

# El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino

ADRIANA N. KRASNOW\*

*Sumario: Introducción. I. El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. A. Regímenes vigentes en el derecho comparado. 1. Comunidad de bienes. a. Tipos de comunidad según la extensión de la masa. b. Tipos de comunidad según el momento de aparición. c. Tipos de comunidad según quien ejerza la administración. 2. Separación de bienes. 3. Participación en las ganancias. B. Capitulaciones matrimoniales. C. La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Regímenes legales y regímenes convencionales en el derecho comparado. D. Nuevos institutos en el derecho comparado. La pensión compensatoria y la compensación económica. II. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino: puntos de contacto con el régimen vigente en el derecho colombiano. A. Caracteres del régimen económico matrimonial argentino. 1. Comunidad diferida restringida a los bienes gananciales. 2. Legal e imperativo. 3. Inmutable como regla. 4. Gestión separada. 5. Responsabilidad por las deudas frente a terceros separada (artículos 5.º y 6.º, ley 11.357). 6. Partición por mitades como regla mientras dure la comunidad (1315, C. C.). B. Situación en el derecho proyectado argentino. C. Cambios de paradigmas en el derecho de familia que exigen cambios en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. III. Cierre*

## Resumen

El presente escrito se ocupa de analizar, bajo una óptica de derecho comparado, los diferentes regímenes patrimoniales que pueden gobernar el matrimonio, con el objeto de demostrar que la tendencia imperante es la de admitir o favorecer el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, libres de elegir, entre varios regímenes patrimoniales, el que más se ajuste a sus necesidades; luego se detiene en el estado actual de la cuestión en el derecho argentino, cuyo ordenamiento es de los pocos que

\* Doctora en derecho; investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (Conicet); profesora adjunta de Derecho Civil v (Derecho de Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (Argentina).  
Correo electrónico: [adrikrasnow@arnet.com.ar](mailto:adrikrasnow@arnet.com.ar)  
Fecha de recepción del artículo: febrero de 2009. Fecha de aceptación: julio de 2009.

prevén un régimen único e imperativo en esta materia (la comunidad de ganancias), establecido por el legislador de la época con el propósito de preservar la solidaridad familiar en el ámbito patrimonial y establecer un sistema protector sustentado en el orden público familiar; y finaliza con el estudio de su regulación en los proyectos de reforma del Código Civil, que, a diferencia del Código Civil vigente, reconocen la necesidad, impuesta por el cambio de paradigmas verificado en el derecho de familia, de introducir reformas dirigidas a permitir a los cónyuges la elección del tipo de régimen que regulará sus relaciones de contenido económico, sin olvidar, en cualquier caso, el recurso a la solidaridad familiar cuando la situación económica de alguno de los cónyuges así lo exija.

Palabras clave: comunidad de bienes, bienes gananciales, separación de bienes, capitulaciones matrimoniales, derecho comparado, derecho argentino.

## INTRODUCCIÓN

A partir de la celebración del matrimonio nacen las relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre cónyuges y se limita en distinta dimensión la libertad de acción de cada uno al conformar una comunidad de vida constituida para la realización de fines comunes.

En vinculación con el aspecto patrimonial, VIDAL TAQUINI señala con acierto: “[...] las relaciones patrimoniales entre cónyuges deben ser regidas por disposiciones propias que, por el doble orden de las relaciones, tienen que asegurar el interés económico de ambos esposos sin defraudar el de los terceros, e insertadas en la economía general con contemplación de las diversas concepciones sociojurídicas que cada sociedad tiene en un momento determinado [...]”<sup>1</sup>.

Estas relaciones patrimoniales en su conjunto conforman el régimen de bienes, que, siguiendo a FASSI y BOSSERT, puede ser definido como el “conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés– patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre éstos y terceros”<sup>2</sup>. En similar sentido, en la doctrina comparada nos encontramos con la definición de LASARTE: “[...] Con la denominación de régimen económico (o económico-patrimonial) del matrimonio, se designa el conjunto de reglas que delimitan los intereses patrimoniales que se derivan del matrimonio, ya sea en las relaciones internas de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones externas con los demás miembros de la comunidad (los terceros) [...]”<sup>3</sup>.

- 1 Carlos VIDAL TAQUINI. “Regímenes matrimoniales”, en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, 1994, t. III, 438.
- 2 SANTIAGO FASSI y GUSTAVO BOSSERT. *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 1978, 3.
- 3 CARLOS LASARTE. *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, 133.

En este trabajo nos proponemos describir los regímenes de bienes vigentes en el derecho comparado<sup>4</sup>, trasladando al lector una caracterización del sistema vigente en el derecho argentino<sup>5</sup>.

## I. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

### A. Regímenes vigentes en el derecho comparado

En este sector se comprenden los tres regímenes que se regulan actualmente en el derecho comparado, siendo incluidos todos o algunos de ellos dentro del listado de regímenes permitidos en un sistema optativo o como régimen legal único en aquellos países que hasta el momento no admiten el ejercicio de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

- 4 Sobre el tema, ver: AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. "El régimen de comunidad de bienes. Análisis comparativo del derecho francés y del derecho argentino a través del comentario de casos jurisprudenciales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sociedad Conyugal*, I, 2008-1, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008, 327 y ss.; ALICIA A. CARNAVAL DE FAINGUERSCH. "Francia. Reforma al régimen patrimonial del matrimonio", en *Revista Derecho de Familia*, n.º 37, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, 191 y ss.; MARÍA VICTORIA FAMA. "Misceláneas en materia de régimen patrimonial del matrimonio" (jurisprudencia española), en *Revista Derecho de Familia*, n.º 32, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, 237 y ss.; EDUARDO A. SAMBRIZZI. *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, t. I y II, 2007; FASSI y BOSSERT. *Sociedad conyugal*, cit., t. I; EDUARDO A. ZANNONI. *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. I; AUGUSTO C. BELLUSCIO. *Manual de derecho de familia*, 5.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, t. II, 1987; ÍD. y "Comunidad de gestión separada y sociedad de ganancias (los regímenes legales matrimoniales en Francia y Quebec)", en *Revista Derecho de Familia*, n.º 13, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 129 y ss.; JORGE AZPÍRI. *Régimen legal de bienes*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001; VIDAL TAQUINI. "Regímenes matrimoniales", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, 1994, 436 y ss.; ÍD. "Régimen matrimonial patrimonial en el derecho argentino", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, 1994, 456 y ss.; ÓSCAR BORGONOVO. "La sociedad conyugal solidaria de Dalmacio Vélez Sarsfield", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-El Copista, 2000, t. III, 199 y ss.
- 5 Destacamos que la evolución experimentada en este tema responde, en gran medida, a los cambios económicos y sociales que impactaron en el derecho, presentando una simetría muy marcada con la evolución de la situación jurídica de la mujer casada. En este sentido, cuando ésta era considerada una incapaz de hecho sujeta a la representación del marido, se diseñaron los regímenes que se diferenciaban uno de otro por la propiedad sobre los bienes. Los enunciamos cronológicamente: a. *régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido*: la mujer carecía de patrimonio y los bienes dotales pasaban a ser propiedad del marido, quien al asumir la administración exclusiva de toda la masa se encontraba facultado para disponer libremente; b. *régimen de la unidad*: si bien el marido adquiría la propiedad de los bienes de la mujer como una universalidad, pasando a tener la administración, el disfrute y la disposición de todo el patrimonio, la mujer o sus herederos recuperaban el valor de sus bienes al disolverse el régimen (origen derecho germano); c. *régimen de la unión*: la mujer conservaba la propiedad de los bienes y el marido sólo adquiría un derecho de administración y disfrute de los bienes de ésta, quedando excluidos los bienes de administración reservada de la mujer.

Regímenes vigentes
Régimen de comunidad
Régimen de separación de bienes
Régimen de participación en las ganancias

#### 1. Comunidad de bienes

Se caracteriza por la formación de una masa de bienes que en el momento de la disolución deberá ser compartida entre los esposos o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge. Advertimos que encontramos legislaciones que emplean como sinónimo el término "sociedad conyugal", como en los códigos civiles de Colombia y Argentina.

Este régimen puede presentar caracteres diferentes en las legislaciones que lo contemplan, según las variables seleccionadas al momento de su regulación. Siendo así, resulta conveniente detenernos en el análisis de estas variables, siguiendo para ello distintos criterios clasificatorios:

##### a. Tipos de comunidad según la extensión de la masa

1. *Comunidad universal*: todos los bienes que los cónyuges tuvieran antes del matrimonio, así como todos los que adquieran durante la vigencia de él, por cualquier título que sea, quedan integrados a la masa común. Lo adoptan como régimen supletorio: Alemania, Bélgica, Brasil, Francia, Portugal, entre otros

2. *Comunidad restringida*: al finalizar el régimen, se distinguen tres clases de bienes: bienes propios del marido, bienes propios de la mujer y la masa de bienes comunitarios. Esta comunidad puede tener mayor o menor extensión:

2.1. *Comunidad de muebles y ganancias*: la masa común de bienes se integra con los bienes muebles que el marido y la mujer llevan al matrimonio y los gananciales que cualquiera de los cónyuges adquiera después de la celebración del matrimonio.

2.2. *Comunidad de ganancias*: se excluyen todos los bienes de los esposos anteriores al matrimonio, sean muebles o inmuebles, y los que adquieran después de la celebración por un título que les confiera el carácter de propio; en consecuencia, la masa común queda integrada por todos los bienes que adquieran los cónyuges a título oneroso después de la celebración del matrimonio<sup>6</sup>. Entre las legislaciones que adoptan la *comunidad restringida* como régimen forzoso encontramos los de Argentina, Bolivia, Cuba y Rumania. En cambio, un importante número de legis-

6 Vidal Taquini. "Régimen matrimonial de comunidad", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, 1994, 443 y ss.

laciones la incluyen como régimen supletorio: Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Paraguay, Uruguay, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, entre otros.

#### b. Tipos de comunidad según el momento de aparición

1. *Comunidad actual*: ambos cónyuges tienen la posesión, el uso, goce y disposición de los bienes de la comunidad desde la celebración del matrimonio. En este ámbito ubicamos las legislaciones de Rumania (régimen forzoso), Brasil, Ecuador, Italia, México, Rusia, Paraguay (en estos países como régimen supletorio) y Suiza (como régimen convencional).

2. *Comunidad diferida*: los efectos de la comunidad aparecen al cesar el régimen, teniendo los cónyuges durante la vigencia sólo un derecho en expectativa sobre la masa ganancial. Podemos mencionar las regulaciones vigentes en Argentina (como régimen forzoso), Chile, Uruguay, Colombia, El Salvador, Francia, Hungría, Italia (en todos estos países como régimen opcional).

#### c. Tipos de comunidad según quien ejerza la administración

1. *Comunidad de administración marital*: sistema clásico que fue perdiendo espacio a medida que la situación jurídica de la mujer casada se equiparó con la del hombre. Fue el sistema elegido por VÉLEZ SANSFIELD en nuestro Código Civil en su redacción originaria, ampliándose lentamente hasta llegar a un sistema de gestión separada con la ley 17.711 en el año 1968. Aclaramos que esta ley mantuvo un resto de administración marital respecto de los bienes de origen dudoso que fue superada en el año 2003 con la ley 25.781.

2. *Comunidad de administración conjunta*: ambos cónyuges administran conjuntamente la masa de bienes, situación que les impide realizar actos individuales. El Código Civil del Brasil regula el régimen de comunidad bajo administración conjunta como régimen supletorio ante la falta de opción por parte de los cónyuges.

3. *Comunidad de administración separada*: surge cuando se le reconoce a la mujer casada plena capacidad civil. En este caso se conforman cuatro masas de bienes: masa de bienes propios de la mujer; masa de bienes gananciales de administración de la mujer; masa de bienes propios del marido y masa de bienes gananciales de administración del marido.

El Código Civil de Costa Rica fue la primera legislación civil en reconocer este sistema en el año 1888. Posteriormente, otros países siguieron el mismo camino, enunciando como ejemplo en Europa y Latinoamérica: Italia (C. C. de 1942) y Uruguay (ley 10.783 de 1946).

Clasificación de la comunidad		
Según la extensión de la masa	–Universal –Restringida	–De muebles y ganancias –De ganancias
Según el momento de aparición	–Actual –Diferida	
Según quien ejerza la administración	–Marital –Conjunta –Separada	

## 2. Separación de bienes

La celebración del matrimonio no altera la administración y disposición de los bienes de cada cónyuge. Cada uno conserva la titularidad de los bienes que tenía antes de casarse y adquiere para sí los incorporados después del matrimonio por cualquier título<sup>7</sup>. En consecuencia, el matrimonio no produce cambio alguno en la propiedad de los bienes, ingresando al patrimonio de cada cónyuge todos los bienes que adquieran.

Esta separación de patrimonio se traslada al sistema de gestión y de responsabilidad frente a terceros. Cada cónyuge tiene plena libertad para celebrar actos de administración y disposición sobre los bienes que integran su patrimonio, como también responderán y no comprometerán al otro por las obligaciones que contraigan frente a terceros acreedores. Sin embargo, advertimos que en la mayoría de las legislaciones que regulan la separación de bienes dejan a salvo ciertas deudas que por responder al interés familiar tienen que ser soportadas por ambos cónyuges, como las necesidades del hogar, asistencia recíproca entre ellos y hacia los hijos, entre otras.

Este régimen se integra, en las legislaciones de un grupo importante de países, al catálogo de regímenes permitidos dentro de un sistema que consagra la libertad de elección (Francia, España, Italia, Inglaterra, Alemania, Bélgica, Austria, Portugal, Turquía, Uruguay, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Panamá, Venezuela, Honduras, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, entre otros). Destacamos que en Brasil y Portugal se aplica imperativamente en determinados casos.

## 3. Participación en las ganancias

Este régimen surge en la segunda mitad del siglo XX. Es una combinación del régimen de comunidad y separación de bienes, situación que conduce a pensarlo como un régimen mixto.

7 VIDAL TAQUINI. "Régimen matrimonial de separación de bienes", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, 1994, 455 y ss.

Desde la celebración del matrimonio el régimen funciona como una separación de bienes, situación que cambia después de la disolución. En este sentido, durante la vigencia no se forma una masa común de bienes, sino que nos encontramos frente a dos masas diferenciadas bajo la titularidad de cada cónyuge. Al disolverse, no se constituye una masa partible (como en el régimen de comunidad), sino que nace un derecho de crédito a favor de uno de los cónyuges contra el otro con el propósito de equiparar las ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen.

En consecuencia, al cesar el vínculo se mantienen los dos patrimonios separados, de lo que nace un derecho de crédito a favor del cónyuge más débil patrimonialmente para que el otro compense la diferencia; por este camino se busca igualar el resultado final<sup>8</sup>.

Se introduce como régimen legal ante la falta de opción en Alemania, Suiza, Québec, Costa Rica, Grecia, Israel, Panamá, entre otros. Como régimen opcional, funciona en Francia, Holanda, Cataluña, El Salvador, Chile, Paraguay, entre otros.

## B. Capitulaciones matrimoniales

La capitulación o convención matrimonial puede ser definida como el acuerdo celebrado entre los futuros cónyuges con el fin de elegir o diseñar el régimen de bienes al que quedarán sujetos a partir de la celebración del matrimonio, así como para regular otras cuestiones patrimoniales derivadas de las relaciones entre cónyuges o entre uno de los cónyuges con terceros<sup>9</sup>.

Este acuerdo de voluntades presenta la particularidad de quedar sin efecto si no se celebra el matrimonio.

La mayor amplitud de las convenciones matrimoniales varía en cada legislación, presentando mayor apertura en aquellas legislaciones que adhieren a un régimen convencional. En cambio, las legislaciones que se encuentran sujetas a un régimen legal regulan las convenciones matrimoniales con un objeto limitado, como es la situación presente en el derecho argentino.

El artículo 1217 del Código Civil argentino al regular las convenciones matrimoniales establece que sólo pueden versar sobre la designación de los bienes que cada contrayente lleva al matrimonio y las donaciones que el futuro esposo hiciera a la esposa<sup>10</sup>. Para confirmar el reducido ámbito de actuación de esta clase

8 VIDAL TAQUINI. "Régimen matrimonial de participación", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, 1994, 450 y ss.

9 Sobre el tema, ver entre otros: EDUARDO FANZOLATO. "Las capitulaciones matrimoniales", en *Revista Derecho de Familia*, n. 19, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, 25 y ss.; JORGE A. MAZZINGHI. "Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable", en *LL*, 2004-D-1300.

10 Art. 1217, C. C.: "Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones q tengan únicamente los objetos siguientes: 1. La designación de los bienes que cada uno de ellos lleva al matrimonio.

de acuerdo, el artículo 1218 del Código Civil aclara en su enunciado el carácter taxativo de los supuestos previstos<sup>11</sup>.

Entre las legislaciones que permiten mediante una convención matrimonial que los futuros cónyuges acuerden el régimen al que sujetarán las relaciones patrimoniales entre sí y respecto de terceros, mencionamos entre otras: España, Francia, Alemania, Brasil, Chile, Perú, Uruguay, Rusia.

### C. La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Regímenes legales y regímenes convencionales en el derecho comparado

Analizando cómo funciona en este tema la autonomía de la voluntad frente al orden público familiar, en el derecho comparado se adoptan distintos criterios<sup>12</sup>:

1. *Sistema legal imperativo*: recae en la ley la fijación de un régimen legal, imperativo e inmutable. En este contexto, la autonomía de la voluntad no tiene ingreso permitido. Esta es la realidad en el derecho argentino, como también en Bolivia, Rumania y Cuba.

2. *Sistema convencional no pleno*, cuando la ley faculta a los cónyuges a optar entre los regímenes previstos, y ante la falta de elección regirá el régimen que la ley fije como supletorio. Generalmente, se establece como supletorio el régimen de comunidad por ser el que mejor protege a los dos cónyuges con independencia de los aportes que cada uno hubiera realizado durante la vigencia del régimen. De esta forma, apelando al fundamento de la solidaridad familiar, se sigue un criterio justo que sea capaz de garantizar un trato igualitario entre los dos miembros de la pareja, cuando éstos no eligieron otra forma de regular sus relaciones patrimoniales. En este sentido, el Código Civil español, después de su última reforma por medio de la ley 13/2005, fija como régimen supletorio la "sociedad de gananciales", que responde a los caracteres del régimen de comunidad. También siguen el mismo criterio, entre otros: Alemania, Francia, Rusia, Brasil, Paraguay, Chile, Uruguay, Perú, México.

3. *Sistema convencional pleno*, cuando se abre totalmente el paso a la autonomía de la voluntad. Los cónyuges están facultados para elegir el régimen al que sujetarán sus relaciones patrimoniales y están habilitados para diseñar ciertas normas reguladoras del régimen elegido. En estos casos, también la ley debe fijar un régimen

2. (derogado por la ley 17.711/68). 3. *Las donaciones que el esposo hiciera al esposo*. 4. (Derogado por ley 17.711/68)".

11 Art. 1218, C. C.: "Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo al matrimonio, como toda renuncia de uno de resultado a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor".

12 Sobre el tema, ver entre otros: FANZOLATO. "Régimen de bienes con especial referencia a la sociedad conyugal. Panorama general en el derecho comparado", en MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA (dir.). *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, 409 y ss.



supletorio ante la falta de ejercer la libertad de opción. Ubicamos en este sector a El Salvador, República Dominicana, Nicaragua, entre otros.

En este punto debemos destacar que los países que adhieren a un sistema convencional también se ocupan de regular la posibilidad de cambiar el régimen de bienes durante la vigencia del matrimonio, encontrando países que fijan la inmutabilidad y países que admiten mutar entre los regímenes permitidos. En el primer grupo, mencionamos entre otros a Colombia, Venezuela, Puerto Rico, Portugal; mientras que en el segundo grupo se encuentran Francia, Italia, Alemania, Holanda, Hungría, Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay, México, El Salvador, Ecuador, Québec, entre otros. Como analizaremos en el punto 5, en Argentina los Códigos Proyecto del año 1992 y del año 1998, al incorporar la libertad de pactar, admitieron la posibilidad de cambiar de régimen<sup>13</sup>.

De los datos aportados, claramente se advierte la tendencia en el derecho comparado a consagrar la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, ubicándose en una situación de soledad los países sujetos al imperio de la ley.

#### D. Nuevos institutos en el derecho comparado. La pensión compensatoria y la compensación económica

La pensión compensatoria y la compensación económica son nuevos institutos que se fueron imponiendo en la legislación comparada contemporánea, con el objeto de remediar los perjuicios económicos que el cese de la comunidad de vida puede ocasionarle a cualquiera de los cónyuges<sup>14</sup>.

A continuación definimos cada instituto para poder diferenciar uno de otro:

*Pensión compensatoria*: prestación económica periódica efectuada por un cónyuge o ex cónyuge a favor del otro debido a que, como consecuencia de la separación personal o el divorcio vincular, éste ha quedado en una situación económica desfavorable en relación con la que tenía durante la vigencia de la comunidad de vida. Se encuentra regulada en Francia, Italia, España, entre otros países. Así

13 En Francia, la reforma al régimen patrimonial del matrimonio por medio de la Ley 2007-308 autoriza el cambio de régimen por escritura pública sin necesidad de recurrir a la homologación judicial.

14 Sobre el tema, ver entre otros: JAVIER BARRIENTOS GRANDON. "La compensación económica como 'derecho' de uno de los cónyuges y 'obligación' correlativa del otro. Sus caracteres", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 9, diciembre de 2007, 9 y ss.; CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO. "Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil", en VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.). *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid, Lex Nova, 2005; ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES. "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", en ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES (coord.). *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2006, 217 y ss.; FANZOLATO. "Régimen de bienes con especial referencia a la sociedad conyugal. Panorama general en el derecho comparado", cit., 466 y ss.; AZPIRI. *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

está regulada en el artículo 97 del Código Civil español, según el texto de la ley 15/2005:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2.º La edad y el estado de salud; 3.º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.º La dedicación pasada y futura a la familia; 5.º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.º La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.º Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

*Compensación económica:* funciona dentro de un régimen de separación de bienes, en los casos en que uno de los cónyuges quedó a cargo de las funciones domésticas y otras vinculadas a la actividad del otro cónyuge, sin retribución o con una retribución insuficiente. Cuando finaliza el régimen tendrá derecho a recibir una compensación, en el caso de que se haya generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge que implique un enriquecimiento injusto. Así se introduce en el nuevo Código Civil chileno del año 2004:

Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declara la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa (art. 61).

Al comparar ambos institutos notamos que mientras la *pensión compensatoria* tiene lugar en cualquier régimen económico matrimonial y no requiere el trabajo de un cónyuge a favor del otro, la *compensación económica* sólo se aplica en el régimen de separación y exige la existencia de trabajo de un cónyuge que ha beneficiado al otro.

En cuanto a su momento de aparición, se introducen en Europa en las últimas décadas del siglo XX, presentando diferencias en su regulación en atención a las diversidades culturales y sociales. Entre los países que se ocupan de su introducción al reformar sus respectivas legislaciones, encontramos a España, Francia, Dinamarca, Italia, Inglaterra, Alemania y Suiza. A finales del siglo XX se incorporan en las legislaciones de El Salvador, Panamá, Suiza, Aragón y Navarra. En el

presente siglo son recogidas en el Código Civil para el Distrito Federal de México y en el Código Civil de Chile.

## II. CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN VIGENTE EN EL DERECHO ARGENTINO: PUNTOS DE CONTACTO CON EL RÉGIMEN VIGENTE EN EL DERECHO COLOMBIANO

### A. Caracteres del régimen económico matrimonial argentino

Con el análisis previo que nos permitió ubicar dentro de los regímenes vigentes en el derecho comparado al régimen dispuesto en el derecho argentino, estamos en condiciones de abordar en este punto sus caracteres.

#### 1. Comunidad diferida restringida a los bienes gananciales

Durante la vigencia de la comunidad y hasta la disolución, cada cónyuge tiene un derecho en expectativa sobre la totalidad de la masa ganancial. Cuando cesa la ganancialidad el derecho en expectativa se convierte en un derecho cierto y efectivo.

Particularmente, en Colombia se fija como regla general el régimen de comunidad de bienes –denominado en el Código Civil “sociedad conyugal”–, con excepción de los casos en que por disposición legal se aplica el régimen de separación de bienes<sup>15</sup>.

#### 2. Legal e imperativo

La pareja unida en matrimonio queda sujeta desde su celebración al régimen de bienes dispuesto en la norma. En consecuencia, prima el orden público por sobre la autonomía de la voluntad.

#### 3. Inmutable como regla

En principio, el sistema de comunidad regirá hasta la finalización del régimen por cualquiera de las causales de disolución previstas en la norma.

El mismo sistema establece como excepción a la regla los supuestos taxativos de separación judicial de bienes enunciados en los artículos 1290 y 1294 del Código Civil<sup>16</sup>.

15 En el caso de un matrimonio celebrado en el extranjero y con domicilio en Colombia, la ley presume que se encuentran separados de bienes.

16 Art. 1290, C. C.: “Si la mujer no quisiera someter a esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos”. Se refiere al supuesto en que cualquiera de los cónyuges esté asistido por un tercero en calidad de curador.

Acompañamos una breve reseña de las causales:

a. *Incapacidad de uno de los cónyuges*: Generalmente, cuando un cónyuge se encuentra afectado por una incapacidad, se designa al otro como su curador. No obstante, cuando el cónyuge sano no asume dicha función, se nombrará un tercero en su lugar. Frente a esto, el cónyuge sano tiene la facultad de solicitar la separación judicial de bienes (art. 1290, C. C.). Si bien la norma menciona sólo a la mujer, esta posibilidad resulta extensiva al marido.

b. *Mala administración*: En el artículo 1294 del Código Civil se prevé la posibilidad de que un cónyuge, frente al concurso o mala administración del otro, pida la separación judicial de bienes. La finalidad es preventiva, en el sentido que por este camino se busca proteger la integridad de la masa ganancial. Uno puede preguntarse el motivo por el cual se introduce la mala administración, contando en la actualidad con un sistema de gestión separada. La respuesta es simple: si bien cada cónyuge ejerce libremente la administración de sus bienes propios y de los gananciales obtenidos con el fruto de su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, puede ocurrir que su actuar sea ruinoso y pueda afectar el derecho en expectativa que tiene el otro cónyuge sobre la masa ganancial de su administración. Además, tengamos en cuenta que producida la disolución de la sociedad conyugal, el cónyuge mal administrador pretenderá participar de los gananciales incorporados por el buen administrador.

Para que se configure esta causal es necesaria la concurrencia de dos elementos: el *elemento objetivo* (deficiente manejo de los bienes propios y gananciales) y el *elemento subjetivo* (culpa o dolo en el actuar). También debe tratarse de un conjunto de actos o de un acto aislado que revista gravedad.

c. *Concurso*: se trata de un ejemplo extremo de mala administración. Para que se configure la causal es necesario contar con el auto de apertura del concurso y se extiende hasta la rehabilitación. También abarca al concurso preventivo.

En este caso, se plantea la separación judicial de bienes como camino para lograr la disolución de la sociedad conyugal y por otro, se busca proteger los derechos de los acreedores del cónyuge concursado o fallido.

d. *Abandono de hecho*: se configura cuando uno de los cónyuges por propia voluntad quiebra unilateralmente el deber de cohabitación, sin justa causa. Corresponde aclarar que sólo es viable en el supuesto de abandono de hecho unilateral, quedando al margen otros supuestos de separación de hecho.

Frente a esta situación y conforme a lo dispuesto en la norma, AZPIRI señala que "[...] el cónyuge que no dio causa a esa separación puede accionar por separación personal, por divorcio vincular, por separación judicial de bienes o mantenerse

Art. 1294, C. C. s/texto Ley 23.515: "Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho so re los bienes gananciales, y cuando mediere abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge".

inactivo con lo que la separación de hecho puede incidir en la forma de liquidar los bienes conforme al art. 1306<sup>17</sup> y <sup>18</sup>.

En estos casos y ante el pedido de uno de los cónyuges, se pasa del sistema de comunidad al sistema de separación de bienes, siempre y cuando se acredite en el proceso la configuración de la causal.

#### 4. Gestión separada

Por gestión se entiende la actividad económica que tiene a los bienes por objeto. Quedan comprendidos los actos de administración y disposición, regulados respectivamente por los artículos 1276 y 1277 del Código Civil s/texto ley 17.711 del año 1968<sup>19</sup>.

Lo destacable de la reforma es la consagración de un sistema de gestión separada, donde cada cónyuge administra y dispone libremente de todo aquello que ingrese a su masa de administración, con las limitaciones previstas en el artículo 1277. *Cada cónyuge, de ahora en más, administra sus bienes propios y los gananciales adquiridos con el fruto de su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo.*

De esta forma, en materia de administración se está frente a cuatro masas de bienes: los bienes propios del marido, los bienes propios de la mujer, los bienes gananciales del marido y los bienes gananciales de la mujer. Durante la vigencia de la comunidad, como cada cónyuge actúa con plena libertad y autonomía,

17 AZPIRI. *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., 204.

18 Art. 1306, 3.º párr., C. C. s/texto Ley 23.515: "[...] Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable".

19 Sobre administración de la sociedad conyugal, ver entre otros: VIDAL TAQUINI. *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea; EDUARDO ZANNONI. *Derecho civil. Derecho de familia*, 4.ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 1; AZPIRI. *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit.; BELLUSCIO. *Manual de derecho de familia*, 6.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996, t. 1 y II; GUILLERMO BORDA. *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, 4.ª ed., Buenos Aires, Perrot, t. 1 y II; MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA y DANIEL H. D'ANTONIO. *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, t. II; FASSI y BOSSERT. *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1977-1978, t. 1 y 2; ÍD. "Administración de un bien ganancial que pertenece a ambos cónyuges", en *LL*, 151-1060; MÉNDEZ COSTA. *Visión jurisprudencia de la sociedad conyugal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998; ÍD. (dir.). *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit.; JORGE E. CRESPI. "Administración y disposición de bienes en el matrimonio", en *ED*, 37-893; FASSI. "La administración de la sociedad conyugal en el Código Civil, en la ley 11.357 y en la reforma del Código Civil", en *ED*, 24-951; CARLOS G. OCAMPO. "Sociedad conyugal. Gestión de los bienes", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, 1994, 668 y ss.; SILVIA GARCÍA DE GHIGLINO. "Gestión de bienes gananciales de titularidad conjunta", en *LL*, 1992-C-141; JOSÉ TOBIÁS. "Actos de administración y actos de disposición", en *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1990, 237 y ss.; NORA LLOVERAS. "Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal", en *JA*, 1986-II-880; NORA LLOVERAS y MARÍA C. COLOMBO. "Régimen jurídico de los bienes de titularidad conjunta", en *JA*, 1984-I-831; MÉNDEZ COSTA. "El sujeto de la gestión de los bienes gananciales", en *JA*, 12-1971-909; ÍD. *Estudios sobre sociedad conyugal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1981.

no nace la obligación de rendir cuentas al otro por sus actos de administración. En Colombia también se consagra un sistema de administración separada.

Pero este avance legislativo mantuvo un resabio de la administración marital respecto de los bienes de origen dudoso, ingresando en esta categoría todos los bienes que tengan una titularidad incierta (como muebles, electrodomésticos, joyas, obras de arte, entre otros). Esta situación de desigualdad fue superada en el año 2003 con la ley 25.781 que modifica el texto del segundo párrafo del artículo 1276 y dispone que la administración de estos bienes será conjunta.

Antes de la reforma del año 2003, la doctrina y la jurisprudencia plantearon la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 1276 o la necesidad de su reforma con fundamento en el trato discriminatorio hacia la mujer. Esta postura adquirió mayor peso con la reforma constitucional del año 1994, al incluir a la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer entre los instrumentos internacionales que comparten la cúspide de la pirámide jurídica con la Constitución Nacional.

Esta gestión conjunta conduce a sostener que sobre estos bienes se conforma un condominio entre el marido y la mujer por parte iguales. En consecuencia, el acreedor de uno de los cónyuges sólo puede embargar y ejecutar el 50% de este tipo de bienes.

*5. Responsabilidad por las deudas frente a terceros separada (artículos 5.º y 6.º, Ley 11.357)*

Corresponde aclarar que en este punto se hace referencia al aspecto externo, es decir, la cuestión de la obligación, y responde a la pregunta: *¿Sobre qué bienes le es posible al acreedor perseguir el cobro de sus créditos?* Distinto es si nos preguntamos *¿Quién debe, finalmente, soportar el peso de la deuda?*, puesto que mediante esta pregunta se apunta a la cuestión de la contribución, la cual se refiere a las relaciones entre cónyuges después de disuelta la comunidad de ganancias. En efecto, en la etapa de liquidación se determinará qué deudas asumidas por los cónyuges son definitivamente comunes y, en consecuencia, a cargo de la sociedad conyugal<sup>20</sup>.

Entonces, refiriendo sólo a la cuestión de la obligación, la regla es la separación de deudas: cada uno de los cónyuges responde por sus deudas con los bienes propios y gananciales que administra, sin quedar afectados los bienes propios y gananciales de administración del otro cónyuge (art. 5.º, Ley 11.357), salvo

20 Para determinar el pasivo definitivamente común se recurre al artículo 1275, C. C.: *"Son a cargo de la sociedad conyugal: 1.º La manutención de la familia y de los hijos comunes, y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges, los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes; 2.º Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido o de la mujer; 3.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contraerá la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse; 4.º Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio; 5.º Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera"*.

los supuestos de excepción previstos en el artículo 6.<sup>o</sup>[21]. En los supuestos de excepción los dos cónyuges responden, pero la extensión de la responsabilidad es distinta: mientras que el cónyuge deudor responde con todos los bienes que administra (masa de bienes propios y masa de bienes gananciales), el cónyuge no deudor sólo responde con los frutos de los bienes propios y los frutos de los bienes gananciales que administra<sup>22</sup>.

En este sentido puede afirmarse: a. las deudas personales son la regla cualquiera sea su fuente; b. las deudas serán personales desde su origen y c. el carácter personal de una deuda no debe acreditarse.

Atendiendo a la regla y a las excepciones, en principio, las deudas de una persona casada en el ámbito externo serían susceptibles de ser individualizadas como personales o comunes<sup>23</sup>. Es justo que las deudas contraídas en interés de los esposos y de la familia más próxima entren en la esfera de responsabilidad de ambos, cualquiera sea el contratante, y que las deudas ajenas a esos intereses

21 Art. 5.<sup>o</sup>, ley 11.357: "Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer".

Art. 6.<sup>o</sup>, ley 11.357: "Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes".

22 Sobre responsabilidad por las deudas frente a terceros ver, entre otros: LLOVERAS. "Responsabilidad por deudas de los cónyuges", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sociedad Conyugal*, 1, 2008-1, Santa Fe-Buenos Aires, 2008, 159 y ss.; CARLOS A. ARIANNA. "La responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el Proyecto de Reforma al Código Civil", en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 18, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, 113 y ss.; LIDIA HERNÁNDEZ. "Pasivo de la sociedad conyugal", en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 19, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2001, 79 y ss.; ÍD. "Pasivo de la sociedad conyugal", en *Enciclopedia de derecho de familia*, t. III, Buenos Aires, Universidad, 1994, 195 y ss.; HILDA ARSON DE GLINBERG. "Cargas de la sociedad conyugal", en *LL*, 1990-C-240 (nota a fallo); BELLUSCIO. "Responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro", en *LL*, 116-977; BEATRIZ BÍSCARO. "Reflexiones sobre el artículo 6.<sup>o</sup> de la ley 11.357", en *LL*, 1990-C-1109; JOSÉ I. CAFFERATA. "Las 'cargas' de la sociedad conyugal", en EDUARDO A. ZANNONI, FRANCISCO A. M. FERRER y CARLOS H. ROLANDO (coords.). *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1990; ADRIANA GIRARDI. "Las deudas de los cónyuges y el Proyecto de Reforma de 1998", en *JA*, 2000-IV-1233; KEMELMAJER DE CARLUCCI. "Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho de Familia Patrimonial*, n.º 12, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1996, 57 y ss.; MÉNDEZ COSTA. "Persistencia de un plenario: titularidad de bienes gananciales y responsabilidad por deudas", en *LL*, 1991-D-230 (nota a fallo); ÍD. "Ineludible interpretación reafirmada: los bienes de un cónyuge ante las deudas del otro", en *LL*, 1985-D-231 (nota a fallo); ÍD. "Obligación de resarcir emergente del incumplimiento de un boleto de compraventa y deudas de los cónyuges con respecto al acreedor", en *JA*, 1981-II-103 (nota a fallo); ÍD. "Alcance de la separación de las deudas personales de los cónyuges con respecto al acreedor", en *JA*, 20-1973-240; NÉSTOR SOLARI. "Responsabilidad de los cónyuges frente a terceros", en *LL*, 1994-E-111.

23 Como señala MÉNDEZ COSTA, "las deudas son siempre personales del cónyuge que las contrajo, sin perjuicio de que algunas deudas personales son también comunes con respecto al acreedor", en MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO. *Derecho de familia*, cit., 154.



compartidos queden bajo la responsabilidad de quien las asumió. *En función de lo expuesto, quien invoca el carácter personal de una deuda no debe probarlo, mientras que quien invoca el carácter común debe probarlo.*

Destinemos un breve análisis a los supuestos de excepción del artículo 6.º, ley 11.357:

a. *Atención a las necesidades del hogar*: su fundamento está dado por el contenido patrimonial del deber de asistencia conyugal y paterno filial. Exige dos requisitos: *vínculo familiar y convivencia*. Quedan comprendidos los gastos ordinarios que sean propios de la familia de acuerdo con la situación económica en que se encuentren los esposos, como, entre otros: alimento; vestimenta; salud; esparcimiento; alquileres del hogar familiar; salario del personal doméstico. No comprende: la asistencia al hijo matrimonial o extramatrimonial de uno de los cónyuges que no convive en el hogar familiar; los alimentos debidos al ascendiente que no convive.

Sin embargo, por imperio del artículo 368 del Código Civil, el hijo de uno de los cónyuges podrá demandar por alimentos al otro esposo, que es su pariente por afinidad. En tal caso, la obligación alimentaria que es subsidiaria, resulta ser directa y no por aplicación del artículo 6.º, por lo que responde con todos los bienes y no solo con los frutos<sup>24</sup>.

b. *Educación de los hijos*: la deuda asumida debe guardar debida relación con la situación económica de los cónyuges para ser ubicada en esta excepción. Se limita a la educación de los hijos de los cónyuges o de uno de ellos que convivan. Quedan comprendidos: los aranceles y matrículas escolares o universitarias; los gastos por adquisición de libros y útiles acordes con dicha educación; pago a profesores particulares. En caso de hijos comunes que por razones de estudio deban residir temporariamente fuera del hogar de sus padres, no se modifica el carácter de la deuda y queda comprendido en este supuesto.

c. *Conservación de los bienes comunes*: Como en los casos anteriores, hay que tener en cuenta la razonabilidad del gasto. La mayoría de la doctrina entiende que el legislador al emplear el término "bienes comunes" se ha referido a los bienes gananciales (BELLUSCIO, FASSI, BOSSERT, ZANNONI, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ROVEDA, AZPIRI, MÉNDEZ COSTA).

En Colombia también se parte de la regla de que cada uno responde por sus deudas con los bienes que están bajo su administración. Pero ambos responden solidariamente en los supuestos de deudas destinadas a satisfacer necesidades del hogar familiar y la educación de los hijos.

24 Art. 368, C. C.: "*Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado*".



#### 6. *Partición por mitades como regla mientras dure la comunidad (1315, C. C.)*<sup>25</sup>

Conforme a este principio, el conjunto de bienes gananciales existentes al momento de la finalización de la comunidad se dividirá por partes iguales entre los cónyuges sin consideración del aporte de cada uno. Sin embargo, en los casos donde sea posible recurrir a una partición privada o mixta puede prescindirse del principio de partición por mitades, puesto que el mismo se considera de orden público familiar durante la vigencia de la comunidad de ganancias. En consecuencia, con la disolución la autonomía de la voluntad puede funcionar.

Los cónyuges, si son capaces y están de acuerdo, pueden partir privadamente<sup>26</sup>, por sí o por medio de mandatario con poder especial, prescindiendo de la regla fijada por el artículo 1315, C. C. Quedan también incluidos los emancipados y el inhabilitado civil, si la curatela la ejerce un tercero.

También cuando los cónyuges son capaces y están de acuerdo pueden recurrir a la partición mixta, celebrando un convenio de liquidación y partición por instrumento privado que será presentado al juez para su homologación. Esta posibilidad se admitió inicialmente para el divorcio por la causal de presentación conjunta, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 bis, C. C. s/texto ley 17.711. Esta facultad se confirmó en un fallo plenario del 24 de diciembre de 1982 que estableció como doctrina legal: "*Los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, art. 67 bis, ley 2393, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos*"<sup>27</sup>. La Ley de Matrimonio Civil n.º 23.515 del año 1987 mantiene esta posibilidad prevista en el artículo 236, C. C.

Este convenio tiene que ser suscripto en una época contemporánea a la presentación de la demanda de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta, pero sólo producirá efectos después de disuelta la sociedad conyugal<sup>28</sup>. Esta posibilidad de convenir se extendió en algunas jurisdicciones a los procesos de separación personal o divorcio vincular por la causal objetiva de separación de hecho, aun cuando el legislador guardó silencio al respecto.

25 Art. 1315, C. C.: "*Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos*".

26 Bajo sanción de nulidad, la partición privado debe celebrarse por escritura pública (art. 1184, inc. 2.º, C. C.)

27 CNC, en pleno, 24/12/82, en ED, 102-515.

28 Conforme a lo dispuesto en el artículo 1306, C. C. s/texto ley 23.515: "*La sentencia de separación personal o divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe [...]*".

## B. Situación en el derecho proyectado argentino

Entre los proyectos de reforma del Código Civil argentino más cercanos en el tiempo encontramos los que se presentaron en el año 1992 y 1998. Ambos se caracterizan por permitir el ingreso de la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin olvidar el recurso a la solidaridad familiar cuando la situación económica de cada cónyuge lo exige<sup>29</sup>. Asimismo coinciden al disponer que frente a la falta de elección regirá como régimen supletorio la comunidad de ganancias. Brevemente, analicemos cada proyecto en particular:

a. *Proyecto del año 1992*: permite la elección entre los regímenes de comunidad, de separación de bienes y de participación en las ganancias tanto en la convención prenupcial como, bajo ciertas condiciones, durante la vida del matrimonio<sup>30</sup>.

Para facilitar la comprensión, transcribimos los artículos que establecen las bases del sistema:

Artículo 495: Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: [...] 4) La opción que hicieren por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código.

Artículo 498: Después de la celebración del matrimonio, el régimen matrimonial sólo puede cambiarse por sentencia judicial, en los casos de separación de bienes y de liquidación anticipada de la participación, y por convención de los cónyuges. Esta convención podrá ser otorgada por éstos después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que será presentada al tribunal de su domicilio, el que la homologará si la encuentra conforme al interés de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, deberá anotarse la mención de la sentencia o de la escritura al margen del acta de matrimonio.

Artículo 514, Proyecto C. C.: "A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los esposos quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias [...]."

b. *Proyecto del año 1998*: permite la elección entre los regímenes de comunidad o separación de bienes, actuando el primero como supletorio ante la falta de opción.

29 Sería el caso de una familia donde sólo el marido conserva e incorpora bienes a la comunidad de ganancias, mientras que la mujer se dedica a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos. Claramente, notamos que en este caso resulta conveniente sujetarse al régimen de comunidad para preservar a la mujer, quien se encontraría privada de bienes a la finalización del régimen si se optara por el de separación.

30 Sobre el proyecto de reformas al Código Civil del año 1992, recomendamos ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI. "Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil (Decreto n.º 468/92)", en *JA*, 1993-IV-842.

Se admite la celebración de una convención matrimonial donde conste el tipo de régimen que regulará los efectos patrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio. Asimismo se faculta a cambiar el régimen por sentencia judicial en el caso de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. La convención puede ser otorgada si han transcurrido dos años de aplicación del régimen matrimonial.

A continuación transcribimos los artículos que responden a lo apuntado:

Artículo 438: "Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: [...] d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código".

Artículo 441, Proyecto C. C. (1998): "Cambio de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que debe homologar si no la encuentra contraria al interés de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio. 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".

Artículo 456, Proyecto C. C. (1998): "Carácter supletorio: A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias [...].

Destinamos un espacio a estos proyectos porque a partir de ellos creció la corriente de opinión que sostiene la necesidad de modificar nuestro sistema legal por otro que permita el ingreso de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, conforme a la tendencia impuesta en el derecho comparado.

### **C. Cambios de paradigmas en el derecho de familia que exigen cambios en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges**

Tras el análisis de los caracteres del régimen de bienes en el derecho argentino, se desprende que la finalidad del legislador, al consagrar la comunidad de ganancias como único régimen, ha sido preservar la solidaridad familiar en el aspecto patrimonial, estableciendo un sistema protector sustentado en el orden público familiar.

En este sentido, una pareja es libre cuando decide casarse, pero después de contraer matrimonio la libertad de decisión queda condicionada por el conjunto de deberes y derechos de contenido personal y patrimonial fijados por la ley. A diferencia de otras legislaciones enunciadas en los puntos anteriores, no contamos con una norma que faculte a los cónyuges a optar el tipo de régimen que regulará sus relaciones de contenido económico.

Ahora bien: este sistema guardaba armonía con el modelo de familia existente en la época de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, cuando la actuación de la mujer quedaba limitada al ámbito doméstico. En la actualidad posmoderna, con una ubicación familiar y económica social idéntica entre la mujer y el marido, se impone la necesidad de adaptar la normativa vigente a las nuevas realidades sociales. Un ejemplo encontramos en lo dispuesto en los proyectos de reforma del Código Civil de los años 1992 y 1998, al reconocer la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin olvidar el recurso a la solidaridad familiar cuando la situación económica de cada cónyuge lo exige.

En igual sentido, en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), el despacho de *lege ferenda* aprobado por la mayoría estableció: "1- Debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones se aplicará un régimen supletorio"<sup>31</sup>. En cambio, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) se elaboraron dos despachos opuestos: "[...] 2. Sobre la conveniencia de la modificación del régimen. Despacho A) Debe mantenerse el régimen único, legal, forzoso e inmodificable, actualmente vigente. Despacho B) Los cónyuges deben tener la facultad de optar por un régimen distinto al legal supletorio, que debe continuar siendo el de comunidad de ganancias [...]"<sup>32</sup>.

Siguiendo lo propuesto en los códigos proyectados y en sintonía con el derecho comparado, corresponde seguir trabajando en una reforma en el derecho interno capaz de instalar la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales, estableciendo, al mismo tiempo, un marco normativo protector de la familia aplicable para cualquiera de los regímenes permitidos<sup>33</sup>. Esto último se

31 En *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 89.

32 *Ibíd.*, 190.

33 La diputada nacional MARTA SYLVIA VELARDE presentó un proyecto de ley sobre modificación del Código Civil en los artículos que refieren al régimen de bienes en el matrimonio (expediente 3925-D-2007). De la lectura del proyecto en su conjunto se desprende que se admiten el régimen de separación de bienes, participación en las ganancias y comunidad de ganancias. Respecto de este último, de la lectura de los artículos que refieren al mismo surge que puede ser objeto de elección por parte de la pareja o actuar como régimen supletorio ante la falta de opción. Se regula de forma independiente la posibilidad de ejercer la libertad de opción en la etapa de las diligencias previas, en el acto de celebración del matrimonio o mediante la celebración de una convención matrimonial. El principal desacuerdo que encontramos en este proyecto es la ausencia de regulación de

alcanza mediante un conjunto de normas imperativas que se integren al denominado *régimen primario*.

Como señala FANZOLATO, "Sin perjuicio del régimen de bienes elegido, o con vigencia forzosa o supletoria, los ordenamientos matrimoniales actualizados contienen una normativa que rige en toda situación. Se trata de cuestiones que, por razones de equidad y de amparo a la familia y a los terceros, la ley no debe dejar libradas a los preceptos comunes ni al arbitrio de los esposos sino que impone soluciones que, en conjunto, integran una plataforma jurídica mínima, que gobierna a todos los matrimonios, cualquiera sea el particular régimen de bienes aplicable"<sup>34</sup>.

Si bien recibe este nombre, no se trata de un régimen paralelo a los previstos para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sino que comprende el conjunto de deberes que nacen a partir del nacimiento del vínculo conyugal: manutención de la familia; educación de los hijos; colaboración en el pago de contribuciones y demás gastos esenciales en el hogar, protección y destino de la vivienda familiar y de los muebles incorporados a ella; responsabilidad por las deudas derivadas de los supuestos enunciados, entre otros. En algunas legislaciones, dentro del mismo también se incluyen normas sobre igualdad jurídica entre cónyuges y los contratos permitidos entre ambos. Entre los países que consagran un régimen primario encontramos a Francia, Holanda, Finlandia, Grecia, España, Suiza, Portugal, Bélgica, Costa Rica, Venezuela, Panamá, Brasil, Paraguay y también la provincia de Québec.

Este conjunto de normas persigue establecer un marco de protección del interés familiar y de los terceros en aquellas cuestiones que no pueden quedar abiertas a la libertad de decisión de los esposos. De esta forma, estas disposiciones legales deberán cumplirse con independencia del régimen elegido. Si, por ejemplo, optaren por un régimen de separación de bienes, la libertad e independencia en el actuar quedará limitada en los supuestos comprendidos en este sistema de base. En este sentido, en Colombia, cuando en el matrimonio rige el régimen de separación, ambos esposos responden por ciertas deudas, como sería el caso de obligaciones vinculadas al socorro y ayuda mutua que se deben entre sí.

En suma, admitir el ingreso de la autonomía de la voluntad no produce como consecuencia el desplazamiento del principio de solidaridad familiar. Este valor siempre está presente en los diversos institutos que conforman el derecho de familia, por tratarse de un valor básico de la familia en sus diversos tipos o formas.

un régimen primario, previsto en la mayoría de las legislaciones que consagran la libertad de pactar.

34 FANZOLATO. "Régimen de bienes. Derecho comparado", en MÉNDEZ COSTA. *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., 415.

### III. CIERRE

Durante el desarrollo pudimos comprobar que la tendencia en el derecho comparado es a favor del ingreso de la autonomía de la voluntad, ubicando a la Argentina entre los pocos países que conservan un régimen legal e imperativo.

Pero como en la realidad social coexisten familias con particularidades socioeconómicas distintas, surge la necesidad de que el derecho como fenómeno social capte estas singularidades mediante un régimen que consagre la libertad de elección. Así, cada pareja se sujetará al régimen que responda a sus necesidades.

Como señalamos, admitir el ingreso de la autonomía de la voluntad en este ámbito no traerá como consecuencia el desplazamiento de valores propios de la estructura familiar, sino que coadyuvará a la realización de éstos en armonía con las particularidades propias de cada familia.

Con este fin, propiciamos el establecimiento de un conjunto de normas imperativas comunes a todos los regímenes previstos en la norma, destinadas a resguardar el interés familiar.

Asimismo destacamos que un aspecto importante para considerar es el derecho-deber de información vinculado a la libertad de pactar. Entendemos que entre este derecho-deber y la autonomía de la voluntad existe una relación directa: cuando mayor es la información que toda persona recibe antes de la ejecución de un acto trascendente, mayor es la confianza para poner en ejercicio la libertad de decisión. En efecto, el saber y comprender el contenido y las consecuencias de un acto ayudará a toda pareja a optar por aquel régimen que mejor responda a sus intereses en armonía con el interés familiar. En este sentido, podemos mencionar como ejemplo la legislación paraguaya al establecer el deber de informar a los contrayentes sobre los regímenes previstos.