. Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio; 5°. Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera”.

⁴⁰ “Art. 5°. Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer”.

“Art. 6°. Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes”.

por la Ley 17.711. La reforma vino a introducir, dentro del régimen patrimonial del matrimonio el principio de *administración separada*: cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, y de los bienes gananciales de su titularidad, con la salvedad prevista en el art. 1277. A su vez, el segundo párrafo del art. 1276 disponía que si no se puede determinar el origen de los bienes, la administración y disposición corresponde al marido.

La Ley 25.781 del año 2003 vino a modificar el mentado artículo en el último párrafo, disponiendo que si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba (de su origen) fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer, eliminando de esta forma uno de los últimos resabios de la autoridad del marido en detrimento de los derechos de la mujer en nuestro Código Civil⁴¹.

A continuación, el art. 1277 en su primer párrafo dispone: “Es necesario el *consentimiento* de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes”.

Como mencionamos oportunamente, los bienes gananciales pasan a formar una masa sobre la cual ambos cónyuges tienen expectativas comunes al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Esta norma viene a proteger, al cónyuge no titular, de los actos dispositivos del otro cónyuge que disminuyan el patrimonio ganancial.

11.1. Alcances del consentimiento exigido por el art. 1277

Con respecto al *consentimiento* exigido al cónyuge no titular, es necesario precisar su alcance. Al respecto, como ha dicho CARMEN SILVIA ELENA

⁴¹ Al respecto, ver VIRAMONTE, Carlos Ignacio. “Los bienes de origen dudoso en el matrimonio”, DJ 17/05/2006, 151. El autor analiza la constitucionalidad de la norma en cuestión concluyendo que la mentada presunción Muciana choca con lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta magna luego de la reforma del año 1994. Esta presunción tiene su origen en el Derecho Romano, en el fragmento 51 del título 1, libro 24 del Digesto, donde se recoge un texto de Pomponio, que atribuye la norma a Quintus Mucius Scaevola.

MAGRI “la jurisprudencia y la doctrina fueron unánimes al aclarar que no se trata de un verdadero ‘consentimiento’ del cónyuge (no es parte del negocio) sino de un mero ‘asentimiento’ con un acto ajeno, del que no forma parte (‘El sujeto que dispone del bien es el cónyuge administrador, y el otro no asume la responsabilidad y tampoco puede ser demandado por el incumplimiento de aquél, ni responde por evicción’ CN Civ., sala F, 1981/04/21, ED. 95-579)”⁴².

Queda claro que no se trata propiamente del consentimiento. Lo que la norma requiere es la declaración de conformidad del cónyuge no titular con el acto jurídico otorgado por el cónyuge titular.

11.2. Efectos de la falta del asentimiento del cónyuge no titular

Queda, entonces, por precisar cuáles son las consecuencias de la falta del asentimiento exigido por el art. 1277.

Si bien es cierto que el cónyuge no titular no es parte del acto, entendemos que el asentimiento conyugal resulta condición necesaria para la validez del mismo.

Consecuentemente, el acto celebrado sin la observancia de los extremos exigidos por el art. 1277 se encuentra viciado de una nulidad relativa, oponible únicamente por el cónyuge que debió prestar su asentimiento.

Esta nulidad relativa se funda en la protección al interés familiar y viene a resguardar los derechos del cónyuge no titular con relación a las expectativas comunes sobre el patrimonio que compone la masa de bienes gananciales.

De todo esto se desprende que, una vez celebrado el acto sin el asentimiento del cónyuge del disponente, éste puede, luego, convalidar dicho acto.

Otra consecuencia que surge del vicio que pesa sobre el acto celebrado sin el asentimiento, es la prescriptibilidad. Tratándose de una nulidad relativa, respecto de terceros, la acción prescribe a los 10 años (art. 4023 del Código Civil).

Entre cónyuges en cambio, y conforme al art. 3969 del Código Civil, la acción resulta imprescriptible.

⁴² MAGRI, Carmen Silvia Elena. REVISTA NOTARIAL N° 954; Ed. FEN, Buenos Aires, 2006, pág. 745.

11.3. Asentimiento de ambos cónyuges para disponer del hogar conyugal

El segundo párrafo del art. 1277 contempla otro supuesto en el cual será necesario el asentimiento del cónyuge no titular.

Se trata de los actos de disposición con relación al inmueble en el que esté radicado el hogar conyugal, cuando hubiera hijos menores o incapaces.

En este caso, no importa si el inmueble es propio o ganancial, pues la norma se funda en el interés de la familia en su totalidad, evitando que uno de los cónyuges pueda disponer del bien en el que esté radicado el hogar conyugal sin el consentimiento del otro, y se aplica siguiendo la letra del artículo, aun después de disuelta la sociedad conyugal.

B) CAMBIOS DE LA ESTRUCTURA DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD

12. La estructura familiar

Oportunamente hemos hecho referencia a la estrecha vinculación que existe entre la estructura familiar dada en una sociedad determinada y el régimen patrimonial del matrimonio.

Habiendo transcurrido más de 140 años desde la sanción de nuestro Código Civil hasta nuestros días, tanto la sociedad como la estructura familiar han sufrido importantes cambios.

Las sucesivas reformas en el orden legislativo han tenido como objetivo adecuar la norma a la realidad social. Las Leyes 11.357, 17.711, 23.515 y 26.618, a las que hemos hecho referencia a lo largo de este estudio, pueden considerarse los ejemplos más significativos de este intento por ajustar la norma jurídica a los distintos cambios sociales que se han ido produciendo en nuestro país.

Por todo ello, creemos necesario detenernos en un primer enfoque sociológico del que resultarán las herramientas necesarias para abordar el tema desde el plano jurídico.

Los estudios realizados en torno al origen de la familia han logrado demostrar distintos extremos que hoy en día podemos tomar como premisas para comprender la estructura familiar actual.

Originariamente las organizaciones familiares eran matriarcales, producto de sociedades organizadas en torno a relaciones endogámicas en las cuales las relaciones sexuales se mantenían indiscriminadamente, aunque con algunas excepciones y respetando ciertos lazos de consan-

guinidad, entre todos los varones y mujeres de una misma tribu. Dentro de estas organizaciones, los miembros de la tribu sabían quién era su madre, pero no quién era su padre.

Desde una óptica económica, las tareas necesarias para satisfacer las necesidades del grupo familiar se fueron dividiendo según las diferentes aptitudes físicas del hombre y la mujer. Se llega así al modelo del hombre recolector y al de la mujer dedicada principalmente a la educación de los hijos y las tareas del hogar.

Fue esta estructura la que permitió la posibilidad de la acumulación de riquezas y consecuentemente la intención del hombre de preservar estos bienes para su familia.

De esta manera se llega a la organización familiar patriarcal, a través de la instauración de relaciones monogámicas (relaciones mantenidas entre un solo hombre y una sola mujer), ya que la intención de la preservación de los bienes coadyuva al interés del hombre por conocer quiénes serán sus descendientes.

Durante muchos años la estructura familiar de las diversas sociedades occidentales se mantuvo en base a este esquema: organización patriarcal producto de relaciones monogámicas, dentro de la cual el hombre se dedica a las tareas productoras de recursos y la mujer a las tareas del hogar. Agregamos que es sobre este esquema de familia que se estructura y encuentra fundamento al régimen de comunidad de ganancias.

Al respecto GUSTAVO A. BOSSERT y EDUARDO A. ZANNONI explican: “La familia monogámica va convirtiéndose así en factor económico de producción. No sólo atiende a sus necesidades, sino que se producen en la familia bienes o servicios para negociar. Es la larga etapa histórica de la producción y la manufactura en el pequeño taller familiar... Pero esta situación se revierte cuando a partir del siglo XVIII, las sociedades se transforman por el surgimiento del industrialismo. Ya la producción, salvo en zonas rurales, se desarrolla fuera del ámbito de la familia; se concentra en las industrias, en el ámbito de las empresas, y se masifica”⁴³.

En efecto la Revolución Industrial abre paso a una nueva etapa en la estructura de la familia: tanto las mujeres como los niños empiezan a trabajar en las industrias, pues la aptitud física del hombre deja de ser un factor predominante para el desarrollo de las actividades productoras de recursos.

La inserción de la mujer a los factores de producción, sumada a la desigualdad de trato, fue el punto de partida de la lucha contra la discri-

minación de la mujer, lo que redundará, a través de una paulatina evolución, en el reconocimiento de su igualdad jurídica.

Una importante consecuencia fue el quiebre de la hegemonía del hombre: éste deja de tener una superioridad jerárquica respecto de la mujer. Ubicados en un pie de igualdad mediante la influencia de la conciencia generalizada, nos adentramos en una nueva etapa de cambios en la estructura de la familia. De esta manera se alteran los paradigmas anteriores. Tanto el hombre como la mujer pasan a dedicarse por igual a las diversas tareas productoras de recursos.

Como corolario de estos cambios que se originan con la Revolución Industrial, llegamos a la máxima consagración de la igualdad del hombre y la mujer a través de la aprobación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1979, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que entró en vigor como tratado internacional dos años después.

A su vez, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esta convención adquirió jerarquía constitucional luego de la reforma de nuestra Carta Magna del año 1994, a través de su inclusión en el inciso 22 del art. 75.

13. Enfoque sociológico

Para comprender cabalmente hacia dónde nos dirigimos, debemos aclarar de antemano el siguiente concepto: las realidades sociales se encuentran en un estado de permanente evolución. Al realizar un estudio social debemos necesariamente circunscribirlo a un lugar y a una época determinada. La sociedad argentina del año 2011 no es la misma que la sociedad argentina del año 1871.

Esta aclaración, si bien puede resultar una verdad de perogrullo, deviene necesaria en este punto. Diversos estudios sociológicos consultados se han referido a la “crisis de la familia”, rebatiendo esta idea justamente con el argumento que pretendemos destacar⁴⁴. Es que, en rigor, no estamos frente a una crisis de la estructura familiar, ni se han perdido los valores de lo ético y lo moral, sino que los paradigmas sociales han cambiado. La idea de familia evoluciona, así como también su estructura.

⁴³ BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. Ob. cit., pág. 5.

Cuando se habla de crisis familiar se parte de la idea de considerar que hay un modelo ideal de familia, y que causas exógenas lo degeneran o alteran hacia formas decadentes y corrompidas.

La consecuencia de esta concepción, en el plano de la política legislativa, es aferrarse a las normas vigentes, rechazando o desalentando cambios normativos que den reconocimiento a estas nuevas realidades.

No es este el lugar para juzgar lo valioso o inconveniente de las nuevas formas familiares. Pero sí nos parece necesario afirmar que la historia nos muestra que estas nuevas organizaciones familiares responden a nuevas estructuras sociales objetivas.

Ya hemos visto los cambios que la estructura familiar ha sufrido a través de los siglos. Si preguntáramos a los integrantes de las primeras tribus sobre la eliminación del matriarcado, probablemente se habrían escandalizado. Igual reacción habría tenido el *pater familiae* romano al sugerirle que su descendencia tendría independencia jurídica. El hombre preindustrial se habría horrorizado de solo pensar que su esposa saldría fuera de la casa a trabajar y contribuiría en el sustento del hogar. Hasta no hace muchos años parecía natural que la mujer no tuviese derecho a voto.

Hablar hoy de crisis familiar implica suponer que existió una evolución histórica que dio por resultado, la familia actual como el modelo perfecto de familia. Afirmar eso es no advertir que en cada etapa de la historia se pensó lo mismo.

Con el transcurso del tiempo, los nuevos fenómenos sociales que se presenten darán lugar a nuevas formas de organización social que tal vez hoy nos resulten imposibles de imaginar. Y probablemente los hombres del futuro mirarán con asombro las formas retrasadas de la familia de principios del siglo XXI.

Tomando esta idea como punto de partida, podemos analizar cuáles son los cambios, de qué manera esta evolución repercute en la estructura de la familia y, dando un paso más, podremos preguntarnos qué papel cumple el Derecho frente a estas nuevas realidades sociales.

⁴⁴ Al respecto, ver GUIBOURG, Ricardo A. "Familia", La Ley 2008-C, 1325.

14. De la indisolubilidad a la transitoriedad. La familia ensamblada

Todos estos cambios en la estructura social han ido generando que los lazos entre cónyuges vayan desligándose de la idea de la permanencia e indisolubilidad que en otros tiempos mantenían, para adquirir un carácter de transitoriedad⁴⁵.

Esto coadyuva a la formación de un gran número de familias constituidas por matrimonios contraídos en segundas o ulteriores nupcias, luego de haber obtenido la sentencia judicial que determine su divorcio vincular de sus nupcias anteriores.

De esta manera, nos encontramos frente a un nuevo tipo de familia: *la familia ensamblada*⁴⁶. Ésta se caracteriza por estar conformada por matrimonios o uniones tras la separación, divorcio o viudez de un matrimonio o unión anterior del cual uno o ambos cónyuges ha o han tenido hijos, con lo cual encontramos diferentes lazos de afinidad. Así se generan vínculos entre un hijo y la esposa de su padre; entre un padre y los hijos de su esposa; y entre éstos y los hijos del esposo de su madre.

La realidad social actual nos demuestra que cada vez son mayores las familias ensambladas existentes. Desde el plano jurídico ya se han reconocido estos lazos familiares entre los diferentes miembros de este tipo de familias⁴⁷. Sin embargo, en lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio, encontramos una ausencia legal que recoja y adecue la norma a estas nuevas realidades en la estructura familiar.

15. Independencia del concepto sociológico de familia con el concepto jurídico de matrimonio

Como se observa, de la misma definición de familia ensamblada surge que la celebración de un matrimonio previo y su posterior disolución, no es un requisito necesario para su existencia, pues podría suceder que de una simple unión de hecho nacieran hijos y sus progenitores se separaran conformando nuevas familias, las cuales, a su vez, serían familias

⁴⁵ Al respecto, ver SALANUEVA, Olga. "Familia y la judicialización de los conflictos familiares", UNLP 2008-38, 01/01/2008, 795.

⁴⁶ Por oposición a la *familia nuclear*, compuesta por el padre, la madre y los hijos que se encuentran bajo la esfera de protección de sus progenitores.

⁴⁷ En efecto, el art. 363 del Código Civil establece que, entre padrastrós y entenados (hijastros) existe parentesco por afinidad en primer grado. Consecuentemente, y en virtud de lo dispuesto

ensambladas sin que fuera necesaria tampoco la celebración del matrimonio de esta nueva unión, pues el concepto sociológico de familia es independiente del concepto jurídico de matrimonio.

Por otra parte, la celebración de un matrimonio en segundas nupcias no implica, necesariamente, la conformación de una familia ensamblada, pues también podría suceder que del primer matrimonio no hubiera nacido ningún hijo. Consecuentemente, de un matrimonio celebrado en segundas nupcias puede devenir la conformación de una familia nuclear.

16. Matrimonios en segundas o ulteriores nupcias

Hecha esta aclaración, nos encontramos en condición de destacar las notas características que presentan los matrimonios celebrados en segundas o ulteriores nupcias.

Por un lado, se ha sostenido que quienes "...han padecido dolorosos litigios económicos con motivo de la disolución y el reparto de los bienes de la comunidad de gananciales vivida en sus matrimonios anteriores... en caso de reincidir en uniones afectivas, en la actualidad prefieren esquivar el matrimonio debido a su régimen comunitario imperativo y forzoso y buscar el refugio en las uniones de hecho"⁴⁸.

Coincidimos con esta opinión, pues creemos que la exigencia de la formación de una nueva comunidad constituye un factor que disminuye la nupcialidad para quienes se encuentran en situación de contraer su segundo o ulterior matrimonio.

En otro orden de ideas creemos que la celebración de un matrimonio en segundas nupcias resulta ser un indicador que permite presuponer la conformación de una familia ensamblada. Si bien hemos dejado en claro, párrafos atrás, que no hay una vinculación necesaria entre ambos conceptos, creemos que sí existe una estrecha vinculación fáctica entre los matrimonios celebrados en segundas nupcias y la conformación de una familia ensamblada.

por el art. 368, este lazo genera el deber de alimentos. A su vez, el art. 166 dispone que el parentesco por afinidad en línea recta configura un impedimento para contraer matrimonio.

⁴⁸ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. "Admisión de régimen opcional", Ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Córdoba, del 24 al 26 de septiembre de 2009.

Como tercera nota característica, señalamos que en la generalidad de los casos⁴⁹ la *familia nuclear* se origina con la unión de dos personas que se encuentran en una etapa inicial de sus vidas con la intención de recorrer un camino en común, compartiendo los esfuerzos y afrontando las diversas tareas que la conformación de la familia demanda.

Desde un plano económico, los patrimonios de los cónyuges se encontrarán en un período de gestación, así como también las fuentes productoras de recursos, lo cual nos permite presumir la ausencia de un patrimonio formado con anterioridad a la celebración del matrimonio.

En cambio la *familia ensamblada* se origina con la unión de dos personas y, al menos una de ellas, ya ha transitado una parte de su vida en matrimonio o unión de hecho previamente. Los hijos del matrimonio o unión anterior sumados a la existencia de un patrimonio formado, fruto de esfuerzos previos, que sea a su vez generador de riquezas, constituyen factores que permiten diferenciar claramente la situación de hecho en la que se encuentran los futuros contrayentes en uno y otro caso.

17. Reflexión sobre la conveniencia del régimen de comunidad de ganancias

Luego de esta sucinta referencia histórica, volvemos a ubicarnos en el punto desde el cual partimos, analizándolo desde un nuevo enfoque, e invitamos a realizar la siguiente reflexión: ¿el régimen de comunidad de ganancias como régimen legal, único y forzoso dentro de nuestro derecho positivo, resulta adecuado para esta nueva realidad social?

Sin aventurarnos a dar una respuesta apresurada, podemos afirmar que resulta, cuanto menos, insuficiente, pues como dijimos párrafos atrás, la exigencia de la formación de una nueva comunidad de ganancias puede desalentar el deseo de quienes, luego de haber afrontado una separación de su primer matrimonio, desean contraer nuevas nupcias.

Por otra parte, al encontrarse los futuros contrayentes en un pie de igualdad, se pierde la necesidad de establecer el régimen de comunidad como único y forzoso, pues no habría, en la relación, una parte más vulnerable a la cual se deba proteger en sus derechos.

⁴⁹ Nos referimos a la generalidad de los casos dejando al margen las excepciones, pues creemos que dentro de las ciencias sociales no es posible adoptar criterios absolutos a la manera de un dogma científico.

Al respecto, ADRIANA N. KRASNOW, al referirse al régimen de comunidad vigente en el derecho argentino, ha dicho: “Este sistema guardaba armonía con el modelo de familia existente en la época de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, cuando la actuación de la mujer quedaba limitada al ámbito doméstico. En la actualidad posmoderna, con una ubicación familiar y económica social idéntica entre la mujer y el marido, se impone la necesidad de adaptar la normativa vigente a las nuevas realidades sociales”⁵⁰.

A su vez, y respecto de los matrimonios celebrados en segundas nupcias, al presuponer una experiencia previa de los contrayentes, un patrimonio ya formado y una formación profesional o laboral afianzada, parecería más justo la no imposición del régimen de comunidad de ganancias de manera forzosa.

El orden público que rige en la materia parece incompatible con la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad no debe, necesariamente, ser absoluta. Permitir a los futuros contrayentes la libertad de elegir mediante convenciones prematrimoniales entre diferentes regímenes patrimoniales, representaría un paso en pos de la mentada autonomía de la voluntad, hacia la adecuación de la norma jurídica a las nuevas realidades sociales.

C) PROPUESTAS DE CAMBIO

18. Proyección del régimen patrimonial del matrimonio argentino en miras a una futura reforma legislativa

Todo lo dicho hasta aquí resulta del análisis del régimen patrimonial del matrimonio vigente en el derecho argentino.

En adelante analizaremos los diferentes aportes que la doctrina ha realizado con relación al régimen patrimonial matrimonial y la reforma legislativa proyectada.

Partiremos del proyecto de reforma elaborado por la comisión legislativa designada por decreto 468/92 (en adelante proyecto del año 1993),

⁵⁰ KRASNOW, Adriana N. “El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino”, *Revista de Derecho Privado Externado*, 17-2009, págs. 203 a 224.

el cual se encarga de reformular íntegramente el régimen patrimonial en el derecho argentino desde el art. 495 en adelante. Posteriormente, el proyecto elaborado por la comisión legislativa designada por decreto 685/95 (en adelante proyecto del año 1998) viene a aportar, a nuestro criterio, importantes innovaciones que, como oportunamente destacaremos, implican un avance considerable en pos de la reformulación del sistema argentino.

Más adelante, nos detendremos en las principales resoluciones y ponencias propuestas en el marco de las diferentes jornadas, congresos y encuentros que se han desarrollado a lo largo de los últimos 30 años en relación al tema.

18.1. Proyectos de reforma del Código Civil (del año 1993 y 1998)

El art. 495 del proyecto del año 1993⁵¹ es el que se encarga de dar inicio a la Sección Tercera (“Del Régimen Patrimonial del Matrimonio”), Título I (“Disposiciones Generales”), Capítulo I (“De las Convenciones Matrimoniales”). Dispone en su inciso 4° que, antes de la celebración del matrimonio, los futuros contrayentes pueden, mediante convención, optar por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en el código. El art. 497, a su vez, establece a la escritura pública como forma de esas convenciones y, como requisito de oponibilidad frente a terceros, la necesidad de que su otorgamiento deba ser mencionado en el acta de matrimonio.

Dentro de las opciones de los diferentes regímenes patrimoniales, el proyecto prevé, en su art. 514, y como régimen supletorio, al régimen de comunidad. Es decir que ante la falta de elección de los cónyuges por alguno de los otros dos regímenes, se aplicará éste. A su vez, el art. 556 del proyecto prevé la elección por el régimen de separación de bienes, y el art. 561, el de participación en las ganancias como regímenes convencionales.

Al igual que en el proyecto del año 1993⁵², en el proyecto del año 1998 se establece la opción, a los cónyuges, de la elección por uno de los regímenes previstos (art. 438), sólo que en este proyecto son dos: el de comunidad (con carácter supletorio según el art. 456), y el de separación de bienes (art. 497).

⁵¹ Cuya comisión estuvo integrada por Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni.

Dejamos de lado la consideración de los restantes puntos tratados en los proyectos de reforma, pues creemos que exceden los propósitos del presente estudio, aunque destacamos que en ambos se elimina la posibilidad de la calificación mixta de los bienes.

18.2. XXX Jornada Notarial Bonaerense (Villa Gesell, 22 al 25 de Noviembre de 1995)

Dentro del Tema IV, Subtema 4: Régimen Patrimonial Matrimonial y la reforma legislativa proyectada, la comisión ha resuelto que: “24) Una futura reforma legislativa deberá regular la existencia de pluralidad de regímenes patrimoniales matrimoniales de fuente legal. 25) La elección del régimen patrimonial matrimonial por parte de los futuros contrayentes deberá realizarse por convención celebrada por escritura pública. 26) La misma deberá publicarse a través de su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. 27) En caso de no existir por parte de los futuros cónyuges la elección mencionada se aplicará el régimen patrimonial supletorio. 28) Los cónyuges podrán cambiar el régimen patrimonial elegido, transcurrido un plazo mínimo legal, en la vía notarial y sin homologación judicial. 29) Cada mutación deberá adquirir publicidad registral no sólo en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sino también en los registros correspondientes a los bienes comprendidos”.

18.3. X Congreso Internacional de derecho de Familia (Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998)

La Comisión N° 3 dentro del Subtema “Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad”, se ha encargado de elaborar por mayoría las siguientes recomendaciones: “1) 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; 2) El ordenamiento jurídico debe admitir que los cónyuges elijan el régimen patrimonial que más les convenga. El legislador deberá determinar si esa opción es libre o si sólo se puede optar entre regímenes patrimoniales previamente

⁵² La comisión encargada de elaborar este proyecto estuvo integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

establecidos. A falta de régimen regirá supletoriamente el régimen de comunidad de bienes, o el que prevea la ley; 3) 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... 8) Las convenciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio deben ser formales y satisfacer las exigencias del régimen publicitario registral para la protección de terceros...”.

18.4. Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur (Buenos Aires, 23 al 25 de junio de 2005)

Con la idea de unificar el régimen patrimonial entre los países miembros del Mercosur, la ponencia presentada por las doctoras Lorena B. Del Carlo, Sofía Ferrazza, María Clara Lombardo, Elena B. Radyk y Adriana N. Krasnow, también recepta el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, proyectando un sistema dentro del cual los futuros contrayentes podrán optar por uno de los cuatro regímenes posibles: 1) Comunidad de ganancias bajo administración conjunta; 2) Comunidad de ganancias bajo administración separada; 3) Separación de bienes y 4) participación diferida.

A su vez se deberá fijar un régimen supletorio, y la elección deberá realizarse por escritura pública o a través de la manifestación de voluntad prestada ante el oficial público al momento de la celebración del matrimonio.

18.5. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 24 a 26 de Septiembre de 2009)

La Comisión N° 12, encargada de desarrollar el tema de la Flexibilización del Régimen de Bienes y Convenciones Matrimoniales, ha adoptado las siguientes conclusiones de *lege ferenda*: “1) Realizar una revisión integral y crítica del sistema vigente, el que debe mantenerse con tales ajustes, como sistema legal supletorio; 2) Admitir la posibilidad de optar por otros regímenes patrimoniales de matrimonio; y 3) Establecer un conjunto de normas básicas, imperativas e inderogables, que regulen las cuestiones patrimoniales del matrimonio en todos los regímenes, sean convencionales o legales. Tales como: el deber de contribución entre los cónyuges, la responsabilidad por uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro para atender las necesidades del hogar, la protección integral de la vivienda y de los enseres que le son funcionales”.

18.6. XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, del 21 al 26 de septiembre de 1986)

Por último, en el marco del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, la primera comisión encargada de tratar el tema: “La influencia del derecho público sobre el derecho de familia”, en base a la ponencia presentada por la delegación argentina, cuyo delegado nacional fue Marcelo N. Falbo, resolvió: “-Que los diversos ordenamientos deben reconocer la madurez y capacidad de los miembros de la familia, de acuerdo con las indicaciones de la realidad social, permitiendo la estipulación de convenciones matrimoniales en la medida en que no perjudiquen el interés público; -Que el notariado latino, como guardián de la imparcialidad, de la permanencia, de la legalidad, de la autenticidad y de la exactitud, constituye un instrumento adecuado para el feliz desarrollo del derecho de familia y de las sucesiones, colaborando con el Estado en la formación de la voluntad de los ciudadanos y como equilibrador de los intereses individuales y sociales”.

Destacamos la importancia de las resoluciones propuestas en el Congreso, por cuanto representan un valioso antecedente que demuestra, a la postre, que la idea de la modificación del régimen patrimonial del matrimonio venía gestándose en el notariado argentino desde hace un cuarto de siglo.

19. Análisis de los aportes de las jornadas, congresos y proyectos de reforma

Como podemos observar en el punto anterior, todas las conclusiones y ponencias coinciden en los siguientes aspectos: la necesidad de admitir una pluralidad de regímenes patrimoniales del matrimonio, y la previsión legal de un régimen patrimonial supletorio. A su vez, ambos proyectos de reforma así lo han establecido.

Dejando de lado la consideración de otros aspectos tratados, tomaremos estas dos afirmaciones como premisas desde las cuales partimos para elaborar una adecuada proyección del régimen patrimonial, en miras a una futura reforma legislativa.

Desde un enfoque consuetudinario podemos destacar el arraigo del régimen de comunidad de ganancias existente en nuestra sociedad, a tal punto que suele entenderse que la comunidad de vida y la comunidad de bienes son conceptos que se encuentran íntimamente relacionados entre sí, de manera que no parece concebible su disociación.

Sin embargo esta relación entre ambos conceptos no responde a cuestiones filosóficas o jurídicas sino, como dijimos, a la costumbre férreamente instaurada en la sociedad. La creencia de que a la comunidad de vida debe seguirle necesariamente una comunidad de bienes resulta ser, consecuentemente, errónea.

No obstante lo antedicho, creemos que sí debe considerarse esta misma costumbre a la hora de proyectar el sistema del régimen patrimonial matrimonial en miras a una futura reforma, en lo que respecta a los regímenes entre los que podrán optar los futuros contrayentes.

Oportunamente destacamos que, mientras que el proyecto de reforma del Código Civil del 93' preveía la opción entre el régimen de comunidad, de separación de bienes y de participación en las ganancias; el proyecto de reforma del Código Civil del 98' sólo previó la opción entre los dos primeros, dejando afuera el régimen de participación. Nos inclinamos por la opción propuesta en el proyecto del año 1998 por cuanto resulta, justamente, acorde a las costumbres instauradas en nuestra sociedad. Creemos que la inclusión del régimen de participación en las ganancias en nuestro sistema jurídico acarrearía más inconvenientes que virtudes.

Por todo esto proponemos que en miras a una futura reforma legislativa que modifique el régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino se establezca la posibilidad para los futuros contrayentes, de optar mediante convenciones prematrimoniales, por uno de los dos regímenes legales establecidos: el régimen de comunidad de ganancias o el de separación de bienes.

20. El régimen supletorio aplicable

Respecto del régimen supletorio aplicable, ante la falta de convención de los futuros contrayentes, entendemos que resulta ser un tema que merece una especial consideración por la trascendencia del mismo en relación al sistema de regímenes patrimoniales del matrimonio en el derecho argentino.

Siguiendo con la idea de que el derecho no debe mostrarse ajeno a las nuevas realidades sociales, creemos que resultaría provechoso delimitar dos tipos jurídicos diferentes que logren contemplar, por un lado, la situación de quienes celebran sus primeras nupcias, y por el otro, la situación de quienes contraigan sus segundas o ulteriores nupcias.

Y también aquí partimos de un presupuesto: la realidad de la sociedad argentina pareciera mostrar que, en el camino de tomar la deci-

sión de contraer nupcias, los futuros cónyuges no reflexionan sobre las consecuencias patrimoniales que aparejará esta nueva unión, ni mucho menos, una eventual ruptura.

Es el amor y, no, la especulación económica lo que debe primar en esos momentos.

Suponemos aquí que no será habitual que los futuros contrayentes resuelvan, previo a su matrimonio, establecer convencionalmente el régimen patrimonial al que deberá someterse su matrimonio.

Consecuentemente, será fundamental, en este punto, ante la ausencia de una tradición en la celebración de convenciones prenupciales en nuestro país, que la ley supla la voluntad de los futuros contrayentes, con el régimen más justo a aplicar, teniendo en consideración las distintas realidades que estos nuevos matrimonios traigan aparejadas.

Vimos ya que no es la misma situación de hecho la de quienes se encuentran en condiciones de contraer sus primeras nupcias, que la de quienes contraigan nupcias ulteriores⁵³. Por ello parece conveniente alterar el régimen supletorio según las nupcias en las que el matrimonio se contraiga, siendo en el primer caso el de comunidad de ganancias y, en el segundo, el de separación de bienes⁵⁴.

Claro está que, en ambos casos y por imperio de la autonomía de la voluntad, los esposos siempre tendrán la opción de elegir uno u otro régimen mediante la celebración de pactos prematrimoniales.

Diversas cuestiones que oportunamente hemos destacado confluyen en pos de la implementación de un cambio en el sentido propiciado: la igualdad entre los cónyuges; el carácter transitorio de los matrimonios, la estrecha vinculación fáctica entre los matrimonios; celebrados en segundas nupcias y la conformación de una familia ensamblada; la existencia, en algunos casos, de un patrimonio formado por parte de quienes deseen

⁵³ Ver supra Punto 16.

⁵⁴ La diferenciación de distintas situaciones de hecho que anteceden al matrimonio que tenga recepción legal en la implementación de un régimen patrimonial matrimonial, no resulta fácil de admitir para nuestra cultura jurídica. El actual Código Civil de Brasil, en su art. 1641 impone de manera forzosa el régimen de separación de bienes para los contrayentes en determinados casos: "Es obligatorio el régimen de separación de bienes en el casamiento: 1) De las personas que lo contrajeran con inobservancia de las causas suspensivas de la celebración del casamiento. 2) De la persona mayor de 70 (setenta) años. 3) De todos los que dependieren para casarse de auxilio judicial". Nos resulta más equitativo y admisible el mantener el principio de la libertad, distinguiendo solamente el régimen supletorio que atienda a las diferentes realidades sociales.

contraer matrimonio; la preparación profesional o laboral (productora de futuros recursos) formada con anterioridad al matrimonio y sin la participación ni el esfuerzo del otro contrayente y la ausencia de una tradición en nuestro país en la celebración de convenciones prenupciales constituyen los pilares esenciales sobre los que basamos la propuesta.

21. Consideración final

Teniendo en cuenta el sistema vigente actualmente en el derecho argentino, puede resultar impensada la implementación de una modificación en el sentido que acabamos de proponer. Por cuestiones de extensión no hemos analizado, dentro del presente desarrollo, el tema del régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado (análisis que quedará pendiente para un estudio posterior). Por ello creemos necesario aclarar en este punto, que en la actualidad existen los más diversos sistemas de regímenes patrimoniales matrimoniales.

En los principales sistemas jurídicos de origen romanista se ha receptado el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio. Las legislaciones de Francia, España, Chile, Uruguay y Brasil, entre otras, nos sirven de guía para comprender la evolución que esta institución ha sufrido a través de los años.

Las características de nuestro sistema, al receptar solamente el régimen de comunidad de ganancias como régimen único y forzoso, hacen aún más dificultosa la tarea de proponer los cambios legislativos necesarios con el fin de adecuar la norma a las nuevas realidades sociales. Quizás, en este punto, los proyectos de reforma a los cuales hemos hecho referencia nos sean de utilidad como antecedente normativo en la República Argentina. También encontramos un caso interesante en el sistema adoptado por el nuevo Código Civil de Brasil, al cual hemos hecho oportuna mención.

Conscientes de que estamos presentando una propuesta que no reconoce antecedentes directos en el derecho comparado, creemos que tal vez, para muchos resulta interesante y, para otros, exageradamente innovadora y hasta injustificada.

En esencia, primó en nuestra conciencia el sobreponer la libertad de cada mujer y de cada hombre en la elección de su destino, y apostar a que esa primer y originaria decisión de llevar a cabo una vida en común con el ser amado, sea conformando una comunidad en todos los sentidos.

Pero más allá de la propuesta que hoy presentamos, lo que consideramos de mayor trascendencia es comprender que es un deber del estudioso abrir su mente para imaginar respuestas impensadas que den soluciones a los nuevos planteos de vida de la sociedad actual, pues puede suceder que las respuestas convencionales e históricas que hoy brindan las legislaciones no satisfagan las realidades cambiantes de los nuevos tiempos.

D) PONENCIAS

Por todo esto proponemos:

- 1) Que en una futura reforma legislativa se modifique el régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino, estableciendo la posibilidad para los futuros contrayentes, de optar, mediante convenciones prematrimoniales, por uno de los dos regímenes legales establecidos: el régimen de comunidad de ganancias o el de separación de bienes.
- 2) Que para los matrimonios celebrados en primeras nupcias, ante la falta de convención prematrimonial, opere como régimen supletorio el de comunidad de ganancias.
- 3) Que respecto de los matrimonios celebrados en segundas o ulteriores nupcias, ante la falta de convención prematrimonial, opere como régimen supletorio el régimen de separación de bienes.

E) BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto César; Bergel, Salvador Darío; Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa; Le Pera, Sergio; Rivera, Julio César; Videla Escalada, Federico N. y Zannoni, Eduardo Antonio. *Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*, "Familia", LL, T. 1., Buenos Aires, 10ma. edición actualizada por Borda, Guillermo J., 2008.
- BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 6ta Ed., 2004.
- DODDA, Zulma A. "Proyecto Código Civil y Comercial unificado Decreto 685/95: primeras reflexiones sobre algunos temas". Separata de REVISTA NOTARIAL.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio. "Admisión de régimen opcional", Ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Córdoba, del 24 al 26 de septiembre de 2009.
- FASSI, Santiago C. y Bossert, Gustavo A. *Sociedad Conyugal*, Ed. Astrea, T.1, Buenos Aires, 1977.
- FLEITAS ORTIZ de ROSAS, Abel y Roveda, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*, 2da ed. LL, Buenos Aires, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo A. "Familia", La Ley 2008-C, 1325.
- KRASNOW, Adriana N. "El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino", Revista de Derecho Privado Externado, 17-2009, págs. 203 a 224.
- MAGRI, Carmen Silvia Elena. REVISTA NOTARIAL N° 954, Buenos Aires, 2006, pág. 745.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "Las deudas de los cónyuges después de la ley 26.618"; LL. 16/06/2011.
- RÉBORA, Juan Carlos. *Instituciones de la familia*, T.III "Del régimen de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges", Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1947.
- Revista Internacional del Notariado, año XXXVI, N° 82, Ed. ONPI, Buenos Aires, 1986.
- SALANUEVA, Olga. "Familia y la judicialización de los conflictos familiares", UNLP 2008-38, 01/01/2008, 795.
- VIRAMONTE, Carlos Ignacio. "Los bienes de origen dudoso en el matrimonio", DJ 17/05/2006, 151.
- X Congreso Internacional de Derecho de Familia, JA 1999-I, pág. 1025 y sigts.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 5ta ed.