

Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones

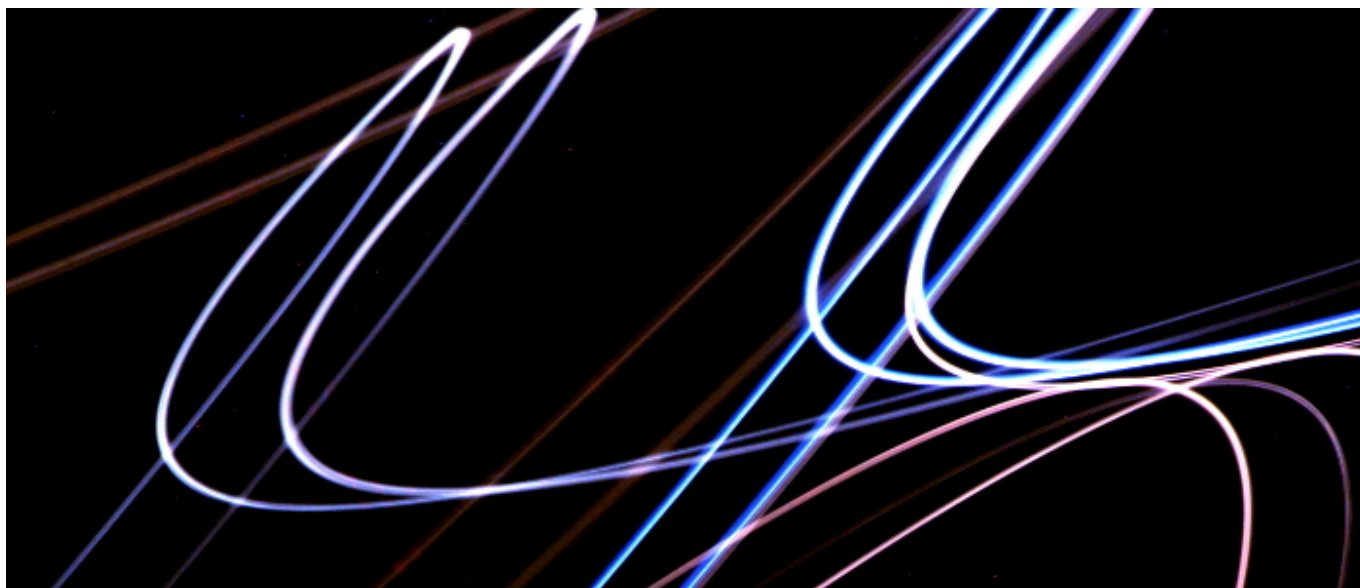


Imagen: [Kevin Dooley](#). CC.

Autores: **Karen M. Weiss** | **Gastón A. Zavala** ([ver bio](#))

Resumen: Análisis de la materia en el Código Civil y Comercial. Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales típicos, formales, facultativos y registrables, sujetos a la condición del matrimonio válido y a otras condiciones suspensivas. La escritura pública es el instrumento adecuado para convenciones matrimoniales, uniones convivenciales, y para quienes hayan capitulado o casado en el extranjero, trasladen su domicilio a la argentina y opten por este derecho. La protección de la vivienda habitual de la familia no requiere registro ni publicidad jurídica. No es causa de observación del título del inmueble la falta de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular manifiesta que no constituye vivienda familiar. Es factible otorgar el asentimiento anticipado siempre que se consignen en el acto los elementos constitutivos. Se diferencia el asentimiento para el otorgamiento de actos que afecten a la vivienda del que enajene un ganancial. El poder especial entre cónyuges para dar el asentimiento respecto de bienes gananciales se encuentra admitido. Se posibilita la autorregulación de intereses patrimoniales para las uniones convivenciales a través de la celebración de un pacto escrito. La convención prenupcial y matrimonial no realizada por escritura pública es inválida. Se considera adecuado que antes del trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión post comunitaria. La división del patrimonio poscomunitario puede realizarse de manera perfecta. *

1. Introducción

La unión en matrimonio y la simple convivencia conllevan una noción sociológica fundamental, generadora de un sinfín de efectos económicos, culturales y normativos que caracterizan la sociedad contemporánea. La sanción de la Ley [26618](#) modificó los requisitos del acto jurídico matrimonial, que tradicionalmente debía celebrarse entre hombre y mujer (art. 172 [CCIV](#)), *aggiornándolo* a contrayentes sin mención de género.

El [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, el Código o CCCN) reitera que el consentimiento conjunto de ambos contrayentes es indispensable para la existencia del matrimonio y destaca, dentro del capítulo “Principios de libertad e igualdad” del matrimonio, que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes y los efectos que este produce, y concluye con la aclaración que puede ser constituido por “dos personas de distinto o igual sexo” –debió decir *género*–. Este encuadre liberador de los requisitos y efectos personales del matrimonio, incluso de la familia, evidencia un desajuste con la regulación conservadora que se mantuvo en cuanto a sus efectos económicos. Para Basset, debería eliminarse toda regulación, asignar plena libertad a los cónyuges y establecer un sistema de separación cuyo único gravamen a las libertades individuales de disposición estuviera dado por la protección de los derechos de los niños. [1](#)

El Código evoluciona en esta temática frente a su antecedente de 1869. [2](#) En su metodología normativa del segundo libro (destinado a las relaciones de familia) diagrama un título destinado al matrimonio, otro al régimen económico y otro a uniones convivenciales (además de otros cinco títulos que componen el libro). Se destierra el desafortunado concepto de sociedad conyugal. Brinda la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales tasados para el matrimonio y se contempla un estatuto patrimonial de base, aplicable a cualquiera de los estatutos económicos o de disciplinamiento que rija al matrimonio. Este régimen imperativo fija las contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limita la autonomía de la esfera de acción de los cónyuges de diversas formas.

Podemos definir el régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés– patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges y entre estos y terceros. [3](#) Con la sola celebración del matrimonio, ante la ausencia de convención matrimonial, de manera subsidiaria rige el régimen de comunidad. En el Código Civil, este estatuto era imperativo, la voluntad de los cónyuges no incidía en su estructura ni en la fecha de entrada de vigencia; solo se circunscribía a dar nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustentaba (sin perjuicio de los supuestos de excepción para cambiarlo).

Sin importar el régimen económico que se adopte, dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de estos con terceros. Es esencial satisfacer internamente los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la contribución a los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes de cada uno de los cónyuges. En las relaciones con terceros, lo prioritario es mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes han establecido con ellos relaciones jurídicas de orden patrimonial. [4](#)

2. Orden público y autonomía de la voluntad

Lejos del criterio restrictivo e imperativo sentado por Vélez Sarsfield, el X Congreso Internacional de

Derecho de Familia (Mendoza, 1998) consideró que

La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella.

No se menoscaba el orden público ni se afecta la seguridad jurídica por el solo hecho de dársele cabida a la autonomía de la voluntad y permitir optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites y principios (protección de la familia, hijos menores de edad o incapaces, derechos de terceros). [5](#) Admitida la posibilidad de elección, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica o no.

La compatibilidad se presenta según que la ley posibilite elegir entre dos o más regímenes alternativos específicamente regulados hasta contraer nupcias, impidiéndoles luego cambiarlo o establecer modificaciones; hacer combinaciones entre los regímenes tipo para introducir variaciones o para pactar un régimen distinto a los ofrecidos por la legislación local; o una vez casados, mutar de un régimen a otro, sin introducir alteraciones. La última de las variables expuestas, que conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público, es a la que adhirió [el Código](#) de 2014.

La faz pública se encuentra en la determinación de la estructura legal que diagrama el Estado y en la que podrá posicionarse patrimonialmente cada matrimonio, especificándose en cada uno de ellos los derechos, los deberes, las cargas comunes, etc. que imperarán, y, a través de la justicia, evaluar el cumplimiento al marco de ejercicio. La autonomía de la voluntad oscilará entre los contrayentes, permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro o simplemente no optar por ninguno, para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y entre los cónyuges, permitiéndoles variar de régimen por considerar que se equivocaron en su decisión u omisión inicial o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad se modificaron y consideran entonces oportuno mutar de régimen.

Los cónyuges son los más capacitados para planear su futuro, organizarlo y proteger su patrimonio familiar. El Estado no puede contemplar en su espectro jurídico la vida interna de cada matrimonio ni prever su organización o administración hogareña o si uno solo o ambos cónyuges serán los que aporten bienes para el mantenimiento del hogar, ni evitar que ellos lo determinen. No obstante, sí puede imponer límites, que van desde el respeto al orden público, las buenas costumbres, la igualdad de los cónyuges, hasta la elaboración de un estatuto patrimonial primario en protección de la familia y su hogar. Medina [6](#) expresa:

... estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a la minoría arbitrariamente la regulación de sus derechos.

El estatuto económico del matrimonio debe adecuarse a la laxa disciplina que la ley le impone a la institución, pero el tono de imperatividad de sus normas debería sincerarse con la realidad de que el matrimonio civil, declinante por obra misma del legislador, no puede estar regulado respecto de sus aspectos económicos, como en los tiempos de su esplendor. [7](#)

3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero

Hasta la sanción de la Ley [26994](#), la República Argentina era el único miembro del [Mercosur](#) (y uno de los pocos en América) que vedaba la autonomía de la voluntad para escoger un estatuto de *disciplinamiento* matrimonial. El esquema de Vélez Sarsfield (según Ley 2393) necesitaba una adecuación de las normas de derecho internacional privado para evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas que ya se habían suscitado. [8](#)

La Ley [23515](#) incorporó un punto de conexión fundamental (art. 163 [CCIV](#)) y unificó en el primer domicilio conyugal todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. Así, fueron aplicables en nuestro país las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero y también se posibilitó que esas convenciones fueran celebradas aquí si el primer domicilio conyugal fijado en país extranjero las admitía y allí fuera aplicable la convención formalizada. [9](#)

El [Código](#) sancionado en 2014 sigue con el lineamiento del artículo 163 del Código Civil, en consonancia con los Tratados de Montevideo de 1889 ([Ley 3192](#)) [10](#) y de 1940 (Decreto-ley [7771/1956](#)): el artículo 2625 CCCN establece que el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, también aplicable para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio, y que las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. [11](#) Si los cónyuges deciden cambiar su domicilio a este país, puedan hacer constar en “instrumento público” (no se especifica cuál) su opción de aplicar el derecho argentino. Pensamos que la escritura pública cumple acabadamente con la garantía que la norma requiere de que el ejercicio de esta facultad no afecte el derecho de terceros. Ese primer domicilio es el hecho que condiciona la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que luego muden el lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. En virtud de esto, un matrimonio celebrado e instalado en nuestro territorio y que luego se radicase en otro país que tuviese un régimen único podría celebrar convención matrimonial y cambiar de régimen económico.

El Tratado de Montevideo de 1940 aclara como límite al régimen de bienes convenido aplicable de fuente foránea según el primer domicilio conyugal, todo lo que sea de estricto carácter real que esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. Esto no implica una contradicción, sino que conjuga el estatuto patrimonial matrimonial con aspectos de los bienes inmuebles distintos de aquellos que considera el régimen económico, y respeta la normativa local cuando estuviese en contradicción con la ley extranjera aplicable (p. ej., la determinación de la calidad de los inmuebles, la capacidad para adquirirlos, el modo de transferirlos, solemnidades que deben acompañarlos, etc.; así, no podrían constituir en nuestro país un derecho real no reconocido por nuestra ley). [12](#)

Con respecto a la forma de las convenciones, continúa vigente el principio “*lex loci regit actum*”, por lo que se aplica la ley del lugar del otorgamiento del acto, por ser un acto jurídico, mientras no se viole el orden público internacional.

4. Estipulaciones capitulares

4.1. Críticas

Vélez Sarsfield consideraba que en esta nación nunca se habían visto contratos de matrimonio, que no aparecían como necesarios y podían conservarse las costumbres del país. Eligió regular las

convenciones matrimoniales con los contratos ordinarios (sección tercera del libro II del CCIV). [13](#) Pensamos que si no hubo costumbre a favor de las convenciones, es porque el marco legal no lo permitía.

La distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley; se trata de otorgarles a las partes el derecho a convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta, al momento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro. [14](#) En el mismo sentido que el régimen anterior, los futuros esposos solo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten [15](#) y no pueden prever cómo se solucionarán sus relaciones en caso de ruptura o fallecimiento (el art. 447 [CCCN](#) es determinante). Si los futuros esposos realizan una convención sobre otro objeto relativo a su matrimonio distinto a los autorizados por el artículo 446 [CCCN](#), aquella se verá afectada de nulidad, aunque relativa (arts. 279, 386 y 388), ya que la sanción es en protección del interés de los esposos. [16](#)

Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares, patrimoniales; acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato (los enumerados en los incs. c] y d] art. 446) o, simplemente, consistir en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran (incs. a] y b], art. 446). Más allá de las restricciones legales, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones contractuales, y, en función de la definición del artículo 957 [CCCN](#), pueden caracterizarse como contratos. De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual. [17](#)

4.2. Convenciones atípicas

Las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico están prohibidas en el nuevo Código al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), ya que las convenciones antes del matrimonio únicamente pueden versar sobre determinados objetos (art. 446).

4.3. Objeto

El régimen vigente amplía –parcialmente– el objeto tradicional de las convenciones matrimoniales. Los futuros cónyuges pueden pactar:

- a) *La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.* Es un medio para preconstituir la prueba en relación con el carácter de los bienes inventariados y así evitar cuestionamientos futuros. [18](#)
- b) *La enunciación de deudas.* Es otra forma de acreditar su existencia y así, al momento de la extinción de la comunidad, se transforma en el derecho de recompensa que tiene el cónyuge si una deuda personal del otro fue solventada con fondos gananciales (arts. 489, 490 y 468).
- c) *Las donaciones que se hagan entre ellos.* Este tipo de donaciones se rige por las normas relativas al contrato de donación y solo tienen efecto si el matrimonio se celebra. [19](#) La convención pre matrimonial es la oportunidad que tienen los contrayentes para hacerse donaciones, ya que luego de celebrado el matrimonio, rige para ellos la prohibición del artículo 1002, inciso d), si quedan sujetos al régimen de comunidad. Esta limitación no rige si su régimen es el de separación.

Si el matrimonio no se celebra, todas las donaciones contenidas en la convención o fuera de ella pero en miras al futuro matrimonio podrán considerarse pagos sin causa y el donatario deberá restituir lo donado y sus accesorios. Las donaciones que, en razón del matrimonio

futuro, les efectuaran los terceros también llevan implícita la condición de que el matrimonio se celebre y sea válido (art. 452); si no se celebra, deberán restituirse al tercero los objetos donados.

El plazo de validez de la oferta de donación que un tercero haga a uno de los novios o a ambos se fija en un año; transcurrido, queda sin efecto si el matrimonio no se celebra. La oferta puede ser revocada antes de ser aceptada.

- d) *La opción que los futuros esposos hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos.* Los contrayentes solo pueden optar como estatuto regulador de sus relaciones patrimoniales por el de separación de bienes; si no celebran capitulación prematrimonial quedarán sujetos al régimen de comunidad.

4.4. Capacidad

Para celebrar las convenciones prematrimoniales y matrimoniales, la capacidad se determina por la aptitud nupcial y la general para otorgar actos de administración y disposición. Los sujetos de la convención matrimonial son los esposos mayores de edad con vínculo vigente. [20](#) Como acto bilateral, es suficiente que uno de los cónyuges sea incapaz para impedir su celebración.

Los menores de edad pueden contraer nupcias con autorización de sus representantes legales si tienen más de dieciséis años o con dispensa judicial si falta la mencionada licencia o si no han alcanzado la citada edad (art. 404, 645 CCCN). El artículo 28 del Código es el que limita los actos que el menor emancipado puede realizar: enumera aquellos que no puede llevar adelante ni aún con autorización judicial, y entre ellos se encuentra el de hacer donaciones de los bienes que hubiere recibido a título gratuito (inc. b). Los menores que han sido autorizados judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención ni optar por el régimen de separación de bienes (art. 450 CCCN).

El [anteproyecto](#) disponía que todas las personas menores de dieciocho años debían solicitar autorización judicial para contraer matrimonio, pero en el trámite parlamentario [21](#) se introdujo la modificación que estableció las dos categorías de autorizaciones (art. 404 CCCN) según que el menor de edad no haya cumplido los dieciséis años y que para casarse requiere dispensa judicial, del menor de edad de dieciséis o diecisiete años, que podrá contraer nupcias con la sola autorización de sus representantes. Este último supuesto no se encuentra contemplado en la restricción del artículo 450, por lo que cabría interpretar que podrían celebrar convenciones matrimoniales optando por el régimen alternativo o efectuar donaciones al contrayente. [22](#)

No obstante este criterio, la doctrina mayoritaria considera que la prohibición de efectuar la opción por el régimen patrimonial y efectuar donaciones en la convención matrimonial es para todos los menores de edad que hayan contraído matrimonio, con autorización judicial o parental. Dichas prohibiciones -taxativas- rigen hasta alcanzar la mayoría de edad y si los menores hubieran obtenido la autorización judicial para casarse siendo menores de edad y se casaran luego siendo mayores, la restricción no operaría. [23](#) Ninguna limitación se ha previsto para los mayores de una determinada edad, partiendo de la base de que la capacidad es la regla en materia de derecho civil. [24](#)

4.5. Pluralidad de regímenes

Tanto el proyecto de reformas como el proyecto de Código Civil mantuvieron como régimen legal el de comunidad de ganancias. En el primero, se permitió elegir entre el de separación de bienes y el

de participación en las ganancias; en el segundo, la única opción es por el de separación de bienes. [25](#) Podemos tomar diferentes criterios para clasificar los distintos regímenes patrimoniales, y podrá serlo por la inmutabilidad, según la normativa, la propiedad o gestión y administración de los bienes. Nos limitaremos aquí a los siguientes.

4.5.1. Comunidad de ganancias

El espíritu societario lo anima. Se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos, quienes participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. En este régimen, se forma una masa de bienes que, al momento de la disolución, se dividirá entre los cónyuges o entre uno y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición. No se trata de copropiedad o condominio sobre ellos, y, según su extensión, determina distintos tipos de comunidad.

El principio de administración separada, establecido por el artículo 469 CCCN, retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la comunidad. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que la componen. Según la extensión de la masa común (los bienes que integran la comunidad, el porcentaje a dividir a su finalización y la administración), se describen diferentes tipos de comunidad: universal, [26](#) restringida de muebles y ganancias [27](#) y restringida de ganancias, [28](#) que es el vigente en nuestro país.

4.5.2. Separación de bienes

Existe independencia patrimonial entre los cónyuges. El matrimonio no modifica la propiedad de los bienes (no hay masa común partible) y no da a los consortes expectativas comunes sobre ellos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y de los que adquiriera con posterioridad por título gratuito u oneroso. La administración y disposición es libre, salvo disposición de la vivienda familiar, que forma parte del estatuto primario. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común; no hay calificación de los bienes, ni derechos sobre los bienes del otro, ni derecho a las ganancias. [29](#) Es el sistema que más se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin la colaboración del otro.

El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del supérstite; de la misma manera, el divorcio no involucra división patrimonial. Nuestro régimen sucesorio se encarga de otorgarle al supérstite un reconocimiento a la cooperación, el esfuerzo común y la solidaridad al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante o permitir mejorarlo vía testamentaria.

4.5.3. Participación de ganancias

Durante la vida del matrimonio, cada cónyuge mantiene la libre administración y disposición de sus bienes, al igual que en el régimen de separación; pero, al momento de la disolución y a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas, quien tuvo menos ganancias tiene un crédito contra el otro, hay un reparto de ganancias. [30](#) Es el sistema que más prestigio ha adquirido en los últimos años, pero no se ha impuesto, por las dificultades que plantea el cómputo de los patrimonios inicial y final.

4.5.4. La opción de mutabilidad del régimen

El Código vigente [31](#) establece que los contrayentes pueden elegir exclusivamente uno de los regímenes previstos. No pueden modificar el que eligen, crear uno o substraerse a régimen alguno. [32](#)

Las convenciones son facultativas. Pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio, en cualquier momento que consideren y las veces que lo deseen, siempre que se ajusten a las disposiciones preestablecidas. También pueden dejarlas sin efecto y casarse sin convención alguna.

Los cónyuges pueden cambiar el régimen patrimonial matrimonial aplicable (comunidad o separación) luego de la celebración del matrimonio (art. 449 CCCN), pero debe transcurrir al menos un año desde esa fecha (no desde la fecha de la convención matrimonial anterior que incluyera la elección del régimen de separación de bienes, porque el artículo mencionado señala que dicho plazo se cuenta desde la aplicación del régimen, y ello ocurre recién cuando el matrimonio es celebrado) o desde la aplicación del elegido si fuera con posterioridad. Los efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte. El cambio de régimen tiene como consecuencias inmediatas la extinción y el cese del régimen anterior, debido al reemplazo por el nuevo.

Las convenciones están sujetas a la primera condición, que es la celebración del matrimonio válido. También pueden establecerse condiciones distintas siempre que no sean prohibidas, contrarias a la moral o las buenas costumbres, o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado (art. 344 CCCN). Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona (p. ej., elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil, o cambiar o no de género -esta última no esté incluida expresamente-). Las condiciones podrán ser suspensivas o resolutorias. [33](#) Los futuros esposos pueden acordar sujetar el régimen de comunidad o el de separación de bienes a un plazo, que no podrá ser menor a un año, ya que es el mínimo de vigencia de cualquiera de esos regímenes. [34](#)

Pensamos, con Mazzinghi, que una convención podría contener un pacto relativo a la explotación o el destino de un establecimiento luego de la muerte de uno de los cónyuges, en el marco del artículo 1010 (segundo párrafo) y en la medida en que no se vean afectados los derechos de algún heredero legítimo. Aun cuando no fuere una estipulación permitida por el artículo 446, puede ser considerada de naturaleza contractual como un pacto sobre herencia futura permitido.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se permite la imposición del cambio por uno solo de los esposos. No existe límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen económico, únicamente que dicha modificación solo puede ser practicada luego de transcurrido el plazo legal. Para una doctrina, [35](#) debió existir un límite de cambios expreso para evitar la inseguridad jurídica que provocaría frente a terceros acreedores de los cónyuges, opinión que no compartimos. [36](#) El cambio de régimen no es en sí fraudulento, aunque responda a la motivación de proteger razonablemente el futuro del patrimonio de los esposos. Para que pueda ser calificado de fraudulento, el acreedor debe ser de causa anterior a la convención, salvo que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores y que la convención haya causado o agravado su insolvencia, conociéndolo el otro cónyuge.

Garrido de Palma [37](#) sostiene que el notario tiene una actuación cautelar, de protección preventiva, que ha de procurar que la modificación del régimen de capitulaciones posnupcias sea en interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros. Las causas que podrían llevar a los

cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residencia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo de que el consorte no los comparta o sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse. [38](#)

El régimen patrimonial solo puede modificarse por escritura pública y anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para producir efectos frente a terceros (art. 449). Justamente, en miras a esa protección de los terceros, se prevé que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año, a contar desde que lo conocieron. Este plazo de caducidad puede generar una inseguridad importante, ya que no se cuenta desde la anotación marginal sino desde que el acreedor conoció efectivamente la modificación.

5. Régimen patrimonial primario

La igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca dan lugar a la aparición de un régimen primario, también llamado estatuto patrimonial de base o estatuto fundamental, a través del cual se pretende un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar, cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido. Es posible elegir este último pero prohibido derogar el primero.

Se contemplan una serie de pautas inderogables comunes a todos los estatutos de *disciplinamiento* matrimonial, con las que pretende concretar la protección mínimamente indispensable a la institución familiar. Estas normas, de naturaleza imperativa, permanente y de orden público, prevén un deber de contribución de los cónyuges para afrontar las cargas del hogar y los gastos propios de los hijos; la responsabilidad por la actividad de cada cónyuge, según que la obligación se haya generado o por el beneficio que produjo o pudo producir para la familia, etc., [39](#) advirtiéndose que fuera de los casos previstos -excepto disposición en contrario- ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

5.1. Deber de contribución

5.1.1. Objeto

El Código fija cómo contribuirán los consortes a las necesidades económicas de la familia (entendida en sentido restringido a cónyuges e hijos) y del hogar.

- *Hogar*: Debe entenderse como sede de la familia, ya sea que esta resida en una vivienda construida sobre un inmueble propio de uno u otro cónyuge, o una edificación locada de manera constante u ocasional (habitación de hotel o pensión); incluso la residencia en una casa ambulante (circo o caravana). [40](#)
- *Hijos*: Se introduce expresamente la asistencia y obligación alimentaria no solo entre los cónyuges sino también hacia los hijos en común o a los hijos menores de edad con discapacidad o capacidad restringida de uno de ellos que convivan en el hogar (art. 676 CCCN). La contribución respecto de los hijos comunes se extiende: a) en el caso de los

incapaces, mientras dure la incapacidad; b) hasta los veintiún años, aun cuando no convivan con sus padres y siempre que no cuenten con recursos suficientes para proveérselos a sí mismos (art. 658); y c) hasta los veinticinco años si prosiguen sus estudios o se capacitan en un arte u oficio (art. 663), siempre que no puedan sustentarse de manera independiente. El deber de contribución hacia los hijos de uno solo de los cónyuges cesa si concluye la convivencia en el hogar común [41](#) y no se extiende al perfeccionamiento o los estudios de los mayores de edad menores de veinticinco años.

- *Familiares*: El estatuto fundamental no comprende la manutención de otros familiares a cargo de uno de los cónyuges. No obstante, según destaca Medina, en el supuesto de que se encuentren en el hogar común transitoriamente, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar.
- *Alimentos*: El artículo 659 CCCN establece una enumeración -que consideramos meramente enunciativa- de las necesidades de los hijos, que incluye la manutención, la educación, el esparcimiento, la vestimenta, la habitación, la asistencia, los gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Pero, ampliándolos a la familia, comprende los bienes y servicios para cubrir las necesidades vitales como el entretenimiento, el transporte, los suministros corrientes, el servicio doméstico, las reparaciones ordinarias.

5.1.2. Forma

Basada en la igualdad entre los esposos, se regula la obligación de los cónyuges de contribuir con todo su patrimonio a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos sin que importe el origen de la deuda o el cónyuge contratante. La forma de la contribución será en proporción a sus recursos. [42](#)

El pasivo del régimen económico matrimonial tiene dos aspectos: con qué bienes responden los cónyuges frente a sus acreedores (obligación o pasivo provisorio) y quién soportará, en definitiva, el peso de la deuda en la relación interna matrimonial (contribución o pasivo definitivo).

En un principio, la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración en cabeza del marido (art. 1275 CCIV). La Ley [11357](#) (arts. 5 y 6) introdujo la regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, estableciendo su separación en función de la titularidad de los bienes. Cada uno respondía por sus deudas con los bienes propios y gananciales adquiridos y que administraba, [43](#) sin que los acreedores pudieran extender la responsabilidad a los del otro. Solo en ciertos casos podía extenderse, en forma limitada, a los frutos del patrimonio del que no contrajo la obligación (art. 6) y este no podía impedir la ejecución íntegra de un bien ganancial de su cónyuge, [44](#) limitación que hoy es superada por la solidaridad en la responsabilidad solo en cuanto a las deudas enmarcadas en el deber de contribución primario.

- *Extensión*: El límite de hasta dónde cada cónyuge responderá con todo su patrimonio en esta solidaridad familiar que impera en el estatuto fundamental frente a los acreedores dependerá de evaluar y determinar una serie de elementos característicos sobre los que no hay uniformidad de opiniones. Medina sintetiza en el fin del gasto su razonabilidad en relación al estándar de vida de la familia, que se trate de necesidades ordinarias y sean gastos usuales.
- *Proporción de la contribución de cada esposo*: Los aportes de uno y otro consorte no se regulan desde el punto de vista económico, ni con la determinación de una cuota, sino con el aporte con el que deben contribuir a diario para el sostenimiento de las erogaciones habituales y propias de la convivencia familiar. Cada cónyuge contribuirá en la medida de sus recursos económicos. Estos aportes pueden ser tanto económicos como mediante el trabajo en el hogar

o personal en general (colaborar en la actividad del otro), aunque lo complejo aquí es cuantificar el trabajo personal en el hogar (inciden las capacidades físicas y espirituales y la disponibilidad de tiempo).

5.1.3. Exigibilidad

El deber de contribución puede presentarse en su faz externa (relación con acreedores) o subsistir en la órbita interna de las relaciones entre cónyuges. A diferencia de la legislación anterior, donde cobraba vigencia al tiempo de la disolución de la comunidad, ahora la exigibilidad es constante, ya que el cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por su consorte para que cumpla con su deber de contribución (art. 455 CCCN). No se establece el momento en el que puede ser pasible el reclamo, pero las características y naturaleza de la obligación harán a la inmediata y necesaria celeridad resolución judicial.

5.1.4. Responsabilidad solidaria

El artículo 461 CCCN rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges respecto de los acreedores y determina como principio general que “ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”, sea cual fuere el estatuto económico. Pero también incorpora la solidaridad entre los cónyuges para responder con todo su patrimonio cuando las obligaciones sean contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes y no comunes que convivan con ellos, además del sustento propio. [45](#) Como se trata de una excepción al principio general, el criterio de interpretación es restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados expresamente. Estará a cargo del acreedor probar que la obligación asumida por uno de los cónyuges es para solventar cargas familiares. [46](#) Es un caso de responsabilidad por deuda ajena y es concurrente; el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego realizar los bienes del otro. [47](#)

5.2. Inejecutoriedad de la vivienda

La protección de la vivienda habitual de la familia es uno de las novedades del [Código](#); supera el régimen de vivienda del artículo 244, ya que no solo se la protege de los actos de disposición que realice uno de los cónyuges o convivientes, sino que se la ampara de la agresión externa de los terceros acreedores. La razón de la protección es ponderar el derecho constitucional a la vivienda -incluido el matrimonio sin hijos-, presumiéndose el carácter familiar. [48](#) Esta protección legal no requiere registro previo ni publicidad jurídica alguna.

5.2.1. Aplicabilidad

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, excepto que la deuda haya sido generada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456 y 522). Pero si la deuda de uno de los cónyuges se generó con anterioridad al 1 de agosto de 2015 (p. ej., accidente automovilístico ocurrido el 1 de marzo de 2014) y el matrimonio se celebró en 2010, época desde la cual residen en su vivienda familiar, ¿habrá de primar el derecho constitucional a la vivienda o el

derecho del acreedor anterior a la entrada en vigencia del Código que refleja específicamente la manda constitucional? A nuestro criterio, el derecho a la vivienda es un derecho constitucional fundamental del hombre, de vital necesidad, de disfrutar de un espacio habitable suficiente para desarrollar su personalidad y que debe ser protegido. [49](#) La claridad del precepto se empaña con la realidad práctica, que deberá dirimirse en una prudente apreciación judicial entre ambos derechos constitucionales. [50](#)

5.2.2. Extensión dinámica de la vivienda común

El concepto de vivienda familiar debe interpretarse en sentido amplio, dinámico e integral, resguardando *ministerio legis* el derecho sobre la vivienda y también el derecho a la vivienda. Así, se entiende como vivienda la propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal; el inmueble de propiedad de ambos o alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo; el mueble, casa rodante o embarcación donde los cónyuges residen habitualmente; el lugar donde cada uno de ellos resida cuando han resuelto no cohabitar. [51](#)

La singularidad de la protección no reside en que hayan de ser los cónyuges cotitulares de la propiedad o del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral. De tal modo, el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo, cederlo en los casos que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etc. Este criterio dinámico de vivienda familiar no alcanza viviendas o residencias alternativas o secundarias, como la casa de fin de semana o de vacaciones. [52](#)

5.2.3. Cosas muebles

La inejecutoriedad de la vivienda familiar incluye los muebles indispensables (ajuar y mobiliario de uso ordinario siempre que subsista como tal) frente a deudas contraídas luego de celebrado el matrimonio.

5.2.4. Prueba

Las primeras interpretaciones notariales –posición en la que nos enrolamos– sostienen que no es causa de observación del título del bien transmitido la ausencia de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular del inmueble manifiesta que el mismo no constituye vivienda familiar. [53](#) Si eventualmente el cónyuge no titular cuestionase el acto, estará a cargo del disponente probar que dicho bien prescinde del asentimiento por no verse afectado el interés familiar.

5.3. Asentimiento

El [Código](#) prevé un tratamiento diferencial para el asentimiento según las circunstancias: el asentimiento del cónyuge para enajenar o gravar bienes gananciales, el asentimiento del cónyuge o del conviviente para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta o transportarlos fuera de ella, y el asentimiento del cónyuge o del conviviente para desafectar y cancelar la inscripción del inmueble del régimen de vivienda (art. 255 CCCN). Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro, una declaración de voluntad que no forma parte del

supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para su validez.

Quien lo presta no codispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto; el único que dispone es el titular. Esto se advierte nítidamente en el artículo 456 CCCN *in fine*, cuando distingue que el acto haya sido contraído “por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”. El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio (no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer), ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues este ingresará a la masa de administración del disponente. Solo asiente o niega, o se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) que pretenda realizar el cónyuge titular del bien. [54](#) No hay imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento (podrá ser por instrumento público o privado, incluso verbalmente [art. 262]), pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con esa forma (art. 1017). Puede ser otorgado simultánea o anticipadamente y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición (art. 459, 1er párrafo, *in fine*). [55](#) El asentimiento anticipado requiere contener no solo el acto para el que se otorga sino también sus elementos constitutivos: precio, plazos para el pago, entrega de la posesión, etc. (art. 457). Junto con la restricción impuesta para que un cónyuge otorgue poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento en los casos del artículo 456 (art. 459), se busca evitar el asentimiento general anticipado. [56](#)

5.3.1. Asentimiento y vivienda familiar

Se protege imperativamente la sede de la vivienda familiar con los muebles que lo conforman y se deja de lado la denominación de *hogar conyugal*, por no abarcar las uniones convivenciales. No se permite disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y tampoco se admite transportar el mobiliario fuera de ella. *Disponer de los derechos sobre la vivienda* es más abarcador que *actos de disposición*, dado que engloba tanto actos disposición de contenido real (venta, permuta, constitución de derechos reales de garantía) como actos de disposición de tipo personal (locación, comodato, cesión de boleto).

Es intrascendente para proteger a la vivienda familiar la existencia de hijos menores o incapaces; es suficiente con el matrimonio (sin que importe el régimen económico) o la unión convivencial inscripta y su habitación en el bien. La protección de la vivienda procede sin que importar tampoco que la titularidad del inmueble se encuentre en uno de los integrantes del matrimonio o en la unión o en un tercero. El fin tuitivo integral a la familia se centraliza en la garantía constitucional del derecho de acceso a la vivienda, extendiéndose a cada uno de los muebles indispensables que la integran. Se evita de esta manera que uno de los cónyuges disponga forzosamente del bien sede familiar, eludiendo la restricción a la facultad de disponer impuesta, como también de las deudas reales o simuladas contraídas por uno de ellos con posterioridad a la celebración del matrimonio. [57](#) Distinto es el supuesto en el que se pretende la desmembración del dominio (constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre); si bien se exige este asentimiento para cuando se pretenda gravar o enajenar el bien, consideramos que es extensivo para estos casos si se afecta la vivienda familiar.

5.3.1.1. Nulidad

En aquellos actos en los que se disponga sin el asentimiento previsto en el artículo 456, el Código prevé la posibilidad de demandar su nulidad o la restitución de los muebles dentro del plazo de seis meses de haber conocido la situación, [58](#) término de caducidad que no puede extenderse más allá de los seis meses de haberse extinguido el régimen matrimonial.

Preocupa la situación jurídica dinámica en la que quedarán los inmuebles objeto de un acto dispositivo (venta) cuando el vendedor no cuente con el asentimiento previsto en el artículo 456 CCCN, en particular cuando el primer adquirente lo vuelva a transmitir. Este asentimiento está impuesto, no en protección del interés de un cónyuge regido por la comunidad de gananciales, sino en el interés supremo de la familia. Por ello, se impone la sanción de nulidad por sí sola, que en un primer momento queda bajo el contralor del cónyuge (o conviviente) no titular del bien pero que en los casos de omisión, negativa injustificada o imposibilidad, el Estado asume como potestad y el órgano judicial pasa a desarrollar la función tuitiva.

El artículo 392 CCCN incorpora una protección para ese subadquirente al establecer que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. La autoridad judicial evaluará si la adquisición de ese tercero se realizó a título oneroso y de buena fe, para conservarlo en su posición, o si el acto fue a título gratuito o conocía que allí se encontraba la vivienda familiar (mala fe), circunstancias por las que no se aplicará la protección del 392.

La omisión de prestar el asentimiento puede ser subsanada mediante la confirmación expresa que otorgue el cónyuge asintiente a través del acto instrumental que reúna las formas del acto que se sana (art. 394), con expresa mención de la causa de invalidez y de su voluntad de confirmarlo. [59](#)

5.3.1.2. Venia judicial

En caso de negativa injustificada a prestar el asentimiento o si el cónyuge está ausente, es persona incapaz o se encuentra transitoriamente impedido de expresar su voluntad, y si no está comprometido el interés familiar, se puede solicitar la venia judicial supletoria y el juez se limita a dar su autorización. Esta solo puede ser dada para que el cónyuge titular disponga, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición. La jurisprudencia ha coincidido en que cuando el acto priva al cónyuge o a sus hijos de la habitación, contraría el interés familiar, y la autorización solo procede si se otorga otro hogar de comodidad suficiente según el estándar de la vida familiar. [60](#) El acto otorgado con esta autorización judicial no requiere ratificación posterior ni suscripción por parte del cónyuge que debió prestar el asentimiento. Es un acto eficaz y oponible al cónyuge.

La distinción que opera entre el asentimiento requerido en relación con la vivienda familiar y su mobiliario y el previsto en el artículo 470 radica en que, en este último caso, el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas de la participación común en los gananciales y de la disolución del régimen y prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente bienes de significativo valor económico del haber común.

5.3.2. Asentimiento y bienes gananciales

Dentro del régimen de comunidad se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes, contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro; a diferencia del supuesto anterior analizado de la protección del interés familiar.

El artículo 470 CCCN se presenta con un principio general, donde aclara que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Se requiere el asentimiento del otro para “enajenar o gravar” a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; e) las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. [61](#) El precepto concluye con una remisión global a lo normado en los artículos 456 a 459, lo que apareja incluso la sanción legal de invalidez para los actos que se celebren sin el asentimiento conyugal.

5.3.3. Asentimiento y bienes gananciales

Todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales enumerados no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el asentimiento del cónyuge, aun extinguida la comunidad, ya que durante la indivisión poscomunitaria, si los excónyuges no acuerdan las reglas de disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad (art. 482 CCCN). Se impone en esta etapa la obligación de informar con antelación razonable la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

5.3.4. Asentimiento y poder

¿Puede un cónyuge conferir poder especial al otro para que se otorgue a sí mismo el asentimiento previsto en el artículo 470 cuando dicho poder contiene los elementos específicos y constitutivos del acto? La respuesta merece un análisis integral, aunque anticipamos nuestra respuesta afirmativa. [62](#)

Literalmente, el artículo 470 CCCN *in fine* remite genéricamente a los artículos 456 a 459. Una lectura apresurada del artículo 459 nos conduciría a considerar la imposibilidad de admitirlo. Pero esta disposición se inicia admitiendo la posibilidad de otorgarse poderes entre ellos para ejercer facultades referidas al régimen matrimonial, permisión que corresponde sostener frente al artículo 1002, inciso d), [63](#) con la restricción de que no se admiten para darse el asentimiento a sí mismo “en los casos en los que se aplica el artículo 456”. Es decir, fuera de este supuesto, el apoderamiento se encuentra admitido, lo que afirma el artículo 375, inciso b. Se establece la imposibilidad de otorgarse poderes irrevocables entre ellos en este sentido, ya que la facultad de revocación no puede ser objeto de limitaciones; pero en el supuesto de que exista un tercero (p. ej., comprador), se le puede conferir este tipo de poderes en virtud de lo previsto en el artículo 380, inciso c). Finalmente, se concluye, como regla, que el apoderado no está obligado a rendir cuenta de los frutos y rentas percibidos, salvo convención en contrario.

6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales

Se contemplan los efectos jurídicos de las uniones convivenciales, otorgándoles una regulación específica para todo el país y reconociéndoles el carácter de familia a esos vínculos afectivos y jurídicos. De esta manera, las uniones coexisten a la par del modelo matrimonial familiar, que ha dejado de ser la única forma relevante de desarrollo de un proyecto nacional. [64](#) La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer (art. 2628 CCCN). Se posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes en base al principio de la autonomía de la voluntad. [65](#) Quizás el fundamento para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplinario patrimonial para una unión *more uxorio* sea la eficacia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión, ya que es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos apartados de toda estructura formal. [66](#)

Tanto las uniones convivenciales registradas como aquellas que no se han registrado tienen la posibilidad de celebrar pactos y, así, diseñar su propio estatuto legal, aunque con limitaciones impuestas (art. 513 CCCN). El principio general se encuentra en el artículo 518, que señala que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. Estos pactos son contratos (bilaterales, consensuales, formales) destinados a regular las relaciones entre los convivientes. Deben ser realizados por escrito y pueden prever un régimen de administración y disposición conjunta, separada o indistinta, todo lo relativo a la contribución de las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común (estos últimos, en caso de ruptura), ya sea por mitades o en forma desigual. Podrán recurrir a las normas prescriptas para la división de bienes de la comunidad como los cónyuges (las que regulan la partición de herencia [art. 508), aplicarlos a todos los bienes, excluir otros de dicha regulación, etc. [67](#) La enumeración del artículo 514 es enunciativa, por lo que podrán incluir cuestiones que no sean solamente patrimoniales, gastos que sean ajenos a la vida familiar, ocupación de la vivienda común por el no titular luego de la ruptura por un plazo establecido, proporciones en la titularidad de los bienes que se adquieran más allá del origen de la adquisición, compensaciones económicas, crear su régimen económico, etc.

La escritura pública no está prevista como forma impuesta, pero consideramos que es conveniente por sus bondades y necesaria respecto para los pactos que involucren bienes que requieran su registración (los registros públicos requerirán la escritura pública para cumplir con su rogación [art. 3 Ley [17801](#) y DTR [11/2016](#) {de la pcia. de Buenos Aires} [68](#)] y sin ella no podrán producir efectos frente a terceros), o conlleven restricciones a la libre disponibilidad, [69](#) o derecho de oposición, o asentimiento.

El régimen de estas uniones tiene un desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad mucho más amplio que el régimen matrimonial, ya que podrían pactarse participaciones desiguales. El [Código](#) no contempla las consecuencias del incumplimiento de los pactos, por lo que podría ser aconsejable una cláusula que indique que se intimará judicialmente el cumplimiento o se dará por finalizada la convivencia y la unión, o indicar que la parte cumplidora dejará de cumplir sus obligaciones, etc. [70](#)

Estos pactos podrían otorgarse cuando lo consideren oportuno, incluso antes del inicio de la convivencia (y lo será bajo condición suspensiva sujeta al reconocimiento de la unión convivencial, retrasando además la inscripción pertinente si hubiera bienes registrables, prever la inclusión de bienes adquiridos apenas iniciada la convivencia) y luego, más allá, registrada o no la unión convivencial. Podrán ser modificados durante el curso de la unión y no se requiere un plazo mínimo de vigencia para ello. Se rescinden por acuerdo de ambos, aun sin cese de la convivencia; pero el cese de la convivencia implica la extinción de pleno derecho de los efectos del pacto para el futuro.

A falta de regulación y como régimen supletorio, el Código establece una administración y disposición separada de la propiedad de los bienes de cada uno de los convivientes, y la única restricción es la vivienda familiar (art. 522).

Estos pactos no podrán ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de sus integrantes, [71](#) ni dejar sin efecto las disposiciones del llamando régimen primario (art. 515), que está dado por la asistencia durante la convivencia (art. 519), la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros -en ambos casos, igual que a los cónyuges- (arts. 520-521). Este marco obligatorio se aplica a todas las uniones convivenciales, se encuentren registradas o no, a excepción de la protección a la vivienda, que funcionará solo ante las uniones convivenciales registradas. Las cláusulas contrarias a este marco obligatorio se tendrán por no escritas.

La eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, su modificación y su extinción sería *inter partes*, ya que, para desplegar efectos frente a terceros, será necesaria la inscripción del artículo 511 y en el registro de bienes en su caso. [72](#) Creemos que esta previsión solo tendrá trascendencia en aquellos casos en que se impongan restricciones a la disposición de los bienes de titularidad de uno de ellos, o que hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión, o cuando la titularidad de uno de ellos esté condicionada al cese de la convivencia. Con respecto a los terceros, el ejercicio de buena fe de los derechos generará una apariencia y, así, quienes contraten con los convivientes lo harán como si fueran individuales, sin importar los pactos, salvo su oponibilidad en caso de que proceda su registración.

Las normas sobre uniones convivenciales rigen para las uniones vigentes al 1 de agosto de 2015; es decir que si la unión convivencial se extinguió antes, no serían aplicables las reglas del Código Civil y Comercial. [73](#)

Con respecto a la capacidad para celebrar este tipo de actos, el Código no les reconoce efectos a los pactos -ni a las uniones convivenciales- celebrados por menores de edad (art. 510 inc. a). Los incapaces de ejercicio (art. 24) dependerán de la restricción que surja de la sentencia respectiva.

A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, ya que no se establece un régimen supletorio. De allí la trascendental importancia de las previsiones en el pacto convivencial y de que sea otorgado por escritura pública, ya que al cese de la convivencia y al momento de proceder a la distribución de los bienes, las partes podrán otorgar una escritura de adjudicación por cese de la unión convivencial cuya causa será el pacto previo donde haya sido previsto, requiriendo los certificados registrales correspondientes. Asimismo, podrán reconocer el aporte o el esfuerzo compartido al momento de la adquisición, las mejoras, el mayor valor en los bienes, etc. En caso de que dicha distribución de bienes no hubiera sido prevista en el pacto -o no hubiera pacto-, las partes podrían otorgar una escritura de adjudicación de bienes a los efectos de proceder a la distribución de los adquiridos durante aquella, ya que no existe límite de tiempo para efectuar esa convención, y podría ser otorgada en forma simultánea a la adjudicación.

Finalmente, se unifican las soluciones jurisprudenciales construidas en torno al reclamo de los bienes posruptura y sienta la regla básica de adjudicación en cabeza del titular registral, sin perjuicio de dejar expeditas las vías que marcan los principios generales como enriquecimiento sin causa, interposición de personas y otros como el fraude, la inoponibilidad de la persona jurídica, etc. [74](#)

7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial

Para la autorización de un documento que contenga una convención, el notario interviniente habrá de interpretar la voluntad de los comparecientes, analizar las causas que los conducen hasta esa instancia y asesorarlos sobre las implicancias, los efectos y las consecuencias del acto a otorgar. Si el acuerdo se celebra entre contrayentes, corresponde denominarlos convenciones prematrimoniales, nupciales o entre contrayentes, mientras que las convenciones entre cónyuges son aquellas que solo modifican el régimen patrimonial que rige el matrimonio. [75](#)

El funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá dejar constancia en el acta de matrimonio (art. 420) acerca de si los contrayentes han celebrado capitulaciones matrimoniales, si han optado por el régimen de separación y, en caso afirmativo, la fecha y el registro notarial en el que se otorgó. [76](#) La convención prenupcial relativa al régimen patrimonial matrimonial debe realizarse por escritura pública (art. 446 [CCCN](#)), al igual que su modificación. En caso de incumplimiento, dicha convención es inválida, por aplicación del artículo 285:

Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

Para Mazzinghi [77](#) -postura que compartimos-, el concepto de solemnidad relativa respecto de las convenciones remite a lo prescripto en los artículos 285 y 1018 [CCCN](#), por lo que si las partes extienden una convención en instrumento privado, la convención no es perfecta ni plena, pero tiene valor y faculta a cualquiera de las partes a reclamar de la otra el cumplimiento de la formal legal. Si la convención es anterior al matrimonio, el firmante del instrumento privado tiene la opción de no casarse o exigir cumplir la forma. Sin embargo, si esa convención se realiza durante el matrimonio para cambiar de régimen, la firma del instrumento privado obliga a las partes a extender la escritura respectiva.

Con acierto, el Código no exige homologación judicial de la convención otorgada en escritura notarial -el proyecto de reformas y proyecto de Código Civil sí lo preveían-. [78](#) Como causales de la nulidad de la convención *in totum* encontramos las siguientes: 1) falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de alguno de los cónyuges o de ambos; 4) otorgamiento de la convención antes del plazo de un año desde el principio de vigencia del régimen anterior, legal o convencional; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia). No son causales de nulidad sino de caducidad de contrato válido y no producirá efectos, la falta de celebración ulterior del matrimonio o si se lo declara nulo. [79](#) Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin capitular.

El Código deja de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública de convención -como lo hacía el artículo 1225 [CCIV](#)-, por lo que aquellos serán los de las escrituras públicas en general (art. 305 [CCCN](#)).

8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria

Para que produzca efectos frente a terceros, la convención posterior a la celebración del matrimonio que modifique el régimen debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. El notario autorizante tiene la obligación de inscribirla en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, [80](#) mencionando el número de escritura en que se instrumentó, la fecha, el folio y el registro notarial ante el cual pasó y el régimen patrimonial en el que se encuentra el matrimonio. El registrador solo habrá de calificar la forma pero no el contenido. Pensamos que las partes podrían asumir la responsabilidad de su inscripción.

Respecto de la convención anterior al matrimonio, el notario no se encuentra obligado a efectuar los trámites inscriptorios, porque existe imposibilidad material y jurídica de hacerlo y son los contrayentes quienes deben declarar al momento de contraer nupcias que han celebrado convención matrimonial y, en su caso, si han optado por el régimen de separación (art. 420 incs. i] y j] CCCN). No se prevé que pueda efectuarse la opción simultáneamente con la celebración del matrimonio. [81](#) Entre las partes y quienes hubieran participado del acto, produce efectos desde el momento de su celebración por el principio de buena fe que rige todas las relaciones patrimoniales. [82](#)

El régimen patrimonial adoptado y su posterior mutación (convencional o judicial) deben anotarse por nota marginal. La publicidad cartular y la de las copias expedidas no es suficiente como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su oponibilidad. Consideramos que la implementación de un registro especial –como en algunos países europeos– [83](#) no es el remedio más apto. [84](#) Esta publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención. La eficacia protectora de quien confía en las constancias del Registro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscripto. [85](#) El tercero tiene que ser de buena fe (desconocer el cambio de régimen) y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuges (con crédito a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del Registro Civil no es realmente adecuada, la anotación allí se justifica por la naturaleza del acto [86](#) y el registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, la forma de practicar los asientos, “ordenar sus índices” [87](#) para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional significa que el régimen es el legal supletorio. [88](#) Así, se logrará evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (publicidad negativa). [89](#)

El tercero de buena fe es cualquier persona que entable una relación jurídica con los cónyuges y, por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales, no tiene información de las alteraciones al régimen; [90](#) si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

Consideramos inadecuado el registro de la propiedad inmueble o de bienes como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio, por ser ajeno a su naturaleza. Solo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral como publicidad complementaria (p. ej., la DTR [11/2016](#) [de la pcia. de Buenos Aires]), consignándose en el asiento registral el régimen patrimonial que hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto, [91](#)

o toda capitulación que incida en el patrimonio del titular registral o de su cónyuge -según su régimen patrimonial- y la publicidad de la decisión (p. ej., la adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de régimen). [92](#)

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el registro de la propiedad (publicidad material), es asignarle autosuficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles o muebles registrables con efectos frente a terceros *registrales*), y agiliza la actividad del registro al prescindir de la presentación del documento cada vez que el titular registral otorgue actos dispositivos. [93](#) Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por apreciar que este registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organización como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces. El asiento registral será eficaz protegiendo solo al tercero -registral- interesado en ese bien (p. ej., el constituyente de un derecho real), pero no será eficaz frente al tercero ligado al cónyuge por derechos personales.

Sería oportuna [94](#) la exigencia de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas previa a la toma de razón en el Registro de la Propiedad y, así, evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad por no haber sido mencionada la convención en el Registro Civil y sí en el de la Propiedad. En el caso inverso, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el Registro Civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el Registro de la Propiedad, será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/os cónyuge/s la falta de toma de razón en el Registro de la Propiedad, pero si fuesen terceros registrales, adquirirá trascendencia la fecha del asiento de las convenciones en el Registro Inmobiliario. [95](#)

No desconocemos la falta de practicidad de exigir una partida de matrimonio actualizada cada vez que un cónyuge desee realizar un acto que la requiera, sumado a que los registros que llevan estas inscripciones son provinciales. Tampoco ignoramos la validez temporal de estas partidas. La modificación del régimen actual patrimonial solo podría modificarse luego de transcurrido un año desde el nacimiento o la modificación del mismo, y esto sería un dato a tener en cuenta. Pero pensemos que luego de ser expedida una partida y hasta que llega a manos de algún oficial interviniente, se podría registrar una modificación al régimen. Esto generaría conflictos que deben ser previstos estableciendo un sistema nacional registral de expedición en plazos breves y una vigencia temporal de dichas certificaciones que permita dar seguridad al tráfico jurídico.

9. Contratación entre cónyuges y excónyuges

En el Código Civil la regla general era la libertad de contratar de personas capaces y esto incluía a los cónyuges. [96](#) La incapacidad de derecho para contratar en ciertos contratos expresamente prohibidos se fundaba en la naturaleza que implicaba una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o que resultaban de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características de la relación matrimonial.

El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, adhiriendo a un sistema de gestión patrimonial no imperativo, permitía que los cónyuges eligieran el régimen que creyeran más conveniente y eliminaba todas las prohibiciones específicas para contratar entre ellos. La limitación en la posibilidad de elegir solo entre dos regímenes económicos se veía flexibilizada por esa libertad, ya que, a través de contratos, los esposos podían cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad y aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos

o a la distribución de los bienes, con lo cual indirectamente se podían configurar regímenes intermedios. Al tratarse el proyecto en el Congreso, si bien se mantuvo la posibilidad de pactar el régimen patrimonial, se le agregó [97](#) al artículo 1002 el inciso d), que establece la prohibición de contratar en interés propio para los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Flagrante contradicción si se lo evalúa con la facultad que el artículo 449 les brinda a los cónyuges de mutar al régimen de separación de bienes.

Coincidimos con Casabé [98](#) en que, frente a esta situación, debemos interpretar que las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges prevalecen sobre la inhabilidad especial consagrada en el artículo 1002, inciso d), al igual que las marcadas en los artículos 459 (poder de un cónyuge a otro), 474 (mandato tácito). Asimismo, los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, incluso las reguladas en la Sección IV, Capítulo I, de la [Ley General de Sociedades](#).

La restricción incorporada [99](#) marca un profundo retroceso, basada en el temor infundado de la generación de fraude a los terceros, ya que la protección a estos no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial de los cónyuges bajo el régimen de comunidad, sino en su publicidad y la de sus cambios. El andamiaje jurídico posee mecanismos suficientes para combatir la mala fe de los cónyuges en el ejercicio de su derecho de contratación. En su caso, no se entiende por qué no fue incorporada esa restricción a todos los matrimonios independientemente del régimen matrimonial adoptado, ya que aquellos que se encuentran bajo el régimen de separación, tienen libertad en la contratación y también podrían generar actos fraudulentos en perjuicio de terceros. [100](#)

10. Divorcio y régimen de comunidad

Para transitar el camino hacia el divorcio, los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de comunidad tienen dos posibilidades: efectuar una propuesta, en el convenio regulador del artículo 439, de la distribución de los bienes y resolverlo durante ese proceso; o llegar a dicho momento con la cuestión de los bienes, la adjudicación de la vivienda familiar y las recompensas ya resuelta. Como expresan Herrera y Kemelmajer de Carlucci, [101](#) el contenido del convenio regulador no está impuesto por la ley y el mismo incluirá aquellas materias que han llegado al momento de la propuesta sin ser resueltas, por lo que quedarían afuera aquellas cuestiones que sí han tenido resolución previa.

Consideramos adecuado que los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien, antes del trámite de divorcio, al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión poscomunitaria, que podría ser fuente generadora de conflictos. Se podrían evitar así todas aquellas cuestiones que se plantean en el manejo y disposición de los bienes durante el período de indivisión, donde la problemática de los bienes suele entorpecer el tráfico negocial, sobre todo frente a terceros.

11. Disolución de la comunidad inter vivos y mortis causa

11.1. Principio general

Al cesar el estatuto de comunidad por su cambio o por la disolución del matrimonio, la partición de los bienes indivisos se realizará por el acuerdo entre los cónyuges o con los herederos, o, en su

defecto, mediante la aplicación de las normas prescriptas para la partición de herencias. [102](#)

11.2. Indivisión poscomunitaria

La comunidad se extingue por muerte, anulación del matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y cambio de estatuto económico (art. 475 [CCCN](#)). Se califica al estado de indivisión poscomunitaria como una universalidad jurídica similar a la hereditaria, aunque con particularidades que las diferencian. El régimen de comunidad, luego de su extinción, convertirá los bienes gananciales en la masa indivisa poscomunitaria hasta su partición entre los cónyuges o excónyuges -según el caso-.

La Ley 26994 distingue la indivisión formada a partir de la muerte de uno de los cónyuges -o de los dos-, situación que se regirá por las reglas de la indivisión hereditaria, o en vida de ambos, la que estará enmarcada por las disposiciones de las secciones 6^a, 7^a y 8^a del capítulo "Régimen de comunidad". Durante la indivisión, se mantienen las dos masas formadas por las respectivas adquisiciones de los cónyuges, y cada masa soporta frente a los acreedores su propio pasivo, con excepción de las cargas definitivamente comunes, que podrán ser reclamadas a uno u otro cónyuge. La liquidación de la masa indivisa requerirá separar bienes comunes suficientes para el pago de esas cargas y los acreedores podrán oponerse a la partición y entrega de los bienes liquidados hasta que no se satisfagan sus créditos, ya que no se puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores (arts. 487, 467, 461 y 462). [103](#)

11.2.1. Tratamiento normativo

La Ley 26994 es continuadora del sentido incorporado al CCIV por las leyes 11357, 17711 y 23515. En la separación judicial de bienes, el interés tutelado ante la mala administración se refiere al peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. Conserva el caso del concurso preventivo o la quiebra, [104](#) incorpora la separación de hecho por parte de alguno de los cónyuges sin voluntad de unirse, y tipifica además al supuesto de que, ante la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se le designe curador a un tercero.

El nuevo Código determina el momento en el que se produce la extinción de la comunidad y, para ello, fija tanto pautas precisas como elementos que merituará el juez en su resolución cuando su intervención sea imprescindible. Los efectos de la anulación del matrimonio, divorcio o la separación de bienes se producen desde el día de notificación de la demanda o la petición conjunta de los cónyuges; [105](#) y le confiere al juez la facultad de modificar la extensión del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho. [106](#) Si el matrimonio es putativo, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la fecha de anulación si ambos cónyuges fueran de buena fe (art. 428). Si uno de los cónyuges es de buena fe, el Código determina que esos efectos solo se producen respecto del cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (art. 429), asignándosele una serie de derechos. Si ambos contrayentes son de mala fe, el matrimonio anulado no produce efecto alguno y los bienes adquiridos hasta el momento de resolverse la nulidad se distribuyen como si fuese una sociedad no constituida regularmente, y queda sin efecto el régimen económico convenido sin perjuicio de los derechos de terceros.

La separación judicial de bienes decretada solo le pone fin al régimen de comunidad pero no al vínculo matrimonial. Es por eso que el artículo 480 determina simplemente que quedan sometidos al régimen de separación de bienes. La extinción del régimen de comunidad no puede afectar los

derechos de terceros adquirentes de buena fe que no sean a título gratuito. Para ello, esto se debe complementar con la publicidad específica prevista en el artículo 1893.

11.2.2. Indivisión en vida de ambos cónyuges o excónyuges

La gestión de administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa queda sometida al acuerdo que los cónyuges o excónyuges puedan celebrar; en su defecto, se establece la aplicación del régimen de comunidad (arts. 470 y cc.) en cuanto no se le determine un tratamiento específico. En la relación interna se inicia un período de liquidación, en el que se determinan las cargas entre ellos y la masa y sus eventuales recompensas (arts. 488 y cc.), para concluir con la partición de la comunidad. Esta masa estará integrada con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge (art. 497), que se dividirá en partes iguales, sin consideración del monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales, aunque si los interesados son plenamente capaces se aplica el acuerdo arribado. [107](#)

Durante este interregno, perdura un régimen de comunidad sobre la universalidad con fines liquidatorios, pero con una variante sustancial según la comunidad se haya extinguido por la disolución del matrimonio (divorcio) o perdurando este, porque se encuentren sujeto al régimen de separación judicial de bienes o convenido otro régimen económico, y es que a partir de esta circunstancia ellos recuperarán la plena capacidad para contratar entre sí. El Código determina que en la relación de ellos y sus bienes indivisos, frente a los terceros, se mantiene la integralidad del patrimonio del deudor frente a los acreedores anteriores a la indivisión (arts. 461, 462 y 467) y cada uno, la gestión separada de sus bienes, como también responde por sus deudas con el patrimonio de su titularidad, sin perjuicio del derecho de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor de requerir la partición de la masa común. Si se dispone de bienes registrables indivisos de titularidad de uno -no habiendo pacto al respecto-, no habrá codisposición, aun cuando en la relación interna se tenga derecho a la mitad de la masa, sino que se requerirá el asentimiento del otro. [108](#) En este caso, el producido de la disposición -por ejemplo, precio de la venta- ingresará a la masa indivisa con el carácter de ganancial. Si hubiese arribado a un acuerdo en relación a estos bienes, el mismo deberá estar formalmente otorgado y publicitado para ser oponible y eficaz a los terceros.

Cuando en el convenio regulador presentado al trámite del divorcio, se hubiese acordado la partición del acervo y la adjudicación de los bienes, una vez aprobado el mismo, ese acto procesal implica el cese del estado de indivisión aun cuando esté pendiente su reflejo registral -con las implicancias que esa omisión conlleve-. Ante la futura disposición de uno de esos bienes por parte del adjudicatario, éste deberá previamente inscribirlo o en su defecto disponer mediante la modalidad del tracto sucesivo abreviado.

La relación externa con terceros acreedores continúa rigiéndose por las normas de la comunidad de gananciales y estos no pueden verse perjudicados por la situación de los cónyuges o excónyuges cuyo patrimonio sigue siendo la garantía común de sus créditos y les será inoponible toda alteración al respecto.

11.2.3. Indivisión por fallecimiento de alguno de los cónyuges

Si fallece uno de los cónyuges el vínculo matrimonial se disuelve y finaliza *ipso iure* la comunidad (art. 475); nace la indivisión poscomunitaria (art. 481) coincidentemente con la apertura de la

sucesión. Si el sobreviviente y los herederos del premuerto no proceden a liquidarla, [109](#) se configura entre ellos una universalidad hereditaria, y el patrimonio del causante se transmite a sus herederos y nace la comunidad hereditaria. [110](#) Si el proceso de divorcio ya se hubiera iniciado (sin sentencia), la disolución opera con el fallecimiento y la comunidad debe ser liquidada en el contexto de la sucesión universal del premuerto (art. 481). [111](#)

Las remisiones a las disposiciones hereditarias son constantes, como a la forma de hacer el inventario y partir (arts. 500, 2341). En caso de existir hijos menores, el progenitor supérstite debe, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o del conviviente, hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio o del progenitor conviviente fallecido. Allí deben determinarse los que correspondan a los hijos, bajo pena de multa pecuniaria a ser fijada judicialmente (art. 693). Los herederos del cónyuge fallecido reciben un derecho en la indivisión poscomunitaria, junto con la universalidad del patrimonio propio del causante, patrimonios que permanecen separados hasta que la comunidad se liquide. [112](#) La liquidación y partición de la masa ganancial debe ser previa aritméticamente a la partición hereditaria, porque en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de la masa poscomunitaria que pase a integrar la herencia del fallecido, y en tanto no se efectúe la partición del haber comunitario, se ignorará qué bienes singulares han quedado transmitidos a los herederos. [113](#)

Los derechos de los acreedores del causante recaerán sobre la cuota parte (mitad) que a este le correspondería en la liquidación de los gananciales, siendo indiferente que los gananciales hayan sido adquiridos por uno u otro cónyuge. El Código prevé qué excepción dispuesta es aplicable a la vivienda que ha sido la residencia de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales. Los herederos podrán convenir la indivisión del acervo hereditario y poscomunitario por un término que no podrá exceder los diez años (pueden ser renovados una vez finalizado el lapso establecido), así como cualquiera de los herederos puede solicitar la división de la universalidad si existen causas justificadas. Algunos autores se han planteado el problema del momento en que la indivisión poscomunitaria puede ser oponible a los acreedores de los cónyuges; para ello, establecen la necesidad de una publicidad de tal indivisión como requisito de oponibilidad a terceros. Se impone aquí la aplicación de las normas de derecho sucesorio, ya que se trata de un tema propio de esa área del derecho, donde la transmisión de los bienes del causante opera *ipso iure* desde el momento de su muerte. Incluso, contempla el ordenamiento jurídico que el acto escriturario con vocación registral que merecerá la inscripción en el registro público correspondiente solo tiene un efecto declarativo de la transmisión que se efectúa *ministerio legis*. [114](#)

Para Pérez Lasala, el estado de indivisión por muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente produce sus efectos *erga omnes* sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión poscomunitaria es oponible a terceros acreedores desde la muerte del causante. [115](#) Forman el activo de la indivisión poscomunitaria los bienes gananciales existentes al momento de la extinción de la comunidad y los créditos gananciales de uno y otro cónyuge contra terceros (los frutos de los bienes gananciales del causante integran la masa hereditaria). El pasivo de la indivisión poscomunitaria está formado por dos géneros de obligaciones, las deudas personales y las cargas familiares. Las deudas nacidas durante la indivisión o con motivo de ella por causa de muerte integran las cargas sucesorias.

11.3. Incidencia de la porción legítima hereditaria

Los herederos legitimarios tienen un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, de la que no pueden ser privados sino por las causas que la ley ha juzgado bastante graves

para declararlos indignos. En relación con los bienes propios, le corresponderá al cónyuge superviviente igual parte indivisa respecto de la universalidad que cada descendiente. Con respecto a los bienes que integran la masa poscomunitaria, al cónyuge superviviente le corresponderá la mitad del saldo líquido de esa masa, y la mitad restante tendrá como destinatarios a los descendientes, en partes iguales entre ellos (art. 2433). [116](#) El cónyuge nunca fue excluido por ningún otro orden sucesorio, sino que concurre con ascendientes y descendientes (art. 2424). Ante la ausencia de descendientes y ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los colaterales (art. 2435) –como en el Código de Vélez–. Si concurre con ascendientes, el cónyuge heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales del fallecido (art. 2434).

El vínculo matrimonial debe estar vigente al momento del fallecimiento del causante. Pero si un cónyuge muriese de alguna enfermedad existente en el momento de la celebración y conocida por el otro consorte, que fuere de desenlace fatal previsible dentro de los treinta días de contraído el matrimonio, el cónyuge superviviente perderá la vocación hereditaria, salvo que ese matrimonio hubiese estado precedido de una unión convivencial (art. 2436). La hipótesis cuenta con presupuestos determinados, algunos de tipo objetivo: enfermedad de uno de los cónyuges al momento de la celebración; gravedad de la afección que hiciera prever un desenlace fatal; muerte dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio. También incorpora una faceta subjetiva, como lo es requerir el conocimiento de la enfermedad por el cónyuge superviviente. [117](#)

Si el vínculo matrimonial concluye por divorcio, los cónyuges pierden los derechos hereditarios, [118](#) pero si ha sido excluido de la herencia, conserva su derecho a disolver el régimen patrimonial matrimonial mantenido con el causante. Cesa también la vocación hereditaria en caso de que viviesen separados de hecho sin voluntad de unirse, causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges (art. 2437). La Ley [26994](#) se aparta del criterio que la Ley 17711 le había asignado al artículo 3575, retomándose el cauce jurídico de interpretar que la vocación hereditaria se resolvía ante el hecho objetivo de la separación. [119](#) El [Código](#) determina de manera imprecisa que cualquier tipo de decisión judicial que implique cese de convivencia excluye el derecho hereditario entre cónyuges. [120](#)

11.4. Partición privada de bienes gananciales

El [Código Civil](#) no trató específicamente el tema. El nuevo Código incorpora una sección dentro del capítulo “Régimen de comunidad” en la que se deja plasmado que la partición puede ser solicitada en todo tiempo y la remite a las normas del derecho sucesorio aplicables a la división de la masa poscomunitaria.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados. Es un negocio jurídico que pone fin a la comunidad poscomunitaria –y en su caso hereditaria– mediante la distribución del activo líquido entre los cónyuges o excónyuges y, eventualmente, entre el cónyuge superviviente y los herederos del otro o solo entre coherederos, determinando el haber concreto de cada uno. Cualquiera de los cónyuges –y sus sucesores– puede pedir en todo momento la partición, excepto disposición legal en contrario (art. 496), o que un juez –a petición de un copartícipe– disponga su postergación total o parcial si su realización puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos (art. 2365).

Los bienes adjudicados entre cónyuges que acuerdan regirse en lo sucesivo por el estatuto de separación de bienes o entre excónyuges que concluyen con la indivisión de los bienes comunitarios, o al cónyuge superviviente, se juzgan extraños al otro cónyuge –eventualmente causante y herederos–,

como si nunca hubiera tenido derechos sobre esas adjudicaciones y viceversa (art. 2403). [121](#) La división de bienes que integran la masa común no guarda formas sacramentales y puede hacerse por el acto que juzguen conveniente. El nuevo Código, luego de pregonar que se divide por partes iguales entre los cónyuges –sin consideración respecto del monto de los bienes propios ni de la contribución de cada uno a los gananciales–, concluye de manera rotunda que “si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado” (art. 498). [122](#)

La partición puede acordarse de manera privada, aunque debe instrumentarse por escritura pública cuando tuviese por objeto bienes inmuebles (art. 1017 inc. a), o judicial si no acuerdan realizarla privadamente (art. 2371). La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias. Pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria, resulte un beneficio para alguno, lo que no implica violación alguna cuando hubiese consenso. Una de las partes puede recibir una porción menor de la adjudicada al otro cónyuge –o sus herederos si proviene de un acuerdo de voluntades–. [123](#) Disuelto el vínculo nupcial –si subsiste, lo es bajo el régimen de separación de bienes–, los cónyuges recobran su autonomía para reglar las relaciones recíprocas, en un terreno que no permita sospechar que uno ejerce un dominio invencible sobre la voluntad del otro. El cónyuge supérstite tiene amplia libertad para acordar la partición del acervo poscomunitario con los herederos del fallecido –siempre que estos sean capaces–, sin perjuicio de la acción pauliana de cualquier tercero perjudicado. [124](#)

La jurisprudencia ha considerado que si la partición de bienes homologada judicialmente no está inscrita en el Registro de la Propiedad, es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por este con posterioridad a dicha homologación. [125](#) Este es el sentido conformado por el Código sancionado en 2014, en el que se dispone que la adquisición de derechos reales constituidos no es oponible a terceros interesados y de buena fe mientras no tenga publicidad suficiente (art. 1893). Nada impide que la partición se efectúe solo en cuanto a una parte del acervo (arts. 2367 y 2369); por ejemplo, que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos conservando otros bienes dentro de la masa poscomunitaria.

El legislador estableció mediante una presunción *iuris tantum* (art. 472 [CCCN](#) [similar al art. 1271 [CCIV](#)]) que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas cuando ninguno de ellos pueda justificar la propiedad exclusiva. La composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelve la comunidad y, a partir de ese momento, deja de ser una universalidad abierta, susceptible de enriquecerse con nuevas adquisiciones. Se convierte así en una masa indivisa cerrada, en la cual pueden producirse acrecentamientos y sustituciones pero no aumentos por virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio. [126](#) A su vez, el pasivo se compone de las obligaciones nacidas durante la vigencia del régimen económico del matrimonio y no canceladas y por las nacidas durante la indivisión y con motivo de ella –originadas en la actuación conjunta de los dos copartícipes o dentro de los límites de la administración ejercida por uno de ellos con mandato, gestión de negocios o enriquecimiento incausado que obligue directamente a la masa común–.

Formalizada la escritura partitiva del acervo poscomunitario o firme el auto que aprueba la partición judicial, corresponde que el título respectivo sea inscripto en el registro público pertinente, a fin de publicitar la nueva situación dominial. [127](#)

11.5. Inscripción registral de la partición

La partición del acervo indiviso es meramente declarativa y no traslativa de derechos. Así se expide el Código respecto de la partición hereditaria, a la que se remite, al juzgar que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela -y en los que se le atribuyen por licitación- y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos. [128](#) Solo si el cambio de régimen implica el paso de comunidad al de separación de bienes, provoca la extinción de la comunidad (art. 475 inc. e) y es necesaria la liquidación de los bienes, lo que conlleva la necesaria publicidad registral correspondiente a cada uno de los bienes que contenga.

Mientras no tenga publicidad suficiente la partición, no es oponible a terceros interesados y de buena fe. La disolución o cambio del régimen no publicitado no puede perjudicar los intereses de terceros que contratan con uno de los excónyuges motivado por la titularidad registral de un bien y menos aún si la relación obligacional es anterior al cambio de régimen económico del deudor.

12. Eficacia del acuerdo particionario conyugal previo al divorcio

Varios son los pilares jurídicos sobre los que corresponde posicionarse para adoptar una posición fundada. Espontáneamente, se afirma en la plataforma dispositiva la restricción genérica para contratar entre cónyuges bajo el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d). Se prevé la exigencia de acompañar con la petición de divorcio un “convenio regulador” que contenga las cuestiones relativas a la distribución de los bienes y compensaciones económicas, entre otros varios aspectos (art. 438). [129](#) Si bien este convenio es meramente una propuesta que será evaluada por el juez, evidencia el protagonismo que les corresponde a los cónyuges, concedores del acervo comunitario, autores de las negociaciones iniciales del acuerdo y principales interesados en la forma de distribuirlo.

En el otro margen jurídico, se incorpora la posibilidad de que los cónyuges celebren una capitulación matrimonial en la que elijan empezar a regirse por el estatuto de separación de bienes, lo que implica a su vez liquidar y adjudicarse los bienes comunitarios (art. 449). Esta innovadora alternativa no evidencia otra cosa que la capacidad y la facultad que poseen los cónyuges de celebrar un acuerdo liquidatorio de los bienes comunitarios para, en lo sucesivo, regirse por otro estatuto disciplinario. Consideramos que no se infringe el inciso d) del artículo 1002 CCCN si, constante el matrimonio y antes de la sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, celebran un acuerdo particionario de los bienes gananciales, por escritura pública o por instrumento privado, aclarándose expresamente que esa convención queda sujeta a la posterior homologación judicial, para ser ejecutable un vez disuelto el matrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros.

El acuerdo es ineficaz hasta su homologación, salvo que decidiesen proseguir casados bajo el régimen de separación de bienes respetando el acuerdo partitivo precedente. [130](#) La esencia de dicha contratación es transmitirle a la autoridad judicial la voluntad liquidatoria de los cónyuges, reflejando el interés personal y familiar, y la conveniencia práctica de dividir y adjudicarse los bienes gananciales de la manera propuesta, condicionada a la homologación judicial. Una vez homologado el acuerdo, adquirirá plena eficacia. De nada serviría no admitir este acuerdo partitivo a ser incorporado al proceso jurisdiccional cuando paralelamente los cónyuges tienen la posibilidad de adoptar la vía exclusivamente notarial para la liquidación de los bienes matrimoniales.

13. Bibliografía

- Alterini, Jorge H., [comentario al art. 459], en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Basset, Úrsula, “[Régimen patrimonial del matrimonio](#)”, en Laferriere, Jorge N. (comp.), [Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012](#), Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 235-240.
- Bello Janeiro, Domingo, “Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 7, 1993.
- Belluscio, Augusto C., “Regímenes matrimoniales”, en AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, t. XXIV, Buenos Aires, Omeba, 1967.
- Cantero Núñez, Federico J., “Uniones de hecho”, en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001.
- Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres).
- D’Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Fassi, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962.
— *Regímenes matrimoniales*, t. 22.
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo, *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2006
- Garrido de Palma, Víctor M., “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001.
- Giovannetti, Patricia y Roveda, Eduardo, “Pactos de convivencia”, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Goldschmidt, Werner, “Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 99.
- Guaglianone, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1968.
— *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ediar, 1965.
- Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
— “El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo” [online], en Rubinzal on-line [[portal web](#)], RC-D 351/2014.
- Kanefsch, Mariana y Medina, Graciela, “Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1999-III, p. 958 [ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/000113].
- Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.
— “Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 12, 1996.
— “Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil [Decreto 468/1992], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1993-IV, p. 842 [ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/011997].
- Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, “Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/3/2015 (t. 2015-B, p. 1134), AR/DOC/754/2015

- Kiper, Claudio M., *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- Lasarte Álvarez, Carlos, “La publicidad en el régimen económico del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, abril 1984
- Magariños Blanco, Victorio, “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 548
- Mazzinghi, Jorge A., “Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, p. 1300, AR/DOC/1510/2004.
— “Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 902, 1989.
- Mazzinghi, Jorge A. M., “Las convenciones matrimoniales”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 41, AR/DOC/4259/2015
- Medina, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 1/11/2012, AR/DOC/5230/2012.
- Pérez Lasala, José L., *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- Presa de la Cuesta, Alfonso, “Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 564, 1984.
- Rapallini, Liliana E., “[Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino](#)”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 951, 2005.
- Roveda, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 349-369.
- Sambrizzi, Eduardo A., “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (t. 2014-F, p. 757, AR/DOC/3941/2014).
- Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1881.
- Solari, Néstor E., “La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Nº 46, 2015.
- Soto Bisquert, Antonio, “La publicidad del régimen matrimonial de bienes”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, t. 51, 1967.
- Vallet de Goytisolo, Juan, “Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna” (conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Secretaría de Práctica Jurídica).
- Zavala, Gastón A., “Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial” (ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Mar del Plata, 1995]).
- Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2006.
— *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993.

Notas

*. Trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), distinguido con un accésit por el jurado de la Jornada y publicado en *Revista Notarial* (Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 94, 2016, pp. 403-469). Se le han incluido desde la redacción de la *Revista del Notariado* hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

1. Basset, Úrsula, “[Régimen patrimonial del matrimonio](#)”, en Laferriere, Jorge N. (comp.), [Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012](#), Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 235-240.

2. El cambio era necesario; la sociedad contemporánea a Vélez Sarsfield, el contexto económico y las relaciones laborales y comerciales son diametralmente diferentes a las actuales. [N. del E.: el lector podrá acceder a las notas del Codificador [aquí](#)].

3. Para Santiago C. Fassi, el régimen patrimonial matrimonial es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio (*Regímenes matrimoniales*, t. 22, p. 242). En igual sentido, Belluscio, Augusto C., “Regímenes matrimoniales”, en AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, t. XXIV, Buenos Aires, Omeba, 1967, p. 410.

4. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 377.

5. Según Aquiles H. Guaglianone, “el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate” y el grado de orden público del derecho matrimonial está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad (*Régimen patrimonial del matrimonio*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 18).

6. Kanefsch, Mariana y Medina, Graciela, “Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1999-III, p. 958 (en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, ver id. 0003/000113).

7. Ver Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 585; Mazzinghi, Jorge A., “Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 902, 1989, p. 189; [conclusiones](#) de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987); y proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992.

8. Goulart (expresidente de Brasil) y su cónyuge celebraron capitulaciones prematrimoniales,

pactando separación de bienes. Ella, casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador capitalino denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como propio de la viuda (art. 6 Ley [2393](#)), lo que fue confirmado por la Sala F de la CNCiv. en fallo del 2/2/1982 (*El Derecho*, t. 99, p. 676). Werner Goldschmidt califica la resolución como visualmente acertada, pero duda si el resultado es satisfactorio (“Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 99, p. 676).

[9.](#) Jorge A. Mazzinghi destaca esta particularidad y califica de saludable la modificación (“Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, p. 1300, AR/DOC/1510/2004). En igual sentido, ver Rapallini, Liliana E., “[Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino](#)”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 951, 2005, pp. 619-628).

[10.](#) Tratado de Montevideo (1889), Ley [3192](#); el art. 40 establece que “Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes [...] en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación”; mientras que el art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado, de común acuerdo, antes del matrimonio.

[11.](#) Art. 2625 [CCCN](#): “En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal”. Debió decir “que no hicieran opción de régimen”, ya que la convención prematrimonial puede contener otras previsiones.

[12.](#) Si los contrayentes celebran capitulación matrimonial en el extranjero, optan por el régimen de comunidad y, además, convienen por ejemplo la asignación de bienes post mórtem, de conformidad a la ley extranjera. Se plantea el interrogante si en nuestro país es factible declarar la nulidad parcial de la última estipulación. Consideramos la invalidez parcial (por lo dispuesto en el art. 389); la aplicación del régimen legal argentino limita como objeto de las convenciones “únicamente” los establecidos en el art. 446. No puede verse afectado el orden público interno.

[13.](#) El sistema del CCIV limitó las convenciones al inventario de bienes propios, reserva de administración por la esposa, donaciones del marido a la mujer y donaciones entre esposos para después de su fallecimiento. Nada más podía pactarse y menos aún luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219). Vélez estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio; lo cierto es que siendo un régimen imperativo, no se aviene con la idea de contrato.

[14.](#) En España, los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de la actividad económica que desarrollan. Es causal de disolución de la sociedad de gananciales su incumplimiento reiterado. (Ver [Código Civil](#) de España, arts. 1381 y 1393).

[15.](#) Basset, Úrsula C., ob. cit. (cfr. nota 1): “Dado que en las diversas subcomisiones se trabajó en forma separada, la regulación del matrimonio y sus consecuencias personales no responde en absoluto al perfil de matrimonio que subyace a la regulación de los efectos económicos. El desajuste es evidente.”

[16.](#) En el mismo sentido que lo establecía el Código Civil en los arts. 953, 1044 y 1218.

[17.](#) Su efecto vinculante, el principio de buena fe, la posibilidad de someterlas a condiciones o plazos. O también hacerles aplicables las normas sobre ineficacia y, en su caso, declarar la nulidad parcial si alguna estipulación transgrede el objeto reservado para las convenciones, y si esta es separable del resto, manteniendo incólume el resto de la convención matrimonial.

[18.](#) Principalmente, en el proceso de liquidación de la comunidad, sobre la calidad propia de los bienes, en especial si son bienes no registrables (dinero, joyas, obras de arte), en la cuantificación de las recompensas, etc. De conformidad con el art. 466 [CCCN](#), se presumen gananciales los bienes al momento de la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario.

[19.](#) El art. 451 CCCN refiere a las donaciones efectuadas en la convención; el 452, a las donaciones efectuadas por terceros o entre novios fuera de la convención, con respecto a los efectos de las mismas frente a la celebración o no del matrimonio. Consideramos que la referencia del art. 451 es innecesaria, ya que el art. 448 aclara que las convenciones matrimoniales solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto no sea anulado.

[20.](#) La edad de los contrayentes es una limitación tenida en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho codificado, aunque con variantes. En algunos países, se impide la opción a los menores sin distinción; en otros, se les permite optar por intermedio de su representante, con homologación judicial; mientras que otros ordenamientos le impiden la opción a los menores de determinada edad. Ver Medina, Graciela, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 1/11/2012, AR/DOC/5230/2012.

[21.](#) [N. del E.: ver [aquí](#) información sobre el trámite parlamentario; asimismo, el lector podrá confrontar: a) el CCCN sancionado por [Ley 26994](#); a) el [texto](#) con media sanción del Senado en noviembre de 2013; b) el [proyecto](#) elevado por el PEN a través del Mensaje N° 884 del año 2012, b) el [anteproyecto](#) elaborado por la comisión redactora elevado a consideración del PEN en ese mismo año; c) sus [fundamentos](#); d) el [proyecto](#) de 1998].

[22.](#) El [CCIV](#) (art. 1222) permitía que los menores de edad pudieran hacerse donaciones en las correspondientes convenciones matrimoniales, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesitaba para contraer nupcias.

[23.](#) En caso de que los menores, no obstante la prohibición, hubieran optado por el régimen de separación de bienes, la opción devendrá nula, los esposos quedarán sujetos al régimen de comunidad, y una vez llegados a la mayoría de edad, podrán confirmar el acto. La única convención que pueden celebrar es para casos de avalúo de bienes y deudas.

[24.](#) Si la capacidad de personas de edad avanzada se reduce por disposición judicial por insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, podrá ser interdicta y la sentencia que la declare determinará la extensión y límites de la interdicción; especificará los actos que pueda realizar por sí o con asistencia de apoyos, considerando el sistema de incapacidad gradual.

25. Las reformas previas han agregado capas legislativas al texto originario del CCIV, muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilización ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua. Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales, y como excepciones tenemos con régimen obligatorio único a Bolivia, Rusia, República Federal de Yugoslavia, Hungría y otros países socialistas del este; o Portugal, que impone como régimen de separación a los matrimonios *in articulo mortis*; o por la edad de los contrayentes, como en el caso de Brasil, cuando el hombre tiene más de sesenta años o la mujer más de cincuenta. En todos los países existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes, y termina por constituirse en cada país, en un régimen nacional, dominante y tradicional.

26. Este régimen abarca todos los bienes que llevan los cónyuges al matrimonio y los que adquirieran después, sin importar el origen. Hay responsabilidad común por las deudas que ellos contraigan. La proliferación de divorcios lo hace actualmente injusto e inaplicable.

27. Los bienes muebles llevados al matrimonio, los frutos de los bienes propios y las ganancias o adquisiciones que realicen los cónyuges durante el matrimonio, son comunes. Los bienes propios son los inmuebles que cada cónyuge lleva al matrimonio y las adquisiciones gratuitas que realicen durante la unión. Se forman tres masas de bienes: los bienes inmuebles propios de la mujer; los bienes inmuebles propios del marido; y los comunes o gananciales formados por los bienes muebles llevados al matrimonio o adquiridos luego y los inmuebles que no sean propios. Los bienes comunes se dividirán al terminar la comunidad entre los esposos, sin atención a su origen.

28. Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio y los frutos de los bienes propios son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.

29. En muchas legislaciones se han atenuado las consecuencias de la separación a los efectos de proteger el patrimonio familiar común, restringiendo el poder de disposición o el destino final de estos bienes. Nació en el derecho romano, luego se desarrolló en los países del *common law*. Hoy es el régimen opcional en algunos países y en otros el legal básico.

30. Se valúan los bienes aportados al matrimonio, se comparan con los bienes del patrimonio al momento de la disolución y la diferencia entre esos valores da como resultado la pérdida o ganancia de cada uno durante el matrimonio, equiparándose las ganancias obtenidas.

31. En el CCIV, los pactos prenupciales no podían ser modificados luego de celebrado el matrimonio (art. 1219). Los motivos de esta inmutabilidad eran evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas; para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original; y para que estos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

[32](#). En el derecho español, está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. [N. del E.: ver Código Civil de España [aquí](#)]. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen. [N. del E.: ver Código Civil de Francia [aquí](#)].

[33](#). Consideramos aplicables cláusulas como en España, donde se aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos, por ejemplo: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

[34](#). En la doctrina española, Castan Tobeñas enseña que “no parece haber inconveniente para admitir la validez del término inicial o final [...] si los cónyuges han acordado determinado régimen por cierto tiempo de duración, habrá que entender que antes del vencimiento del plazo estarán obligados a pactar de nuevo, y si no lo hacen, que regirá el legal; por el contrario, si acuerdan antes de casarse que el régimen que convienen solo regirá a partir de tal año de su matrimonio, ello equivaldrá a acogerse al régimen de gananciales hasta que llegue tal momento”. (Citado por Medina, Graciela, ob. cit. [cfr. nota 20]).

[35](#). Sambrizzi, Eduardo A., “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (t. 2014-F, p. 757, AR/DOC/3941/2014). Roveda, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 349-369.

[36](#). En igual sentido, ver Solari, Néstor E., “La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, N° 46, 2015, pp. 18-19. Según Aída Kemelmajer de Carlucci, podrían darse varias posibilidades en la legislación: a) plena libertad sin límites en cuanto al número de cambios, con régimen conveniente de publicidad (Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Francia, Israel, México, Noruega, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Polonia); b) elegido un régimen en la convención nupcial, solo puede cambiarse por el legal supletorio; c) inmutabilidad del régimen oportunamente elegido (Bélgica, Brasil, Uruguay, Japón, Sudáfrica y países de la denominada África negra). (“Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil [Decreto 468/1992], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1993-IV, p. 842 [en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/011997]).

[37](#). Garrido de Palma, Víctor M., “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 213.

[38](#). Ver Vallet de Goytisolo, Juan, “Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna” (conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Secretaría de Práctica Jurídica).

[39](#). Tanto el proyecto de código elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992 como el [redactado](#) por la Comisión designada por Decreto 685/1995 proponían una regulación fundamental o

base.

[40.](#) Medina sostiene que el hogar puede ser normal o transitorio; p. ej., cuando se traslada por motivos laborales, de enfermedad o estudio y reside en un lugar que no es el habitual.

[41.](#) Esta obligación se correlaciona con la obligación alimentaria instituida al progenitor afín que vive con el progenitor biológico que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 676 CCCN) y el deber de cooperar en su crianza y educación, realizar actos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones en caso de urgencia. Ver Lamber, Néstor D., [comentarios] en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 407-410.

[42.](#) El art. 1300 [CCIV](#) establecía que la contribución era proporcional a los bienes de cada cónyuge.

[43.](#) CNCiv., Sala C, 28/11/1995, "N., R. c/ R., R." (La Ley, t. 1996-C, 123; AR/JUR/1744/1995): la responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio, sin importar el carácter de los bienes.

[44.](#) CNCom., en pleno, 19/8/1975, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Sztabinski, Simón s/ ejecutivo" (*El Derecho*, t. 63, p. 496 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

[45.](#) Por atención de las necesidades del hogar se entiende asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones familiares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. El término *hijos* abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior y extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar (ver CNCiv., Sala C, 21/12/1995, "D. la A., M. C. c. R., U" [*La Ley*, t. 1996-D, p. 467]). Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con respecto a la conservación de los bienes comunes, no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Ver Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo, *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 136. En caso de reparación de bienes propios, solo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

[46.](#) Lamber, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 41), p. 461.

[47.](#) El cónyuge no contratante solo discutirá si la deuda encuadra dentro del deber de contribución familiar, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

[48.](#) Coincidimos con Medina en que el inmueble puede ser ejecutado por deudas que deriven de

tasas, contribuciones, expensas, obligaciones por reformas en el inmueble, ya que se entiende que ambos han asentido la prestación o la mejora o se han beneficiado con ella, porque hacen al sostenimiento del hogar familiar y los cónyuges responden solidariamente con su patrimonio.

[49.](#) En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci predica que el art. 456 también rige para las obligaciones contraídas antes del 1 de agosto de 2015, porque la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 136).

[50.](#) La Corte Suprema de Justicia advierte que en la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica, además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia; procura que, al percibir su crédito, el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto. (CSJN, 15/3/2007, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra y otro s/ ejecución hipotecaria” [*Fallos*, t. 330, p. 855 {ver texto completo [aquí](#)}]].

[51.](#) Medina, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 20).

[52.](#) Aída Kemelmajer de Carlucci señala que en la [Family Home Protection Act N° 27 de Irlanda](#), del 12/7/1976, el término *vivienda* (*dwelling house*) incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil o parte de ellos, utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etc. unidos a la misma y utilizados usualmente con la vivienda. (*La protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 181).

[53.](#) 38 Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013) [N. del E.: ver despachos [aquí](#)]. 39 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2012).

[54.](#) Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala II, 13/6/1972 (*El Derecho*, t. 44, p. 543); CNCiv, Sala B, 7/5/1996, “M., J. c. P., H. y otro” (*La Ley*, t. 1996-D, p. 732). Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión.

[55.](#) Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca (Cám. Civ y Com. de Rosario, Sala II, 29/8/1969 [*El Derecho*, t. 33, p. 598]).

[56.](#) Se sanciona la actitud fraudulenta de un cónyuge que pretende burlar las legítimas expectativas del otro cónyuge a participar en la división por mitades de los bienes gananciales. (Cám. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II, 1/2/2016, “G., A. M. c/ M., H. T. s/ ordinario [microjuris.com, MJ-JU-M96924-AR]).

[57.](#) Graciela Medina plantea el interrogante si correspondería requerir este asentimiento cuando uno de los cónyuges va a vender el inmueble con reserva de usufructo, pronunciándose en forma negativa porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien (ob. cit. [cfr. nota 20]).

[58](#). El art. 506 del [proyecto de 1998](#) fijaba un plazo de un año. En este caso, tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables, transcurridos los seis meses contados desde la venta inicial, creemos que debe considerarse suficiente la publicidad registral prevista en el art. 1893 [CCCN](#) y la posesión pacífica otorgada al subadquirente.

[59](#). Los actos de obligación no provocan por sí mismo la pérdida o gravamen de un derecho, sino que solo obligan a ellos, solo produce relaciones obligatorias. Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció el hecho de un tercero, sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura. CNCCom., Sala A, 23/11/1976 (*El Derecho*, t. 73, p. 229).

[60](#). CNCiv., Sala C, 27/5/1986, “M., J. M c/ M., D. M. (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-IV, p. 150).

[61](#). Queda cerrada así la discusión de si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compraventa. La Sala B de la CNCiv. consideró al boleto como un acto de disposición (14/12/1971 [*El Derecho*, t. 42, p. 608]). Pero, en realidad, hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante, quien deberá al momento de la transferencia del dominio, obtener el asentimiento, y si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación en este caso se resolverá. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene. Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego rehúse prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehúsa a darlo en la escritura, el adquirente tiene la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

[62](#). En igual sentido, ver Lamber, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 41).

[63](#). Jorge H. Alterini argumenta que la restricción del art. 1002 inc. d) no puede ser aplicable para casos expresamente permitidos; fundamenta que en el antiguo régimen el contrato de mandato entre cónyuges era uno de los pocos permitidos y que ahora el CCCN lo regula expresamente, sea expreso o tácito, y concluye que se trata aquí de un supuesto de representación voluntaria y no estrictamente de contrato de mandato ([comentario al art. 459] en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015).

[64](#). La base o fundamento de la regulación de esta institución, ha sido la constitucionalización del derecho privado, asegurando el respeto a diferentes opciones de vida. Quienes optan por un sistema de organización familiar de tipo no matrimonial se autoexcluyen de la regulación legal derivada del matrimonio basando su vínculo familiar en la libertad y autonomía de la libertad.

[65](#). La unión convivencial podemos considerarla, por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable entre dos personas que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Implica la independencia patrimonial de cada uno, no están regidos por ningún régimen económico típico. En 1997, el Tribunal Supremo de España rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio y dijo: “no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado

civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve”.

66. El Alto Tribunal de España, en sentencia del 21/10/1992, cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

67. En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si existiera un pacto de convivencia que hubiera adjudicado un inmueble al cónyuge superviviente, este provoca la exclusión del bien del acervo hereditario, y la posibilidad de adjudicación del bien por el superviviente sin necesidad de tramitación del proceso sucesorio, ya que la adjudicación opera por el hecho de la muerte que provoca el cese de la convivencia, sin ser considerada una donación -ya que proviene de un convenio que reconoce el esfuerzo y aporte común-, por lo que tampoco es observable por no ser colacionable, y no estar sometido a ninguna condición resolutoria. (Lamber, Néstor D., ob. cit. [cfr. nota 41], p. 601).

68. El art. 13 de la [DTR 11/2016](#) (pcia. de Buenos Aires) señala que serán susceptibles de registración las escrituras públicas o documentos judiciales que contengan pactos de convivencia, sus modificaciones, su rescisión y extinción, siempre que se refieran a bienes inmuebles.

69. Patricia Giovannetti y Eduardo Roveda se plantean la posibilidad que el pacto incluya restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de alguno de los integrantes de la pareja y que el mismo deba registrarse, y concluyen en la necesidad de la escritura pública. (“Pactos de convivencia”, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela [dirs.] y Esper, Mariano [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 268). En igual sentido, ver Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 [serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres], p. 139.

70. Patricia Giovannetti y Eduardo Roveda consideran que también el deber de fidelidad recíproco podría ser incluido, incluso con cláusulas de resarcimiento por incumplimiento (ob. cit. [cfr. nota 69], p. 515).

71. Cláusula que contrarién el art. 515 sería, por ejemplo, pactar el deber de fidelidad solo para una de las partes o la prohibición de trabajar a uno de ellos.

72. Federico J. Cantero Núñez expresa que “las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería meramente interna”. (“Uniones de hecho”, en Delgado de Miguel, J. F.

[coord.], *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 411).

[73.](#) Se resolvió en un pleito iniciado antes de la vigencia del CCCN que la normativa aplicable era la de una disolución de una sociedad de hecho entre quienes habían convivido, bajo el régimen del Código Civil. (CNCiv., Sala J, 3/11/2015, “F., M. L. c/ N., R. H. s/ disolución de sociedad” [*La Ley*, 1/2/2016, AR/JUR/61316/2015]). En otro caso, se aplicaron las pautas del art. 518 CCCN para acoger la acción para dividir bienes que estaban en condominio, pero se rechazó el planteo respecto a los inmuebles que figuraban a nombre de uno de ellos, y dispuso que ante la inexistencia de pactos, se aplican las normas del 528 CCCN, y tuvo por cierto que existió entre ellos un acuerdo para proceder en el sentido de adquirir unos bienes a nombre de uno y otros a nombre de otro, ya que tener a los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, en partes iguales sin más, sería asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial matrimonial. (Cám. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de San Rafael, 9/9/2015 [*La Ley Gran Cuyo*, 2016, p. 95, AR/JUR/29558/2015]).

[74.](#) Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 371.

[75.](#) La designación y avalúo de los bienes, enunciación de deudas y donaciones no pueden formar parte de una convención posterior a la celebración del matrimonio.

[76.](#) En el régimen de Vélez, la forma para la celebración de convenciones matrimoniales se regía por la que establecía la ley del lugar de su celebración (art. 1205 [CCIV](#)). El art. 1223 -conc. con el art. 1184 inc. 4- establecía que las convenciones matrimoniales debían hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, según el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces si no era suficiente formalizarla por instrumento privado. Para un sector de la doctrina, la forma notarial era constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir, no existía la convención si faltaba la escritura. También lo habían propuesto las comisiones creadas por Decretos 468/1992 y 685/1995. Considerar la escritura como forma *ad probationem* podría haber significado la posibilidad de que los cónyuges pudiesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de celebrado el matrimonio, en violación al art. 1219.

[77.](#) Mazzinghi, Jorge A. M., “Las convenciones matrimoniales”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, *La Ley*, 16/12/2015, p. 41, AR/DOC/4259/2015. Para Eduardo A. Sambrizzi (ob. cit. [cfr. nota 35]), la falta de otorgamiento de escritura pública provoca la nulidad, aunque de carácter relativo, porque solo está en juego el interés de las partes.

[78.](#) Se deja así de lado la posibilidad de modificar también las convenciones por medio de homologación judicial, con previa audiencia con el juez en forma separada, quien debía oír a las partes con asistencia letrada. Kiper, Claudio M, *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 319.

[79.](#) Eduardo A. Sambrizzi (ob. cit. [cfr. nota 35]) interpreta, en cambio, que en el caso de que los esposos fueran de buena fe, y de conformidad con los arts. 428 y 429 CCCN, el matrimonio anulado produce todos los efectos del matrimonio válido con respecto al cónyuge de buena fe hasta el día en que se declare su nulidad. Los arts. 1238-1240 CCIV dejaban a salvo los derechos del cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo.

[80](#). En el mismo sentido se expidieron las 39 Jornadas Notariales Bonaerenses (Mar del Plata, 2015) [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)]. El art. 51 de la Ley [26413](#) establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

[81](#). Los [fundamentos](#) del anteproyecto señalan que la elección entre los dos regímenes se realiza por escritura pública, antes de la celebración del matrimonio, o frente al funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, lo que no surge del articulado sancionado.

[82](#). Así se encuentra previsto en el [Código Civil de Francia](#), que establece en su artículo 1397 que el cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha de la resolución judicial y frente a terceros tres meses después que el cambio sea inscripto en el margen del acta de matrimonio. En ausencia de esta mención el cambio no es opuesto a los terceros salvo que en el acto celebrado con los terceros los esposos manifiesten que han modificado su régimen.

[83](#). Además de la inscripción de la convención en el acta de matrimonio, otras legislaciones han previsto su inscripción en el Registro de la Propiedad o de Comercio. Así, por ejemplo, el [Código Civil español](#), en su artículo 1333, dispone que “si las convenciones o sus modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad”. Cfr. Lasarte Álvarez, Carlos, “La publicidad en el régimen económico del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, abril 1984, p. 365: “después de la ley 1 de julio de 1959, Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código”.

[84](#). El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: “las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica”. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)].

[85](#). Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 12, 1996, p. 75.

[86](#). Igual en España. Ver Bello Janeiro, Domingo (citando a Rojas Montes), “Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 7, 1993, p. 39.

[87](#). Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit. (cfr. nota 36).

[88](#). Arts. 463 y 449 *in fine*.

[89](#). Zavala, Gastón A., “Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial” [ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1995}].

[90](#). Cfr. Soto Bisquert, Antonio, “La publicidad del régimen matrimonial de bienes”, en *Revista de*

Derecho Privado, Madrid, Reus, t. 51, 1967, p. 517.

[91](#). Se hace constar en el Registro de la Propiedad el régimen patrimonial matrimonial del titular registral en relación a ese bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior. El art. 1317 del [Código Civil español](#) dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402); si la capitulación afectare a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art. 1333).

[92](#). Magariños Blanco, Victorio, “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 548, p.52.

[93](#). Presa de la Cuesta, Alfonso, “Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 564, 1984, p. 1222.

[94](#). Art. 5 de la [DTR 11/2016](#) (pcia. de Buenos Aires). Ver asimismo art. 266/6 del [Reglamento del Registro Civil de España](#).

[95](#). Magariños Blanco, Victorio, ob. cit. (cfr. nota 92), p. 56.

[96](#). La Sala D de la CNCom. dijo: “si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos” (*El Derecho*, t. 57, p. 567).

[97](#). [N. del E.: el lector podrá confrontar: a) el CCCN sancionado por [Ley 26994](#); a) el [texto](#) con media sanción del Senado en noviembre de 2013 e información del [trámite parlamentario](#); b) el [proyecto](#) elevado por el PEN a través del Mensaje Nº 884 del año 2012, b) el [anteproyecto](#) elaborado por la comisión redactora elevado a consideración del PEN en ese mismo año; c) sus [fundamentos](#); d) el [proyecto](#) de 1998].

[98](#). Casabé, Eleonora R., ob. cit. (cfr. nota 69), p. 113.

[99](#). El predictamen presentado en noviembre de 2013 por el partido oficialista ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, justificaba al sostener “la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión”. (Fuente: [parlamentario.com](#), 14/11/2013 [N. del E.: dado que el hipervínculo aportado por los autores se ha desactivado, se ofrece al lector otra fuente del texto, con la advertencia de que no consiste en una fuente oficial; ver [aquí](#), p. 64]).

[100](#). La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges es una línea legislativa seguida

por los ordenamientos jurídicos más modernos que además adoptan remedios a los efectos de evitar los abusos y proteger a los terceros. Ejemplos de legislaciones: Alemania, Canadá (Quebec), Italia, Bolivia, Colombia, Francia, España, Código Civil Suizo, Panamá. En nuestro país, los proyectos de reforma de 1998 y 1993. Ver Herrera, Marisa, “El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo” [online], en Rubinzal on-line [[portal web](#)], RC-D 351/2014; y Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 78), t. 1, p. 322.

[101](#). Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, “Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 17/3/2015 (t. 2015-B, p. 1134), AR/DOC/754/2015: “si uno de los pilares sobre los cuales se edifica el régimen matrimonial es el de evitar conflictos y lograr que los divorcios sean lo menos destructivos posible, es innegable que no se puede obligar a los cónyuges a pactar todos los efectos que se derivan de su matrimonio siendo que ello podría ser un factor de disputa y enfrentamientos, cuando es lo que se pretende evitar”.

[102](#). En el régimen de separación de bienes, al momento de cambiar de régimen o de cesar la unión matrimonial, podrá existir algún reclamo entre ellos en virtud de las obligaciones solidarias de los arts. 461 y 462 [CCCN](#), pero no a disolución alguna, ya que no existe una masa indivisa.

[103](#). Surgirán también las compensaciones entre los cónyuges (arts. 488, 491, 495 CCCN). Si una deuda definitivamente común fue pagada vigente la comunidad con bienes gananciales de titularidad de un cónyuge, la cuestión queda agotada.

[104](#). Interpretamos que no tendría efecto pedir la separación de bienes, porque con el desapoderamiento de los bienes del deudor, tanto propios como gananciales, quedan afectados al derecho de los acreedores. No habría ningún tipo de protección legal entonces.

[105](#). Se incorpora expresamente el reconocimiento de los bienes gananciales anómalos, los cuales podrán ser considerados privativos si se remontan los efectos de la sentencia al día de la separación de hecho sin voluntad de unirse. Decisión acertada, porque en estos casos está ausente el elemento común y coparticipativo con el que se erigen los bienes gananciales, el proyecto de unidad que le dio origen ya no está presente. “Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales puros en tanto están alcanzados por la regla del art. 1315 del C.C., en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales anómalos y no sujetos a división” (CNCiv., Sala B, 20/10/05, “H., M. B. c/ G. S., M. R.” [*La Ley*, t. 2006-A, p. 679]).

[106](#). La CNCiv. sostuvo que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación. Conclusión fundamentada en razones de equidad y de orden lógico y moral. (CNCiv., en pleno, 29/9/1999, “C., G. T. c/ A., J. O. s/ liquidación de sociedad conyugal” [*La Ley*, t. 1999-F, p. 3; *Doctrina Judicial*, t. 1999-3, p. 754 {N. del E.: ver [aquí](#)}]).

[107](#). La indivisión poscomunitaria es una situación transitoria que se produce de pleno derecho y no es viable pacto alguno que tienda a prolongarla; característica que la diferencia del derecho

hereditario (cfr. arts. 2380-2383).

[108](#). En este sentido se expidieron las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979): “En cualquier caso el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal. V. Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges”. [N. del E.: ver todas las conclusiones [aquí](#)]. Participan de este criterio Belluscio, Guaglianone, Mazzinghi y Vidal Taquini -entre otros-.

[109](#). La DTR [8/2015](#) (Pcia. de Buenos Aires) prevé la liquidación y partición del divorciado supérstite junto con los herederos del excónyuge, y, además, la codisposición a favor de un tercero en el caso de disolución por divorcio sin liquidación de la masa ganancial.

[110](#). Fassi, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962, p. 349.

[111](#). Se reconoce la vocación sucesoria de los cónyuges fundada en el matrimonio que surge de las sucesiones (2433). Si el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los consortes, se distinguen los derechos del sobreviviente que nacen del régimen matrimonial preexistente, de los que le corresponda como heredero por el sistema de la transmisión *mortis causa*.

[112](#). La comunidad hereditaria constituida en cabeza de los herederos es, al mismo tiempo, cuota de una indivisión mayor, en la que interviene alguien que no es necesariamente otro heredero, o por lo menos otro heredero en los bienes; y en parte un conjunto de bienes propios reunidos en la unidad del haber transmitido. Ver Guaglianone, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ediar, 1965, p. 20.

[113](#). El art. 4 de la DTR [7/2016](#) (Capital Federal) dispone que la publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos no cesa la indivisión hereditaria, ya que esta solo concluye con la partición.

[114](#). Es lo que dispone la DTR [7/2016](#) (Capital Federal).

[115](#). Pérez Lasala, José L., *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 146.

[116](#). Esto podría resultar injusto en el régimen de comunidad de gananciales, al considerar que, en la gran mayoría de los casos, el patrimonio hereditario se integra con bienes gananciales.

[117](#). La doctrina clásica interpretaba que el CCIV suplía los argumentos del “desconocimiento” de la enfermedad perceptible con signos de la misma que hayan sido exteriorizados; además de sostener algunos que el ánimo de captar la herencia debía estar presente; criterio este que no cuenta con uniformidad de opiniones y no es un requisito legislado.

[118.](#) “La disolución del vínculo matrimonial importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería al cabo, una pura especulación patrimonial” (CNCiv., Sala A, 11/2/1988, “K. de P. A., I. E. c/ P. A., A.” [La Ley, t. 1988-B, p. 18]). “Ante el fallecimiento del bígamo, la cónyuge putativa concurre a la sucesión con los herederos del causante”. “Excluida la cónyuge supérstite como heredera de los bienes gananciales del causante (por su carácter de socia de la sociedad conyugal), la cónyuge putativa concurre a la sucesión del 50 % restante de esos bienes juntamente con los demás herederos”. (CNCiv., Sala G, 12/4/1988, “De O. P., C. E., suc.” [La Ley, t. 1990-B, p. 135]).

[119.](#) Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1881, p. 543. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) concluyeron (comisión 7) que “resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal [...] es coherente con el régimen de divorcio incausado”.

[120.](#) Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) afirmaron que esta es una causal autónoma de exclusión, con la aclaración que debe tratarse de una resolución judicial firme, efectivizada y definitiva. Si se dictan medidas transitorias que implican el cese de la convivencia durante un tiempo, o son provisionales, o resuelven coyunturalmente un conflicto conyugal, no puede interpretarse que exista separación de hecho, que cause la extinción de la vocación hereditaria. [N. del E.: ver las conclusiones completas [aquí](#)].

[121.](#) Cada cónyuge responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales (art. 502 [CCCN](#)).

[122.](#) Cualquiera sea la naturaleza atribuible al conjunto de bienes y deudas resultantes de la disolución de la comunidad, rigen iguales procedimientos, formas y técnicas que en caso de herencia (arts. 500, 2369 y cc. [CCCN](#)). “Una vez disuelta la sociedad conyugal, si no existe convenio entre los cónyuges, la liquidación se regirá por las normas de liquidación y división de las herencias” (CNCiv., Sala A, 2/8/1984, “M., J. M. A. c/ R., E. M. A.” [La Ley, t. 1985-B, p. 492]). En el mismo sentido, ver el despacho de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979). [N. del E.: conclusiones completas [aquí](#)].

[123.](#) Ver, p. ej., partición del único bien que compone el patrimonio ganancial en D’Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 916.

[124.](#) CNCiv., Sala B, 30/12/1970, “Yacone, Rosa M., suc.” (La Ley, t. 142, p. 416).

[125.](#) Cám. Civ. y Com. de Junín, 1/11/1979 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-II, p. 503).

[126.](#) Guaglianone, Aquiles H., ob. cit. (cfr. nota 5), t. 1, p. 218.

[127.](#) Art. 10 DTR [11/2016](#) (de pcia. de Buenos Aires).

[128.](#) El XVI Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2011) concluyó que son actos declarativos, entre otros, la partición de herencia y la cesación del estado de indivisión poscomunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por divorcio o separación personal.

[129.](#) A pesar de la imperatividad del “debe” del art. 438, la doctrina considera que debe leerse como “puede”, y le da el verdadero sentido a la disposición y a la autonomía de la voluntad.

[130.](#) Elías P. Guastavino consideraba, durante la vigencia del CCIV, que el convenio privado sobre adjudicación de bienes comunitarios reviste, antes de la homologación, la fuerza de un acuerdo obligatorio asimilado a un contrato y no puede ser dejado de lado unilateralmente cuando el acuerdo se ha celebrado con posterioridad al pronunciamiento que lo declaró. (“Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales luego del divorcio”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1985-II, p. 492). La CNCiv., en pleno (24/12/1982, “G. R. L. M. y M. E. L. s/ divorcio - art. 67 bis Ley 2393 - separación de bienes - convenios”), sentó doctrina -obligatoria en aquel entonces- al sostener que “los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos”.