

El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial

POR EDUARDO G. ROVEDA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Características del régimen. — III. La incorporación de los regímenes optativos. El debate. — IV. El debate en la doctrina contemporánea y la tendencia hacia la autonomía. — V. Convenciones matrimoniales. — VI. Disposiciones comunes a todos los regímenes. — VII. Principales reformas al régimen de comunidad. — VIII. El régimen de separación de bienes. — IX. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los aspectos destacados del Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.— es haber abandonado el régimen imperativo y forzoso y cambiarlo por uno convencional donde los esposos pueden optar.

Desde hace más de treinta años la mayoría de la doctrina se ha manifestado a favor de esta incorporación haciendo hincapié en la necesidad de renovar el régimen económico matrimonial que ha permanecido casi inalterado desde la redacción del Código (1).

Por otra parte, las sucesivas reformas parciales que el régimen sufrió han determinado una gran dificultad para su estudio, ello en virtud de que se modificaron aspectos sustanciales relativos al régimen (capacidad civil de la mujer casada, gestión y pasivo), sin producir una reforma integral del articulado, lo cual lleva a enormes dificultades para la interpretación del verdadero sentido de las normas no derogadas.

En el presente trabajo intentaré recorrer el régimen. Para hacerlo analizaré sus características distintas, el debate sobre las convenciones matrimoniales, las normas aplicables a los dos regímenes, las principales reformas en materia de comunidad y el nuevo régimen de separación.

II. Características del régimen

El Código Civil y Comercial abandona el régimen imperativo al permitir que los cónyuges opten por uno de los dos regímenes regulados. En rigor de verdad, tal como ha sido previsto, la opción se reduce al régimen de separación de bienes (artículo 446), ya que a falta de ella se aplica supletoriamente el régimen de comunidad, es de suponer que quienes no elijan la separación de bienes no expresen nada y como consecuencia se les aplique el supletorio a falta de opción (artículo 463).

Los cónyuges pueden cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación (artículo 449). Se establece además un conjunto de normas que resultan aplicables a ambos regímenes. En ellas se regula sobre la protección del hogar conyugal y su ajuar, el deber de contribución en las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para sostener los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos.

(*) Prof. Titular Interino de Derecho Civil V y Prof. Adjunto Ordinario en Derecho Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) Ver Libro de Ponencias de la Comisión III del X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en 1998.

III. La incorporación de los regímenes optativos. El debate

El régimen imperativo de comunidad establecido por el Código Civil fue aplicado durante más de un siglo sin que, en lo sustancial, generará controversias doctrinarias ni mayores cuestionamientos sobre la justicia de sus resultados. Fue así mantenido por Bibiloni en su anteproyecto, por los redactores del Proyecto de 1936, por el Anteproyecto de 1954, y por la reforma de la ley 17.711 de 1968.

Las principales razones para sostenerlo son las siguientes:

a) La comunidad de ganancias es un régimen de estricta justicia para los matrimonios donde existe una diferenciación de roles, y uno de los cónyuges pone su mayor atención en el hogar y los hijos mientras el otro realiza una actividad externa más remunerativa en términos económicos. En las familias donde la esposa (o, menos frecuentemente, el marido) está dedicada principalmente al hogar y a la atención de los hijos, aunque tuviera alguna actividad complementaria empuerada, la alternativa de la separación de bienes llevaría a situaciones de extrema injusticia y desamparo al momento de la disolución del matrimonio o separación conyugal. Y significaría un injusto enriquecimiento para el otro cónyuge, que habría acumulado ganancias con el respaldo de quien estaba dedicada al hogar, para luego conservarlas exclusivamente para sí.

Y en los casos minoritarios de matrimonios donde ambos cónyuges realizan tareas remuneradas a la par (por ejemplo: marido y mujer profesionales, empresarios, etc.), aun cuando la comunidad de ganancias no resulta tan indispensable, de ningún modo lleva a un resultado injusto. En estos casos no se advierte cuáles serían las soluciones valiosas que un régimen imperativo de comunidad no permite alcanzar.

b) La institución matrimonial tiene un aspecto personal no pecuniario y un aspecto patrimonial. Son dos caras de la misma moneda, y es la misma sustancia la que da forma a ambas caras, caracterizada por la primacía del orden público, lo que resulta tanto del Código Civil, como luego de la ley 2.393, y de la ahora vigente la ley 23.515.

Es aconsejable que el aspecto patrimonial guarde coherencia con el aspecto personal; la posibilidad de discutir y convenir el régimen de bienes durante el matrimonio agregaría, más que un elemento de unión matrimonial, un innecesario motivo de fricción. Concordantemente, sostenía Bibiloni, en los fundamentos de su anteproyecto de reforma al Código Civil:

“Es manifiesto que la sociedad conyugal no es un contrato. Es impuesta por la ley; los esposos no pueden evitarla, su voluntad es inoperante. Se trata de un régimen, y de un régimen de orden público, concebido como necesario para mantener y estrecharla unión de los esposos, estimularlos en la cooperación, y vincularlos en la prosperidad común. Realiza el noble ideal del matrimonio, unión perfecta, completa, de dos seres que el afecto ha ligado, y que ninguna idea interesada debe separar.

La experiencia general revela que la cooperación existe, aun en los países en que la separación de los bienes es el régimen legal, entre los esposos bien avenidos, y que la separación efectiva trae el distanciamiento y la destrucción de la unión entre ellos”.

El matrimonio implica un proyecto común de vida, cuya armonía parece poco compatible con el enfrentamiento de los cónyuges en la negociación de un contrato matrimonial, o de su modificación (2).

El principio legal y social tiende a la integración de intereses y no a su contraposición.

c) El régimen legal único ofrece una mejor protección a los terceros, que pueden identificar la situación jurídico-patrimonial de la persona casada con quien contratan. El sistema convencional produce un margen de inseguridad, en especial si se admite su mutabilidad, y puede crear situaciones de gran

(2) Ver nota al artículo 1217 del Código Civil.

confusión jurídica en la relación y responsabilidad de los cónyuges frente a sus acreedores y contratantes, sobre todo si éstos corresponden a diversos períodos de sus cambiantes regímenes patrimoniales.

IV. El debate en la doctrina contemporánea y la tendencia hacia la autonomía

En las últimas dos décadas, el debate sobre las ventajas e inconvenientes de mantener la imperatividad o de admitir las convenciones se convirtió en un clásico en los congresos y jornadas de derecho civil realizados en nuestro país. En diversos encuentros donde se discutió el tema, como el Congreso Hispano-Americano de Derecho de Familia, realizado en Salta en 1983; en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987); en las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Buenos Aires, 1992) y el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998), ha predominado el criterio favorable a la admisión de regímenes convencionales.

En particular, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998), la Comisión 3 dedicó un espacio importante a la cuestión. Las recomendaciones de la mayoría fueron las siguientes:

“1. El principio de la autonomía de la voluntad, que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio, y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial de su matrimonio. 2. El legislador deberá determinar si esa opción es libre o si sólo se puede optar entre regímenes patrimoniales previamente establecidos. A falta de opción regirá supletoriamente el régimen de comunidad de bienes, o el que prevea la ley (...) 7. La opción por el régimen patrimonial convencional debe poder efectuarse en el acto de la celebración del matrimonio, antes del mismo o durante su vigencia. 8. Las convenciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio deben ser formales y satisfacer las exigencias del régimen publicitario registral para la protección de terceros”.

En el derecho comparado predomina también la aceptación de las convenciones, con diversas variantes en cuanto al régimen legal básico, a las opciones admitidas, y a su mutabilidad.

La Convención de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales, suscripta por algunos países europeos, sienta igualmente el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia.

Paralelamente a la expansión de los regímenes convencionales, en las últimas décadas se ha producido una corriente inversa, tendiente a moderar los resultados injustos a los que puede llevar el régimen de separación de bienes (aun siendo convencional). Esa tendencia se expresa a través del establecimiento legal de núcleos imperativos —protección del “patrimonio familiar” y otras variantes— que restringen la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y de la admisión jurisprudencial de “prestaciones compensatorias” para el cónyuge que se ve muy perjudicado por las consecuencias estrictas de una separación de bienes (por ejemplo, las reformas del Código Civil francés de 1965, del Código Civil español de 1981, del Código Civil de Quebec de 1989).

En nuestro país se aducen múltiples razones a favor de la admisión de las convenciones:

Se señala que el régimen imperativo de comunidad se relacionaba con una estructura económica y social de la familia (la mujer reservada a la vida doméstica y a la crianza de los hijos) que ha cambiado sustancialmente, pues ahora hombre y mujer comparten el mercado de trabajo y desarrollan actividades económicas productivas en un pie de igualdad; que el pluralismo social aconseja no imponer un modelo único y permitir que los directamente interesados elijan el que más se ajusta a sus circunstancias; que la igualdad entre los cónyuges implicare conocerles la libertad para acordar sus propias reglas patrimoniales; que la evolución del derecho de familia le concede un lugar cada vez más amplio a la autonomía de la voluntad; que la vigencia del divorcio genera segundos matrimonios donde los contrayentes frecuentemente no quieren verse nuevamente atados por las complicaciones del régimen patrimonial comunitario; y que la circunstancia de que una eventual mayoría prefiera para sí el régimen de comunidad no justifica imponer esas reglas a la minoría.

Se reconoce el peso de todos los argumentos expuestos, la autoridad de quienes los sostienen, y el claro predominio en el derecho comparado, de los sistemas convencionales.

A pesar de todo ello, entiendo que la reforma propuesta puede ser perjudicial y puede acarrear más inconvenientes que beneficios.

Una de las razones que, históricamente, sustentaba la justicia del régimen imperativo de comunidad era proteger los derechos de la mujer-ama de casa, colocada en una situación de inferioridad económica y jurídica respecto del marido.

Actualmente, la desigualdad jurídica ha sido superada, y los convenios internacionales, la Constitución Nacional y las normas sustanciales de nuestro derecho civil ponen a los cónyuges en un pie de igualdad.

Quienes argumentan a favor de la admisión de las convenciones matrimoniales, sostienen que dicha igualdad también existe en el plano económico y social, y que ya no se justificaría tomar en cuenta como situación predominante al esquema “marido proveedor-mujer ama de casa”.

No comparto esa opinión. Es obvio que las condiciones económico-sociales de la relación matrimonial son muy diferentes a las de la época de Vélez Sarsfield, y que la participación de las mujeres en la vida profesional y empresaria y en el mercado de trabajo ha crecido notablemente. Sin embargo, estamos muy lejos de una verdadera igualdad, que pudiera colocar a la gran mayoría de las esposas en una situación de paridad con sus maridos, para la negociación y defensa de sus intereses patrimoniales.

Con razón, Borda (1993) observa el carácter ficticio del argumento que vincula la convencionalidad con la “igualdad jurídica de los cónyuges”, señalando que éste no tiene sustento en nuestra realidad social.

Conforme datos de la Encuesta de Hogares del INDEC, en el área metropolitana de Buenos Aires, en 1997, un 47,6% de los hogares se sostenían sobre un único proveedor varón, quedando la mujer en las tareas del hogar; un 40,2% eran sostenidos por los dos integrantes de la pareja, y un 3,2% exclusivamente por la mujer. Sin embargo, como se verá, aun en aquellos hogares con doble fuente de ingreso, las posibilidades de las mujeres son marcadamente inferiores.

Según el INDEC, en la misma zona y año, sobre una población ocupada de 4.510.867 personas, 2.799.989 eran hombres (62%) y 1.715.878 mujeres (38%). Dentro de los que se hallaban empleados, un hombre con grado universitario ganaba, en promedio, un 47% más delo que ganaba una mujer de su mismo nivel profesional. Las diferencias del promedio de ingreso, siempre a favor del hombre, eran en el sector industria, del 32,5%; en el comercio, del 33,3%, y en las finanzas, del 19,7%. En el interior del país las brechas resultantes del esquema social tradicional se agrandaban.

Según un estudio realizado a pedido de la Organización Internacional del Trabajo, en la ciudad de Buenos Aires y alrededores, los puestos directivos de la industria corresponden en un 95% a hombres y en un 5% a mujeres; y los de los servicios y de la construcción, en un 94% a hombres y en un 6% a mujeres; otra investigación indica que, sobre un total de 12.598 directivos de empresas comerciales, 11.376 son hombres (90,3%) y 1.222 son mujeres (9,7%). Otro informe del año 2010 de la misma OIT indica que la tasa de actividad de la mano de obra femenina aumentó de 50,2 a 51,7% entre 1980 y 2008. La región donde se registró mayor crecimiento fue precisamente América Latina y el Caribe. Sin embargo, según el mismo estudio, existen tres áreas en las que todavía persisten desequilibrios en materia de igualdad de género en este ámbito. En primer lugar, casi la mitad (48,4%) de la población femenina con más de 15 años permanece económicamente inactiva, comparado con el 22,3% de los hombres. En algunas regiones, todavía hay menos de 4 mujeres económicamente activas por cada 10 hombres activos.

En segundo lugar, aquellas que quieren trabajar tienen más dificultades que los varones a la hora de encontrar empleo. Por último, cuando las mujeres encuentran trabajo reciben menores salarios y beneficios que los del sexo opuesto en posiciones similares (3).

Señalan Fleitas Ortiz De Rozas y Roveda (2012) que un estudio de la consultora FIEL del año 2006 indica que sólo el 11% de los cargos directivos en empresas de primera línea son ocupados por mujeres. Frente a la realidad social indicada, el régimen de comunidad de ganancias parece el más adecuado para asegurar, dentro de la comunidad de vida y de intereses que es el matrimonio, una justa consideración del esfuerzo y de las tareas poco o nada remuneradas de las mujeres. En cambio, la aplicación de un régimen de separación de bienes a la realidad social indicada podría significar, al momento de su conclusión por divorcio, separación o muerte, una situación de verdadero despojo y desamparo para las esposas. Y esto poco tiene que ver con proteger los “derechos de las minorías”, como se ha argumentado para defender la reforma. Parece, más bien, una regresión a los principios más crudos del capitalismo individualista del siglo XIX, que siempre legitimó los beneficios de los más poderosos con el disfraz del “respeto a la libertad”.

V. Convenciones matrimoniales

Como he adelantado, el Proyecto modifica una de las características de nuestro régimen de bienes al admitir la opción entre dos regímenes.

El artículo 446 del ordenamiento proyectado reproduce en parte el actual artículo 1217 del Código Civil y agrega dos disposiciones. En primer lugar, admite la denominada convención de inventario y agrega como inc. b) la posibilidad de inventariar también las deudas que cada uno de los cónyuges posea antes del inicio de la unión. El inc. c) regula las donaciones *propter nuptias*.

El último inciso regula la opción. Allí se establece que antes del matrimonio los cónyuges pueden optar por alguno de los regímenes previstos en el Proyecto. En rigor de verdad, la única opción es el régimen de separación de bienes, ya que en el artículo 463 el régimen de comunidad es supletorio cuando no se hace uso de la facultad de optar.

En cuanto a la forma de las convenciones, éstas deben ser realizadas en escritura pública. Lamentablemente no se ha previsto la posibilidad de realizarlas en instrumento privado sujeto a homologación judicial, que hubiere resultado una opción más económica para los futuros contrayentes (4).

La validez de las convenciones se encuentra condicionada a la celebración del matrimonio. En cuanto a su oponibilidad a terceros, se establece la obligatoriedad de registrar esa convención como anotación marginal en el acta matrimonial.

Los menores de edad que contrajeran matrimonio mediante dispensa judicial o autorización de sus padres (artículo 404) no pueden celebrar convenciones matrimoniales.

Se prevé además la posibilidad de modificar la opción ejercida luego de un año de vigencia, no existe ningún límite en el número de veces que el régimen puede ser modificado. Entiendo disvaliosa esta posibilidad de tener al régimen de bienes del matrimonio en constante modificación por encontrar disfuncional a la vida marital. Para que la modificación tenga efectos frente a terceros también debe anotarse marginalmente en el acta matrimonial. Los acreedores pueden solicitar que la modificación del régimen les sea inoponible si ello les acarrea perjuicios. La acción para reclamarla prescribe al año de haber conocido el cambio de régimen. La norma será aplicable exclusivamente a los acreedores de los cónyuges bajo el régimen de comunidad que cambian al de separación y exclusivamente para las deudas reguladas en el artículo 467 (conservación y reparación de los bienes comunes), ya que éste es el único caso donde el perjuicio puede eventualmente producirse.

(3) www.oit.org.pe

(4) Los proyectos de 1993 y 1998 sí preveían esa posibilidad.

VI. Disposiciones comunes a todos los regímenes

Régimen primario

A partir del artículo 454 se establece un conjunto de disposiciones aplicables a ambos regímenes. A ellas se las denomina régimen primario y su contenido tiende a paliar las eventuales consecuencias disvaliosas de la aplicación del régimen de separación de bienes.

En el régimen primario está integrado por: a) el deber de contribución; b) la protección de la vivienda familiar y c) la responsabilidad solidaria.

VI. 1. Deber de contribución

En el artículo 455 se regula la obligación de ambos esposos de contribuir, en proporción a sus recursos, al sostenimiento del hogar y el de los hijos comunes. Se incluyen en la normativa a los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan con ellos.

En realidad se trata de la faz económica del deber de asistencia recíproca previsto en los artículos 431 y 432. La norma resulta entonces innecesaria debido a que el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes se encuentra contenida en la responsabilidad por los alimentos derivados del matrimonio y la responsabilidad parental. En cuanto a los hijos de cualquiera de ellos que convivan con el grupo familiar, se aplican las reglas previstas para el progenitor afín (artículos 672 y ss.).

VI. 2. Protección de la vivienda familiar

VI. 2. 1. Asentimiento

Se requiere asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar así como para los inmuebles indispensables de ésta. Entiendo que el concepto vivienda familiar refiere a aquella donde los cónyuges viven de consuno.

Se trata también de actos que impliquen la disposición material del bien. Esto puede ser su venta, pero también puede ser aplicado cuando se intente comprometer su destino como en el caso de constituirse hipoteca sobre él. Entendemos también que debería requerirse el asentimiento para el caso de que se comprometa el uso de la unidad habitacional, por caso que quiera otorgarse el derecho de uso y habitación, se lo ofrezca en comodato o en locación.

También se requiere del asentimiento para el supuesto de disposición de los bienes muebles indispensables de ésta, como también para transportarlos fuera de ella. Por muebles indispensables deberá entenderse todos aquellos que sean imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que allí habiten.

Al regular el mandato entre cónyuges se prohíbe otorgar asentimiento general anticipado, tal como lo había señalado la doctrina en el régimen vigente del artículo 1277.

VI. 2. 2. Inejecutabilidad

Se establece como protección frente a terceros de la vivienda familiar que ella no pueda ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio. Se intenta así proteger al grupo familiar y su asiento. Sin perjuicio de ello, la norma permite la ejecución en caso de deudas contraídas por ambos cónyuges; ello así porque de aplicarse a todas las deudas la vivienda familiar se encontraría fuera del comercio y existen casos donde las necesidades de la familia exigen la toma de préstamo para, por ejemplo, ampliar la vivienda, mejorarla, o cambiarla por otra que se ajuste mejor a sus necesidades.

No se entiende, sin embargo, el agregado de deudas contraídas por uno de los cónyuges con el asentimiento del otro, ya que el hecho de estar casado no impide obligarse y el acreedor no puede exigir ese asentimiento. En esos casos los acreedores seguramente preferirán tener dos deudores.

VI. 2. 3. Responsabilidad solidaria

El artículo 461 establece la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. La remisión al artículo 455 relativo al régimen de contribución implica que por hijos debe entenderse tanto a los comunes como los de cualquiera de los cónyuges que habiten con ellos.

Aquí el cambio es sustancial, ya que se amplía la responsabilidad que hasta ahora se encontraba regulada en el artículo 6º de la ley 11.357.

Así, al establecerse una responsabilidad solidaria ello significa que ambos cónyuges responderán, cualquiera que sea el régimen elegido, con todos sus bienes frente a los acreedores en este tipo de obligaciones.

VII. Principales reformas al régimen de comunidad

VII.1. Régimen de los contratos entre cónyuges dentro de la comunidad

El Proyecto presentado por la Comisión redactora no incluía ninguna norma relativa a la prohibición de contratar entre cónyuges, ello implicaba abandonar el sistema del Código Civil y restringía la capacidad de contratar entre sí desde dos aspectos, por un lado imposibilitando la transferencia de bienes entre ellos y por otro prohibiendo contratos donde la naturaleza de las prestaciones era incompatible con la relación matrimonial.

Esta falta de límite a la libertad de contratación fue criticada por la doctrina y en los diferentes encuentros que realizó la Comisión Bicameral. Como consecuencia de ello ésta agregó un inciso —el d)— al artículo 1002, prohibiendo genéricamente los contratos entre cónyuges.

Si bien era necesario establecer algún tipo de limitación a la capacidad de contratar entre cónyuges, sobre todo en lo referente a la transmisión de propiedad entre ellos durante la unión por las eventuales consecuencias que ello podría acarrear en el marco del derecho sucesorio, la fórmula elegida no es feliz.

Así el propio Código en el régimen aplicable a ambos regímenes regula el mandato entre cónyuges (artículo 459) que estaría prohibido cuando están bajo el régimen de comunidad, lo cual resulta a todas luces incongruentes.

Entiendo que ello se produce por haber agregado una prohibición genérica sin analizar las consecuencias sobre el resto del ordenamiento.

VII.2. Calificación de bienes

En relación con la calificación de los bienes, una de las modificaciones más trascendentes es el carácter ganancial de las creaciones intelectuales, como los derechos de autor o de invención. En el régimen vigente se establece el carácter propio de los derechos intelectuales y la ganancialidad de su producido durante la comunidad.

La doctrina ha debatido extensamente la solución que el texto legal recepta. Autores como Llambías y Alterini (1982), Guastavino (5), Mazzinghi (1972), Méndez Costa (2001) y Zannoni (1998) se han pronunciado a favor de la ganancialidad de la obra intelectual basados en que toda obra intelectual refleja el talento de su autor, pero también se compone de su trabajo y esta característica es común a cualquier tipo de trabajo cuyos frutos son gananciales. Se ponen como ejemplo otras labores profesionales: al llevar adelante un juicio, elaborando la demanda, seleccionando los hechos, evaluando la prueba y argumentando sobre su mérito, o cuando se concibe, dirige y ejecuta una obra de ingeniería,

(5) Guastavino, Elías P., “Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes en el matrimonio”, ED 21-430; Medina, Graciela, “Derecho de autor y régimen patrimonial del matrimonio”, LL 1998-E-1022.

sin dudarse encuentra presente el talento creador del abogado o ingeniero. ¿Porqué en estos casos nadie duda del carácter ganancial de los honorarios percibidos? Estos autores proponen que, a la liquidación, la obra sea incluida íntegramente en la hijuela de su autor y se compense su valor en la hijuela del otro cónyuge. Ésta es la solución que adopta el Código Civil y Comercial mediante el instituto de la atribución preferencial (artículo 499).

Fassi y Bossert (1977) en perspectiva opuesta, han sostenido que el derecho de autor supone un monopolio de explotación que otorga al titular un poder soberano sobre su obra, lo que no permite considerarla como ganancial. La obra tiene un contenido extrapatrimonial que pertenece en exclusividad a su autor. Así, será exclusivamente él quien decida su publicación o no, su forma, título y hasta retirarla de la circulación. Compartimos esta posición en razón de la naturaleza personalísima del acto de creación que configura el derecho del autor o inventor, donde el elemento decisivo para su reconocimiento es la originalidad, lo cual justifica su carácter de bien propio.

El Proyecto establece que el derecho moral del autor (derecho a la integridad de la obra entre otros) es propio del su autor o inventor.

Siguiendo con cuestiones relativas a la calificación se incorpora expresamente en el articulado la denominada “teoría de conservación del plantel”, donde las crías que nacen cuando se trate de ganado propio sólo adquieren carácter ganancial cuando exceden el plantel originario. A idéntica solución se llegaba aplicando análogicamente el artículo 2902 del Código Civil.

Una novedad en este sentido es la admisión de recompensas cuando el ganado hubiere mejorado en la calidad de su composición por aplicación de técnicas genéticas. La solución es justa, ya que la mejora del plantel en su calidad genera un mayor valor que se obtiene con la inversión de fondos de carácter ganancial.

Otra de las corrientes jurisprudenciales predominantes que se incorporan al articulado es la denominada “calificación única”. Así se establece expresamente la solución del plenario “Sanz”, donde la adquisición sucesiva con fondos gananciales de un bien cuya primigenia parte indivisa fue adquirida con fondos propios se considera íntegramente como propio, sin perjuicio de la recompensa a favor de la comunidad por los valores invertidos (6).

En cuanto a la adquisición de bienes con fondos de distinto origen se establece que si los bienes se adquieren por permuta de otros de origen propio, el bien adquirido sigue la suerte del primero (subrogación real). Sin perjuicio de ello se dice que si se aportan fondos gananciales y ellos superan el valor propio del bien permutado, el bien será calificado íntegramente como ganancial. No se resuelve el caso de igualdad de valores; entiendo que en ese caso la calificación debe ser como ganancial (7).

VII.3. Gestión de los bienes gananciales

He adelantado que el régimen de gestión tiene normas de protección de la vivienda familiar que resultan aplicables a ambos regímenes.

Para los bienes no incluidos en la regulación imperativa se prevé mantener el régimen vigente de separación en cuanto a su gestión.

Así, los artículos 469 y 470 establecen que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales por el adquirido.

Donde sí se producen modificaciones es en cuanto al régimen de asentimiento. Éste es requerido cuando se trata de enajenar o gravar bienes gananciales. Debe notarse que la norma ya no utiliza el verbo “disponer” como usa el 1277, sustituyéndolo por el de enajenar. Esto se debe a que si bien la doctrina

(6) Cámara Nacional Civil, en pleno, 15/7/1992, “Sanz, Gregorio O.”, LL 1992-D-260 - DJ 1992-2-501 - ED 149-103.

(7) Cámara Nacional Civil, sala I, 23/11/2006, LL 2007-A-477.

se había inclinado por un concepto “jurídico-económico” para definir a un acto como de disposición, lo cierto es que nuestros registros se encuentran organizados por categorías “jurídico-formales” donde era requerido el asentimiento para la enajenación.

La norma se aplica a bienes registrables y se agregan los siguientes:

a) Acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública. Esto concluye con un debate acerca de la necesidad de asentimiento para la enajenación de estos títulos registrables ante la propia sociedad.

b) La participación en sociedades no exceptuadas en el artículo anterior. Se trata aquí de los casos en que uno de los cónyuges participe como socio en cualquier tipo de sociedad y desee enajenar su participación en ellas.

c) Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. Entiendo que se trata de fondos de comercio de carácter ganancial. El problema que se advierte es que este tipo de actividades no son registrables sino en las partes que componen el negocio (inmuebles, maquinaria agrícola, etc.), razón por la cual aparece dudoso quién controlará la existencia del asentimiento.

Agrega el artículo que las promesas de venta de los bienes anteriormente enumerados también requieren asentimiento conyugal.

El cónyuge cuyo asentimiento faltase puede demandar la nulidad del acto dentro de los seis meses de haberlo conocido y no más allá de los seis meses de la finalización del régimen.

VII.4. Responsabilidad frente a los acreedores

Se mantiene el principio general de separación de responsabilidades donde cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y con los gananciales por él adquiridos.

Donde sí se produce un cambio significativo es en el caso de deudas contraídas para la reparación y conservación de los bienes comunes. En este caso la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda se extiende a todos sus bienes gananciales, a diferencia del régimen anterior, donde la obligación se extendía sólo a los frutos de propios y gananciales (artículo 6º, ley 11.357).

VII.5. Extinción

El artículo 475 regula las causales de extinción que son, básicamente, similares a las del Código vigente. Se agrega la modificación del régimen matrimonial por convención entre los esposos. Esto resulta lógico y concordante con lo dispuesto en el artículo 449, que autoriza la modificación del régimen durante la unión matrimonial.

Es curioso que se mantenga dentro de las causales de separación judicial de bienes al concurso preventivo o la quiebra en virtud de las críticas que el actual artículo 1294 ha sufrido al habersele cuestionado su sentido y utilidad en relación con el régimen de separación de responsabilidades.

Se reemplaza la causal de abandono de hecho de la convivencia por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse. Resulta llamativo que se utilice la fórmula “separado de hecho sin voluntad de unirse” cuando esta causal ha desaparecido de nuestro ordenamiento.

El artículo 480 regula el momento desde el cual se debe considerar extinta la comunidad. Aquí aparece como novedad que la sentencia de divorcio o anulación del matrimonio en los casos que ha sido precedida por una separación de hecho, la disolución tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

Esto es una novedad que tiene el ordenamiento y reemplaza al artículo 1306, tercer párrafo. Resulta lógico este reemplazo en razón de haberse eliminado las causales de divorcio.

De todas formas, la solución proyectada establece un margen de incertidumbre fundamentalmente en relación con terceros acerca del día de la disolución. Además, ella no suele producirse en un día, sino que, en general, se producen idas y vueltas previos a la ruptura de la convivencia. Entiendo que hubiera resultado correcto hablar de la “época” de la separación. Por otra parte, imagino la existencia de juicios donde los ex cónyuges debatan acerca del día de la separación para determinar el carácter propio o ganancial de algún bien.

Por último se deja librado al arbitrio judicial la extensión del efecto retroactivo, apelando a la existencia de fraude o abuso de derecho, lo cual, a mi entender, genera una incertidumbre aún mayor, fundamentalmente en la calificación de los bienes.

VII. 6. Indivisión poscomunitaria

Sabido es que en el régimen vigente se parte del disvalor hacia las indivisiones no queridas por los comuneros (ver nota artículo 3451 del Código Civil). Por esa razón, el codificador no incluyó ninguna norma relativa a la indivisión poscomunitaria. Ello generó un gran debate en nuestra doctrina acerca de la naturaleza jurídica de esa indivisión y los problemas que se plantearon para resolver el uso de los bienes durante ese período, el régimen de gestión sobre ellos y, fundamentalmente, el régimen de deudas de los cónyuges durante ese período.

El C.C.C.N. regula la cuestión y adopta la postura de Zannoni (1998:631), que distingue las causales de disolución a los efectos de la regulación. Así, el artículo 481 establece que si la extinción se produce por muerte, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Ellas también resultan aplicables al caso de muerte de uno de los cónyuges durante la indivisión.

En este último aspecto se aparta de la postura del autor citado, ya que él distingue además en caso de muerte en deudas contraídas durante la comunidad y las contraídas por el superviviente luego de la muerte del otro.

En caso de extinción en vida de ambos cónyuges se aplican los artículos 482 a 487 del régimen proyectado. En ellos se resuelve:

VII.6.1. Administración

Se otorga a los ex cónyuges la posibilidad de acordar la gestión de los bienes indivisos. A falta de acuerdo se aplica el régimen de separación de gestión.

Se crea una nueva obligación que es la de informar al otro, con antelación razonable, la intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria y se otorga el derecho de formular oposición a esos actos.

No se entiende el sentido de esta última disposición. En primer lugar cabe preguntarse qué se entiende por “antelación razonable” y en segundo lugar, qué se entiende por “administración ordinaria”. En cuanto a este último punto, he señalado que el Código en el artículo 470 al regular la gestión durante la comunidad ha utilizado el verbo “enajenar”. Podría entenderse que los actos de administración ordinaria serán aquellos que no importen la enajenación del bien. Por otra parte no se encuentra prevista la sanción ante la falta de cumplimiento de la obligación de informar, claro está que si el acto es de enajenación o gravamen la falta de asentimiento determina su eventual nulidad pero como he adelantado, no parece estar previsto para este tipo de actos.

VII.6.2. Uso de los bienes

Otra novedad en este aspecto es la regulación del uso de los bienes indivisos durante este período. Aquí, tal como lo ha sostenido la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, se concede a ambos cónyuges el uso y disfrute de los bienes indivisos. Sin embargo, no se establece el pago de un canon locativo por el uso exclusivo que realice alguno de ellos. Del segundo párrafo del artículo 484

puede inferirse que los excónyuges pueden acordar el pago de ese canon, y a falta de acuerdo lo determinará el juez.

En el tercer párrafo de la norma que venimos analizando se reafirma el concepto por el cual la indemnización sólo es debida desde el momento de la oposición que realizare el cónyuge que no disfruta del bien.

La doctrina ha sostenido que una de las características de los bienes indivisos durante este periodo es su fungibilidad. Ese concepto se encuentra presente en el artículo 485, donde se establece que sus frutos y rentas acrecen a la indivisión.

VII.6.3. Pasivo

El tema más conflictivo en materia de indivisión poscomunitaria es el de la responsabilidad frente a los acreedores. El Código Civil y Comercial se inclina por la tesis que mantiene la aplicación de los artículos relativos al régimen de deudas durante la comunidad.

Así se establece la continuidad de los artículos 461, 462 y 467 del ordenamiento durante este período. También se otorga expresamente la posibilidad del acreedor de subrogarse en los derechos de su deudor y solicitar la partición de la masa común (artículo 486). En el artículo siguiente se establece como principio general que la disolución no puede afectar la integralidad del patrimonio del deudor (8).

VII.7. Recompensas

En la sección séptima, bajo el título “Liquidación de la comunidad”, se regulan, ahora de manera expresa, las recompensas. Recordemos que en el Código Civil no existe una normativa sistemática para estos casos. Sin embargo, ellas han sido admitidas por la doctrina y la jurisprudencia predominante. No me detendré en el análisis de las recompensas reguladas porque ellas son las mismas que la doctrina y la jurisprudencia ya había admitido.

Señalo que en la sección se regula, por un lado, las cargas de la comunidad (489 y 490) y además se enumeran casos de recompensas estableciéndose en el primer párrafo del artículo 491 el principio general por el cual se debe recompensa cuando se ha beneficiado a la comunidad en detrimento del patrimonio propio o se ha beneficiado al patrimonio propio en detrimento de la comunidad. Se enumeran además dos casos; uno de ellos es la venta de bienes propios sin reinversión, donde se establece con carácter *iuris tantum* que el precio ha beneficiado a la comunidad.

También se regula otro caso, que es el mayor valor de la participación societaria con carácter propio de uno de los cónyuges debido a la capitalización de utilidades durante la comunidad. Esta solución se aplica también a los fondos de comercio. Se inclina entonces el C.C.C.N. por la postura doctrinaria que admite recompensas en este caso.

No comparto ese criterio. La utilidad es el resultado de ganancias del ejercicio. Para convertirse en dividendo necesariamente debe existir una asamblea que así lo establezca, sólo allí se puede utilizar el concepto de fruto.

Por tal criterio, las utilidades de las sociedades sólo son ganancias cuando la misma sociedad así lo decide, ya que puede suceder que las utilidades deban invertirse a los efectos de conservar o mejorar su situación en el mercado.

Entiendo entonces que la solución propuesta es errónea y que debería haberse regulado el supuesto en el cual uno de los cónyuges en uso de sus facultades societarias hubiere detraído indebidamente dividendos.

(8) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 17/9/1984, JA 1985-I-496; íd., 10/11/1992, LL 1993-C-244.

Otra novedad que se presenta es la solución relativa al monto de la recompensa estableciéndose, al igual que el Código Civil francés, que en caso de existir diferencia entre la erogación y el provecho subsistente se tomará siempre el valor menor.

En el artículo 495 se establece, adecuadamente, que la recompensa es una obligación de valor y, en consecuencia, su saldo debe ser colacionado a la masa común y sólo en caso de insuficiencia de la masa ganancial ello se traducirá en un crédito de un cónyuge contra el otro.

VII.8. *Partición de la comunidad*

Al igual que en el régimen del Código Civil, la acción para la división de los bienes es imprescriptible. Se establece como principio general la división por mitades, pero se otorga a los interesados capaces la posibilidad de convenir una división diferente.

En atención al carácter ganancial que se le otorga a la propiedad intelectual o artística se establece un derecho preferencial del autor sobre esos bienes. Igualmente se regula en relación con los bienes de uso vinculados con la actividad profesional o comercial. También se establece un derecho sobre la vivienda y un eventual canon locativo por ese uso exclusivo.

VIII. El régimen de separación de bienes

Se entiende por régimen de separación de bienes a aquel donde cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de los bienes adquiridos durante la unión matrimonial sin que exista ninguna expectativa de compartir dichos bienes.

Se trata, en palabras de Belluscio (1994), de un régimen egoísta que no refleja la comunión de vida que el matrimonio implica.

La principal consecuencia del régimen es la separación de gestión y la separación de responsabilidad frente a los acreedores, salvo lo dispuesto para el hogar conyugal y el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 461.

El artículo 506 regula la posibilidad de adquisiciones conjuntas de los cónyuges dentro de este régimen y otorga la posibilidad de probar la compra exclusiva del bien por cualquiera de ellos. A falta de prueba se presume que el bien pertenece a ambos por mitades. El artículo otorga a los jueces la facultad de denegar la división del condominio reclamado por alguno de los cónyuges si el interés familiar resulta comprometido.

Como he adelantado, se puede dejar de lado el régimen de separación para pasar al de comunidad.

No ha recibido el ordenamiento proyectado la norma prevista en el artículo 1438 del Código Civil español, que otorga una compensación económica al cónyuge que desarrolló durante la convivencia trabajos para la casa. Entiendo que ella puede encontrarse comprendida en la compensación económica prevista en el 441.

IX. Bibliografía

AXELRUD DE LENDNER, Rosa M. y MASSA, María E. (1986). "La transferencia de acciones nominativas no endosables y el consentimiento conyugal", EN: *Revista del Notariado*, nro. 804.

ARIANNA, Carlos y ILUNDAIN, Mirta (1998). "Los bienes gananciales ante la insolvencia del cónyuge", EN: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, nro. 13, p. 163.

BELLUSCIO, Augusto C. (1994). *La elección del régimen patrimonial por los esposos*. Buenos Aires: La Ley 1994-A, 799.

- BORDA, Guillermo (1993). *Tratado de Derecho Civil. Familia*, T. I. 9ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DELLE CORTE DE SOSA, Noemí (1988). "Asentimiento general anticipado. Su validez", EN: *Revista del Notariado*, nro. 813.
- DUTTO, Ricardo (1991). "La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge", EN: *Jurisprudencia Argentina* 1991 IV-48.
- FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo (1977). *Sociedad conyugal, comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I. Buenos Aires: Astrea.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G. (2012). *Régimen de bienes del matrimonio*. 3ª ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.
- FOURCADE, Antonio D. (2007). "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos", EN: *Jurisprudencia Argentina* 2007 I-1008.
- GAGLIARDO, Mariano. "¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales?", EN: *El Derecho* 174-92.
- LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A. (1982). *Código Civil anotado*, t. III-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MAZZINGHI, Jorge (1972). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MEDINA, Graciela (1986) *Aplicabilidad del art. 1277 del Código Civil a la transferencia de acciones nominativas no endosables*. Buenos Aires: La Ley-1986E-1048.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo (2001). *Derecho de Familia*, TºII. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- NISSEN, Ricardo A. (1997). *El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales*. Buenos Aires: La Ley-1997E-751.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H. (1999). *El régimen de bienes en el matrimonio*. 4ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- ZANNONI, Eduardo (1998). *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Familia*, T. I. Buenos Aires: Astrea.