

Los límites a la libertad en el régimen de bienes

por MARIEL F MOLINA DE JUAN

3 de Diciembre de 2014

www.infojus.gov.ar

Infojus

Id Infojus: DACF140865

1. Breves palabras introductorias.

Reflexionar sobre los límites a libertad en el régimen de bienes del matrimonio implica enfocarnos en un tema que trasciende la propia reforma del derecho familiar prevista por el Código Civil y Comercial y desborda lo jurídico. Involucra lo cotidiano y lo doméstico, y envuelve la concreción del proyecto de vida personal y familiar que se pone en marcha con cada matrimonio.

La cuestión moviliza al análisis porque si hoy podemos detenernos a pensar en esos "límites" es porque habrá una "esfera real y concreta de libertad permitida" para las decisiones de los esposos en relación a los efectos patrimoniales derivados de su matrimonio.

Estos "permisos" que el nuevo Código confiere a las parejas matrimoniales importan una revisión y revalorización de sus potestades que se plasman en un cambio estructural del régimen; diríase que modifican los principios rectores desde sus propios orígenes. Es importante poner el acento en este renovado respeto a la capacidad de cada uno para comprender y decidir sobre aspectos centrales de su vida, con un anclaje en la concepción igualitaria y en la dignificación de la persona.

Y es precisamente por ello -porque la premisa es el reconocimiento de la "autonomía personal" de los esposos- que el derecho debe organizar algunas restricciones, cuyo estudio abordaré en los párrafos siguientes.

2. El nuevo diseño del régimen patrimonial matrimonial.

La regulación del régimen patrimonial del matrimonio diseñada en el Código Civil y Comercial recepta el clamor de doctrina y jurisprudencia al incorporar la posibilidad de que los cónyuges opten por uno de los regímenes económicos ahora autorizados (comunidad de ganancias o separación de bienes).

De este modo, el derecho argentino abandona el sistema legal, único y forzoso (2) de "sociedad conyugal" (3) que regenteó las relaciones económicas conyugales desde la época de Vélez Sarsfield -y que se mantuvo prácticamente incólume hasta el siglo XXI-(4) y se abre paso el reconocimiento de la autonomía personal de la pareja conyugal como un bastión indiscutible.

El Libro de las relaciones familiares incluye la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio en el Título II con una solución propiciada y aceptada mayoritariamente que supera viejos cuestionamientos (5) relativos a su ubicación en la parte de los contratos.(6) El Capítulo I se ocupa de las disposiciones generales (convenciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio, disposiciones comunes a todos los regímenes). El Capítulo II contiene la regulación completa y sistemática del régimen de comunidad, con un significativo mejoramiento en la formulación de sus normas; a la par que abandona terminología vacía de contenido, recoge soluciones mayoritarias y toma posición en algunas cuestiones discutidas, e incorpora el régimen expreso de la indivisión poscomunitaria, la liquidación y la partición,

salvando la vieja omisión y la deuda pendiente. Por último, el Capítulo III formula los aspectos centrales del régimen de separación de bienes.

3. Principios rectores de la reforma.

La filosofía que atraviesa el Código Civil y Comercial exigió una cuidadosa revisión del entramado normativo del régimen patrimonial matrimonial argentino.

El sistema de los derechos humanos vigente en nuestro país impone un delicado equilibrio entre los principios fundamentales de igualdad, libertad y solidaridad.

La igualdad de los cónyuges, reconocida y consagrada no solo por el sistema internacional, sino también por las últimas reformas operadas en el régimen patrimonial del matrimonio (por ejemplo, arts. 1276, 1277 -conf. ley 17711 y 25.781), se manifiesta en la idéntica protección de los derechos económicos de los miembros del matrimonio. El principio tiene una aplicación dual: por un lado, prohíbe toda forma de discriminación tanto directa como indirecta y, por el otro, protege el derecho a la diferencia. Ambas son restricciones insuperables para el legislador.

La libertad involucra la protección de la vida privada y la intimidad. Este derecho solo debe ceder ante el daño directo a los derechos fundamentales de los otros; exige que el orden jurídico garantice la posibilidad de cada uno para diseñar y concretar su propio proyecto de vida sin injerencias arbitrarias por parte del Estado.

La igualdad proclamada confiere razonabilidad al ejercicio de la libertad para acordar cuestiones patrimoniales, pues presume que ambos cónyuges están en paridad de condiciones para realizar acuerdos en tanto parten de una situación jurídica y fáctica semejante.(7) En el aspecto patrimonial, el reconocimiento de la igualdad ha constituido el terreno propicio para la apertura a la autonomía de la voluntad, desterrando así uno de los tradicionales argumentos en su contra: la debilidad de la mujer. El fantasma del aprovechamiento de uno de los esposos sobre el otro ya no tiene razón de ser, aunque ello no implique caer en la ingenuidad de creer que la mera formulación de normas sea suficiente para lograr que los derechos humanos alcancen plena vigencia sociológica y que, con ella, se haya "esfumado" completamente la discriminación de género de la vida real, que tanto ha marcado la historia de la humanidad.

Por eso la solidaridad aparece con el contrapunto del sistema axiológico.

Desde la perspectiva del paradigma de los derechos humanos, la solidaridad familiar se redefine como "responsabilidad" con el otro -y, especialmente, con aquellos con los cuales se comparte la vida familiar-. Este principio incide estrechamente en el ejercicio de la autonomía y en la igualdad, las vivifica y completa, aunque tiene un ámbito de actuación propio.(8) La solidaridad tiene que ver con una cuestión de contribución y de colaboración en beneficio del otro, que responde a la búsqueda del bien común.(9) Además, se trata de una categoría con una profunda relación con la igualdad y la protección de cada uno en función de las propias necesidades; (10) por eso actúa como un mecanismo de articulación que hace posible la igualdad real y verdadera, a pesar de las naturales diferencias individuales de las personas. Es cierto que la preocupación por la solidaridad familiar en el ámbito de las relaciones patrimoniales del matrimonio no es nueva.(11) El diseño de Vélez, profundamente desvelado por la "institución matrimonial" y por la tutela del miembro más débil (la mujer), sostenía una dinámica familiar que tomaba como punto de partida una base económica común para el sustento del grupo, con el propósito de asegurar esos principios que precisamente consideraba esenciales. Pero en el siglo XXI ya no pueden sostenerse aquellas viejas ideas; hoy el régimen patrimonial del matrimonio aparece más

bien como un delicado equilibrio entre independencia y asociación, fruto de la igualdad de los cónyuges, la autonomía profesional de la mujer (12) y las funciones asistenciales que destacan la concepción ideológica del matrimonio.

Por ello, el legislador debe combinar el influjo de la libertad de cada uno de los miembros del grupo, con el debido respeto a la responsabilidad familiar. He aquí el desafío.

4. Las tensiones entre autonomía personal y solidaridad.

La esencia de la reforma consiste en la apertura al ejercicio de la autonomía personal, que se convierte en "la regla" y se manifiesta mediante: a) la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales por las cuales los cónyuges o futuros cónyuges opten por uno de los dos regímenes autorizados por la ley (arts. [446](#), [449](#)); b) la facultad de modificar el régimen elegido inicialmente o el legal supletorio (art. 449).

El ejercicio de estas potestades, reconocido por el nuevo ordenamiento, está condicionado por algunos límites de importancia, que distinguen dos vertientes. La primera de ellas, de orden general; y la segunda, de orden particular o específico.

4.1. Restricciones de orden genérico.

(i) Las restricciones de orden general surgen de los principios generales del derecho, el orden público, la buena fe, la prohibición del abuso del derecho, la seguridad jurídica, la protección de las personas menores de edad, y la prohibición de dañar a otros.

(ii) Una restricción de orden genérico se encuentra en la imposición legal a todo matrimonio de sujetarse a un régimen patrimonial matrimonial. El sistema presenta un régimen legal supletorio, pues la seguridad de los esposos y de terceros no puede quedar librada a una eventual pasividad o silencio de los cónyuges; su existencia confiere tanto a los cónyuges que no han celebrado convención, como a los terceros que contraten con ellos, un alto grado de certeza y seguridad en cuanto a la regulación de las relaciones patrimoniales constante el matrimonio y a la suerte de los diferentes bienes finalizado el régimen. El régimen legal supletorio elegido es el de comunidad, fundado en ser: a) 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, en este momento (13).

(iii) El menú de opciones que el Código ofrece a los cónyuges, es quizás, la más importante restricción a la autonomía personal.

La apertura de la autonomía se encuentra aquí limitada pues solo se admite optar por el régimen de separación de bienes. Ante el silencio de los cónyuges o contrayentes, opera el sistema supletorio. En otras palabras, se ha elaborado un régimen "convencional" de libertad limitada, pues los cónyuges deben sujetarse a uno u otro régimen tal cual está regulado por la ley.

Por otro lado, en el régimen de comunidad de ganancias, no hay posibilidad de realizar modificaciones a lo dispuesto por la ley, ni alterar la estructura del mismo durante su vigencia, aunque es legítimo reconocer que la autonomía renace con fuerza luego de la disolución (posibilidad de realizar acuerdos de gestión en la indivisión pos comunitaria, convenios de partición de bienes, etc.).

(iv) La restricción para contratar en el régimen de comunidad. Aclaraciones sobre el avance y su retroceso.

El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges, previstas en la regulación de los contratos especiales del Código Civil derogado. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el [art. 459](#) (mandato entre cónyuges) y la modificación al [art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales](#), que dice: "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV" (14). En consecuencia, en la propuesta originaria no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos.

En efecto, la visión constitucional del derecho familiar y el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges coadyuvaron a que ninguno de los argumentos esgrimidos en favor de las viejas restricciones (la incapacidad civil de la mujer casada, la necesidad de evitar vicios de la voluntad y la protección de terceros) pueda ser sostenido. La Comisión redactora consideró incongruente mantener un sistema que, por un lado, reconozca a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes y, por el otro, limite irrazonablemente la posibilidad celebrar contratos entre sí, (15) argumento que se potencia además desde la perspectiva del matrimonio de personas del mismo sexo. Si bien no se había incorporado una regla expresa al estilo del Código Civil español (art. 1321), (16) la supresión de todas las prohibiciones en los contratos especiales debía entenderse como la superación de toda limitación para contratar, una limitación fundada en la condición de cónyuge, sin perjuicio de que resultaran aplicables los principios y normas de la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos.

No obstante, el sistema diseñado sufrió una importante modificación poco antes de ser aprobado por la Cámara de Senadores; una modificación que afecta su coherencia interna y resulta de difícil explicación, más allá que por el viejo prejuicio de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a los terceros. En efecto, el art. 1002, que regula las inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incorporó en el inc. (d) la prohibición de contratar a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad.

Este agregado es desafortunado porque ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación. Además, implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad. Nótese que no sería posible realizar ni siquiera los contratos que actualmente se consideran permitidos (por ejemplo, depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.). Por otra parte, es contradictoria con la facultad de realizar todo tipo de sociedades, y probablemente tenga un efecto muy diferente al deseado por quienes alteraron el sistema; llevar a aquellos esposos que necesiten o pretendan realizar contratos entre sí, a optar por el régimen de separación de bienes en el que sí les está permitido contratar.

(v) Otros límites genéricos son: prohibición del abuso del derecho ([art. 484](#)), así como del fraude (conf. [art 473](#), [487](#)), publicidad e inoponibilidad de las convenciones que provocan perjuicio a los terceros (art. 449), protección de los cónyuges menores de edad mediante la interdicción para celebrar convenciones por las cuales elijan el régimen o se realicen donaciones ([art. 450](#)).

4. 2. Restricciones específicas.

Los límites a la autonomía se encuentran sistematizados en una serie de restricciones específicas ubicadas en la Sección Tercera del Capítulo I, que contiene una enumeración de las "disposiciones comunes a todos los regímenes" -conforme la denominación preferida por Díez Picazo y Gullón (17)-, las que se aplican con independencia del régimen que regule los efectos patrimoniales, sea legal, sea convencional. Estas normas operan como el "reducto" del orden público matrimonial y expresan una idea de asociatividad familiar (18) que constituye la base de todo régimen: contiene lo esencial, incluso, para los matrimonios que carecen de fortuna (19).

En otras palabras, si bien se parte del reconocimiento de la plena capacidad jurídica de los cónyuges, (20) el diseño legal brinda una protección mínima derivada de los principios de cooperación que sustentan al grupo, reflejando así la filosofía que subyace a la institución y gobierna a todos los matrimonios. Con ello responde a la idea de materializar los derechos humanos de cada uno de sus integrantes y propende a la realización plena de los fines individuales y grupales (21). En el seno de los sistemas del derecho comparado en los cuales se permite a los cónyuges la elección del régimen económico al cual someter su unión, se ha acuñado la expresión "régimen primario" (22) para referirse a este plexo normativo, pues el término "primario" responde a la existencia de normas "fundamentales", en el sentido de inderogables por los cónyuges, en contraposición a las disposiciones "secundarias", que son las que surgen de la voluntad de las partes manifestada al elegir el régimen de bienes del matrimonio o dejar que rija el previsto por la ley en forma supletoria (23). No debe pensarse que estamos frente a un sistema económico matrimonial en sentido estricto, sino a un estatuto patrimonial básico cuya observancia es imperativa, y que se deriva de la esencia del vínculo conyugal mismo. También se lo ha llamado, con el mismo alcance, "estatuto patrimonial de base", "estatuto fundamental" o "régimen primario imperativo" (24).

¿Qué debe ser inderogable dentro del régimen patrimonial? En el derecho comparado, esta es cuestión discutida; por ejemplo, en Italia, dentro del régimen de comunidad se impone la distribución por mitades; algunos autores sostienen hoy que esa inderogabilidad no tiene fundamentos serios (25). En general, la imperatividad incluye el deber de contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad de uno de los esposos por las deudas contraídas para atender a las necesidades hogareñas o filiales y la protección de la vivienda común. También puede contener disposiciones referidas a la igualdad entre los esposos, la facultad de representación de un cónyuge por el otro, la facultad de ejercer profesión o actividad lucrativa, la facultad para disponer libremente ganancias y salarios después de satisfechas las cargas del hogar, la exigencia del consentimiento conjunto para actos de disposición de algunos bienes o procedimientos de salvaguarda urgente, etc.

En el nuevo Código, las restricciones recaen sobre el deber de contribución a las cargas del hogar común, la protección de la vivienda y los muebles indispensables del hogar y de uso personal, la solidaridad por las obligaciones contraídas para hacer frente a las cargas del hogar, y ciertas imposiciones en lo relativo al asentimiento conyugal y al mandato entre esposos. Veamos con mayor detenimiento cómo operarán.

4.2.1. La obligada contribución al sostenimiento del hogar común.

El deber de "cooperación" entre los cónyuges ([art. 431](#)) impone la contribución al sostenimiento del hogar común, compartiendo esfuerzos y sacrificios en consonancia con sus posibilidades concretas, (26) cuestión que tiene una relevancia sustancial para la concreción del proyecto de vida común que está a la base de todo matrimonio.

El [artículo 455](#) del nuevo Código recoge esta obligación legal como relativa al plano interno de las relaciones económicas de la pareja conyugal.

¿Cómo se deberá contribuir?

La norma sigue los antecedentes del derecho comparado que consagran el principio de "proporcionalidad". Tal es el caso de España, que en el artículo 1438 del Código Civil, referido al régimen de separación de bienes, expresa: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos" (27). Esta norma permite que los esposos pacten otra solución, cuestión que no se encuentra admitida en el régimen argentino (art. 454). En idéntico sentido, el art. 214 del Código francés (aplicable cualquiera sea el régimen patrimonial elegido por los esposos) dispone que, si las convenciones matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, estos aportarán en proporción a sus respectivos recursos (facultés).

Otros antecedentes del derecho regional siguen el principio de proporcionalidad, por ejemplo, el Código de Paraguay en el art. 8 ("Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar y a solventar las necesidades de alimentación y educación de los hijos comunes, y de las de uniones anteriores que viviesen con ellos. Esta contribución será proporcional a sus respectivos ingresos, beneficios o rentas"); el Código de Familia de El Salvador en su art. 38 (los gastos de familia deben ser sufragados "en proporción a sus recursos económicos de los cónyuges"), la legislación chilena en su art. 134 ("El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie").

En Argentina, no obstante el silencio normativo, doctrina y jurisprudencia sostuvieron la misma solución producto de una hermenéutica integradora que conjuga normas constitucionales con el derecho reglamentario relativo al régimen matrimonial patrimonial del Código Civil y al ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 198, 265, 1300 CC y art. 75, inc. 22 CN) (28).

La obligación de contribuir no queda librada a la voluntad o capricho de los cónyuges; si uno de ellos no cumple, el otro puede demandarlo judicialmente para obtener la prestación. La fórmula legal tiene un alto valor pedagógico, pues deja en claro la forma de proceder y procura asegurar la efectividad de las obligaciones que ella establece. Interpuesta la demanda, el juez puede recurrir a las más amplias facultades para su concreción: disponer las medidas cautelares que estime convenientes, aplicar sanciones conminatorias de carácter pecuniario a los fines de la observancia del mandato judicial (art. 804), aplicar las medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria (arts. 550 al 553), etc.

Otra importante novedad se refiere a la consideración del trabajo doméstico como aporte al sostenimiento del hogar.

Puede observarse aquí cómo el postulado solidario atraviesa toda la reforma en procura de la protección de la igualdad real de los cónyuges y la consideración de las personas más vulnerables del grupo familiar, sin desprestigiar que, desde el punto de vista monetario, el trabajo doméstico importa un "ahorro de un gasto", ya que las tareas hogareñas realizadas por uno de los cónyuges evitan la erogación dineraria que significaría la contratación de un servicio sustitutivo rentado (29).

Es una norma valiosa porque si bien es cierto que, en la sociedad contemporánea, la redistribución de los roles familiares no permite localizar el trabajo doméstico exclusivamente en la mujer, no puede negarse que todavía es frecuente que ella permanezca más tiempo alejada del mercado laboral para cuidar de los hijos y que las decisiones concernientes a la distribución del trabajo durante el matrimonio la tornen particularmente vulnerable (30).

En cuanto a su contenido, el deber de contribuir se encuentra limitado a los siguientes rubros.

4.2.1.1. Sostenimiento recíproco de los cónyuges.

La obligación de ambos abarca los gastos para su sostenimiento recíproco. Ello es natural, pues si obran en función de esa comunidad de vida que supone el matrimonio, ambos proveerán su sustento. Ciertamente, durante la convivencia, "alimentos" como deber jurídico y "deber de sostenimiento recíproco" interactúan y no es fácil trazar un contorno nítido entre ambos.

4.2.1.2. Los gastos del hogar.

El concepto comprende todos los gastos requeridos para el desarrollo pleno del grupo familiar (salud, vivienda, servicios, mobiliario, conservación de los bienes, etc.), no solo aquellos necesarios para la subsistencia, sino también los que tengan como finalidad hacer comfortable la vida familiar; por ejemplo, las erogaciones que conlleva el acondicionamiento e instalación de la vivienda, los desembolsos realizados durante las vacaciones o el tiempo libre, etc. Sin embargo, la composición y extensión de estos rubros depende en gran medida del nivel de vida de la familia fijado por los cónyuges y de la finalidad eminentemente familiar del gasto.

4.2.1.3. El sostenimiento de los hijos.

La obligación de contribuir incluye todo lo necesario para dar cumplimiento al deber alimentario derivado de la responsabilidad parental consagrado en el título VII.

El [art. 658](#) establece como regla general que: "Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos" y el [art. 659](#) delimita el contenido de la obligación de alimentos, que "comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio".

No solo se refiere a los hijos comunes del matrimonio; también contiene el sostenimiento de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapaces de uno u otro cónyuge que componen el grupo familiar conviviente, en completa sintonía con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ([art. 2](#)) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ([art.17.5](#)). En esta línea, el [art. 676](#) consagra el deber alimentario del progenitor afín respecto del hijo afín, dejando en claro el carácter subsidiario de este deber, (31) cuestión que denota la preocupación por evitar el abuso del derecho y consolidar la responsabilidad alimentaria del progenitor no conviviente. La valiosa propuesta arroja luz a diferentes cuestiones relacionadas con la responsabilidad alimentaria, que durante largos años no habían encontrado una solución clara en la jurisprudencia (32).

Solo quedan excluidos -por razones de toda lógica, ya que se refiere a los "gastos del hogar común"- los alimentos debidos a los hijos de uno solo de los cónyuges aún menores de edad, incapaces o con capacidad restringida que no viven en el mismo hogar. La solución es razonable pues, aunque la idea sea tender a la protección del niño y el adolescente, resultaría un abuso obligar al progenitor afín a una prestación alimentaria cuando ni siquiera conoce al niño o no convive con él. 4.2.2. Protección de la vivienda familiar.

El nuevo régimen patrimonial del matrimonio mantiene el principio de gestión separada, con fundamento en la plena capacidad jurídica de ambos esposos; como regla, cada uno de los cónyuges administra y dispone todos los bienes que son de su titularidad.

Pero esta autonomía de gestión encuentra un importante límite cuando se procura realizar ciertos actos sobre la vivienda en la que habita el grupo familiar.

Puede decirse, sin temor a exagerar, que la protección de la vivienda en el nuevo derecho, integra un verdadero "sistema" tuitivo, que va más allá, incluso, de la vivienda de la familia y comprende la tutela del derecho a la vivienda de todas las personas frente a las acciones de terceros, de alguno de los miembros del mismo grupo familiar o del propio titular del inmueble, que pudieran perjudicar u obstaculizar el pleno goce del derecho reconocido (art. 244 y ss.; arts. 443, [456](#), 522, 526). Este sistema de garantías "cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional, donde los estándares de reconocimiento han experimentado en las últimas décadas un considerable desarrollo" (33).

Recordemos que la ley 17.711 impuso una restricción al poder de disposición de cualquiera de los esposos y exigió el asentimiento del cónyuge no titular para la realización de ciertos actos de disposición o gravamen de los bienes (34).

El [artículo 1277](#) respondió a dos fundamentos diferentes.

(i) En su primera parte pretendió proteger el derecho (en expectativa) de cada uno de los cónyuges sobre los bienes de titularidad del otro, pues exigió el asentimiento para disponer o gravar los bienes de mayor entidad económica (35).

(ii) En la segunda parte supuso una restricción al poder de disposición del titular dominial del bien en protección del interés familiar, (36) lo que evidenció una clara tensión entre el derecho de propiedad y el derecho habitacional del grupo (37). Comprendió únicamente a la vivienda sede del hogar conyugal, operando como un supuesto de indisponibilidad relativa del inmueble, al exigir el asentimiento del cónyuge no titular para disponerlo o gravarlo. La norma exigía que el inmueble estuviera habitado por hijos menores o incapaces; la protección se extendía después de disuelta la sociedad conyugal y con independencia de que se trate de un bien propio o ganancial, así como de la eventual imputación y valoración de culpas en la crisis matrimonial.

La doctrina criticó esta redacción: sostuvo que dejaba la verdadera protección a mitad de camino en tanto solo operaba a modo de "garantía relativa," pues si se autorizaba la venta y en tanto el disponente no tenía obligación de adquirir otro inmueble que cumpliera el mismo fin, podía dejar a su grupo familiar sin techo. Por otro lado, y como no se trataba de un supuesto de inejecutabilidad del inmueble, nada impedía que su titular contraiga deudas y que los acreedores lo ejecuten quedando desdibujada la protección dispensada.³⁸ También se cuestionó la limitación de la garantía a la existencia de hijos menores o incapaces que habiten el hogar, y la falta de protección de los bienes muebles indispensables.

El Código Civil y Comercial supera las críticas y deficiencias. Examinemos los aspectos centrales de la reforma.

(i) La protección se organiza dentro de las disposiciones comunes a ambos regímenes, de modo que no solo tutela la vivienda "ganancial" o "propia", sino también la vivienda "personal" de cualquiera de los

cónyuges que se encuentren casados bajo régimen de separación de bienes, y se extiende también a la vivienda alquilada.

(ii) Se tutela la "vivienda familiar", fórmula más precisa que la de "vivienda común" utilizada por los proyectos anteriores y que había sido cuestionada por su indefinición (39).

(iii) El asentimiento se exige para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar. De esta manera, se encuentra prohibido cualquier acto que implique atentar, de cualquier forma, contra el pacífico goce del alojamiento de la familia, (40) sea mediante el ejercicio de derechos reales, sea mediante el ejercicio de derechos personales. Quedan comprendidas la venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, como también la locación, comodato, etc (41). (iv) Se protege a la vivienda familiar, haya o no hijos menores o incapaces que habiten en ella. Ello es correcto, pues los principios constitucionales que gobiernan el derecho matrimonial, el respeto por la dignidad de las personas y el pluralismo, imponen la protección de los derechos humanos de todas las personas, con independencia de que constituyan una familia integrada solo por la pareja matrimonial o que en esa familia haya también hijos menores o incapaces.

(v) El acto realizado sin el asentimiento es nulo. La nulidad puede plantearse dentro un plazo máximo, que funciona como plazo de caducidad, reducido a seis meses (42). El dies a quo puede operar (a) desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto de disposición; (b) no más allá de la fecha de la extinción del régimen matrimonial.

(vi) La protección de la vivienda familiar prevista en el artículo es tan extensa que comprende también la imposibilidad de ser ejecutada por deudas posteriores a la celebración del matrimonio, siempre que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno con la conformidad del otro.

Con acierto, la fórmula empleada reemplaza la del proyecto de 1993 que utilizaba la expresión "La vivienda común no puede ser embargada...". De este modo, se deja en claro que lo que se limita es la posibilidad de ejecución del inmueble por los acreedores de uno solo de los cónyuges, a fin de evitar que, mediante la contracción de deudas -reales o simuladas-, el propietario de la vivienda la comprometa sin intervención del otro cónyuge (43). La solución resuelve definitivamente el problema que se había planteado en razón de los intentos de consagración normativa de la inembargabilidad de la vivienda única en las jurisdicciones provinciales, como el realizado por la Constitución de la provincia de Córdoba ([art. 58](#)) (44). Recuérdese que esta norma junto a la de la ley provincial 8067, que dispuso la inscripción automática como bien de familia de la vivienda única que cumpla con las condiciones que fija [la ley nacional 14.394](#), fue declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal provincial,(45) en un pronunciamiento que acató la jurisprudencia de la Corte Nacional (46).

(vii) La tutela se completa con la prohibición impuesta a los cónyuges por el artículo 459: si bien se los autoriza a darse poder para ser representado por el otro en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial les atribuye, les prohíbe otorgarse a sí mismos el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar.

4.2.3. La protección de los muebles no registrables.

Los bienes muebles que se encuentran en la vivienda, indispensables para la vida del hogar, sin los cuales no se permite el desarrollo de los proyectos personales de cada uno de los miembros de la familia, (47) se encuentran ahora expresamente protegidos.

El art. 456 establece que, para disponer de ellos o transportarlos fuera de la vivienda, se requiere el asentimiento.

¿Qué bienes muebles están protegidos? La doctrina entiende que la norma se refiere a aquellos muebles que se pueden equiparar a los considerados inembargables.⁴⁸ Son los que se caracterizan por su destino accesorio y vinculado a la vivienda familiar, debiendo existir una adecuación razonable entre vivienda y mobiliario en función de las necesidades de la familia, las que serán valoradas por el juez, en cada caso, según las circunstancias concretas.

La protección de los bienes muebles se encuentra, además, en el [art. 462](#), que tiene una doble finalidad: (a) reforzar la tutela de los muebles indispensables para el hogar y de los objetos destinados al uso personal de los cónyuges y (b) completar la protección de los terceros de buena fe respecto de los actos realizados con uno de los cónyuges en relación a cosas muebles. La norma dispone la validez de los actos celebrados por uno de los esposos respecto de los bienes muebles sobre los cuales el contratante ejerza individualmente la simple tenencia.

Se requiere: a) que el acto sea a título oneroso; b) que el tercero contratante sea de buena fe; c) que el cónyuge contratante detente la "tenencia" del bien, sin exigir la posesión, pues para el tercero no es fácil distinguir si existe o no animus domini por parte del cónyuge que realiza el acto.

En consecuencia, no serán válidos aquellos actos que recaen sobre bienes que, por su índole, el tercero no puede ignorar que son de uso común o que son del otro cónyuge porque son los empleados para su trabajo personal. Corresponderá, en el caso concreto, analizar si los bienes sobre los que se pretende contratar pueden ser catalogados dentro de estas excepciones, conjugando los principios de seguridad jurídica en los negocios con el de la protección de los muebles de uso personal o del hogar.

De la misma forma que en el caso de la vivienda familiar, el cónyuge perjudicado puede solicitar la nulidad del acto dentro de un plazo de caducidad para la acción restringido a seis meses de haber tomado conocimiento del acto, pero no más allá del cese del régimen patrimonial matrimonial (arts. 456 y 462).

4.2.4. El asentimiento exigido.

A fin de eliminar dudas sobre el alcance del requisito legal del asentimiento, aplicable a todas las disposiciones que se refieren a él en el régimen patrimonial del matrimonio (arts. 456, 470, 505), el [artículo 457](#) establece que el asentimiento debe darse para cada acto en particular, con identificación no solo del acto sino también de sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etc.).

Recordemos que el asentimiento es una declaración unilateral de voluntad, por medio de la cual el cónyuge no titular del bien presta su "conformidad" (49) para que el titular realice un acto de disposición que implica una afectación o compromiso de los derechos que tiene sobre ese bien.

Su otorgamiento no compromete el principio de administración separada, pues no hay co-disposición, sino que opera como "condición jurídica para la validez".⁽⁵⁰⁾ El único que presta el consentimiento, como exteriorización de la voluntad indispensable en la celebración de todo acto jurídico, es el vendedor. Lo contrario importaría dar al no titular el carácter de condómino ⁽⁵¹⁾.

La norma no expresa la forma en que debe prestarse el asentimiento; puede realizarse del modo que el interesado considere conveniente: sea por instrumento público o privado, sea verbalmente o por signos inequívocos,(52) aunque en este último caso se puede plantear el problema de la prueba si el cónyuge que debió prestarlo lo desconociese después.

El asentimiento exigido por la ley puede prestarse con anterioridad al acto, en el momento del mismo, o luego de realizado -supuesto que implica una confirmación del negocio celebrado sin el requisito legal que, por la omisión, estaba sujeto a una acción de nulidad-.

Si se ha brindado en forma anticipada, estará supeditado a que se mantenga su vigencia en el momento de otorgarse el acto; esto es, que no haya sido revocado, (53) que el cónyuge que lo otorgó no hubiere fallecido o caído en incapacidad, y que no haya expirado el plazo si fue así condicionado (54).

En conclusión, el asentimiento requerido, tal como en el sistema vigente, se caracteriza por ser unilateral, siendo única parte el cónyuge no titular; no formal, siempre que el negocio para el cual se otorga también lo sea; en especial, no cabe asentimiento anticipado general que cubra todos los actos futuros, revocable hasta la celebración del negocio para el que fue otorgado; anterior o posterior a la celebración del acto a que se refiere y, sustituible por vía judicial (55).

El [art. 458](#) prevé la posibilidad de solicitar la autorización judicial o venia supletoria para ciertos casos en los que es imposible obtener el asentimiento o cuando existe negativa injustificada por parte del cónyuge que debe prestarlo. Se trata de una herramienta necesaria para evitar una injusta obstaculización de los actos de administración y disposición de los bienes de cada uno de los cónyuges.

Si la acción se intenta debido a la negativa del cónyuge no titular, el juez debe examinar que el acto no resulte lesivo para el interés de la familia; se defiere al magistrado el control de mérito del acto de disposición (56). ¿En qué consiste este interés familiar invocado por el art. 458 CCyC? Para valorarlo, el juez deberá despojarse de dogmas, preconceptos y abstracciones, pues no puede considerarse independiente del interés de las personas que integran la familia. Se identificará o confundirá con el de alguno de ellos y como concepto jurídico indeterminado, en cada caso, deberá surgir de un balance de los intereses en juego confrontados con la prohibición del abuso del derecho y con el requisito de la solidaridad que debe regir las relaciones familiares (57).

La acción también podría intentarse por el tercero contratante; se ha discutido si debe ejercer la vía subrogatoria o si está facultado para interponer una acción directa contra el no titular para que preste el asentimiento o sea suplido por el juez. Para un sector de la doctrina, no cabe otra posibilidad que la subrogación en los derechos de su deudor (cónyuge disponente sin el asentimiento), sea porque no ejercita el derecho de requerir la autorización judicial supletoria, sea porque, no obstante haberla iniciado, es negligente para continuarla. (58) En cambio, otros ven posible que el tercero ejerza una acción directa, sin necesidad de subrogación, ya que la ley no limita el ejercicio de la acción al cónyuge propietario (59).

El sistema vigente innova y ofrece una posible solución para evitar el problema, porque el asentimiento no solo es exigido para los actos de disposición, sino también para las promesas de esos actos, supuesto que comprende al boleto de compraventa (art. 470). Si bien esta norma se encuentra en el Capítulo relativo al régimen de comunidad, en virtud de la trascendencia de los actos de disposición de derechos sobre la vivienda, parece razonable entenderla aplicable también a estos casos (sea el inmueble ganancial, sea propio o personal).

4.2.5. Restricciones al mandato.

El artículo 459 del Código autoriza a uno de los cónyuges a dar poder a otro para "representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456". En consecuencia, este núcleo duro, inderogable durante la vida matrimonial, se integra con la posibilidad de los esposos de otorgarse recíprocamente mandato.

El reconocimiento de este derecho encuentra un límite insalvable: del mismo modo que el proyecto del 1993, prohíbe dar mandato al cónyuge cuando el encargo consiste en que el mandatario se dé a sí mismo el asentimiento, aunque en aquel proyecto la interdicción se extendía a todos los supuestos que requerían tal conformidad, mientras en el nuevo Código, la exclusión se limita al acuerdo del no titular para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles a que hace referencia el art. 456.

Establece expresamente que la facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones, (60) es decir, impide a los cónyuges establecer prohibiciones que cercenen la facultad de dejar sin efecto el encargo otorgado, en consonancia con la doctrina -que consideró que el mandato entre cónyuges debía ser esencialmente revocable (61)- y con el antecedente del artículo 218 del Código Civil francés. Lo contrario implicaría autorizar una modificación del régimen patrimonial, no admitida en este sistema, que solo faculta al cambio por otro régimen, pero no su alteración (62).

4.2.6. Responsabilidad solidaria por las deudas para el sostenimiento del hogar.

El Código Civil y Comercial mantiene la vieja distinción entre los dos componentes del pasivo del régimen patrimonial matrimonial: a) la cuestión de la responsabilidad frente a terceros (cuestión de la obligación o pasivo provisorio), aplicable cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial vigente (art. 461); y b) la cuestión de la contribución en la deuda, prevista solo en relación con el régimen de comunidad, definida por las cargas de la comunidad (art. 489) y las obligaciones personales (art. 490).

En lo referente a la responsabilidad frente a terceros, expresa un principio y dos excepciones.

Como principio, reitera la regla sentada en el año 1926 por [el art. 5 de la ley 11.357](#) y, en consecuencia, cada uno de los cónyuges responde por las obligaciones por él contraídas con sus bienes: ninguno de ellos debe hacer frente a las deudas asumidas por el otro.

Esta regla expresada en las disposiciones comunes (art. 461) se reitera en la regulación de los dos regímenes patrimoniales admitidos. En la comunidad de ganancias, el [art. 467](#) dispone: "Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos"; en el régimen de separación de bienes, el [art. 505](#) establece que "cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas excepto lo dispuesto en el artículo 461".

En consecuencia, lo relevante a los efectos de establecer con qué patrimonio se responde frente a los acreedores es la titularidad del bien, y tratándose de bienes registrables, la inscripción registral. (63) Como lógica consecuencia de este principio, el cónyuge no titular de un bien ganancial no puede impedir que el mismo sea ejecutado por los acreedores del titular.

Definida la regla, veamos ahora las excepciones.

Con buena técnica, igual que los proyectos anteriores, (64) se aborda esta cuestión dentro de las disposiciones comunes a ambos regímenes y, por tanto, su normativa es inderogable por voluntad de los esposos.

Se consagra la responsabilidad solidaria para responder por las deudas contraídas para satisfacer: a) las necesidades ordinarias del hogar; b) el sostenimiento y educación de los hijos. Se trata de la otra arista de la obligación de contribuir al sostén alimentario de la familia explicitada al comentar el art.455.

El sistema estipula un supuesto de solidaridad legal (65) pasiva; en consecuencia, el acreedor puede exigir a cualquier codeudor (cónyuge) el cumplimiento íntegro de la prestación. La nota que caracteriza este tipo de obligaciones anida en la estructura del vínculo jurídico, que hace surgir una suerte de frente común de deudores. (66) Cada deudor responde por la totalidad de la deuda como si fuera único, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren corresponderle contra los demás codeudores. Se trata de obligaciones con unidad de objeto y causa fuente (67).

Esta solidaridad pasiva legal de los cónyuges tiene un doble propósito. Por un lado, proteger al acreedor para asegurarle el cobro de su crédito -conforme el [art. 833 CCyC](#), ese tercero tiene derecho a requerir el pago a uno o a ambos simultánea o sucesivamente-, confiriendo a cada uno de los cónyuges igual derecho a pagar la totalidad de la deuda. Por el otro, conforme a un criterio de justicia y equidad, ya no hace recaer el mayor peso de la responsabilidad solo sobre el cónyuge que ha contraído la deuda ([art 6. ley 11.357](#)); ambos pueden ser demandados por el cumplimiento de la obligación y ambos responden con todo su patrimonio, sin limitaciones.

En razón de tratarse de obligaciones solidarias, para hacerlas extensivas al que no contrajo la deuda, el acreedor debe necesariamente haber accionado en su contra; de lo contrario, se vulneraría el derecho de defensa del no contratante.

Como la responsabilidad solidaria es de carácter excepcional, la enumeración legal de los supuestos a los que resulta aplicable es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de la razonable flexibilidad en la comprensión de cada categoría).

(i) El concepto de "necesidades de hogar" es siempre relativo a la realidad de cada grupo familiar; comprende todos los gastos requeridos para el pleno desarrollo de los miembros del grupo familiar, las erogaciones ordinarias del hogar y de los cónyuges e hijos: compra de comestibles, ropas para unos y otros, asistencia médica, hospitalaria, mobiliario doméstico, primas de seguros que cubren enfermedades o accidentes, salarios del personal de casa de familia, etc.

Abarca todos los gastos en que incurran los cónyuges para sí y para sus hijos, sin importar si los beneficiarios son los hijos comunes o del otro, caso en que se trata de una "familia ensamblada". Lo que cualifica la obligación como solidaria es el dato de la convivencia en el hogar (68). Como se ha anticipado, esta disposición encuentra consonancia con el deber de contribuir a los gastos del hogar, que abarca todos los gastos que insume la convivencia (art. 455).

La solidaridad solo tiene lugar cuando la deuda fue contraída para responder a necesidades "ordinarias". La fórmula utilizada limita la responsabilidad del otro cónyuge solo a los gastos que guarden relación con el nivel de vida que lleva la familia; se excluyen los gastos suntuosos o de lujo, frente a los cuales solo responde aquel que ha tomado la deuda (69). La valoración de las deudas comprendidas debería ser realizada en forma cuidadosa y siguiendo una pauta de interpretación estricta para evitar que la excepción termine transformándose en regla y se desdibuje el mentado principio de separación de responsabilidades.

(ii) La responsabilidad solidaria comprende también las deudas contraídas para el sostenimiento y educación tanto de los hijos comunes del matrimonio como de los no comunes que convivan con ellos, siempre que sean menores de edad; en caso de que sean mayores, que sean personas con

discapacidad o con capacidad restringida (70). En cambio, no se extiende a los gastos realizados para el sostenimiento del hijo de uno de los esposos que no convive con ellos. Insisto: además de la relación familiar, debe existir convivencia dentro del mismo domicilio que justifique la extensión de responsabilidad al cónyuge que no contrató (71).

La regla no contraría la vigencia del principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria del padre afín (art. 676). El padre biológico, primer obligado alimentario en razón de la responsabilidad parental, será demandado solo si contrajo la deuda. Si no contrajo la deuda, porque quien celebró el negocio fue el progenitor con quien el hijo convive, el progenitor biológico no podrá ser demandado pues carece de legitimación pasiva para ello; en cambio, sí podrá serlo el progenitor afín, quien será responsable solidario por esa deuda en virtud de lo dispuesto por el art. 461. En este caso, si el acreedor lo demanda y ejecuta, siempre tendrá la acción de repetición frente al padre biológico pues, como se ha dicho, la obligación alimentaria del progenitor afín es de naturaleza subsidiaria.

Conforme los principios propios de la solidaridad, el cónyuge que ha pagado la deuda originada en la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar o de la educación de los hijos podría ejercer, respecto del coobligado, la acción de regreso o recursoria (72) para obtener una contribución acorde con las posibilidades de cada uno.

La acción de regreso está prevista en el [art. 840 CCyC](#), que establece: "El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda". En el caso de las deudas comunes de los cónyuges, la participación no es otra que la debida de conformidad con lo dispuesto por el art. 455, es decir, en proporción a los recursos, cuestión que exigirá indagar sobre las relaciones internas y las posibilidades de cada uno de ellos (73).

Es cierto que, tratándose de un matrimonio sujeto al régimen de comunidad, resulta bastante difícil pensar en el ejercicio de una acción de esta naturaleza, máxime porque si se produce la fractura conyugal y, con ella, el divorcio, en definitiva estas deudas serán cargas de la comunidad (art. 489, incs. 1 y 2). No obstante, puede resultar una herramienta útil en los casos de matrimonios que viven bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, que no comparten "deudas comunes", ni están sujetos al régimen de recompensa al momento de la liquidación. Para el ejercicio de la acción, se aplican los principios generales de la prescripción de las obligaciones, en cuanto a la suspensión de su curso y al cómputo de los plazos (74).

5. Conclusiones.

El nuevo Código Civil y Comercial concreta el viejo anhelo de una buena parte del mundo jurídico contemporáneo argentino, el abandono del régimen patrimonial matrimonial imperativo y forzoso que, en algún sentido, ha caído en una suerte de "de inconstitucionalidad sobreviniente": si bien nació perfectamente válido, posee disposiciones que han dejado de responder al paradigma constitucional vigente y conllevan una intromisión arbitraria en la vida de las personas. Las modificaciones en las circunstancias sociales e históricas, y en las valoraciones de la comunidad argentina, provocaron cambios tan sustanciales que este régimen se ha tornado anacrónico y ha perdido "razonabilidad," en tanto insiste en sostener artificialmente modelos desmentidos a diarios por una cotidianeidad que la desborda.

La propuesta advierte que la realidad social no es uniforme ni única, sino que en ella coexisten diversidad de proyectos familiares, diversidad de ingresos y de educación, matrimonios en segundas nupcias, matrimonios de personas del mismo sexo, etc., a los que el orden jurídico debe responder más

que con una solución estereotipada, con una oferta normativa que respete la especificidad y las necesidades de cada uno.

Pero esta autonomía no puede permitir conductas abusivas, el fraude, o el perjuicio al otro, ni autoriza actitudes egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas del matrimonio, y la necesaria cooperación y solidaridad que es el sustento de la institución. Por ello, la propuesta consagra el conjunto de garantías mínimas que hemos estudiado en este breve trabajo.

Todo ello, sin perder la enorme fe ni el compromiso con el ejercicio de la libertad; ya lo decía el gran jurista italiano Francesco Santoro -Pasarelli a quien vale recordar: "He aquí el sentido de mis enseñanzas. Una gran fe, compartida con el ordenamiento, en la libertad del hombre, con todos los inconvenientes, con todos los precios que se deben pagar por la libertad. Quisiera dejar esta fe en la libertad, como última palabra a aquellos que están dispuestos a sentir esa inspiración profunda" (75).

Notas al pie.

(1) Doctora en Derecho. Investigadora Universidad Nacional de Cuyo (UNC). Docente del Doctorado en Derecho y de la Magistratura en Gestión Judicial (ambos posgrados en UNC). Miembro designado por la Comisión de Reformas del Código Civil para la reforma del derecho familiar. Abogada en ejercicio de la matrícula.

(2) La imperatividad del régimen vigente surgía con toda claridad de los arts. 1218 y 1219 del Código Civil que respondieron a la estimación que el codificador realizó sobre la necesidad de asegurar los fines éticos y morales de la familia, de evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros, de garantizar la protección de la mujer (parte débil de la relación) y de los terceros. Las razones dadas al elegir este régimen patrimonial y no otro fueron suficientemente explicadas en su extensa nota al Título II "De la sociedad conyugal", Libro II, Sección III del Código Civil. Se lee: "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 solo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros". La rigurosidad del sistema se completó con la prohibición impuesta a los esposos de celebrar algunos de los contratos de mayor trascendencia dentro de la vida económica de la sociedad -tal el caso de la compraventa, la cesión de créditos, la permuta, la donación, etc-, así como con el establecimiento de pautas legales para la calificación de los bienes, sin que los esposos tengan facultad alguna para disponer en contrario (ver CSJ SANTA FE, "C., R. v. A., M", 05/09/2006, Doc. Jud. 2007-1-).

(3) CAPEL. CIV. Y COM. 5A NOM., "D., A. D", 25/03/2008: "Nuestro Código Civil ha adoptado el régimen de comunidad, el cual se caracteriza por la formación de una masa común de bienes que se dividen entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen, este régimen de comunidad se distingue del de participación, en el cual, surge un crédito de uno de los cónyuges contra el otro, cuyo fin es igualar su patrimonios o los aumentos de estos operados durante la vigencia del régimen".

(4) Sin perjuicio de los cambios relevantes relativos a la cuestión de la gestión que reflejan la preocupación por la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer (leyes 11.357; 17.711 y 25.781).

(5) Eduardo Roveda considera "saludable" la incorporación de estas normas dentro del libro correspondiente a las relaciones de familia. Para ampliar, ver ROVEDA, EDUARDO, "El régimen patrimonial del matrimonio", en Rivera (dir.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p.314.

(6) Resulta llamativo desde el punto de vista lógico, que no obstante el carácter imperativo de la sociedad conyugal, Vélez la haya regulado en el Título de los Contratos, pues si hay un área donde prima la libertad y la autonomía es precisamente en esta.

(7) Ver FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO, Régimen de bienes del matrimonio, Bs. As., La Ley, 2001, p. 12.

(8) Ver PECES BARBA, GREGORIO et. al.; Curso de derechos fundamentales Teoría general, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 261 y ss.

(9) Ver MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2006, p. 287.

(10) Ver BASSET, ÚRSULA, Calificación de los bienes en la sociedad conyugal, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 363.

(11) Se ha sostenido con acierto la existencia de una íntima relación entre solidaridad familiar y seguridad económica, ya que esta será en definitiva la vía que permitirá hacer posible la satisfacción de las necesidades de sus miembros. Al respecto, Kemelmajer de Carlucci recuerda que en el 5º Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Bruselas en junio de 1985, organizado por la Universidad Católica de Lovaina y cuyo tema central fue "Familia, Estado y Seguridad económica del individuo", se advirtió la tendencia legislativa hacia una familia que sirva para la realización de la seguridad económica humana -por ejemplo, la atribución de vivienda en los momentos de crisis al "sujeto débil", el mantenimiento de la obligación alimentaria al hijo económicamente dependiente, el mantenimiento de relaciones patrimoniales de naturaleza asistencial después del divorcio, etcétera-. Para ampliar, ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, Protección Jurídica de la vivienda Familiar, Bs. As., Hammurabi, 1995, p. 34 y ss.

(12) Ver HERNÁNDEZ, LIDIA, "Fraude al Cónyuge", en Adriana Krasnow (dir.), Relaciones patrimoniales, Bs. As., Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, p. 286.

(13) Ver Fundamentos elaborados por la Comisión creada por decreto 191/11.

(14) Ver artículo 2.14, Anexo II, de la Ley de Aprobación y Derogaciones que sustituye el artículo 27 de la ley 19.550.

(15) Ver GIMÉNEZ, JORGE O., Cuestiones patrimoniales del matrimonio, 3ª edición actualizada, Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 2009, p. 36.

(16) El art. 1321 CC español dice: "podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos".

(17) DIEZ PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol. IV, 8ª edición, Madrid, 2001, p. 140.

(18) BASSET ÚRSULA, "Modificaciones al régimen económico del Matrimonio en el Proyecto", en Revista Derecho Privado y Comunitario, 2012. - 2 Proyecto de Código Civil y Comercial, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2012, p. 521.

(19) Ver Reformas al Código Civil, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 46.

(20) Esta idea se encuentra reflejada en el Código Civil francés, cuyo artículo 216 (ref. 1965) explicita el principio de plena capacidad jurídica, aunque reconoce que los derechos de los cónyuges pueden ser limitados por efecto del régimen matrimonial o las disposiciones generales (dice su texto: "Chaque époux a la pleine capacité de droit ; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre"). Ver también MÉNDEZ COSTA, MA. JOSEFA, "Límites a la autonomía de la voluntad en las legislaciones de régimen matrimonial optativo", RDF 13 1998, 139.

(21) En este sentido, ver LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Bs. As., ED. Universidad, 2009, p. 116.

(22) Como anticipé más arriba, Díez Picazo y Gullón prefieren hablar de "disposiciones generales y no de régimen primario, denominación que consideran equívoca, pues en puridad, no existe un régimen que sea simple y que se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos" (ver DÍEZ PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 140). En el mismo sentido, ver GUTIÉRREZ BARRENENGOA, La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales; Madrid, 2 Dykinson SL, 2002, p. 132. Para la autora, esas disposiciones no constituyen por sí mismas fuente suficiente de regulación de relaciones pecuniarias entre cónyuges, sin perjuicio de que se trate de una serie de normas de las que puede admitirse su carácter primario, dada la entidad de las materias que regulan y en tanto se refieren a cuestiones elementales para toda convivencia.

(23) Ver HERNÁNDEZ, LIDIA BEATRIZ, "El régimen patrimonial del matrimonio, el rol de la autonomía de la voluntad", en Rev. Derecho Privado y Comunitario 2008- 2. Sociedad Conyugal II, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 13.

(24) Ver SIMÓ SANTOJA, VICENTE, Compendio de regímenes matrimoniales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 16.

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "Autorregulación de las relaciones patrimoniales", en Derecho patrimonial de familia, Córdoba, Alberoni, 2000, p. 156. La jurista nos ilustra sobre el valor del análisis comparado: "Se dice que en esta materia el derecho comparado no ayuda, hay que estar a las propias tradiciones. No coincidimos con esta regla. Estar exclusivamente a las tradiciones puede indicar un inmovilismo nefasto; si nos hubiésemos atendido estrictamente a ellas, Argentina no hubiera dictado una ley de matrimonio civil, una de las que más favoreció la consolidación de la familia argentina".

(26) Ver FANZOLATO, EDUARDO; "El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el Mercosur", en Grosman (dir), Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, p. 139 y ss. Ver también PAIDAL ALBÁS, ADORACIÓN, La obligación de alimentos entre parientes, Barcelona, J M Bosch editor, 1997, p. 28, RIBERA BLANES, BERGOÑA; La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, Valencia, Tirant lo Blanch, "colección privado" 12, 2004, pp. 23/26.

(27) Para ampliar, ver RIBERA BLANES, BERGOÑA, op. cit., p. 54.

(28) Ver FANZOLATO, EDUARDO, op. cit., p. 139 y ss.

(29) El valor del trabajo doméstico como aporte fue estudiado por Iñigo en relación a la distribución de los bienes generados durante la unión convivencial. La jurista desarrolló nociones de utilidad para aplicar en el caso del matrimonio. Para ampliar, ver IÑIGO, DELIA, "La distribución de los bienes generados durante la convivencia", en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.), Marisa Herrera (coord.), La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia Grosman, T I, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2009, p. 240.

(30) Ver BASSET, ÚRSULA, Calificación de los bienes en la sociedad conyugal, op. cit., p. 359.

(31) El art. 676 dice: "La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

(32) Esta disposición ha sido aplaudida por la doctrina, ver entre otros, PITRAU, OSVALDO F., "Alimentos y prestaciones compensatorias en el proyecto 2012", en Revista DPyC, 2012-2-539.

(33) PISSARELLO, GERARDO, Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuado como derecho exigible; Barcelona, Icaria, 2003, p. 76. Su tutela está expresamente reconocida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cuando garantiza "la defensa del bien de familia y el acceso a la vivienda digna", como también en una pluralidad de instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (arts. 16 y 25); La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e III); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, inc. h). La Convención de los Derechos del Niño parte del presupuesto de la garantía de un hábitat donde desarrollarse integralmente.

(34) Sobre las restricciones al poder dispositivo de los cónyuges, ver ZANNONI, EDUARDO; Derecho Civil. Derecho de Familia T I, Bs. As., Astrea, 2006, p. 607 y ss.; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL H., Derecho de Familia, T II, Bs. As., Rubinzal- Culzoni, 2001, p. 195 y ss; BELLUSCIO AUGUSTO, Manual de derecho de familia, Bs. As., Abeledo Perrot, 2011, p. 471 y ss.

(35) Esta restricción al poder de disposición tuvo por finalidad la protección de los derechos patrimoniales del cónyuge no titular del bien, previniéndolo de los actos de disposición del propietario que puedan vulnerar los derechos en expectativa que posee respecto de los bienes de propiedad del otro. Además de su función tuitiva de los derechos patrimoniales, es interesante su función pedagógica, pues ha servido para afianzar la idea de que el régimen patrimonial matrimonial argentino se asienta sobre los pilares de igualdad de los derechos económicos de ambos esposos, así como también para favorecer la toma de conciencia por parte de la mujer de su propio estatus jurídico. No se desconoce que también se han planteado fuertes críticas a esta exigencia, argumentado por ejemplo, que se basa en una presunción de fraude como regla en las relaciones jurídicas entre los cónyuges, lo que no puede admitirse como comportamiento habitual: "que algún marido haya defraudado a la mujer abusando de sus facultades administrativas, no puede ser argumento para justificar una norma que entorpece los negocios" (ver VIDAL TAQUINI, CARLOS, Régimen de bienes en el matrimonio, 3º ed. actualizada, Bs. As., Astrea, 1987, p. 337).

(36) CNAC. APEL. CIV., Sala F, "V., C. G. c/M., C. F. s/liquidación de la sociedad conyugal", Causa N° 483.779 (Expte. N° 17.428/03), 28/12/2007, en eIDial AA4535.

(37) LEVY, LEA y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, "Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar", en Rev. Derecho privado y comunitario. Sociedad Conyugal II, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 381 y ss.

(38) Ver el análisis de LEVY, LEA y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, *ibid.*, p. 381 y ss.

(39) Ver MEDINA, GRACIELA, "Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del código civil", en LL 1999 E 1050.

(40) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, Protección jurídica de la vivienda familiar, *op. cit.*, p. 191; FANZOLATO, EDUARDO, *op. cit.*, p. 150.

(41) Para ampliar, ver MEDINA, GRACIELA, "Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil", en ED 184 - 1306.

(42) Este plazo es mayor en el Código Civil francés, que lo extiende a dos años a contar desde el día en que el cónyuge afectado hubiera tenido conocimiento del acto, no pudiendo exceder de los dos años desde la disolución de la comunidad.

43 Ver Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Bs. As., Astrea, 1993, p. 47; SAMBRIZZI, EDUARDO, Régimen de bienes en el matrimonio, Bs. As., La Ley, 2007, p. 403.

(44) El artículo 58 de la Constitución de Córdoba y su ley reglamentaria 8067 "reconoce un derecho social personal, en alguna medida ínsito e inalienable por su relación con la persona, que tiende a vincular necesariamente al inmueble que sirve de asiento a la vivienda con la finalidad que implica esta última. De este modo, el derecho constitucional da un paso más reconociendo no solamente la vinculación entre familia y su asiento patrimonial, sino entre la persona y su propia vivienda". Ver JUNYENT BAS, FRANCISCO; MIUÑO, ORLANDO M., Vivienda única. Inconstitucionalidad de las normas que declaran su inembargabilidad. Inecutabilidad o inmunidad de ejecución, Córdoba, Advocatus, 1995, p. 21.

(45) TSJ CÓRDOBA en Pleno, 26/10/2009, Revista Abeledo Perrot, Córdoba, T 1-2010, p. 29.

(46) CSJN, "Romero c/ Lema", 23/06/2009, Revista Foro de Córdoba, Córdoba, Advocatus, T 133-2009, p. 185.

(47) En el derecho comparado, el art. 1320 del Código Civil español dice: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial". Lacruz Berdejo con una interpretación amplia, sostuvo que no solo se encuentran comprendidos los actos de disposición en el sentido de enajenación, sino también los actos materiales que pueden implicar la destrucción de los muebles que amueblan la casa, sin importar que sean del cónyuge que los destruye, o incluso desplazarlos del lugar donde desempeñan su función. Ver LACRUZ BERDEJO, "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo", en Viladrich,

Pedro-Juan (coord.), Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, p. 28.

(48) MEDINA, GRACIELA, "Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil", ED 184 1306; MAZINGHI, JORGE, "La reforma en materia de familia", ED 184 1538.

(49) CNAC. APEL. CIV., Sala A, 30/07/1985, LL 1985-D-130.

(50) Ver ZANNONI, EDUARDO, Derecho Civil, Derecho de familia, T I, Bs. As., Astrea, 2006 p. 612.

(51) CNAC. APEL. CIV., Sala K, "D. A., L. R. v. D. A., A. C. y otros", 24/02/2012. Ver también CSJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, "Vuillermet, Paul Bernard v. Jovovic, Blas y ot. s/ cumplimiento de contrato. Escrituración", 08/06/2001.

(52) Ver SAMBRIZZI, EDUARDO, op. cit., p. 379. Ver también BELLUSCIO, AUGUSTO, op. cit., p. 467.

(53) CNAC. APEL. CIV, Sala E, 13.4.77 ED 73-472.

(54) Ver AZPIRI, JORGE, Régimen de bienes del matrimonio, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 139.

(55) Ver MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL H., Derecho de Familia, T II, op. cit., p 204 y ss.

(56) Ver ZANNONI, EDUARDO, op. cit., p. 632. En la jurisprudencia, ver CNAC. APEL. CIV., SALA F, "V., C. G. c/M., C. F. s/liquidación de la sociedad conyugal", 28/12/2007, Causa N° 483.779 (Expte. N° 17.428/03), eIDial AA4535.

(57) MIZRAHI, MAURICIO, Familia Matrimonio y divorcio, Bs. As., Astrea, 2006, p. 137.

(58) SAMBRIZZI, EDUARDO, op. cit., p 470; GUASTAVINO, ELÍAS, "Subrogación en acciones derivadas de la falta de asentimiento conyugal", en LL 151 967.

(59) BELLUSCIO, AUGUSTO, Manual de derecho de familia, op. cit., p. 473.

(60) Ver LORENZETTI, RICARDO, "Comentario al artículo 1977", en Alberto J. Bueres, (dir.), Elena Highton (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial T IV- D, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 308 y ss.

(61) MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA y D' ANTONIO, DANIEL H., op. cit., p. 239; VIDAL TAQUINI, CARLOS H; op. cit., §285.

(62) Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, op. cit., p. 48.

(63) CNAC. APEL. COM., en pleno, 19/08/1975, en LL 1975 - D, 70.

(64) MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA, Visión Jurisprudencial de la sociedad conyugal, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 1998, p. 40.

(65) Ver PIZARRO, DANIEL R., "Comentario al artículo 699 CC", en Alberto Bueres (dir.); Elena Highton (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Bs. As., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 657.

(66) El artículo 827 del Código Civil y Comercial dispone: "Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores". El artículo 828 agrega: "La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación".

(67) Ver PIZARRO, DANIEL R., op. cit.

(68) Para ampliar, ver Hernández, Lidia en Bueres, Alberto (dir.), Highton, Elena (coord.), Código Civil y normas complementarias, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 3 C, p. 161.

(69) El artículo 220 del Código Civil francés limita con mayor claridad las deudas alcanzadas. La norma actualmente vigente dice textualmente: "Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants: toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante. La redacción originaria fue modificada en el año 1985", [en línea] www.legifrance.gouv.fr, 18/04/2013.

(70) Si bien la redacción originaria se limitaba a los hijos comunes, una modificación posterior incluyó también el caso de los no comunes, siempre que reúnan las condiciones previstas en la norma.

(71) Ver AZPIRI, JORGE, Régimen de bienes en el matrimonio, op. cit., p. 176.

(72) El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda (ver art. 840 CCyC).

(73) Explica Pizarro, siguiendo a Maynz, que "la acción de regreso debe concederse no en forma absoluta mecánica, sino en la medida del interés común que liga a los codeudores solidarios; para ello es menester indagar cuáles han sido las relaciones internas entre los coobligados solidarios al pago. De esa investigación surgirá la existencia o inexistencia de la acción de regreso y su medida" (A mayor abundamiento, ver Pizarro, Ramón, en Alberto Bueres (dir.) y Elena Highton (coord.), Código Civil y normas complementarias, op. cit., p. 701.

(74) El nuevo Código mejora los textos del Código Civil. Los artículos implicados en el tema son: artículo 2543. Casos especiales. El curso de la prescripción se suspende: a) entre cónyuges, durante el matrimonio; artículo 2560. Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de CINCO (5) años, excepto que esté previsto uno diferente.

(75) Estas palabras, pronunciadas por el maestro italiano en una clase dictada en el año 1972, fueron recordadas por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Autorregulación de las relaciones patrimoniales", op. cit., p. 156.