

## Capítulo VI

### EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

I. BENEFICIO DE COMPETENCIA	
1. Concepto y alcances .....	281
II. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION	
2. Generalidades .....	282
A) <i>Suspensión de la prescripción entre cónyuges (art. 3969)</i>	
3. Prescripciones suspendidas .....	283
4. Fundamentos .....	283
5. Alcances en cuanto a la situación de los cónyuges .....	283
B) <i>Suspensión de la prescripción entre un cónyuge y un tercero (art. 3970)</i>	
6. Artículo 3970 del Código Civil .....	284
7. Prescripciones suspendidas .....	284
8. Fundamentos .....	284
9. Alcance en cuanto a la situación de los cónyuges .....	284
C) <i>Supuesto de acción que debe entablarse contra el cónyuge y un tercero (consorcio pasivo necesario)</i>	
10. Generalidades .....	285
D) <i>Cuestiones vinculadas a alimentos</i>	
11. Aplicación del artículo 3969 .....	286
III. EFECTOS PATRIMONIALES POST MORTEM	
12. Enumeración .....	286
13. Vocación hereditaria conyugal .....	286
14. Derecho de habitación viudal .....	287
IV. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO	
15. Concepto .....	288
16. Distintos regímenes .....	289
A) <i>Primer criterio de clasificación</i>	
17. Enunciación y esquema .....	289
B) <i>Segundo criterio de clasificación</i>	
18. Enunciación y esquema .....	290
C) <i>Tercer criterio de clasificación</i>	
19. Enunciación y esquema .....	291
20. Absorción del patrimonio de la esposa por el marido .....	291
21. Unidad de bienes .....	293
22. Unión de bienes .....	293
23. Régimen de comunidad .....	294
24. Participación en los gananciales .....	296
25. Separación de bienes .....	296
26. Instituciones especiales .....	297

I. CONVENCIONES MATRIMONIALES

27. Concepto .....	298
28. Cláusulas autorizadas en el Código Civil y evolución posterior ....	298
29. Convenciones actualmente permitidas .....	299
30. Sujetos .....	300
31. Capacidad .....	300
32. Caracteres comunes a las convenciones previstas en los incisos 1º y 3º del artículo 1217 .....	301
33. Caracteres especiales de las donaciones del novio a la novia (inc. 3º del artículo 1217) .....	303
34. Ineficacia .....	304
35. Promesa de dote .....	304
36. Contratos matrimoniales celebrados en el extranjero .....	304

II. CONTRATOS ENTRE CONYUGES

37. Generalidades .....	304
A) <i>Contratos prohibidos</i>	
38. Donación .....	306
38 <sup>bis</sup> Renta vitalicia gratuita entre cónyuges .....	307
38 <sup>ter</sup> Renta vitalicia onerosa estipulada por un cónyuge y prometida por tercero a favor del otro cónyuge .....	307
39. Cesión gratuita de créditos .....	307
40. Fianza constituida por un cónyuge garantizando la deuda de un tercero hacia el otro cónyuge .....	307
41. Compraventa .....	307
42. Permuta .....	308
43. Cesión onerosa de créditos .....	308
44. Dación en pago de una cosa .....	308
45. Dación en pago de un crédito .....	308
46. Renta vitalicia onerosa entre cónyuges o entre cónyuges a favor de tercero mediante entrega de cosas .....	309
47. Cesión de derechos hereditarios .....	309
48. Constitución de usufructo sobre cosas no fungibles .....	309
49. Constitución de derechos reales de uso y habitación .....	309
50. Constitución de servidumbres .....	309
51. Sociedades de responsabilidad solidaria .....	309
B) <i>Contratos de dudosa admisibilidad</i>	
52. Locación .....	311
53. Sociedades en comandita simple con ambos cónyuges comanditarios o con un cónyuge comanditario y el otro comanditado .....	312
54. Contrato de trabajo .....	312
C) <i>Contratos permitidos</i>	
55. Donación para producir efectos después de la muerte .....	314
56. Sociedad comercial por acciones o de responsabilidad limitada ....	316
57. Sociedad civil .....	316
58. Mandato .....	316
59. Mutuo .....	316
60. Renta vitalicia entre cónyuges constituida mediante la entrega de suma de dinero .....	316
61. Constitución de usufructo sobre cosas fungibles .....	316
62. Depósito .....	316
63. Fianza .....	317
64. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge .....	317
65. ¿Es válido el seguro de vida a favor del cónyuge sobreviviente? ....	317
D) 66. <i>Sanción que recae sobre los contratos prohibidos</i> .....	318

**MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA**

**Capítulo VI**

**EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO**

Junto a los importantes efectos personales del matrimonio sobre los atributos de los cónyuges (capacidad de derecho, capacidad de obrar de los menores de edad, nombre y domicilio de la esposa) y de los derechos-deberes creados entre ellos (fidelidad, cohabitación y asistencia moral), el matrimonio produce complejos efectos patrimoniales. Algunos de éstos operan desde su celebración mientras que otros lo hacen una vez acaecida la muerte de uno de los consortes. Los primeros comprenden el deber de asistencia en su contenido patrimonial (alimentos), el beneficio de competencia, la suspensión de la prescripción, el régimen convencional ampliamente restringido por un conjunto de prohibiciones legales, el régimen patrimonial matrimonial imperativo. Los segundos comprenden la vocación hereditaria conyugal y el derecho de habitación viudal.

## I. BENEFICIO DE COMPETENCIA

### I. Concepto y alcances.

El beneficio de competencia es un favor legal establecido en el Código Civil y que consiste en dispensar transitoriamente a ciertos deudores de la obligación de pagar “más de lo que buenamente puedan, dejándoles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna” (art. 799).

Se trata de una institución romana cuya subsistencia es difícil justificar en nuestra época en que se encuentra organizado un sistema protector de los bienes muebles indispensables a través de su inembargabilidad y en que el potencial deudor previsor puede

substraer a la acción de sus acreedores el bien susceptible de ser constituido en Bien de Familia.

Según el artículo 800, segundo párrafo, el beneficio de competencia se debe al cónyuge no divorciado por su culpa. Por lo tanto, gozan del mismo el cónyuge no divorciado y el divorciado inocente y no lo disfrutan el divorciado culpable, el divorciado inocente equiparado al culpable por haber incurrido posteriormente a la sentencia en adulterio o actos de grave inconducta moral (artículo 71 bis, ley 2393); ni uno ni otro cónyuge divorciado por presentación conjunta pues la sentencia que declara el divorcio tiene los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos (art. 67 bis, ley 2393), sin perjuicio de que, aceptada la tendencia doctrinario-jurisprudencial que acepta la declaración de divorcio por la vía del artículo 67 bis con reconocimiento de culpa unilateral, el beneficio sea debido al inocente.

Se ha estimado, y ello es perfectamente aplicable al caso de los cónyuges, que carece de sentido limitar las facultades del acreedor cuando quienes gozan del beneficio son también titulares del derecho a alimentos. Se estima que es más sencillo permitir al acreedor exigir normalmente la satisfacción de su crédito pues el beneficiado tiene siempre el derecho a reclamarle alimentos.

Los requisitos para acogerse al beneficio de competencia, el régimen de la prueba, el procedimiento a seguir y los efectos, se estudian en el curso de Obligaciones (ver Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, T. II, com. a los artículos 799 y 800).

## II. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION

### 2. Generalidades.

La incidencia del matrimonio sobre la prescripción abarca dos supuestos expresamente previstos, a saber, entre cónyuges y entre un cónyuge y un tercero (arts. 3979 y 3980), derivándose de éstos la solución de otros casos posibles. El artículo 3971 carece de aplicación actual, dada la capacidad civil de la mujer casada y la separación de deudas y de gestión de bienes de los cónyuges.

## A) SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ENTRE CONYUGES (Art. 3969)

### 3. Prescripciones suspendidas.

Se suspende el curso de la prescripción tanto adquisitiva como liberatoria, siempre en acciones de contenido patrimonial.

### 4. Fundamentos.

Guastavino enumera los siguientes fundamentos de la suspensión: a) no perturbar la armonía entre los esposos que podría comprometerse si la ley los pusiera en la necesidad de ejercer las acciones judiciales correspondientes a los efectos de conservarlas; en su caso, evitar que se agraven las discordias ya producidas; b) impedir las donaciones entre cónyuges que podrían resultar de una prescripción adquisitiva o liberatoria consumada entre ellos; c) superar los obstáculos que, por respeto o afecto, traban el accionar de un cónyuge contra el otro.

La suspensión de la prescripción se presenta como corolario de esta facultad de un consorte de ejercer acciones judiciales contra el otro si así lo desea, facultad que puede ejemplificarse con la acción de nulidad de los negocios jurídicos requeridos de asentimiento conyugal otorgado sin éste (art. 1277) y con la acción de fraude (art. 1298).

### 5. Alcances en cuanto a la situación de los cónyuges.

La prescripción está suspendida entre cónyuges en normal convivencia, separados de hecho, divorciados y, por lo tanto, separados de bienes (art. 1306) o simplemente separados de bienes (por la causal de mala administración, art. 1294). Las razones para el mantenimiento de la norma suspensiva a pesar de la separación de bienes o del divorcio que la comparte, son las mismas recordadas, especialmente la conveniencia de no ahondar el distanciamiento entre los cónyuges, el carácter no vincular del divorcio y la siempre abierta posibilidad de reconciliación.

La suspensión no procede entre esposos divorciados vincularmente por sentencia obtenida durante la vigencia integral del artículo 31 de la ley 14.394.

Por fin, la suspensión se aplica entre los cónyuges de un matrimonio viciado hasta la sentencia que declare la nulidad, continuando el curso normalmente a partir de ésta. La prescripción de la acción de indemnización prevista en el artículo 91 de la ley matrimonial comienza en la fecha de la misma sentencia.

## **B) SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ENTRE UN CONYUGE Y UN TERCERO (Art. 3970)**

### **6. Artículo 3970 del Código Civil.**

El artículo 3970 del Código Civil establece que “la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de la mujer hubiere de recaer sobre el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses”.

### **7. Prescripciones suspendidas.**

Ambas, la adquisitiva y la extintiva.

### **8. Fundamentos.**

Son análogos a los del artículo 3969. Véase la nota del codificador al artículo 3970.

### **9. Alcance en cuanto a la situación de los cónyuges.**

La referencia legal exclusivamente a la esposa no impide que la norma sea extensiva a las acciones del marido contra terceros. La interpretación restrictiva no se justifica aunque se invoque que la suspensión es excepcional dentro del régimen de la prescripción. Explica Guastavino, siguiendo a Fornieles, que hay excepciones que constituyen a su vez una regla dentro del campo propio en que funcionan y que como están inspiradas en consideraciones de orden general son susceptibles de interpretación extensiva y aun, analógica. Afirma Belluscio, por su parte, que “si median iguales razones a las que fundan la excepción prevista en el texto legal para aceptar otras, nada obsta a que se las extienda en la medida ne-

cesaria o en la que resulte de la similitud de fundamentos' (*Derecho de Familia*, T. III, p. 627 - 628). Debe tenerse en cuenta la igualdad jurídica en que se encuentran los cónyuges en cuanto a capacidad, deudas y gestión de los bienes, que el beneficio de competencia alcanza a ambos y que la suspensión de la prescripción entre ellos opera a favor de uno y otro. Spota, ya antes de la ley 17.711, afirmó que la igualdad jurídica de marido y mujer impone la referida situación en reciprocidad: "que el marido, para mantener la paz del hogar, no deduzca contra tercero una acción cuyo efecto reflejo sobre la mujer pueda presentarse" (*Tratado de Derecho Civil*, Vol. 10, p. 301, nota 601 bis). La conclusión es, hoy, todavía más evidente.

La suspensión alcanza al cónyuge aunque se encuentre separado de hecho, divorciado, separado de bienes, o sea el suyo un matrimonio viciado, en este caso, hasta la sentencia de nulidad. Son los alcances que impone la expresión legal "durante el matrimonio".

### C) SUPUESTO DE ACCION QUE DEBE ENTABLARSE CONTRA EL CONYUGE Y UN TERCERO (CONSORCIO PASIVO NECESARIO)

#### 10. Generalidades.

Guastavino, sobre la base de algunos planteos judiciales, estudia el supuesto del epígrafe, sosteniendo que impone la aplicación de los artículos 3969 y 3970, esto es, lo previsto con respecto a terceros pero también lo previsto en cuanto a los consortes entre sí. Resuelve el problema examinando la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se persigue. Si se trata de una obligación divisible, se remite a los artículos 678 y 3981: el tercero no puede verse perjudicado por la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge del autor. Si se trata de una obligación indivisible, se remite al artículo 3982: la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge del actor se extiende a su codemandado. Si la obligación es simplemente mancomunada, se remite al artículo 686: el tercero no puede ser perjudicado. Si la obligación es solidaria, ante la falta de texto expreso, estima que la solución debe obtenerse de los artículos 3981 y 3982: la suspensión de la prescripción no

afecta a los codeudores pues la obligación solidaria queda sumida en la regla genérica del primer artículo citado.

El ejemplo más interesante es el de la acción de simulación que un cónyuge tuviera que entablar contra el otro y el tercero cosimulador con el objeto de restituir al acervo ganancial un bien indebidamente sustraído del mismo. Si bien de difícil presentación en la actualidad (el requisito del asentimiento conyugal obstaculiza la simulación) no es superfluo considerarlo dada la importancia de bienes muebles no registrables, sobre los cuales pudiera recaer el negocio ficticio. Aplicando el razonamiento de Guastavino, la acción refiere a una obligación de restituir que cae dentro del concepto de obligación de dar (art. 574 in fine) y, por lo tanto, indivisible (artículos 679 y 669 a contrario), de donde resulta aplicable el artículo 3982 con los alcances señalados más arriba: la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge demandado debe ser soportada también por el tercero codemandado.

#### **D) CUESTIONES VINCULADAS A ALIMENTOS**

##### **11. Aplicación del artículo 3969.**

Se aplica el artículo 3969 en cuanto a la acción por cumplimiento de la sentencia que condena a un cónyuge a pasar alimentos al otro. Por el contrario, prevalece la doctrina que considera caducado (no prescripto) el derecho a exigir las cuotas no cobradas porque la inacción del alimentado demuestra que no le son necesarias.

### **III. EFECTOS PATRIMONIALES POST MORTEM**

##### **12. Enumeración.**

La vocación hereditaria conyugal y el derecho de habitación viudal se estudian detalladamente en el curso de Sucesiones. Se hace una breve referencia al respecto.

##### **13. Vocación hereditaria conyugal.**

El cónyuge es heredero forzoso, compartiendo la herencia, en distintas proporciones, sobre los bienes propios y los bienes gananciales adjudicados al difunto en la partición de la sociedad conyugal, en las siguientes concurrencias: con descendientes legítimos; con

descendientes extramatrimoniales, con descendientes legítimos y extramatrimoniales, con ascendientes legítimos, con ascendientes legítimos y descendientes extramatrimoniales, con padres naturales, con la nuera viuda. Excluye a los colaterales, es decir, es único heredero si no sobreviven descendientes ni ascendientes ni nuera del causante. Puede ser declarado indigno pero predomina la doctrina que niega la posibilidad de su desheredación. Carece de vocación hereditaria sobre los bienes gananciales adjudicados al causante en concurrencia con descendientes legítimos. Carece de vocación cuando el deceso del causante se ha producido dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio por una enfermedad que padecía entonces salvo que se haya regularizado una situación de hecho (art. 3573), si es culpable del divorcio o ha incurrido posteriormente a la sentencia en adulterio o actos de grave inconducta moral (artículo 3574), si es culpable de la separación de hecho sin voluntad de unirse o ha incurrido posteriormente en adulterio o actos de grave inconducta moral (art. 3575). Igualmente, si es cónyuge de mala fe en matrimonio viciado o cónyuge de buena fe y la muerte se produce después de la sentencia que decretó la nulidad.

#### 14. Derecho de habitación viudal.

El artículo 3573 bis del Código Civil, incorporado por la ley 20.798, dispone: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias".

El tema de la naturaleza del derecho de habitación viudal divide a la doctrina. Entendemos que es un derecho a cuya titularidad se accede *iure proprio*, es decir, originariamente y no por sucesión.

#### IV. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

##### 15. Concepto.

Llámase régimen de bienes en el matrimonio o régimen patrimonial matrimonial o régimen matrimonial de bienes, al establecido mediante el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí y con respecto a terceros. La definición propuesta por Colin y Capitant es más descriptiva: “Se designa bajo el nombre de régimen matrimonial al conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de terceros que contratan con ellos o lleguen a ser sus acreedores por una u otra causa y, por fin, los derechos respectivos de cada esposo en el día de la disolución del matrimonio”. Aun así resulta insuficiente si se quiere hacerla extensiva a *todo* régimen conyugal de bienes. Lo hizo Roguin en su clásica obra dedicada al tema y solamente por exigencias de la exposición ofreció un concepto: “. . .el régimen comprende la reglamentación de las relaciones pecuniarias derivadas de la *unión matrimonial*, o bien *que caracterizan la asociación conyugal*. Esta última fórmula, prosigue, acentúa una idea justa, la de que el derecho matrimonial es especial de los esposos y de que engloba únicamente las relaciones derivadas de su vida en común, con exclusión de aquello que entra en el derecho de sucesión. Se podría definir más brevemente el régimen reteniendo esta última idea y diciendo que es *el derecho que deriva de la asociación conyugal*” (*Le régime matrimonial*, nº 17). Antes de reproducirlo, G. J. Renauld sostiene: “El derecho de los regímenes matrimoniales tiene por objeto dar a los bienes de los esposos y a sus actividades económicas, *el estatuto que requiere la relación de asociación establecida entre ellos por el matrimonio* y esto con respecto a los diversos problemas que se presentan: contribución a las cargas de la vida común, colaboración directa o indirecta en la actividad profesional, adquisición, uso y conservación de los bienes afectados a la vida de la familia, preocupación por la previsión en común” (*Les régimes matrimoniaux*, p. 23).

Es importante destacar la insistencia de los dos últimos conceptos citados en que el sistema se basa en la *asociación conyugal*;

el régimen patrimonial matrimonial regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre personas casadas y terceros, *en cuanto resultan del carácter de los esposos como partícipes de una tarea común*. De esta manera se refleja la trascendencia de la causa fuente del régimen que, al imprimirle su cualidad específica, permite distinguirlo de los otros efectos patrimoniales del matrimonio.

#### 16. Distintos regímenes.

Puede hablarse de régimen patrimonial matrimonial en la legislación de todos los países, aun en aquellos en que es más acentuada la separación de bienes, porque siempre es necesario algún tipo de regulación. Se registra al respecto una evolución histórica universal, cuya etapa más reciente comienza con la legislación alemana de 1958, reformadora del Código Civil con el objeto de adaptarlo a normas constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial. En los últimos veinte años, las modificaciones más importantes fuera de nuestro país, han sido las introducidas en Francia en 1965, en Italia en 1975 y, nuevamente, en Alemania en 1978, no debiendo olvidarse los Códigos que incluyen el tema, por ejemplo, el portugués de 1965.

Es sumamente difícil disponer los distintos regímenes en un cuadro sinóptico estricto por las grandes diferencias que existen entre unos y otros, además de que algunos de ellos sólo revisten interés histórico. De cualquier modo, esa sistematización ha sido brindada por la doctrina, cuyas líneas generales inspiran la siguiente exposición.

#### A) PRIMER CRITERIO DE CLASIFICACION

##### 17. Enunciación y esquema.

El primer criterio de clasificación atiende a si los contrayentes son, o no son, hábiles para regular sus relaciones patrimoniales futuras. El esquema correspondiente se diseña así:

Libertad de regulación de las relaciones patrimoniales futuras	}	Legal imperativo	}	a) absolutamente libre
		Régimen convencional		b) entre regímenes propuestos y reglamentados por la ley
				c) limitado por la prohibición de ciertos regímenes
				d) con régimen legal supletorio (que se aplica a falta de convención de los contrayentes)

La elección entre dos o más regímenes predomina, en términos generales, en el derecho europeo, con régimen legal supletorio. En Francia, conforme con la ley de 1965, los contrayentes pueden elegir entre cuatro sistemas, a saber, comunidad de gananciales, comunidad convencional, separación de bienes y participación en las ganancias; a su vez, la comunidad convencional puede abarcar todos los bienes (comunidad universal) o limitarse a muebles y gananciales y pactarse, con respecto a la misma, reglas particulares de gestión y cláusulas especiales sobre la partición. El régimen supletorio es la comunidad de gananciales de administración marital. En Portugal, los contrayentes pueden optar entre comunidad de gananciales, comunidad general, separación de bienes o régimen dotal. Supletoriamente se aplica la comunidad de gananciales. En Méjico nada se establece supletoriamente: en los trámites previos al matrimonio está incluida la elección por los contrayentes de un sistema entre el de separación y el de comunidad; son informados al respecto y si eligen el segundo, deben acordar contractualmente la composición de la comunidad y el régimen de administración.

## B) SEGUNDO CRITERIO DE CLASIFICACION

### 18. Enunciación y esquema.

El segundo criterio de clasificación atiende a si el régimen elegido antes de la celebración del matrimonio o legalmente impuesto contemporáneamente a ésta, puede o no modificarse después. El esquema correspondiente se diseña así:

Libertad de modificación	}	inmutable	}	a) modificable
		no inmutable		b) susceptible de ser reemplazado por otro régimen

Predomina la inmutabilidad del régimen aunque aún los regímenes comunitarios imperativos admiten una posibilidad de cambio hacia la separación de bienes. Sin embargo, se nota una tendencia contraria siempre que el cambio se efectúe según requisitos que las leyes establecen en resguardo de terceros. Por ejemplo, en los Países Bajos, desde 1965, con la reforma del Código Civil que consagró la capacidad de la mujer casada, procede el cambio de régimen transcurrido al menos tres años de matrimonio, con aprobación judicial. Tal vez es la característica novedosa de la mutabilidad en lo que consiste la reforma más importante introducida en Francia en 1965, exigiéndose intervención judicial o convenio con estrictos requisitos de fondo, de forma y de publicidad, según los casos.

### C) TERCER CRITERIO DE CLASIFICACION

#### 19. Enunciación y esquema.

El tercer criterio de clasificación tiene en cuenta la estructura y dinamismo de los diferentes regímenes. El esquema correspondiente puede ser observado en el diagrama expuesto en la página siguiente.

Analizamos brevemente cada uno de estos sistemas.

#### 20. Absorción del patrimonio de la esposa por el marido.

La denominación generalmente usada es la de *absorción de la personalidad económica de la esposa por el marido*, a la cual preferimos la aquí empleada porque al expresar que el patrimonio de la esposa es absorbido por el marido, se entiende que toda la actividad económico jurídica que a ella hubiera podido corresponder es asumida por éste. En efecto, al marido se trasmite en propiedad el patrimonio de su cónyuge. Como propietario, disfruta, administra y dispone de todos los bienes, soporta el sostenimiento económico del hogar y responde por las deudas; la esposa queda desprovista de patrimonio y de todo derecho sobre los bienes que lo componían, sin posibilidad de recuperarlos aun a la muerte del marido, al cual, a lo sumo, podrá heredar.

Estructura  
y dinamismo  
de los  
distintos  
regímenes

Históricos

{ Absorción del patrimonio de la esposa por el marido  
{ Unidad de bienes

Vigentes

Unión de bienes

{ Composición { universal  
{ restringida { muebles y gananciales  
{ gananciales

{ Gestión { marital  
{ separada  
{ conjunta  
{ indistinta

{ Deudas { separadas  
{ comunes  
{ separadas y comunes según supuestos

{ Partición { por mitades  
{ proporcional a los aportes

Participación en los gananciales

Separación de bienes

No existe en la actualidad. Correspondió en el derecho romano al matrimonio *cum manu* y, a través del *common law* se aplicó en Gran Bretaña y estados norteamericanos y del Canadá, desapareciendo paulatinamente a partir de mediados del siglo XIX.

## 21. Unidad de bienes.

Igual al anterior mientras subsiste el matrimonio, la diferencia aparece a su disolución porque el marido o sus herederos deben restituir a la esposa o sus herederos el valor de los bienes que ésta aportó. Es decir que el marido adquiere el dominio de los bienes de la esposa con todos sus atributos pero con cargo de devolución, aprovecha exclusivamente las economías efectuadas y responde por las deudas de la esposa pero con derecho a descontarlas del valor a restituir.

También reviste interés exclusivamente histórico, siendo de origen y aplicación germánicos (subsistió en algunos cantones suizos hasta la sanción del Código Civil de 1907).

## 22. Unión de bienes.

Se denomina así al régimen en el cual la propiedad de los bienes de cada cónyuge permanece separada, adquiriendo el marido la administración y el usufructo de los de la esposa hasta su fin, momento en que se consolida dicho usufructo con la nuda propiedad conservada por aquélla. Como la restitución debe hacerse en especie, los bienes de la consorte no se confunden con los del marido, distinguiéndose en el patrimonio de éste su dominio sobre los bienes originariamente suyos y su derecho al uso y disfrute de los de su esposa, de los cuales no puede disponer. Se explica así que cada cónyuge sea responsable por las deudas que contrajo antes o después del matrimonio, lo cual supone cierta aptitud de la esposa para obligarse, pero el marido es el único responsable por las deudas del hogar incluso contraídas por la mujer en la gestión doméstica. Como bien se ha hecho notar, la contribución de ésta se concreta en los frutos de los bienes que aporta.

De origen también germánico, fue el régimen del Código Civil alemán combinado con la institución de los bienes reservados, hasta

que resultó incompatible con la igualdad jurídica de los cónyuges consagrada en la Constitución de Bonn. Está vigente en Suiza, muy atenuado en beneficio de la esposa, mediante la introducción de elementos de los regímenes de unidad de bienes y de participación y por la caracterización como bienes reservados atribuida al producido del trabajo de la misma. Asimismo se aplica en derecho hebreo, conforme con principios y normas religiosas que coexisten con las civiles resultantes de la igualdad jurídica de los sexos y la consiguiente plena capacidad civil de la mujer establecidas en 1951. Es, por fin régimen legal en China y una posibilidad contractual en Turquía.

### 23. Régimen de comunidad.

Se caracteriza esencialmente porque, a su fin, cada cónyuge o sus herederos, obtienen una fracción de ciertos bienes originariamente pertenecientes a uno y otro esposo. El concepto puede precisarse más sobre la idea de una indivisión de bienes que aparece al finalizar el régimen con todos o algunos de los que hasta entonces formaban el patrimonio de los cónyuges, indivisión destinada a partirse entre ellos. Es este el único elemento que permite abarcar en esta categoría a regímenes muy disímiles en los otros aspectos, diferencias que hacen necesaria una subclasificación, la que se formula según la composición de la "comunidad" (bienes que entrarán en la indivisión) y según el régimen de gestión de los bienes de destino común, anotándose igualmente diferencias en cuanto a las deudas y a la de división final. Estas especies, a su vez, se combinan entre sí en muy variadas formas.

Según la *composición de la "comunidad"*, ésta puede ser universal o restringida. En la primera, todos los bienes, presentes y futuros se hacen comunes y se dividen oportunamente sin atender a su origen. En la comunidad restringida caben la comunidad de muebles y gananciales o simplemente la de gananciales, debiendo distinguirse entre bienes propios y bienes gananciales (adquisiciones a título oneroso durante la vigencia del régimen).

Según la *gestión de los bienes de destino común*, el régimen de comunidad puede ser de gestión marital, de gestión separada, de

gestión conjunta o de gestión indistinta. Ninguno de ellos se presenta puro sino admitiendo elementos de alguno de los otros. La administración marital admite, por ejemplo, la existencia de "bienes reservados" a la administración de la esposa; la administración separada (de cada cónyuge sobre sus propios y los gananciales que adquiere) combina siempre exigencias de gestión conjunta; la gestión conjunta (de ambos consortes sobre los bienes de destino común) permite la presunción del consentimiento del otro cónyuge cuando uno de ellos ejecuta actos de menor importancia; en la gestión indistinta (a cargo de uno u otro cónyuge sin atender a quién adquirió los bienes) se presume el consentimiento del cónyuge de aquel que dispone por sí mismo de los bienes comunes.

Según *las deudas*, en algunos regímenes son separadas; en otros, comunes; en otros, por fin, separadas y comunes según los casos previstos. Estas diferencias están íntimamente relacionadas con el régimen de gestión y miran a la protección de los acreedores.

En cuanto a la *partición*, la más generalizada es la división en partes iguales, pero en algunas legislaciones se tienen en cuenta los aportes, incluido el trabajo de la esposa en el hogar y cuidado de los hijos.

Ejemplificando, señalamos que la comunidad universal de gestión separada con elementos de gestión conjunta es el régimen de los Países Bajos; recordamos que la comunidad de bienes y gananciales es una posibilidad convencional en Francia, con varias formas también convencionales de gestión y que en este país el régimen legal supletorio es la comunidad universal de gestión marital. La legislación uruguaya ofrece un claro ejemplo de comunidad de gananciales de gestión separada con elementos de gestión conjunta, asimismo la legislación de Italia. En América latina predomina la comunidad de gananciales pero en Brasil, es universal. La comunidad de gananciales de gestión indistinta es el régimen de la URSS y de los países comunistas, citándose como caso más reciente el del Código de la Familia de Cuba.

#### 24. Participación en los gananciales.

El esquema de este régimen, introducido en Alemania como legal supletorio en 1957 y una de las posibilidades convencionales en Francia desde 1965, es el de una separación de bienes hasta su fin, momento en que procede igualar los enriquecimientos logrados por uno y otro cónyuge a partir de la celebración del matrimonio. A tales efectos deben calcularse el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada uno: el cónyuge que se enriqueció menos se encuentra entonces titular de un crédito contra el que se enriqueció más a los efectos de que ambos resulten enriquecidos en la misma medida. Obsérvese que no existe indivisión de bienes comunes ya que el consorte que obtuvo mayores beneficios sigue siendo el único propietario de sus bienes y el otro es sólo su acreedor. Como en todos los otros regímenes, aquí también caben diferencias según las distintas legislaciones: la participación puede ser universal o restringida, la restringida puede abarcar distinta extensión, la gestión de los bienes puede o no requerir el consentimiento de ambos cónyuges, la forma de liquidación admite particulares modalidades.

El régimen de participación en los gananciales no parece haberse impuesto en los países que lo han adoptado. Al menos, no ha penetrado en las costumbres alemanas. Su simplicidad es sólo aparente por las dificultades que comporta el cálculo de los patrimonios y deudas. Tampoco significa un fortalecimiento de la seguridad de los cónyuges, sino lo contrario, porque un crédito es menos seguro que una participación en propiedad.

#### 25. Separación de bienes.

Implica absoluta separación de propiedad, gestión y responsabilidad. La ley, sin embargo, reglamenta generalmente la contribución a las cargas del hogar y diversos supuestos en que se pretende la protección de los terceros que contratan con los esposos. Se atenúa mediante el llamamiento hereditario del cónyuge, por ejemplo, en leyes inglesas relativamente recientes.

Por distintas causas procede casi universalmente pues se presenta: como régimen convencional (por ejemplo Bélgica, países

escandinavos); como régimen excepcional en reemplazo del régimen legal, por resolución judicial, con causa legal (Argentina) o sin ella (Uruguay); como extraordinario sanción (Portugal, Brasil, en términos generales, para los matrimonios celebrados con impedimento impediente); como extraordinario no sanción (Portugal, para los contrayentes que exceden ciertos límites de edad madura); como legal (derecho anglosajón, Japón); como legal supletorio (Grecia).

## 26. Instituciones especiales.

a) *La dote*. La dote es de origen romano desarrollada en el matrimonio *sine manu*. En sentido amplio, se denomina dote a los bienes entregados al marido por la esposa, parientes o terceros, para solventar las cargas del hogar. En sentido restringido, se llama dote al aporte de bienes de la esposa entregados al marido en propiedad o en administración y usufructo, para los gastos del hogar, como excepción en los regímenes en que este traspaso no se produce. Un sentido aún más especial de la palabra corresponde a su uso en el derecho argentino y el uruguayo, pues se la emplea como sinónimo de bienes propios de la esposa, con idéntica caracterización a la de los bienes propios del marido. No es este último sentido el que se esquematiza en el presente apartado.

La dote exige constitución expresa, es, general pero no indispensablemente, inalienable, imprescriptible e inembargable y debe restituirse en valor o en especie según se haya transmitido al marido la propiedad o sólo la gestión y el usufructo. Los bienes de la esposa que no están constituidos en dote se denominan parafernales.

La dote acompañando a la separación de bienes conforma el régimen dotal que subsiste en Grecia y en Austria. Acompañando a la comunidad en que el marido no es administrador necesario de los bienes aportados por la mujer, se la encuentra en la legislación peruana. Ha sido expresamente suprimida en Italia por la ley de 1975.

b) *Los bienes reservables*. La institución de los bienes reservables se originó en los países escandinavos, Alemania y algunos cantones suizos a fines del siglo XIX. Consiste en reservar la administración de algunos bienes suyos a la esposa, en aquellos regímenes

en que la gestión de todos corresponde al marido. Acompañó a la unión de bienes en el Código Alemán de 1900 y en esta forma se aplica en Suiza. En la legislación francesa vigente en que el régimen legal supletorio es de comunidad de gananciales de gestión marital, los bienes adquiridos por la esposa en el ejercicio de una profesión separada de la de su marido están reservados a su administración y libre disposición con las mismas limitaciones con que el marido administra y dispone del resto de los gananciales.

La institución de los bienes reservables integraba el régimen patrimonial matrimonial argentino conforme al Código Civil (art. 1217, inc. 2º, 1226 y 1257) y también de acuerdo a la ley 11.357 (art. 3, 2º, a y c).

## REGIMEN CONVENCIONAL

### I. CONVENCIONES MATRIMONIALES

#### 27. Concepto.

También denominadas contratos de matrimonio, convenciones prenupciales o capitulaciones matrimoniales, las convenciones matrimoniales son acuerdos entre futuros esposos con el objeto-fin de determinar el régimen patrimonial a que resuelven someterse durante su matrimonio o de reglar algún aspecto de sus relaciones patrimoniales futuras. No son convenios o contratos entre cónyuges sino entre contrayentes.

Carecen de aplicación práctica en nuestro país, no registrándose especies judiciales al respecto en caso de matrimonios de ciudadanos argentinos. Revisten interés en el campo del Derecho Internacional Privado por encontrarse reconocidas en numerosas legislaciones extranjeras.

#### 28. Cláusulas autorizadas en el Código Civil y evolución posterior.

El artículo 1217 del Código Civil admitía la celebración de las siguientes convenciones:

- 1º) la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;

- 2º) la reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio;
- 3º) las donaciones que el esposo hiciere a la esposa;
- 4º) las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren a su fallecimiento.

Los incisos 2º y 4º han sido expresamente derogados por la ley 17.711.

El inciso 2º careció de eficacia práctica a partir de la ley 11.357 que atribuyó a la esposa la gestión de los gananciales adquiridos con su trabajo e igualmente la de sus propios si revocaba el mandato presunto de que legalmente gozaba su cónyuge. Asimismo resultaron inaplicables desde entonces los artículos 1226 y 1257 (este último en cuanto admitía la reserva de administración de bienes muebles), debiendo estimarse ambos textos tácitamente derogados por la ley 17.711.

El inciso 4º configuraba un pacto sucesorio permitido, esto es, una excepción a la prohibición genérica de los pactos sobre herencia futura prescripta en el artículo 1175. En consecuencia de la expresa derogación del mencionado inciso, debe considerarse tácitamente derogado el artículo 1237 relativo a la cláusula de usufructo post-mortem acordada en las convenciones nupciales.

## **29. Convenciones actualmente permitidas.**

De acuerdo a la redacción vigente del artículo 1217, están permitidas las convenciones nupciales previstas en sus incisos 1º y 3º.

a) *Designación de los bienes que cada contrayente lleva al matrimonio.* Se trata de un inventario, prueba preconstituida del carácter propio de los bienes incluidos en el mismo. Puede ir acompañado de la tasación respectiva (art. 1251 y 1256). Según Belluscio, derogado el artículo 1224 por la ley 17.711, la designación de los bienes ha dejado de modificar el régimen legal.

b) *Donaciones del novio a la novia.* Es esta la única verdadera convención nupcial permitida y sólo en un sentido: del novio a

favor de la novia. Concuera con el precepto del artículo 1231 y su fundamento es explicado por el codificador en la nota al título sobre la sociedad conyugal.

### 30. Sujetos.

Son aquellos que se disponen a contraer matrimonio. Efectivamente, sólo pueden contratarse antes de la celebración de éste, lo que resulta claramente de la oración inicial del artículo 1217 y de la prohibición establecida en el artículo 1219: "Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio".

### 31. Capacidad.

La capacidad para la celebración de las convenciones se encuentra limitada por la presencia de impedimentos dirimentes que obstaculicen la celebración del matrimonio según el artículo 1221. La no influencia de los impedimentos impeditivos se desprende de la relación del segundo párrafo del mismo artículo y del artículo 1238 pues la eficacia de las convenciones depende de la celebración y validez del matrimonio y los impedimentos impeditivos, cuando por circunstancias de hecho no han obrado preventivamente, no determinan la nulidad del vínculo.

Son necesarias las siguientes aclaraciones:

a) Los contrayentes menores de edad deben ser asistidos por las personas cuyo asentimiento se requiere para contraer matrimonio (padres o tutores o curador especial cuando el asentimiento rehusado por el padre o madre fuere suplido por el juez) (arts. 1222 y 1225).

b) El menor no necesita asistencia cuando dona bienes adquiridos con su trabajo posterior a los 18 años o a la obtención de título profesional habilitante (art. 128).

c) El emancipado viudo, o cónyuge de buena fe en matrimonio anulado o emancipado por habilitación de edad, puede concurrir al inventario sin asistencia pero no puede donar los bienes recibidos

a título gratuito (arts. 131, 132, 133 y 134, 2º) o las cosas adquiridas con bienes recibidos gratuitamente. Lo expuesto no es compartido por Llambías, Agliano, Belluscio, Zannoni, para que los emancipados no queden en inferior condición que los menores.

d) La donataria emancipada por habilitación de edad o por matrimonio putativo o viuda, puede aceptar la donación nupcial por sí misma pues el negocio está incluido en la esfera de su capacidad.

e) El sordomudo interdicto es inhábil para las convenciones nupciales por su incapacidad absoluta de obrar y exigir las capitulaciones su deliberación personal. Enseña Guaglianone que el contrayente sólo puede ser sustituido por mandatario y que el curador no puede otorgarlas en nombre y representación del sordomudo, ni aun dentro de los estrechos límites previstos en los artículos 443 y 450.

f) Nada obsta a la actuación de los inhabilitados civiles (artículo 152 bis) en las convenciones nupciales porque la intervención necesaria de su curador en los actos de disposición, no reemplaza la decisión personal de aquéllos, configurando sólo una asistencia. Mazzinghi se pronuncia por la conclusión opuesta.

### 32. Caracteres comunes a las convenciones previstas en los incisos 1º y 3º del artículo 1217.

a) Son anteriores a la celebración del matrimonio (art. 1217 *ab initio* y 1219).

b) Son formales. La forma de las convenciones nupciales está reglada en los artículos 1223 y 1225 del Código Civil que disponen: Artículo 1223: "Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos testigos. Si los bienes no alcanzaren a la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos"; artículo 1225: "La escritura pública del contrato de matrimonio debe expresar los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión, su edad, su domicilio y su actual residen-

cia, el grado de parentesco si lo hubiere, la firma de los padres o tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, o la de un curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio, y fuere suplido por el juez". El artículo 1004 del Código es aplicable en lo no expresamente previsto por el artículo 1225, en el cual la mención del culto a que pertenecen los contrayentes carece de trascendencia a partir de la ley 2393.

El artículo 1184, inciso 4º, dispone igualmente que las convenciones nupciales deben formalizarse en escritura pública. Habiéndose suprimido la expresión "que pase de mil pesos" en el párrafo introductorio de este artículo (ley 17.711) su efecto derogatorio sobre el precepto del artículo 1223 se impone sin discusión, por tratarse de ley posterior que suprime un requisito de una ley anterior relativo a la misma figura.

c) Son solemnes absolutas, es decir, no producen efectos mientras no hayan sido formalizadas en la forma exigida por la ley. Ello es así a pesar de que están incluidas en el artículo 1184 que contiene actos solemnes relativos en virtud de la relación de este texto con el del artículo 1185. Los fundamentos para sostener este carácter son: la forma solemne absoluta es la exigida para la donación de inmuebles y deberá ser respetada en caso de donación nupcial con esta clase de objeto; no hay razón para aplicar una conclusión distinta en las convenciones que tuvieran otra finalidad o recayeran sobre otro tipo de objeto, a falta de norma expresa que lo establezca; la exigencia de un cónyuge a otro para que otorgue la escritura pública que no se hubiera otorgado oportunamente, involucraría una violación del artículo 1219, además de resultar generadora de conflictos matrimoniales.

d) Son condicionales porque su eficacia depende de la celebración y validez del matrimonio (arts. 1238 y 1239).

e) Son inmutables (art. 1219) justificándose esta cualidad por la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

33. Caracteres especiales de las donaciones del novio a la novia  
(inc. 3 del artículo 1217).

a) Están sujetas a la aplicación de las disposiciones sobre la donación (art. 1230).

b) No requieren aceptación (art. 1235) y se presumen aceptadas desde que el matrimonio se celebra (art. 1814 in fine). Estos preceptos son contradictorios e inexactos porque se trata de un contrato, por lo tanto, bilateral, que requiere la concurrencia de donante y donataria, resultando la aceptación de ésta, aun no expresada, de su rol de parte en el acto y de su recepción de la cosa donada (art. 1792).

c) Su condicionalidad (arts. 1238 y 1239) es singular. Según Guaglianone, no se trata precisamente de sujeción de la liberalidad a un acontecimiento futuro e incierto sino de la integración del acto mediante la concreción de su *causa final móvil* porque la adquisición del dominio no depende de la celebración y validez del matrimonio sino que se produce con la suscripción del contrato y la entrega de la cosa, si bien la donación puede quedar sin efecto retroactivamente al no celebrarse el matrimonio.

d) Son irrevocables (art. 1240) salvo el derecho del inocente del divorcio a revocar las que hizo a favor del culpable (art. 75, ley 2393).

El artículo 1240 no contiene excepciones a la irrevocabilidad sino la aplicación de las normas generales sobre el acto sujeto a condición suspensiva y la reiteración de lo dispuesto sobre la influencia de la celebración y validez del matrimonio.

e) Están sujetas a las reglas sobre inoficiocidad (art. 1230), siendo, por lo tanto, pasibles de ser atacadas en ejercicio de la acción de reducción que no podrán ejercer los hijos del matrimonio salvo que hubieran existido descendientes del donante a la fecha de la donación (art. 1832).

#### 34. Ineficacia.

Las convenciones son: a) inexistentes si faltaron a su celebración uno o ambos contrayentes por sí o por mandatario con poder especial o si se celebraron después del matrimonio; b) nulas de nulidad absoluta si existió impedimento dirimente entre los contratantes aun cuando cese y el matrimonio se contraiga (art. 1221), subsistiendo a favor del cónyuge putativo; o si carecen de la forma prescripta por la ley; c) son nulas de nulidad relativa por falta de capacidad de los contratantes o del asentimiento requerido, por vicio del consentimiento o por defecto de forma. La falta de celebración del matrimonio o la sentencia que lo anule (por causal distinta del impedimento dirimente) producen la caducidad de la convención.

#### 35. Promesa de dote.

Los artículos 1241, 1242 y 1248 del Código carecen de aplicación efectiva.

#### 36. Contratos matrimoniales celebrados en el extranjero.

Constituyen un tema específico del Derecho Internacional Privado para cuyos planteos el Código Civil y la ley 2393 ofrecen pautas expresas (arts. 12, 950, 1205, 1206, 1207, 1220 del Código y 4, 5 y 6 de la ley 2393).

## II. CONTRATOS ENTRE CONYUGES

#### 37. Generalidades.

Su problemática (ya que es regla la libertad de contratar) radica en la existencia de un régimen imperativo de relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y con respecto a terceros, que obliga a delimitar un campo para esa libertad de convenir cuando los contratantes son ambos esposos a fin de mantener incólume el régimen fijado por la ley o elegido por los contrayentes pero que ésta quiere ajustado a sus disposiciones y, al menos en principio, inmutable. Este fundamento es el más atendible en cuanto a funda-

mentación de la prohibición de ciertos contratos entre cónyuges y con él se vinculan otros argumentos invocados, como el de evitar donaciones simuladas, el de proteger a terceros y el de defender las legítimas de los herederos forzosos. Razones distintas pudieron tomarse en consideración en épocas en que regía la incapacidad de la mujer casada y la potestad marital, pero hoy han desaparecido ante la plena aptitud civil de aquélla y la igualdad de los cónyuges, pudiendo proveerse a la protección de sucesores y terceros mediante recursos diferentes. Además, es innegable que ciertos contratos, en particular los *intuitu personae*, tienen su ámbito más propicio entre esposos y que todos, en general, pueden favorecer la unidad del matrimonio y los intereses de los cónyuges y su familia.

Según Gatti, la legislación relativa a contratos entre cónyuges es susceptible de agruparse de la siguiente manera: sistemas jurídicos que establecen como principio general la prohibición de los mismos y señalan excepciones (Perú); sistemas jurídicos que prohíben algunos contratos y permiten expresamente otros, sin que sea posible desentrañar cuál es la regla general, prohibición o autorización de las convenciones (Francia, España, Italia, Chile, Uruguay); sistemas jurídicos en que la libertad contractual constituye la regla (Alemania, Suiza, Rusia soviética, Méjico).

En general, corresponde distinguir cuatro tipos de relaciones contractuales: las que tienen por objeto y por efecto la modificación de la titularidad de los derechos sobre los bienes tanto propios como gananciales; las que alteran el régimen de responsabilidad por las deudas contraídas; las que modifican los poderes de gestión patrimonial de los consortes; las que crean entre ellos relaciones no patrimoniales. Aplicando estos criterios a las referencias formuladas en el párrafo anterior, en los dos primeros tipos se halla coincidencia en la prohibición y en los dos últimos es clara la tendencia a la licitud.

Según Mazzinghi, en el derecho argentino el principio general de libertad de contratar incluye a los cónyuges. Se basa en la ausencia de normas generales prohibitivas que conduzcan a la conclusión contraria y en el principio rector del artículo 19 de la Constitución Nacional. No obstante, opinamos que una disposición ge-

nérica sería muy útil evitando las hesitaciones que se presentan ante ciertos contratos no expresamente prohibidos.

En adelante se expone el tema considerándolo exclusivamente *durante la vigencia de la sociedad conyugal*, por constituir esa la etapa considerada en este capítulo y requerir particulares apreciaciones el supuesto de los contratos entre cónyuges separados de bienes.

## A) CONTRATOS PROHIBIDOS

### 38. Donación.

A la alternativa entre prohibición o admisión de los contratos entre cónyuges, de acuerdo al panorama del derecho extranjero, se agrega una tercera posibilidad en el caso de la donación: la de preceptuar que es válida pero revocable, con lo que resulta atenuada la plena libertad para contratarla (Francia, Chile, México).

La ley argentina prohíbe la donación entre cónyuges en el inciso 1º del artículo 1807 del Código, al que se agrega el artículo 1820 que prohíbe la donación mutua entre ellos.

Es la prohibición fundamental y otros contratos son vedados para impedir que se empleen con la finalidad de disimular una donación o de efectuarla indirectamente.

Está prohibida la donación contrato típico (art. 1789 CC), no las liberalidades que no son donaciones (art. 1791). En cuanto a las liberalidades no colacionables (art. 3480 CC), es razonable que tampoco estén equiparadas a las donaciones a otros efectos distintos del sucesorio indicado. Esta consideración es aplicable a los regalos de costumbre, siendo cuestión de hecho señalar si un determinado obsequio debe calificarse como tal, de acuerdo a la situación económica de donante y donatario y los criterios de habitualidad y razonabilidad. Mazzinghi estima que es también aplicable al pago por uno de los cónyuges de las deudas contraídas por el otro como expresión de la ayuda recíproca que condice con las bases esenciales de la unión matrimonial. No compartimos esta apreciación por ser ajena al texto del artículo 3480 que se refiere al pago de las deudas

de los descendientes y ascendientes. El supuesto debe regirse por lo que resulte del régimen patrimonial matrimonial.

Con el propósito de evitar las donaciones indirectas, el artículo 1807 prohíbe las donaciones de uno de los cónyuges a los hijos que el otro tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación. Existen, no obstante, otras posibilidades de intentar substraerse a la prohibición, especialmente por medio de la adquisición de bienes efectuada por un cónyuge con fondos provistos por el otro o a través de la compra, doblemente simulada, por interés persona.

La eficacia práctica de la prohibición resulta restringida a la donación de inmuebles o de cosas muebles registrables.

**38<sup>bis</sup>. Renta vitalicia gratuita entre cónyuges.**

Está prohibida porque constituye una donación.

**38<sup>ter</sup>. Renta vitalicia onerosa estipulada por un cónyuge y prometida por tercero, a favor del otro cónyuge.**

Está prohibida porque encierra una donación entre los consortes.

**39. Cesión gratuita de créditos.**

Está prohibida en virtud de la remisión expresa a la donación que efectúa el artículo 1437 del Código Civil.

**40. Fianza constituida por un cónyuge garantizando la deuda de un tercero hacia el otro cónyuge.**

Resulta prohibida por configurar una relación gratuita entre los esposos (acreedor y garante). Esta opinión es sustentada por Borda y rechazada por Belluscio.

**41. Compraventa.**

El artículo 1358 del Código Civil establece que el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque estuviesen separados de bienes.

La interpretación es restringida a los contratos celebrados entre esposos a través de la oferta formulada por uno y aceptada

por el otro, teniendo en cuenta que en el citado artículo 1358 no se expresa, como en el 1361, que el negocio está prohibido aun realizado en subasta pública. En consecuencia, se lo admite con este procedimiento, que garantiza la verdad de la operación y la protección de terceros. Opinan así Lagomarsino, Guaglianone, ejemplificando con la división de condominio y la partición de herencia; Mazzinghi, haciéndolo con el supuesto de la ejecución de uno de los cónyuges por un tercero y la adquisición del bien vendido por el otro cónyuge, admitiendo igualmente el supuesto de remate público no judicial. Belluscio se pronuncia en contra de esta opinión.

La prohibición incluye la celebración del boleto de compraventa entre cónyuges pero no la escrituración con que se cumple la promesa de venta anterior al matrimonio instrumentada en boleto de fecha cierta, por tratarse del cumplimiento de obligaciones asumidas antes de investir el carácter de consortes.

#### **42. Permuta.**

Está prohibida en virtud de la remisión del artículo 1490 del Código Civil: "No pueden permutar los que no pueden comprar y vender".

#### **43. Cesión onerosa de créditos.**

Su prohibición resulta de la remisión a las prohibiciones de la compraventa establecidas en el artículo 1441.

#### **44. Dación de pago de una cosa.**

La prohibición de la misma está también establecida mediante la remisión a la compraventa (Art. 781 C.C. "Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por, las reglas del contrato de compraventa").

#### **45. Dación en pago de un crédito.**

El artículo 780 del Código Civil le aplica las reglas de la cesión de derechos.

**46. Renta vitalicia onerosa entre cónyuges o entre cónyuges a favor de tercero mediante entrega de cosas.**

Está prohibida porque requiere la capacidad para comprar y vender (art. 2073).

**47. Cesión de derechos hereditarios.**

La cesión de herencia es un contrato atípico con normas expresas con respecto a la forma. Se le aplican supletoriamente las disposiciones legales de los contratos típicos más similares: la donación, si es gratuita, la compraventa, si es onerosa. Ambas están, por lo tanto, prohibidas entre cónyuges.

**48. Constitución de usufructo sobre cosas no fungibles.**

Está prohibida porque requiere la capacidad para comprar o donar, según sea onerosa o gratuita (art. 2831).

**49. Constitución de derechos reales de uso y habitación.**

Requiere la capacidad para constituir usufructo y procede solamente sobre cosas no fungibles (art. 2951).

**50. Constitución de servidumbres.**

Su prohibición resulta de que requieren la capacidad para la constitución de usufructo y recaen siempre sobre inmuebles (art. 2970).

**51. Sociedades de responsabilidad solidaria.**

La sociedad entre cónyuges constituyó uno de los contratos de dudosa admisión hasta la vigencia de la ley 19.550 que permite expresamente determinados tipos de sociedades comerciales, de donde la cuestión se plantea actualmente en términos de distinguir entre sociedades prohibidas y no prohibidas.

En efecto, el artículo 27 de la citada ley dispone: "Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de

distinto tipo, la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo". La limitación de las sociedades permitidas a las mencionadas por la ley, demuestra que el fundamento de la prohibición de las otras sociedades comerciales se vincula fundamentalmente con la responsabilidad de los cónyuges por sus deudas, tratándose de impedir que la regla de la separación de éstas (art. 5 de la ley 11.357) se vea conculcada mediante la formación de una sociedad que comporta la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios por las obligaciones de la misma. Este argumento fue expuesto en la Exposición de Motivos de la ley 19.550. En consecuencia, están vedadas las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y de hecho.

La norma no concita aprobación unánime: Mazzinghi rechaza el argumento invocado y piensa, por el contrario, que merecerían ser alentadas para establecer entre los esposos una comunidad de intereses más vigorosa que la creada por la ley. Zannoni, por su parte, se expresa dubitativamente sobre las ventajas del precepto.

La prohibición del artículo 27 alcanza a las sociedades constituidas originariamente sin la participación de los dos esposos, en la que ambos llegaran a ser socios posteriormente y, sin lugar a dudas, a las integradas por ellos y terceros, interpretación que se apoya en la referencia a "otro socio" formulada en el texto.

La sociedad prohibida es nula, pero conforme al singular régimen de nulidades de las sociedades comerciales organizado en la ley 19.550. Efectivamente, la ley reconoce la existencia y la gestión del ente nulo, al menos dentro de ciertos límites marcados por la buena fe. Es decir, la nulidad opera como causal de disolución de la sociedad, en homenaje a la personalidad jurídica de ésta y por exigencia de protección de terceros y del tráfico económico-jurídico. De ahí que el artículo 29 disponga que las sociedades prohibidas por el artículo 27 sean liquidadas.

## B) CONTRATOS DE DUDOSA ADMISIBILIDAD

### 52. Locación.

El artículo 1494 del Código Civil establece que “todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compra-venta, es aplicable al contrato de locación”. Se cuestiona acertadamente si en esta remisión cabe la capacidad para contratarla, sobre lo cual disienten los autores, sumándose a este cuestionamiento la dificultad de conciliar la relación locador-locatario con el régimen patrimonial matrimonial.

Constituyen argumentos a favor de la prohibición de la locación entre esposos:

- a) considerar incluida la capacidad en la comprensión del artículo 1494, a falta de otra norma que la regule y por ser la capacidad un “requisito esencial” del contrato;
- b) la inexistencia de finalidad concreta de la locación pues el cónyuge tiene el uso de los bienes propios y gananciales del consorte (extensión de la calificación de gananciales que corresponde a los frutos de unos y otros);
- c) lo relativo al precio, en cuanto a que si está compuesto por fondos propios del locatario ingresaría con carácter de ganancial al patrimonio del locador, y, si está compuesto por fondos gananciales de aquél, conservaría el mismo carácter pero en el patrimonio de éste;
- d) las múltiples y sucesivas obligaciones que el contrato crea entre las partes.

Constituyen argumentos favorables a la permisividad del contrato:

- a) la incorrección técnica en que se incurre reputando incluida la capacidad en el texto del artículo 1494;
- b) la imposibilidad de asimilar, en materia de aptitud para la celebración, la compraventa que es acto de disposición con la locación que es acto de administración;

- c) la finalidad práctica suficiente que consiste en el uso exclusivo de la cosa locada, que adquiere el locatario, y en la incorporación del precio a los bienes de administración y plena disponibilidad del locador;
- d) la defensa que los terceros encuentran en los recursos legales destinados a atacar los negocios que los perjudican;
- e) la utilidad que presta en ciertos supuestos;
- f) la validez de la locación que hubiera sido celebrada antes del matrimonio, lo que pone en evidencia que sus efectos son compatibles con el régimen patrimonial matrimonial.

Se inclinan por la admisión de este contrato, Guaglianone y Mazzinghi. Ha sido aceptado en alguna especie judicial.

**53. Sociedades en comandita simple con ambos cónyuges comanditarios o con un cónyuge comanditario y el otro comanditado.**

Es discutible la validez de la sociedad en comandita simple en que ambos cónyuges sean socios comanditarios o en que un cónyuge sea socio comanditario y el otro comanditado. Atendiendo a que el fundamento de la norma del artículo 27 de la ley 19.550 es el de evitar que se altere el régimen de responsabilidades separadas de los cónyuges, los dos casos son admisibles. En efecto, ambos cónyuges responden limitada y no solidariamente, por las obligaciones sociales, en el primero, y, en el segundo, no son *los dos* deudores ilimitados y solidarios. Este último sentido ha sido aceptado jurisprudencialmente.

**54. Contrato de trabajo.**

Se carece de norma expresa al respecto pero existen pronunciamientos judiciales de interés, incluso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, resolviendo cuestiones previsionales, han rehusado admitir el contrato de trabajo entre cónyuges por no darse entre ellos la relación de dependencia indispensable para configurarlo, sin perjuicio de que el interesado pueda afiliarse para acogerse a los beneficios respectivos en carácter de trabajador autónomo. De esta manera ha sido tratado aun el contrato anterior

al matrimonio en cuanto a la etapa posterior a la celebración del mismo.

En contra de la validez del contrato de trabajo entre cónyuges se invocan los siguientes argumentos:

- a) La remisión del artículo 1494 del Código Civil, aplicable a la locación de servicios;
- b) la consideración de la colaboración de un cónyuge en la actividad laboral del otro dentro del deber de asistencia conyugal;
- c) la consideración del derecho a los gananciales, concretado al fin del régimen patrimonial, como retribución del cónyuge que coopera en el trabajo del otro;
- d) la imposibilidad lógica de hacer jugar, entre consortes, algunas instituciones propias del derecho laboral, por ejemplo, el derecho de huelga;
- e) la valoración negativa de este contrato entre esposos pues violentaría la moral y buenos costumbres infringiendo el artículo 953 del Código y el orden público.

Son argumentos a favor de la admisión del contrato:

- a) La inaplicabilidad del artículo 1494 a la capacidad de los contratantes;
- b) la posibilidad de que se presenten los elementos generalmente reconocidos como esenciales del contrato, a saber, el trabajo, el salario y la subordinación; habría trabajo si la colaboración prestada excede los márgenes del deber de asistencia, conforme a la naturaleza de la tarea y a la condición cultural y socio-económica de los esposos; habría salario respondiéndose a las objeciones en contra con los mismos razonamientos que se hacen valer, en este aspecto, en materia de locación de cosas y de mutuo; la subordinación, por fin, no violentaría la igualdad de los cónyuges porque es una subordinación técnico-funcional - económica restringida jurídicamente a la relación objeto del contrato;
- c) la existencia de recursos para demostrar la simulación ilícita del mismo;

d) razones de conveniencia para la integración familiar.

Borda, Mazzinghi, Zannoni, se pronuncian decididamente por la improcedencia de la locación de servicios y del contrato de trabajo entre cónyuges.

### C) CONTRATOS PERMITIDOS.

#### 55. Donación para producir efectos después de la muerte.

La derogación del inciso 4 del artículo 1217 por la ley 17.711 condujo a un sector de la doctrina a estimar tácitamente derogados los artículos del Código Civil relativos a las donaciones entre esposos para producir efectos después de la muerte. Estrictamente, sin embargo, sólo cuadra entender derogados los textos relativos a las donaciones nupciales *post-mortem*, que son los artículos 1236 y 1237 y el artículo 75 de la ley 2393 (en su contenido referente a estas liberalidades) porque es entre ellos y la disposición derogatoria de la ley de 1968, que se presenta la identidad de materia y la absoluta incompatibilidad de contenidos. Los otros artículos del Capítulo II, de la Sección III del Libro II del Código Civil y también los términos generales del artículo 75 de la ley matrimonial, contemplan una figura diferente que no se justifica excluir de la legislación actual, esto es, las donaciones entre cónyuges para producir efecto después de la muerte. Sobre la validez de éstas coinciden Guaglianone y Guastavino, con distintos alcances. Guaglianone se apoya en el artículo 1790 que acoge la promesa de donación *mortis causa* con forma testamentaria y sin los otros requisitos del testamento, compleja cuestión resuelta por la mayoría de la doctrina en el sentido de que esta norma prohíbe implícitamente la donación *mortis causa* y admite sólo el legado. Guastavino estima, por su parte, que las donaciones entre cónyuges para después de la muerte deben observar las formalidades requeridas en los artículos 1810 y siguientes. Obsérvese que la redacción vigente del artículo 1810 tampoco implica su prohibición, sino simplemente su no inclusión dentro del mismo. A nuestro entender, subsisten las normas de los artículos 1230, 1232, 1233, 1234, 1235 y 1239.

Las donaciones *mortis causa* permitidas:

- a) Constituyen pactos sobre herencia futura expresamente permitidos por la ley;
- b) son negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa*;
- c) requieren sujetos mayores de edad y capaces; los emancipados pueden celebrarlas en cuanto no recaigan sobre bienes recibidos a título gratuito;
- d) son posteriores al matrimonio;
- e) no necesitan ser aceptadas por el donatario, según el artículo 1235, precepto que pone en evidencia la anormalidad de la figura;
- f) están condicionadas a la validez del matrimonio, salvado el derecho del cónyuge putativo (art. 1239);
- g) si bien producen efectos recién después de la muerte del donante, los bienes objeto de la donación no pueden ser enajenados durante el matrimonio sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges (art. 1233);
- h) subsisten aun cuando el donante sobreviva al donatario si éste dejare hijos legítimos, pero si no quedaren hijos legítimos del matrimonio o de otro matrimonio anterior, pueden ser revocadas por el donante en vida o por testamento; en caso contrario, pasan a los herederos del donatario (art. 1234);
- i) pueden resultar inoficiosas (art. 1232), siendo discutible si procede el ejercicio de la acción de reducción por los hijos nacidos del matrimonio posteriormente a la donación. La regla establecida en el artículo 1832, en opinión de Guastavino, carece de fundamento en el supuesto analizado puesto que trata de impedir situaciones de incertidumbre que no se darían en las donaciones entre cónyuges en que es lógico suponer que se prevé el nacimiento de hijos. Las discusiones doctrinarias al respecto no han sido superadas por la nueva redacción del citado artículo 1832, pero entendemos que no caben excepciones al mismo.

**56. Sociedad comercial por acciones o de responsabilidad limitada.**

Su validez está expresamente consagrada en el artículo 27 de la ley 19.550: "Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada".

**57. Sociedad civil.**

Como ha demostrado Alicia Josefina Stratta, es válida la sociedad civil entre cónyuges porque en ella la responsabilidad de los socios es limitada pero no solidaria, salvo pacto en contrario, al que acompañaría, en su caso, la nulidad de la sociedad constituida.

**58. Mandato.**

La ley se refiere expresamente a él en el artículo 1276. Su estudio se hará al exponer el régimen de bienes de los cónyuges (infra N<sup>o</sup> 128 y ss.).

**59. Mutuo.**

Es razonable admitirlo porque no está expresamente prohibido, armoniza con las especiales relaciones que el matrimonio crea entre los esposos (más allá del deber alimentario) y no es incompatible con un sistema en el cual cada cónyuge administra y dispone libremente de su dinero propio y ganancial.

**60. Renta vitalicia entre cónyuges constituida mediante la entrega de suma de dinero.**

Es válida porque requiere la capacidad para hacer empréstitos (art. 2073). Equivale, por lo tanto, al mutuo.

**61. Constitución de usufructo sobre cosas fungibles.**

Es válida por idéntica razón (art. 2832).

**62. Depósito.**

Es compatible con el régimen patrimonial.

### 63. Fianza.

No existe ninguna dificultad en la *fianza otorgada por un cónyuge en garantía de la obligación contraída por el otro*.

La figura en que un tercero afianza a un cónyuge en su relación con el otro está expresamente prevista en el artículo 1296 del Código para el supuesto en que el marido quiera oponerse a la separación de bienes pedida por la esposa, norma que consideramos extensiva a la situación inversa (esposa que quiere oponerse a la separación de bienes pedida por el marido).

### 64. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge.

El recién citado artículo 1296 admite para el mismo supuesto de separación de bienes, la hipoteca constituida por el marido a favor de la esposa. Igualmente se hace referencia a la hipoteca en el artículo 1259, en materia de recompensas. Procede entender que la preceptiva es aplicable a ambos esposos según lo ya señalado.

Por razonable extensión, la prenda y la anticresis son también válidas entre cónyuges. En cuanto a la adquisición por el acreedor de la cosa objeto del gravamen, debe tenerse en cuenta lo expuesto sobre la compraventa.

### 65. ¿Es válido el seguro de vida a favor del cónyuge sobreviviente?

No debería plantear ninguna dificultad porque el contrato se celebra entre asegurado y asegurador. Se identificaría con una renta vitalicia permitida. Pero cabe la duda porque la ley de seguros 17.418, en su artículo 144, obliga a colacionar el importe de las primas pagadas (consecuencia que también surgía del artículo 10 de la derogada ley 3942), es decir, las primas están sometidas al tratamiento jurídico sucesorio propio de la donación. A ello se unen las observaciones de Vélez Sársfield en la nota al artículo 2072. Es evidente, sin embargo, a más de absolutamente generalizado, que cabe instituir beneficiario del seguro al consorte ya que disponer la colacionabilidad de las primas no significa equipararlas a la donación a otros efectos y, sobre todo, no determina que el premio recibido sea una donación. Refiriéndose a la ley 3942, enseña Halperín que el sometimiento de las primas a colación y a reducción "no implica

la consagración legislativa de su naturaleza jurídica, que debe resultar de los elementos y funcionamiento de la institución misma" (*Contrato de seguro*, p. 423) y aclara que no hay donación de las primas porque falta el *animus donandi*, pues el asegurado que obra satisfaciendo su deber alimentario en sentido amplio, cumple un deber moral. Tampoco se produce transferencia de bienes entre el asegurado y el beneficiario. Guaglianone considera básico el argumento comparativo entre la donación y el seguro poniendo de relieve que la primera determina una *transmisión irrevocable, como regla, en vida del donante*, en tanto que el segundo comporta una *designación revocable en vida del asegurado*.

#### D) 66. Sanción que recae sobre los contratos prohibidos.

La sanción que recae sobre los contratos prohibidos es la de nulidad absoluta. El negocio puede ser nulo (de nulidad manifiesta) o anulable (de nulidad no manifiesta) según aparezca o no aparezca manifiesto el carácter de cónyuge de los contratantes.

## R E G I M E N   L E G A L

### I. GENERALIDADES

#### 67. Caracterización.

En nuestro derecho *el régimen patrimonial de los cónyuges es legal imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades*. Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten excepciones y existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen. A su vez, el inciso 3º del artículo 1217 prevé una convención nupcial que, por ser la única permitida, no constituye obstáculo suficiente para excluir el calificativo de *legal* atribuido al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. Tampoco lo es el limitado campo en que los consortes puede contratar entre sí. Por su imperatividad, el régimen patrimonial matrimonial es de orden público.