

## **Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.**

Ciudad de Buenos Aires, 17 de Octubre de 2012.

### **INTRODUCCION:**

Es un honor poder expresar y compartir nuestra posición ante el Congreso de la Nación Argentina, en pos de apoyar e impulsar el Proyecto de Reforma del Código Civil, el cual acobija las nuevas necesidades de la sociedad actual e interpreta la dicotomía que existe entre la familia de hoy y la legislación vigente que regula sus relaciones.

Escribir sobre los acuerdos prematrimoniales supone entender que las familias han elegido la libertad en el modelo de pareja y de familia.

En este sentido venimos a apoyar la introducción de la opción de un régimen de división de bienes ya que, si bien es cierto que tal sistema no se encuentra arraigado aun en el patrón de formación de la economía familiar de los argentinos, no es menos cierto que la separación de bienes contemplada indirectamente en el art. 446 inc. d del Proyecto que apoyamos viene a dar solución a determinados actores de la población que veían en la institución del matrimonio una inevitable causa de empobrecimiento al someter la totalidad de sus ingresos a una comunidad que se funda sobre las bases de un proyecto de vida en común y una relación sentimental pero que no supone un aporte económico equitativo.

### **ANALISIS DE ANTECEDENTES EN EL SISTEMA ARGENTINO:**

La legislación vigente se remonta a la época en que el Código Civil fuera redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

Así, el **artículo 1.217** establece las convenciones prematrimoniales permitidas, a saber: *a) la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; y b) las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro* -texto según ley 26.618-.

A su vez, el **artículo 1.218** agrega: *“Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”*.

Además, en la nota al Título sobre la Sociedad Conyugal, Vélez Sársfield expresa al respecto: *“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 menos 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 que juzgamos enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros”*.

Este régimen no es casual, refleja el modelo de familia hacia fines del siglo XIX en nuestro país, donde el marido era el principal sostén de la misma y la mujer se dedicaba a la crianza de los hijos y a la vida doméstica.-

Sin embargo, la sociedad evoluciona y con ella sus leyes<sup>1</sup>. Actualmente, los roles descritos han cambiado; ya que mayormente ambos cónyuges se encuentran insertos en el mercado laboral o desarrollan actividades profesionales o comerciales, y paralelamente contribuyen al sostenimiento de la familia.-

La necesidad de contemplar esta situación por parte del legislativo, nos lleva a analizar sobre la pertinente introducción de los acuerdos prematrimoniales en el PROYECTO DE UNIFICACION Y REFORMA DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.-

### **CONVENCIONES PREMATRIMONIALES EN EL PROYECTO Y EN DERECHO COMPARADO:**

En efecto, el Proyecto prevé dicha incorporación en los artículos 446 y ss.

Allí establece que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges podrán realizar convenciones cuyo objeto sea: a) designación y avalúo de bienes propios, b) enunciación de deudas, c) donaciones entre ellos, d) opción respecto del régimen patrimonial (entre los regímenes de separación de bienes o comunidad de bienes).-

Al respecto queremos destacar que el art. establece de manera **taxativa** las materias que pueden ser objeto de los mencionados acuerdos. Y reafirma dicha limitación, al establecer que no poseen valor las convenciones que versen sobre objetos diferentes.-

Al respecto queremos manifestar que, en primer lugar, consideramos adecuada la incorporación de estas convenciones pre matrimoniales, toda vez que brinda a los futuros contrayentes la posibilidad de ELEGIR entre un régimen u otro. Posibilidad que en el sistema vigente se encuentra vedada, toda vez que se impone a los contrayentes el régimen de comunidad de manera obligatoria.

Por lo que entendemos que la norma propuesta se adapta a las necesidades de libertad de la sociedad actual, colocando al Derecho Argentino junto a los países que mas avanzados se encuentran en esta materia.

Tengamos en cuenta, que al momento de redactar el *Código Vélez Sarsfield* no contemplaba la idea de la disolución del matrimonio *por causa del divorcio, por ende, el sistema era de comunidad de bienes y perpetuo*. No era necesario optar por un régimen u otro toda vez que el vínculo no se rompía sino por la muerte de uno de los contrayentes.-

Una vez incorporado y aceptado el divorcio como un modo de extinción del matrimonio, esta situación cambió. Toda vez que quienes contraían segundas nupcias se encontraban con un nivel de producción mayor que al momento de sus

---

<sup>1</sup> Se han presentado varios proyectos de reforma durante los últimos años. Entre los mas destacados están los proyectos de los años 1993 y 1998. Ambos contemplaban una importante flexibilización en el régimen patrimonial del matrimonio, y a las convenciones previstas en el artículo 1.217 se agregaría la posibilidad de "opción del régimen de bienes por parte de los futuros contrayentes".

primeras; a la vez que las mujeres comenzaban a tener un papel mayor en el mercado profesional y laboral.-

De allí, que si realizamos un análisis de derecho comparado, observamos que han optado mayormente el sistema de separación de bienes las personas que se casan en segundas nupcias.-

En segundo lugar, no consideramos acertada la delimitación de las cuestiones sobre las cuales deben versar los acuerdos prematrimoniales de manera cerrada y taxativa.-

Toda vez que, si observamos el sistema norteamericano, el cual ha sido pionero en la materia, podemos determinar que al incorporarse como practica los acuerdos prenupciales se han ido sucediendo una serie de planteos judiciales que fueron ampliando los límites de las primeras regulaciones en la materia, siendo receptadas por la legislación.-

En sus comienzos, los acuerdos prematrimoniales que previeran efectos a cumplirse al momento de disolverse el vinculo no eran considerados validos por la jurisprudencia americana, por entender que contrariaban el orden público familiar y animaban a las parejas a la ruptura de su vínculo matrimonial; utilizando para ello una interpretación de las normas más acorde con la realidad social imperante en ese entonces.

Luego, y a partir del leading case "*Posner v. Posner*"<sup>2</sup>, en 1970, el Tribunal Supremo de Florida reconoció la validez de los acuerdos prematrimoniales destinados a surtir efectos ante un futuro divorcio, sin que ese temor a admitirlos contribuya a incrementar la tasa de divorcios, sino a regular los perniciosos efectos patrimoniales de la disolución, concluyendo con una de las frases más citadas por sentencias de otros Tribunales norteamericanos sobre la validez jurídica de los acuerdos prematrimoniales: "**No conocemos ninguna comunidad o sociedad en la que el orden público condenó a un esposo y una esposa a toda una vida de miseria como una alternativa al oprobio del divorcio. Y la tendencia a reconocer este cambio en el concepto de orden público otorgando efectos a los contratos antenuptiales de las partes relativos al divorcio es claramente es claramente perceptible**"<sup>3</sup>.-

Este caso motivó un cambio en las resoluciones de los tribunales de otros Estados que se fueron produciendo a continuación con efecto expansivo.

Así falló el Tribunal Supremo de California -en 1976- en el caso *In re Marriage of Dawley*<sup>4</sup> donde expresó: "**Ni la reordenación de los derechos de propiedad para ajustarse a las necesidades y deseos de la pareja, ni una planificación realista que tenga en cuenta la posibilidad de disolución, ofenden al orden público de favorecer y proteger el matrimonio. Es sólo**

---

<sup>2</sup> El caso *Posner v. Posner* es traído al texto de 82 sentencias de Tribunales de 25 Estados y es citado en más de 100 artículos doctrinales según la base de datos jurídica *LexisNexis*.

<sup>3</sup> 233 So. 2d 383-384 (Fla. 1970).

<sup>4</sup> 551 P.2d 323 (Cal. 1976).

**cuando los términos de un acuerdo van más allá – cuando ellos promueven y fomentan la disolución, y así amenazan a inducir la destrucción de un matrimonio que debía de otro modo perdurar- cuando ofenden al orden público”<sup>5</sup>. Y el Tribunal Supremo de Massachusetts -en 1981- en el caso *Osborne v. Osborne*<sup>6</sup> argumentó en igual sentido.**

Todo ello desencadenó una corriente que terminaría con el llamamiento a la necesidad de un cambio normativo común; al que respondió la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. La nonagésimo segunda reunión anual de la Conferencia de los citados Comisionados llevada a cabo en Boca Ratón (Florida) del 22 al 29 de julio de 1983 tuvo entre sus frutos la aprobación de la *Uniform Premarital Agreement Act (UPAA)* cuyo primer párrafo de su preámbulo señala la necesidad de este tipo de medidas ya que: “... **Por consiguiente, una legislación uniforme conforme a la moderna política social que proporcione a la vez certeza y suficiente flexibilidad para acomodarse a las diferentes circunstancias aparecería simultáneamente como una mejora significativa y un objetivo realista capaz de lograr.**”

El art. 3 del UPAA señala: (a) *Las partes de un acuerdo prematrimonial pueden contratar sobre los siguientes extremos:*

(1) *los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto del patrimonio de cada una de ellas o del de ambos cuando y donde sean adquiridos o localizados;*

(2) *el derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipotecar, gravar, ceder, o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios;*

(3) *la disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, o la concurrencia o no concurrencia de cualquier otro evento;*

(4) *la modificación o la eliminación de la pensión compensatoria;*

(5) *la elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro pacto para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial;*

(6) *los derechos de propiedad de los que va ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en un seguro de vida;*

(7) *la elección de la ley aplicable a estos acuerdos;*

(8) *cualquier otra materia, incluyendo los derechos y obligaciones personales de cada parte, siempre que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción criminal.*

(b) *El derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial”.*

Este artículo indica sobre qué puede ser objeto de un acuerdo prematrimonial como mínimo, ya que como acertadamente expresa el apartado a.8) esta lista no es exhaustiva o taxativa, como pretende serlo en nuestro sistema a la luz del Proyecto de Unificación.

---

<sup>5</sup> 551 P.2d 333 (Cal. 1976). La traducción es del autor.

<sup>6</sup> 428 N.E. 2d 810 (Mass. 1981).

Así, este artículo al dejar abierta la puerta a nuevos pactos “*que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción penal*”, pone en cabeza de los jueces el control de la legalidad de estas novedades en materia contractual.

Esta regulación de mínimos consagrada por el UPAA se basa en la jurisprudencia de los Estados habida hasta la fecha (de más de 26 años) pero a la vez permite contemplar nuevas situaciones conflictivas que se generen en torno a cláusulas antes no previstas, siendo evidente su dinamismo y capacidad de adecuarse a nuevas situaciones, no tornando a la norma inocua sino todo lo contrario.-

La reciente jurisprudencia americana en “*Simeone v. Simeone*”<sup>7</sup> entendió a los acuerdos prematrimoniales como contratos destinados a evitar la revisión judicial de lo convenido entre las partes: “***son exactamente este tipo de decisiones judiciales lo que estos acuerdos están destinados a evitar***”<sup>8</sup>. Y expreso lo siguiente: “***La sociedad ha avanzado (...) hasta el punto en el que las mujeres no pueden ser consideradas por más tiempo como la parte “débil” del matrimonio, o de la sociedad en general. No hay ninguna validez en la presunción de que la mujer está desinformada, que carece de educación, y que está fácilmente sometida a las injustas desventajas de los acuerdos matrimoniales. (...) Las presunciones paternalistas y las protecciones que surgieron como refugio de las mujeres motivadas por sus inferioridades e incapacidades que se perciben en épocas anteriores han, apropiadamente, sido descartadas***”<sup>9</sup>.

Hacia el 2002, *The American Law Institute (ALI)* publicó los “*Principles of the Law of Family Dissolution: Análisis and Recommendations*” (PFD), con el objeto de adaptar el derecho a las necesidades sociales y garantizar la mejor administración de la justicia.

Los PFD sólo se dedican a los acuerdos prematrimoniales en lo que se refiere exclusivamente a regular los efectos de los mismos ante una crisis matrimonial, sin analizar los demás posibles contenidos que pueden haber en ellos (como si hacía el UPAA). Además, clasifican los “Acuerdos” entre: 1) prematrimoniales, 2) matrimoniales y 3) de separación. Y su novedad y dinamismo reside en que lo referido a acuerdos es de aplicación a las parejas de hecho, a diferencia del UPAA.

Los principales requisitos que establece son la información, la ausencia de vicios, la celebración al menos con 30 días de antelación al matrimonio, el consejo de asesoramiento jurídico independiente salvo que el acuerdo fuera comprensible y la rescisión unilateral en los 30 días siguientes a su celebración.

Por otro lado, los PFD recogen la doctrina de la *Second Look* basándose en el criterio de la “injusticia sustancial” en la aplicación del acuerdo; estableciendo que si una parte que alega un cambio sustancial en las condiciones y lo demuestra el

---

<sup>7</sup> 581 A.2d 162 (Pa.1990).

<sup>8</sup> 581 A.2d 166 (Pa.1990).

<sup>9</sup> 581 A.2d 165 (Pa.1990).

juez que conoce dicho reclamo puede modificar el acuerdo principalmente si produce un “impacto sustancial sobre las partes o sus hijos”.

Otro país que ha regulado los acuerdos prematrimoniales es España, que desde 1981 permite “*estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*” (art. 1325 Código civil Español). De esta manera observamos que el Derecho español tampoco contempla de manera taxativa los temas objeto de convenciones prematrimoniales.

Parece claro, con este análisis de derecho comparado, que los acuerdos prematrimoniales pueden utilizarse para otros fines más allá que la mera regulación del régimen económico que van a tener los cónyuges, llevando a los futuros contrayentes a negociar por razón del matrimonio, siempre que no estén prohibidos por una norma imperativa que haga nula cualquier disposición al respecto.

Continuando con el Proyecto de Unificación que nos compete, el mismo establece la formalidad de que dichos acuerdos prematrimoniales se realicen mediante escritura pública (art. 448). Sin perjuicio de ello, consideramos es de vital importancia que, mas allá de cual sea el alcance que los cónyuges pretendan darle a los acuerdos prenupciales y a fin de evitar que cualquiera de ellos se vea perjudicado en su decisión por ignorar la real magnitud de lo pactado, se exija el **asesoramiento y patrocinio de un abogado** a cada uno de ellos bajo pena de nulidad absoluta.-

Respecto de lo que el Proyecto regula en el art. 449 en relación a la posibilidad de modificar el régimen patrimonial adoptado, entendemos que la misma no debe ser indefinida; ya que generaría un estado de incertidumbre respecto del futuro patrimonial de los cónyuges y propiciaría abundantes reclamos judiciales al momento de determinar la naturaleza jurídica de los bienes que hayan ingresado en el patrimonio de uno de los cónyuges o de la sociedad en fechas cercanas a los cambios de regímenes. Por lo que se sugiere que **se limite a tres (3) las oportunidades de ejercer la opción de régimen** sea antes ó después de celebrado el matrimonio.

## **CONCLUSIONES:**

Como señala KATZ “*La historia de los acuerdos prematrimoniales ilustra la tensión entre la regulación estatal del matrimonio, en una mano, y el orden privado en la otra*”.-

A la luz de los mas mediáticos casos, numerosos hombres y mujeres han visto en el sistema de comunidad de bienes el mayor obstáculo para contraer matrimonio sin temer que su proyección económica se vea sustancialmente mermada ante un eventual divorcio.

Es por lo expuesto que entendemos que el nuevo sistema admitido en el Proyecto contribuye a la subsistencia y al fortalecimiento del matrimonio como institución y lejos está de atentar contra la misma.

Dicho esto, venimos a sugerir algunas reformas al proyecto inspirados en importantes antecedentes legales y jurisprudenciales españoles y

norteamericanos, las cuales han sido referenciadas en el presente y se resumen en los siguientes ítems:

1.- Modificación del art 446 del Proyecto, eliminando el término “únicamente”, e incorporando un inciso que recoja los lineamientos previstos en los incisos (1), (2) y (3) del artículo 3 de la UPAA.-

2.- Eliminación del art. 447 toda vez que afecta el derecho constitucional previsto en el art. 14 de nuestra norma suprema referido a la libertad de contratar y echa por tierra esta inmejorable oportunidad de incorporar al Derecho de Familia convenciones que excedan la esfera patrimonial de los cónyuges.-

3.- Reemplazo del art. 447 por una normativa que establezca que el único límite a la libertad de contratar de los cónyuges sea el orden público.-

4.- Incorporación en el art. 448 del asesoramiento y patrocinio letrado obligatorio para las partes al momento de efectuar la convención matrimonial y, en su caso, al modificarla.-

5.- Modificar el art. 449, estableciendo como límite que sean tres (3) en total las oportunidades de ejercer la opción de régimen, ya sea antes ó después de celebrado el matrimonio.

Por último, consideramos que con las sugerencias propuestas la legislación tendría una flexibilización tal que le permitiría regular las relaciones de familia actuales y a su vez, tendría capacidad de adaptación a las nuevas tendencias que estas dinámicas relaciones adoptan.-

**YAMILA VANESA CAMINAUR**

**ALEJANDRO JAVIER FRANCOS**