

San Martín de los Andes, 22 de agosto de 2012.-

Sr. Presidente de la
Comisión Bicameral sobre el
Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial 2012
Sr. Marcelo Fuentes
S/D

Ref Audiencia Pública – Temática: LIBRO I Régimen Patrimonial del Matrimonio

Dado el escaso tiempo con que se pudo estudiar el Proyecto, que no contiene citas o notas sobre los antecedentes consultados para elaborarlo, se remiten algunas de las objeciones que se consideran más importantes a consideración de la H.Comisión Bicameral y en relación a esta temática del régimen patrimonial del matrimonio, sin perjuicio de señalar que son múltiples las objeciones tanto al régimen matrimonial en general como al régimen de filiación que se pretende instaurar.

Apenas se comienza con la lectura del Proyecto (art. 1) comienzan las dudas y objeciones sin embargo me limitaré a enumerar sucintamente las objeciones en relación a la cuestión patrimonial del matrimonio por razones de tiempo y espacio, sin perjuicio de las numerosas que pueden efectuarse en relación a la eliminación consciente de los deberes matrimoniales, la aceptación del divorcio incausado, la filiación por maternidad subrogada, la autoridad de los padres, etc.-

Se señalan únicamente las objeciones, y no los aciertos –que los hay- dejando para sus mentores esa tarea. Ninguna de las normas proyectadas en materia de familia justifica una reforma integral como la que se pretende, sino en todo caso una reforma parcial de aquellos institutos que lo justifiquen.-

Es mi interés personal y funcional reclamar formalmente que un proyecto de la magnitud que el que nos convoca, sea analizado, evaluado, estudiado, corregido y consensuado por todos los sectores, exigiendo responsabilidad y prudencia dadas las innovaciones que se pretenden incorporar en materia de Derecho de Familia y la función política que le cabe al H. Congreso.

Atte.

Raquel Villagra de Vidal

DNI 13.372.298

Especialista en Derecho de Familia

Juez 1ª Instancia Civil y Comercial

Docente de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba

Resumen de las objeciones al Proyecto de Unificación a desarrollar en la Audiencia Pública

Convenciones prenupciales¹ Arts. 446 a 450 del Proyecto

1. Enunciación de deudas en la convención prenupcial²:

No está claro en el proyecto cuál es el alcance o utilidad que se le puede otorgar a la enunciación de las deudas en la convención prenupcial, por lo que se propone que se deje aclarado que **esta enunciación en ningún momento impide la ejecutabilidad de todos los bienes del esposo deudor por las deudas anteriores o posteriores sobre todos los bienes de su propiedad, sean propios o gananciales**³.-

2. Avalúo de los bienes en la convención prenupcial:

No está claro qué consecuencias puede acarrear la inexistencia del avalúo. Por otro lado, lo cierto es que en nuestro país la devaluación constante de la moneda permite presumir que muy poca utilidad ha de tener para los cónyuges la elaboración del avalúo. Aún cuando en estos tiempos y respecto de los inmuebles pueda hablarse de un valor constante promedio medido en monedas estables (lo que no se observó en otros tiempos de subvaluación de los inmuebles), no puede afirmarse lo mismo respecto de los bienes muebles que se deprecian por el uso o por el paso del tiempo, por lo que aún asumiendo como lícito un convenio en tal sentido, me atrevo a anticipar que ninguna utilidad se advierte para la exigencia del avalúo.

3. Imposibilidad de convenir otras cuestiones. Contradicción con el inexistente pero declamado principio de libertad.

Se sanciona la nulidad de otro tipo de convención sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, lo que entra en contradicción con el declamado principio de libertad que sienta al comienzo del título del matrimonio.

Es que en definitiva, aún cuando se pretende declamar un régimen “de libertad”, **lo cierto es que indirectamente no puede dejar de reconocer que existe un orden público familiar que por la propia naturaleza de las cosas necesariamente limita la autonomía de la voluntad en estas cuestiones tan sensibles al ser humano.-**

Cuando se analiza con responsabilidad social y con convicción política, no se puede eludir considerar que el fenómeno matrimonial constituye **un compromiso que es en sí mismo el acto voluntario de mayor trascendencia en la vida de una persona**. Se trata de

¹“convenciones prenupciales”: acuerdos entre futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que resuelven someterse durante su matrimonio, o el que tiene por objeto reglar alguno o algunos aspectos de sus relaciones patrimoniales una vez contraído. Lo relativo a las convenciones matrimoniales está regulado en los arts. 1217 a 1219 del C.C., con las modificaciones de la ley 17.711, en consonancia con la modificación del art. 1º de la ley 11.357. La mayor aplicación práctica que se registra en nuestro país en algunas sedes notariales se trata de supuestos de segundas nupcias y se corresponden con matrimonios celebrados por extranjeros, sólo revisten interés en el campo del derecho internacional privado.

² En el inc.1º la convención matrimonial permite preconstituir la prueba del carácter propio de los bienes muebles incluidos en él, ya que respecto de los inmuebles el carácter se deriva del título de adquisición. Puede acompañarse el inventario de una tasación y nada impide que los esposos también enuncien las deudas que tengan contraídas.

³ Es el régimen actualmente vigente conforme a los arts. 5 de la ley 11.357 y 1276 del C.C.

compartir la existencia con el otro, en un proyecto de vida en común, por lo que es evidente que una unión de esa naturaleza va a influir en múltiples aspectos espirituales, económicos, morales, con incidencia actual y proyección futura⁴.

De manera que cualquiera que sea el sistema que se adopte para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y frente a terceros, es imprescindible que nos aseguremos que se contemple al destinatario de las normas como un ser humano integral. Es que cualquier decisión de tipo personal que se tome en relación al matrimonio (ej. declarar la disolución del vínculo, disponer el cese de la convivencia, excluir del hogar a un cónyuge), necesariamente afecta la esfera patrimonial de los sujetos involucrados, y viceversa, cualquier decisión de índole patrimonial respecto de los bienes de los cónyuges (ej. la indivisión temporaria de algún bien, atribuir la vivienda; fijar una cuota de alimentos, autorizar la venta de un bien de los esposos), va a afectar indudablemente la vida personal de cualquiera de los consortes. De manera que aún cuando con un fin didáctico se puedan analizar los efectos del matrimonio distinguiendo entre efectos personales y patrimoniales, en ningún momento debemos olvidar que toda solución que se adopte frente a un conflicto entre los cónyuges -aún de índole patrimonial- va a repercutir especialmente en su esfera personal.

4. Opción para elegir entre dos regímenes⁵

No se explicitan las razones que los impulsan a importar **una convención ajena a nuestras costumbres e idiosincrasia y que no se asienta en ningún principio de justicia o equidad ni apareja objetivamente ningún beneficio para el matrimonio, considerado como una unidad.**

La realidad argentina demuestra –sin un adecuado correlato ni con el sistema vigente ni menos aún, con el propuesto- que **las convivencias extramatrimoniales y los matrimonios consideran a los bienes que cualquiera de los esposos o que la pareja adquiere durante la convivencia, como una copropiedad de ambos esposos o convivientes,**⁶ lo que desaconseja modificar el sistema vigente **en perjuicio de esa social percepción.**-

No se citan estudios o estadísticas recabados **en todo el territorio de la Argentina (y no sólo en las grandes urbes)**, que nos permitan verificar la confiabilidad de los **datos que se habrían considerado relevantes para proponer la adopción de costumbres extranjeras** que, aunque conocidas al tiempo de la sanción del primigenio código, nunca arraigaron en nuestros usos, **ni menos aún, la medida del beneficio que una modificación semejante pudiera acarrear a las familias,** sea para sustentar la igualdad de los cónyuges, que se

⁵ De acuerdo a los Fundamentos del Proyecto del año 1998 ("Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio Nota de Elevación Fundamentos y Legislación comparada", Ed. Abeledo Perrot, pág. 35) se trataba de "*la modificación más evidente y posiblemente, más importante que trae el Proyecto...*", pero aclaran que no contaba con el apoyo unánime de la Comisión formada al efecto (Dres. Alegría, Atilio y Jorge Alterini, Méndez Costa, Rivera y Roitman), por lo que se decidió **por mayoría la modificación** y no se fundaron en la experiencia local sino en "*los criterios del derecho extranjero que la consagra*"

⁶ si bien no puede negarse que algunas parejas no se casan para evitar precisamente esta comunidad, en especial, cuando se trata de nupcias posteriores a la primer unión

mantiene en el régimen vigente, o sea para sustentar otro propósito más individualista o más inequitativo o injusto, obviamente no declarado.-

Se advierte una contradicción notoria e intrínseca en los Fundamentos, porque si bien se reconoce de manera explícita que el régimen de comunidad es el sistema “más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina...”⁷, luego se propicia la elección de un régimen de separación.-

Si se reconoce que el régimen vigente es el más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y su plena capacidad y se adapta a la realidad de las familias, por qué razón establecer un régimen de separación, salvo que lo que realmente se busque es modificar esa realidad social hacia el futuro, cuando no se explicitan con convicción suficiente que esta elección beneficia realmente a ambos integrantes de la pareja por igual, o en definitiva a las familias en general, o si realmente lo que se busca es beneficiar a alguno de los integrantes de la pareja, o a la familia a la que este contrayente ya pertenece, con independencia de la nueva familia que busca conformar con el otro contrayente.-

Si como necesario correlato de admitir la opción por el régimen de separación, el mismo Proyecto incluye normas comunes a todos los regímenes inderogables por los cónyuges, destinadas a la protección de los intereses familiares que podrían verse comprometidos por el régimen de separación, oportuno es remarcar que ello implica reconocer que la elección de un régimen semejante (que en el sistema vigente existe, pero es de excepción), genera innumerables cuestiones de desequilibrio entre los miembros de la pareja que deben necesariamente prevenirse, lo que autoriza al intérprete a preguntarse si realmente se trata de un cambio positivo.-

Si realmente como refieren en el art. 1 del Proyecto las costumbres son fuente del derecho en el caso esta situación debió persuadir a los miembros de la Comisión de eliminar esta posibilidad de celebrarlos.

En todo caso si lo que se deseaba es que eligieran un régimen dentro de los preestablecidos, hubiera bastado la mención en el acta matrimonial de cuál es el régimen que eligen, sin permitir que luego lo modifiquen recurriendo a un notario.

5. Exigencia de la escritura:

La exigencia de la escritura no está prevista para la elección del régimen sino sólo para su modificación. Es evidente entonces que esta posibilidad resultaría sólo accesible a quienes tienen recursos para pagarlo. Si realmente se busca que aquél principio de libertad sea ejercido plenamente lo coherente con esa ideología, hubiera sido que se permitiera que en el acta de matrimonio no sólo se haga la opción por un régimen sino además se puedan indicar los bienes que cada uno lleva al matrimonio y la enunciación

⁷ aunque a continuación agregan “...en este momento...”

de las deudas, sin recurrir a ningún notario ya que el receptor de la declaración es un funcionario público.

6. Cambio del régimen patrimonial durante la vigencia del matrimonio⁸.

Se advierte con claridad que **se han introducido modificaciones por demás importantes en relación al Proyecto del año 1998⁹** pese a que se sostiene que es el que ha servido de base pero inexplicablemente, se han omitido señalar en los Fundamentos, cuáles fueron las razones por las que se proponen las modificaciones proyectadas.-

Por un lado, la decisión de modificar el régimen queda exclusivamente circunscripta al otorgamiento de una nueva escritura. **Se elude todo control judicial en protección al interés de la familia.** La sola decisión de los contrayentes es suficiente para mutar el régimen elegido.

Se reduce el tiempo de vigencia mínimo previsto para cambiar el régimen patrimonial anterior, de manera que al menos hipotéticamente todos los años los cónyuges pueden modificar el régimen patrimonial al que se hallan sujetos en la medida en que cumplan los requisitos formales y de registración previstos en la norma.

No se advierte la ventaja de semejante libertad. No sólo se elude todo control judicial que preventivamente se pudiera efectuar para dotarlo de vigencia, sino además si se tiene en cuenta que se elude toda intervención del Ministerio Pupilar en los actos extrajudiciales que puedan ser de interés al menor de edad impidiendo que el Estado a través de sus organismos predispuestos, pueda actuar en protección el mejor interés del menor contraviniendo el mandato constitucional.-

Se pueden anticipar los alcances impensados que esta facultad conyugal pueda tener en las relaciones patrimoniales recíprocas y con terceros, sobre todo si se considera la **inexistencia de una costumbre social en recurrir a este tipo de convenciones¹⁰**.

La exigencia de la anotación marginal en el acta de matrimonio resulta imprescindible para dar noticia a los terceros que pudieran contratar con los cónyuges, pero debe advertirse

⁸Art.449. Modificación de régimen: Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de UN (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse 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 (1) año a contar desde que lo conocieron.

⁹ En cuanto a la posibilidad de modificar el régimen elegido, el art. 441 del Proyecto del año 1998 dispone "...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 (2) años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la 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 (1) año a contar desde que lo conocieron".

¹⁰ Ya Vélez Sarsfield (nota al art. 1217 del C.C.) expresaba "Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislación sobre los bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotales..." luego de señalar la costumbre europea de hacer contratos entre esposos y las leyes españolas de esa época que también los permitían, reflexiona "desde el primer momento debían sentirse las consecuencias de tales facultades...leyes que fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias...", por lo que termina concluyendo que "esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace más felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país...la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros..."-

que **la eventual lesión a los terceros deviene de la posibilidad incontrolada de modificar anualmente el régimen de bienes.**

Si bien hipotéticamente la opción de los cónyuges entre un régimen u otro, o su modificación, no tendría por qué perjudicarlos **frente al principio de irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas por el otro consagrado por el art. 5 de la ley 11.357,** regla que facilita la libertad contractual de los esposos sin daño a terceros¹¹ el eventual perjuicio por la modificación de un régimen a otro, sólo podría devenir **en la medida en que el cambio del régimen implicara la transferencia patrimonial de un cónyuge al otro. Facilitando el cambio del régimen con semejante asiduidad no hay duda sobre el semillero de conflictos en los que se verían involucrados tanto los cónyuges como los terceros.**

Ello nos obliga a preguntarnos en qué casos –al menos hipotéticamente- esta transferencia **podría tener lugar habida cuenta que en el régimen actual –salvo simulación- cada uno es dueño de lo que adquiere y con sus bienes responde por las deudas que contrae sin posibilidad de que puedan contratar entre sí mientras están bajo el régimen de comunidad.** La eventualidad de esta “transferencia patrimonial” sólo podría devenir **luego de la liquidación del régimen de comunidad (estiramiento y encogimiento patrimoniales) no en el régimen de separación, pero sólo en la medida en que el tercero desconozca esta situación y no adopte tempestivamente alguna medida de resguardo de sus derechos.**

7. Sistema de registración:

Cabe preguntarse qué sistema de registración puede articularse en todo el país para que haya realmente la publicidad que se quiere establecer.

En este aspecto es oportuno recordar que los Registros Civiles dependen de cada Provincia y si bien hay convenios y conductas tendientes a la unificación, el sistema vigente no cuenta con las condiciones necesarias para habilitar una inscripción que pueda publicitarse en todo el país. No hay unicidad de Registros y ello genera incertidumbre y poca transparencia.

Queda también sin resolver es si por alguna razón no se margina la anterior y por ende, no resulta oponible a terceros, si de igual modo es oponible entre los contrayentes y sus herederos, como también si se puede modificar e inscribir la posterior sin inscribir la anterior.

Otra cuestión es que se habla de la inscripción en el acta de matrimonio pero **no aparece que se consigne la necesidad de que el alcance de estos pactos se inscriban en los registros inmobiliarios o del automotor o de otro tipo** aún cuando en el régimen se contemple la enunciación y avalúo de los bienes que cada cual lleva al matrimonio.

8. Omisión de considerar la especial situación que psicológicamente genera el matrimonio entre los cónyuges:

¹¹ Si bien establece una excepción acotada y de interpretación restringida (supuestos del art. 6 de la ley 11.357) y nada impide que ambos asuman voluntariamente la calidad de deudores si así lo han convenido (como usualmente lo exigen las entidades bancarias)

La posibilidad de acordar un cambio de régimen durante el matrimonio, obviamente conlleva abandonar la regla de la incapacidad de los cónyuges de contratar entre sí durante el matrimonio, lo que a mi juicio implica abrir la posibilidad de que en virtud de la subordinación que pueda generar la convivencia entre los esposos uno de ellos pueda influir sobre el otro, al punto de inducirlo a renunciar a bienes o derechos que en el sistema vigente no está permitido.

Desconocer la especial relación afectiva en que se sustenta el matrimonio (que ha sido ignorada por la ley contrariamente a lo que se observa al regular las relaciones convivenciales (ver art. 431 y ss) que puede dar origen a la pérdida de la autonomía y decisión propias de la vida de un soltero que la ley debería considerar muy especialmente para evitar profundizar la eventualidad de un aprovechamiento de uno de ellos respecto del otro.

Resulta paradójica la protección que se establece v.gr. en pro del consumidor y la indiferencia con que se considera la situación de subordinación conyugal de la mujer que en algunas parejas todavía se observa en nuestro país.

Desconocer esta situación de desigualdad de género que aún cuenta con arraigo cultural en numerosas zonas de la Argentina, o incluso en los países limítrofes de los que emigran al nuestro, atenta con la protección que merece tener.-

Se propone que se permita elegir un régimen entre los dos propuestos sin un régimen supletorio de manera que el oficial público que autoriza el matrimonio informe sobre las dos opciones (régimen de comunidad o régimen de separación) y éste régimen rija para ese matrimonio en todos los aspectos hasta la disolución de la unión por muerte o divorcio de los cónyuges.

Se propone que se elimine del proyecto la posibilidad de mutar el régimen elegido cualquiera que sea éste, tanto en resguardo de los propios cónyuges y el grupo familiar conviviente, como en resguardo de los terceros.-

9. Acción de ineficacia concedida a los terceros respecto del cambio de régimen:

Si en el mismo proyecto se prevé la inscripción marginal, por qué razón conceder una acción de inoponibilidad de un año para los acreedores anteriores que no adoptaron las medidas de resguardo de sus créditos sobre los bienes de su deudor. Sea en un régimen de comunidad o en un régimen de separación, la obligación la debe afrontar el cónyuge que contrajo la deuda¹² con lo que tenga en su patrimonio en el momento en que se persiga el cobro compulsivo de su crédito. Si la liquidación ya tuvo lugar y se anotició registralmente ese cambio, cuál es el interés social en mantener una vía de ineficacia especial sin la existencia de fraude?

La posibilidad de inoponibilidad a los acreedores condicionada a que sufran perjuicios supone establecer una medida de protección compleja y que no se advierte cuál es el interés de bien común que se pretende proteger.

¹² salvo las excepciones del art. 6º 11357

Si la condición de la inoponibilidad es la existencia de perjuicios, la acción de fraude es suficientemente comprensiva para dar cobertura a estas situaciones, sea que las personas estén casadas o no.

Existen numerosas medidas de protección creditoria que le permiten al acreedor acordar una garantía singular para proteger su crédito, cuyo costo por lo general lo asume el propio deudor, por lo que no se advierte cuál es el interés de orden social que se pretende proteger en estos casos..-

Por otro lado, habla de la oponibilidad del “cambio de régimen” por el término de un año pero a contar desde que lo conocieron, en vez de establecer desde que se inscribió el nuevo régimen en el acta de matrimonio, dando pie para que se pueda discutir la existencia de un conocimiento individual posterior a la registración, quebrando la igualdad de trato entre los acreedores y desprotegiendo a la familia.

En el sistema actual manteniendo el régimen de comunidad como un régimen de comunidad diferida, la modificación a un régimen de separación de bienes v.gr. por una separación judicial¹³ en modo alguno puede generar un perjuicio a un acreedor¹⁴ en tanto y en cuanto la mutación patrimonial no tenga publicidad, sea mediante la inscripción en el acta de matrimonio o su correlato registral y posesorio en caso de que se exija la inscripción de la adjudicación consiguiente luego de liquidada la sociedad conyugal.-

Lo razonable es que el plazo de un año que se propone comience a correr desde la inscripción del cambio del régimen en el acta de matrimonio, o en su caso, para mayor resguardo desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación consiguiente por liquidación de la comunidad, ya que contar el plazo desde que singularmente lo conoció el acreedor que se queja, supone crear un privilegio írrito respecto de quien no ha atendido convenientemente sus negocios.

Estimo que el régimen de separación de deudas vigente al día de la fecha en nuestro país da una protección satisfactoria a los acreedores. Si por alguna razón es de su interés tener una mayor garantía deberán recurrir a los derechos reales de garantía, o adoptar las medidas de resguardo de rigor frente al incumplimiento del deudor casado, del mismo modo que debería hacerlo respecto de alguien soltero.

10. Imposibilidad de elección de un régimen de separación por los menores de edad:

Respecto de la imposibilidad de efectuar convenciones prenupciales por los menores de edad, cabe señalar que en el art. 450, en primer lugar, se observa una discordancia en los términos utilizados. De acuerdo al Proyecto (2012) los menores de edad (niños y adolescentes hasta los 18 años son “dispensados” para casarse y si bien no deja de ser una “autorización” judicial, lo correcto es utilizar la misma terminología.

No se les permite ni hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción por un régimen de separación, lo que coloca a estos matrimonios en una situación de

¹³ (art. 202 y conc. cc.)

¹⁴ (art. 1306 CC)

desigualdad frente a la posibilidad que se le acuerda a los matrimonios de personas mayores de edad, cuando -en puridad- si el juez los ha dispensado para casarse es porque se encuentran en condiciones de comprender la naturaleza del compromiso de vida en común que se han propuesto. **O será que implícitamente se está reconociendo la desigualdad intrínseca que conlleva para los cónyuges adoptar un régimen de separación de bienes, y la decisión se funda en la protección del menor de edad dispensado.**

En el sistema actual la limitación a los menores emancipados por matrimonio sólo apunta a la imposibilidad de disponer de los bienes recibidos a título gratuito, pero en **nada impide que respecto de los bienes gananciales se desenvuelvan como cualquier mayor de edad rigiendo plenamente tanto el art. 5 de la 11.357 como todos los otros que regulan el régimen de la sociedad conyugal. Esta limitación no se corresponde con la declamada vocación de dotar al menor de una mayor autonomía para gobernar sus propios asuntos.**

Por qué razón no podría entonces en el sistema proyectado el mismo juez que dispensa al menor autorizar a la adopción del régimen de separación siempre escuchando a los progenitores y al menor.

Nada dice de la situación de aquellas personas con capacidades restringidas que han obtenido dispensa para casarse. Es que acaso se piensa que en este supuesto no hay riesgo alguno para el discapacitado ¿? En ese caso lo lógico sería imponer un régimen de separación y no al revés.

11. Donaciones por razón del matrimonio: Art. 451 a 453 del Proyecto

Por qué razón se dispone una caducidad anual de la oferta si por el otro lado se presume aceptada si no es revocada. Lo razonable es que quien hizo la oferta la pueda revocar en todo momento sin ninguna sanción. Si no la revocó y el matrimonio se celebró sea al año o cuando fuere, por qué no podría ser exigible aún cuando haya pasado el año.

12. Deber de contribución Art. 455 del Proyecto

No está consignada expresamente la obligación de convivir entre los cónyuges, por **lo que un cónyuge dispensado para contraer matrimonio con un incapaz o con capacidad restringida podría no vivir con el insano y éste ser mantenido por los padres en tanto conviva con ellos.**

En relación a los **alimentos a los hijos menores que no son comunes** (hijos matrimoniales o extramatrimoniales de uno de los esposos, nacidos antes o después de la celebración del matrimonio), la condición para que el otro esposo le deba alimentos, es que convivan con él. Pero en **la legitimación activa sólo se consigna la posibilidad que el cónyuge demande la prestación de alimentos, previsión que es estrecha ya que tendría que otorgarse legitimación a los directamente perjudicados sea por sí o representados por los parientes o por el ministerio pupilar o incluso por el otro progenitor con quien no**

convive el menor pueden reclamar alimentos al cónyuge progenitor o no progenitor conviviente que fuere remiso.-

13- Responsabilidad solidaria¹⁵ (Art. 461 del Proyecto)

No son claros los fundamentos del Proyecto sobre cuáles habrían sido las razones que llevan a sus autores **a abandonar el sistema actual de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas del otro sentado por el art. 5 de la ley 11.357**, que da plena cobertura tanto a los acreedores anteriores a la celebración del matrimonio como a los posteriores permitiéndoles agredir todos los bienes presentes al tiempo de exigir el cobro compulsivo del crédito, sea con los bienes anteriores al matrimonio (propios) o con los que adquiera después gananciales o propios.

La disposición proyectada perjudica a los esposos en protección de los terceros acreedores, ya que genera una solidaridad legal sin que a ciencia cierta se advierta **cuál es la razón de semejante previsión cuando en el sistema vigente la obligación legal que prevé el art. 6, obligación concurrente, es suficientemente explícita sobre la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda limitando la posibilidad de persecución del acreedor a los frutos de los bienes sin perjudicar el capital.**

La norma vigente protege de mejor manera el capital del cónyuge no contratante y de manera directa el capital del grupo familiar, aún en aquellos casos que se trata del sostenimiento del hogar o la educación de los hijos.

¹⁵ Actualmente la cuestión de la obligación se encuentra prevista en los arts. 5 y 6 de la ley 11.357, en tanto que la cuestión atinente a la contribución se encuentra contemplada en el art. 1275 del C.C. que sólo regula la relación interna entre los cónyuges una vez disuelta la sociedad conyugal sobre todo para fijar las recompensas que correspondan a favor de los cónyuges o de la sociedad conyugal cuando una carga de las enumeradas en ese artículo haya sido solventada por fondos propios o a la inversa. Desde el aspecto externo esto es, en la cuestión relativa a las relaciones con los terceros acreedores, la regla sentada por el art. 5 de la ley citada es absolutamente clara en orden a la irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro. En base a ello y sin que el régimen de comunidad modifique en algún modo el sistema de responsabilidad que rige en relación a las personas no casadas, el cónyuge deudor responde personalmente con todos sus bienes, propios y gananciales, por las deudas que contrae. A título de excepción el art. 6 prevé la posibilidad de que el cónyuge que no contrajo la deuda, responda pero sólo con los frutos de los bienes propios y gananciales por aquellas deudas contraídas por su cónyuge y en la medida que hayan tenido el objetivo directo de atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes comunes (gananciales). En cualquier otra situación rige la regla de separación de deudas o de irresponsabilidad.

Se advierte que la deuda contraída para atender las necesidades del hogar y la educación de los hijos comprende el propio sostenimiento de los cónyuges estimo que se refiere en la medida en que convivan, como de los hijos incapaces comunes, o de uno de ellos que fuere incapaz y conviva con ellos de acuerdo al art. 447 y ha sido calificada como aquellas necesidades ordinarias, quedando las extraordinarias sujetas a la regla de irresponsabilidad.

Por otro lado se agrega la previsión del “sostenimiento” de los hijos como una obligación distinta de la educación, que a mi juicio se corresponde con lo que prevé el art. 1275 del C.C. en orden a lo que los cónyuges gastaren por “colocación” de los hijos.-

Debe advertirse que nada impide que el acreedor previsor exija la concurrencia de ambos esposos al momento de contratar por lo que una previsión legal que venga a suplir esta omisión del acreedor no aparece a mi juicio como protectora del interés familiar.

Si tenemos en cuenta que se trata de una regla del régimen primario es evidente que contempla la situación de los esposos, sea que convivan o no, y en este sentido aún cuando se trate de las deudas dispuestas para atender la educación de los hijos, no aparece justo que uno de ellos se vea perjudicado en sus bienes por la decisión adoptada por el otro en el ejercicio de la patria potestad, o autoridad parental que ahora se prevé como compartida. Es el cónyuge que contrae la deuda quien debe afrontarla con todos sus bienes, tal cual lo efectúa una persona soltera, siendo en definitiva la responsabilidad del otro cónyuge una protección adicional pero equilibrada ya que no compromete el capital del no contratante.

Se sostiene que la cuota del colegio de los hijos menores deben afrontarla solidariamente ambos esposos en función de que se trata de una deuda nacida en interés de los menores. Si ambos esposos eligieron y decidieron inscribir sus hijos en un determinado establecimiento educativo, lo razonable es que la propia entidad convoque a ambos progenitores para contratar el servicio viniendo a ser ambos cónyuges contratantes.-

Si alguno de ellos por su propia situación patrimonial decide enviar sus hijos a un colegio privado con altas cuotas mensuales, no resulta razonable que aquél que no adoptó esa decisión aún cuando nada tenga que oponer a ella, **deba invertir sus propios bienes para ello comprometiéndolo incluso su capital, cuando en definitiva aún cuando beneficie a sus hijos, no es quien decidió otorgarles esa educación.**

El sistema vigente protege en mejor medida el patrimonio conyugal.

14. Cosas muebles no registrables (art. 462 del Proyecto)

No se llega a comprender cómo se puede ejercer un derecho “individualmente” cuando hay convivencia. Cuáles serían las pautas ? Quién se sienta en el sillón o qué silla ? Y el lavarropas es de quien lo maneja ? Estimo que tendría que ser “exclusivamente” más que “individualmente”.

15. Bienes de los cónyuges (art. 464 del Proyecto)

Se advierte que se ha puesto especial cuidado en señalar en qué casos hay lugar a recompensa sea a favor de la comunidad por la inversión de fondos gananciales o del cónyuge que invirtió sus bienes propios, pero aparece como inadecuada la enumeración alfabética ya que la que se efectúa con números como lo hace el código vigente, facilita notablemente la memorización. Se propone que se modifique la elección efectuada.

16- Mutación de la calificación de los bienes (art. 464 del Proyecto)

Se ha optado por mutar el carácter del bien propio a ganancial teniendo en cuenta el porcentaje de inversión de manera que si es mayor el valor del aporte ganancial que el propio, lo adquirido no sigue el principio de subrogación real sino que muta el carácter. **En la práctica**

la cuestión es por demás compleja ya que supone revisar el valor y la envergadura del valor cuando en verdad el valor de los bienes no es una constante. Se trata de un supuesto de recalificación del bien durante la comunidad, sobre cuya utilidad no hay consenso en la doctrina lo que complica el régimen. A mi juicio habría bastado la regla de la recompensa sin que haya una mutación de la calificación del bien.

Se repite la solución en el art. 465 inc. f)

La modificación el carácter original, no es una buena decisión. Problema de la desvalorización.

15. Bienes adquiridos conjuntamente (art. 471 del Proyecto)

Si bien se permite expresamente que se apliquen las normas de condominio en todo lo no previsto, acercando el régimen de comunidad a lo que representa una comunidad actual de gananciales, **impide que uno de ellos pida la división de ese condominio sujeto a que acredite la falta de afectación del interés familiar.**

O sea que el juez que interviene en la acción de división de condominio que pueda entablar un cónyuge respecto del otro puede negarse a conceder la autorización en la medida en que el interés familiar resulte comprometido. Contempla un supuesto no previsto en el régimen vigente y que había dado lugar a opiniones encontradas en la doctrina sobre todo en relación art. 1277 2º parte referido al hogar conyugal.

La norma es importante porque aún cuando un acreedor pueda ejercer la acción de división de condominio por vía subrogatoria de la porción indivisa de su deudor, sea esta propia o ganancial, el límite está dispuesto de manera expresa para el juez, cualquiera sea quien intervenga en la causa, el cónyuge o el acreedor, y aún cuando no se trate del hogar conyugal, exija que se acredite que no afecta el interés familiar.-

16. Extinción de la comunidad (art. 475 del Proyecto):

La gran preocupación que apareja la reforma se centra no sólo en la posibilidad de elegir un régimen de separación que no aparece ni más justo ni se adecua a nuestras costumbres, sino esencialmente en la posibilidad de modificación del régimen elegido durante la vigencia el matrimonio, cuando en verdad es más prudente mantener durante el matrimonio la elección inicial para resguardo tanto de los propios cónyuges como de terceros.

La posibilidad que le acuerda el nuevo sistema a ambos esposos de pasar de un régimen a otro, con las deficiencias de registración que se van a suscitar durante su aplicación práctica, supone que anualmente pueden verse en la necesidad de requerir la liquidación de los bienes gananciales con las respectivas recompensas y la incorporación de los bienes adjudicados al acervo personal y propio del subsiguiente régimen de separación, es decir, generar permanentemente acuerdos privados de distribución de los bienes en donde el cónyuge más débil en la negociación puede resultar perjudicado.

17. Reglas de Administración durante la indivisión (Art. 482 del Proyecto)

El período de indivisión concluye con la liquidación del régimen de comunidad momento en el cual se distribuyen los bienes gananciales dividiendo por mitades entre los cónyuges los bienes gananciales existentes en el patrimonio de cada uno de ellos al tiempo de la extinción del régimen oportunidad en la que tienen lugar las recompensas previstas para equilibrar la masa ganancial y el patrimonio personal o propio de cada partícipe.-

Dado que se ha optado porque continúen rigiendo las reglas relativas al régimen de comunidad en lo que hace a propiedad, administración, gestión y deudas, en principio el cambio de régimen sólo debería interesar a los esposos. En ese sentido no aparece coherente con el régimen de comunidad que importa la consolidación de un derecho de propiedad y no de crédito frente al copartícipe, que uno de los cónyuges pueda efectuar actos de disposición de los bienes indivisos sin el concurso de la voluntad del otro.

En este aspecto la previsión del art. 482 última parte, a mi juicio no consulta la verdadera naturaleza común que revisten los bienes gananciales una vez extinguió el régimen de comunidad. No es bueno recrear un deber específico y una facultad correlativa sin precisar con exactitud en qué momento debe ejercerse el deber o la facultad.

En este aspecto la previsión de que la información se efectúe “*con antelación razonable*”, deja un margen de discrecionalidad muy elástico que poco auxilia para que existan reglas claras al respecto. Hubiera bastado con que ambos dispusieran de manera conjunta tal y como sucede cuando la disolución opera por muerte.

En cuanto a la posibilidad que da para que el otro esposo se oponga, si bien se prevé que esta oposición pueda tener lugar cuando el acto proyectado vulnere sus derechos, **se está abriendo una situación que puede generar conflictos entre las partes que se hubiera evitado si directamente se actualizara la comunidad sobre la masa total de bienes gananciales debiendo concurrir al otorgamiento del acto ambos esposos, sobre todo porque está en sus manos acceder a un régimen de separación de bienes, por lo que si no lo han elegido es porque su relación al menos en la faz económica es más estrecha y por ende, su compromiso con el derecho del otro se estima mayor que aquellos cónyuges que han elegido un régimen de separación desde el inicio o durante la unión.-**

18. Frutos y rentas art. 485 del Proyecto

A mi entender aquí hay una contradicción. Si de acuerdo a la regla sentada en primer lugar y que se corresponde con un principio de atribución aplicado también durante el régimen, los frutos y rentas acrecen al bien del que provienen, no se comprende por qué quien tiene el uso exclusivo de un bien indiviso y que debe rendir cuentas sobre los frutos percibidos sólo deba compensación a la masa desde que el otro cónyuge lo solicite y no desde el momento en que nace la indivisión, ya que una cuestión es la distribución del uso del bien indiviso y otra cuestión es el goce de sus frutos; salvo acuerdo en contrario o disposición del juez disponiendo lo contrario, nada impide que los frutos devengados durante la indivisión acrezcan la masa partible en beneficio de ambos contrayentes.

19. Momento de extinción del régimen- (Art. 480 del Proyecto)

Se distinguen los alcances según cual fuera la causa invocada, pero **en consonancia con la ideología que informa la reforma, resulta indiferente la conducta culpable del cónyuge en la separación,** de manera que se elimina la posibilidad que antes le cabía al cónyuge inocente de participar en los bienes gananciales que había adquirido el culpable luego de la separación de hecho (bienes gananciales anómalos)

La posibilidad que se le concede al juez para modificar la extensión del efecto retroactivo con los parámetros del fraude o abuso del derecho, no estaba contemplada en el Proyecto del año 1998. A mi juicio la redacción que tenía el artículo en el Proyecto anterior era mejor ya que el margen de elasticidad que ahora se quiere dar no exigía ni fraude ni abuso, **bastaba la aplicación de un criterio de equidad en función de las circunstancias del caso.**

No es claro el artículo si la posibilidad que le da al juez de modificar la extensión del efecto retroactivo se refiere únicamente al caso de la separación de hecho, o puede extenderse a los otros supuestos de divorcio o separación de bienes.

La necesidad de acreditar el fraude o el abuso que son dos conductas contrarias al principio de buena fe, por lo que su ocurrencia no se presume, implica que en el juicio respectivo van a tener que ventilarse las cuestiones personales que rodeaban la vida en pareja para verificar el propósito de defraudar o de abuso del derecho, por lo que en definitiva indirectamente las cuestiones personales concernientes a la inconducta personal del cónyuge no pueden soslayarse.

En definitiva y mal que le pese a quien pretende ignorar la realidad de las miserias humanas, los jueces van a tener que interiorizarse sobre las conductas personales previas al divorcio.

Quien realmente valora la función jurisdiccional no puede ignorar que **la ciudadanía reclama justicia y la justicia no se recrea ignorando la inconducta de quien es infiel, abandona, injuria o es violento, es decir de aquél que en definitiva lesionó el pacto de respeto y confianza recíprocas que debió honrar al contraer matrimonio.**

En este sentido pedir que un juez valore un acuerdo, una petición de división de condominio, etc. ignorando quién se comportó abusando de su derecho o lesionando el principio de buena fe, es pedirle que ignore la realidad, e ignorando la realidad lo único que consagramos es la injusticia. Dar a cada uno lo suyo no es darle a todos los mismo, sino lo que cada cual se merece de acuerdo al modo en que eligió ejercer su libertad.