

XVIII JORNADA NOTARIAL CORDOBESA
Córdoba, 30 y 31 de julio y 1º de agosto de 2015

Tema I: "Las donaciones en el Nuevo Código civil y Comercial de la Nación. Derechos Transitorios (caso de donación sujeta a aceptación posterior)"

Coordinador: Esc. Augusto Luis Piccón (Córdoba)

AUTORIDADES COMISION

Presidente: Esc. Augusto Luis PICCON (Córdoba)

Secretaria: Esc. María Gabriela DEL GIUDICE(Córdoba)

Secretaria: Esc. Teresa del Valle VARAS (La Rioja)

COMISION REDACTORA

Integrada por las autoridades de Comisión y los siguientes miembros:

Esc. María del Rosario MÉRIDA (Córdoba).

Esc. Paola Fernanda BIZZOTTO (Santa Fe).

Esc. Ingrid Giselle CASTIÑEIRA(Córdoba).

Esc. Gabriela SOSA (Córdoba).

Esc. Mónica Paola Mariana SOSA TEIJEIRO (Córdoba).

Esc. Gustavo Alberto RODOLFI (Córdoba).

Esc. Jorge Federico PANERO (Córdoba)

Esc. Antonio Alfredo IAPALUCCI

Esc. Cecilia Carmen BREGLIA

RELATORA:

Esc. Gabriela SOSA (Córdoba)

TRABAJOS Y PONENCIAS PRESENTADOS

1. Donación sujeta a aceptación posterior. Esc. María del Rosario MÉRIDA (Córdoba).
2. Aceptación de la donación en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Esc. Paola Fernanda BIZZOTTO (Santa Fe).
3. Oferta de donación: una oferta distinta. Esc. Augusto Luis PICCON (Córdoba).
4. Demos forma legal a la voluntad de donar. Esc. Augusto Luis PICCON (Córdoba).
5. Donación sujeta a aceptación posterior. Esc. Ingrid Giselle CASTIÑEIRA, Escr. Cecilia Carmen BREGLIA y Esc. Mariel Alejandra NAVARRO (Córdoba).
6. Oferta de donación y fallecimiento del donante bajo el régimen del Código Civil: su aceptación en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Esc. Gabriela S. SOSA (Córdoba).
7. El impacto de la revalorización de la autonomía de la voluntad en el contrato de donación y la actuación notarial. Esc. Mónica Paola Mariana SOSA TEIJEIRO (Córdoba).
8. Alcances del artículo 2459 del Código Civil y Comercial. Esc. Gustavo Alberto RODOLFI y Esteban BEPRÉ (Córdoba).

CONCLUSIONES

Tanto el Código de Vélez Sársfield como el nuevo Código Civil y comercial han establecido como uno de los contratos típicos (o sea detalladamente regulados) a la donación y le reconoce como no podía ser de otro modo, su necesaria existencia y ha establecido toda una regulación. Para ayudar a su interpretación, esta XVIII Jornada Notarial concluye:

Primero:

El ánimo de liberalidad es propio de la naturaleza humana, nos muestra el lado más trascendental del hombre.

Es deber del notario al dar forma legal, preservar esa voluntad, permitiendo y facilitando su realización.

La simulación de las donaciones bajo el ropaje de contratos onerosos y las supuestas subsanaciones de títulos que se cuestionan, afectan gravemente el orden jurídico y moral.

Lejos el notario debe estar de guiar al requirente a ocultar su verdadera voluntad, llevándolo al campo de la simulación. Porque el acto sigue teniendo los mismos efectos y consecuencias, solo que cubiertos por una manta de mentiras.

Resulta inadmisibles que el notario, depositario de la fe pública y hacedor de la seguridad jurídica preventiva, consienta el otorgamiento de actos que no se ajustan a la verdad ni responden a la voluntad de sus requirentes.

El Código Civil y Comercial define de manera precisa a la donación, en su naturaleza jurídica desde la perspectiva contractualista.

Se mantiene el sistema de instrumentación de la donación, bajo la forma de la escritura pública para los inmuebles agregándose el mismo requisito para los muebles registrables. Surge como necesaria e insustituible la participación del notario, no sólo a través de la autoría documental de los títulos, sino que en

ejercicio de la función de asesor jurídico que posee, aportando además su experiencia.-

Segundo:

Celebramos que el nuevo Código Civil y Comercial haya reducido la proporción de la legítima de los descendientes a 2/3 y ascendientes a 1/2, (la del cónyuge ha quedado igual).

Para calcular la porción legítima (y por contraposición la porción disponible), hay que esperar que se difiera la sucesión, tomar el valor líquido de los bienes (deducir las deudas) y a esto sumar las donaciones, pero no todas sino, solo las colacionables o reducibles.

La acción de colación es la que tienen los herederos legitimarios en relación a sus otros coherederos, para exigir que estos traigan a la masa, el valor de los bienes recibidos, a título de donación, a los efectos de que sean computados estos valores como parte de su hijuela. Por supuesto que si esos bienes fueron recibidos con cláusula de mejora o dispensa de colación, primero se imputarán a la porción disponible y luego a la hijuela.

El Código Civil y Comercial permite cláusula de mejora o de dispensa de colación en la donación o en el testamento indistintamente, dejando atrás el conflicto de normas que existía en el código de Vélez.

La acción de colación no corresponde (según el nuevo código) contra todos los legitimarios, sino solo contra los descendientes y el cónyuge. No hay un fundamento para excluir a los ascendientes.

Si los bienes donados excedieran la porción disponible afectando entonces la porción legítima de un heredero (forzoso), cabría entonces la acción de reducción. No caben dudas que en el nuevo código, la acción de reducción también compete a un heredero legitimario contra otro, más allá de la acción de colación.

La imputación a la porción disponible solo afecta la acción de colación, puesto que la acción de reducción, que tiene el heredero legitimario, solo corresponde cuando se afecte su legítima.

El nuevo código establece, con sano criterio, que el valor del bien donado debe computarse (tanto en la colación como en la reducción), en relación al estado material que tenía el mismo al momento de la donación

Es incorrecto haber establecido (en el nuevo código) para la protección de la legítima, que el valor del bien donado debe ser apreciado al momento de la partición, pues la acción de reducción se ejerce antes de la partición. Obliga a hacer el cálculo a la muerte del causante y rehacerlo luego, complicando el cálculo sin explicación o motivo. De LEGE FERENDA se propone tomar el valor de los bienes a la muerte del causante, puesto que la partición puede depender de maniobras dilatorias para conseguir cambiar esa base de cálculo.

El nuevo código incorpora la posibilidad de mejorar más la porción para el caso de los herederos ascendientes o descendientes discapacitados. En este caso puede disponer de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas a esta mejora. Se considera que ello es un avance importante. No se advierte el fundamento por el cual se excluye al cónyuge con discapacidad .

El nuevo código trae toda una regulación de la acción de reducción en cuanto al orden de aplicación en relación a las mandas testamentarias y las donaciones. Primero se va contra las disposiciones testamentarias y luego hacia las donaciones. Las donaciones se van afectando en orden inverso a su realización y si son de igual fecha se las reduce a prorrata.

El Código Civil y Comercial al regular los efectos de esa acción, establece con varias normas un criterio o principio a seguir: que el legitimario obtenga el valor de su legítima, pero al mismo tiempo busca que el donatario conserve la propiedad sobre la cosa.

El nuevo código establece que el donatario siempre tiene la facultad de impedir la resolución del contrato, entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima, pero evidentemente hay que interpretar la norma en el sentido de que no se refiere a completar todo el valor de la legítima, sino solo lo que es afectado por esta donación, o sea hasta el tope del valor de la cosa donada.-

La donación en favor de un legitimario tiene ventajas a la realizada a un tercero, en relación a la acción de reducción, puesto que recién puede ser ejercida cuando se afecta la legítima de algún otro heredero forzoso no incluido en la donación, y la posibilidad de imputar el bien en la hijuela del heredero (o sea la previa colación del bien).

Con el Código de Vélez se discutía si esta acción de reducción tenía o no efecto reipersecutorio. El Código Civil y Comercial dispone claramente asignarle efectos reipersecutorios a la acción de reducción. Entendemos que no es el criterio adecuado, por la seguridad del tráfico jurídico, este efecto reipersecutorio debería haber frenado ante los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Es positivo el límite temporal para la acción de reducción, que detiene la acción contra el propietario del bien (sea el donatario o sus sucesores) si han transcurrido diez años desde la donación. Se presume la posesión desde la fecha del título art. 1914, aún cuando el donante se hubiere reservado el usufructo.

Este mecanismo, si agrega seguridad al tráfico jurídico, y si bien podemos polemizar acerca del plazo, lo cierto es que al ser contado desde la fecha de la donación sabemos con seguridad el momento mismo en que terminan esos efectos reipersecutorios.

No se trata de un plazo de prescripción liberatoria, de pérdida de la acción por su no ejercicio, ni una prescripción adquisitiva. La naturaleza jurídica de esta limitación a la acción de reducción, es el vencimiento de un plazo legal en que pudo ocurrir una condición legal resolutoria del derecho.

No se trata de un plazo de prescripción, sino de caducidad, por lo que no puede interrumpirse ni suspenderse.

La protección del tráfico jurídico del art. 2459, es concordante con lo regulado por el art 1965, que establece un plazo máximo de diez años para cualquier tipo de plazo o condición resolutoria, ya sea legal o contractual.

En consonancia con lo dispuesto en el art.7 del CCyC, el plazo allí previsto opera de pleno derecho desde el 1 de Agosto de 2015. En virtud de ello, esta defensa puede oponerse válidamente con relación a las donaciones instrumentadas con anterioridad a esa fecha, sin importar el momento de fallecimiento del donante.

El título proveniente de una donación es un título perfecto; sea que se genere un dominio perfecto (art. 1941 del C.C.C.N.) o un dominio imperfecto (art. 1946 C.C.C.N.). Hablar de imperfección del título sería estar avalando la existencia de un defecto, ya sea en el negocio como en el instrumento, y no hay error alguno en la realización del mismo.

Tercero:

Al interpretar las normas sobre la oferta de donación, no debemos olvidar que el contrato de donación tiene características muy particulares, por ser un contrato gratuito y por estar estrechamente vinculado al derecho sucesorio.

En los contratos onerosos, la oferta está muy vinculada a una dinámica potencial del entrecruzamiento de las voluntades, para la formación de la voluntad contractual, marcada especialmente por el derecho a la contraoferta. En los actos a título gratuito hay predominio de la voluntad del donante, el donatario solo tiene la facultad de aceptar o no.

Hay un régimen especial para la oferta de donación que es distinto al régimen general de la oferta en todos los contratos. Tenemos que tener en cuenta en primer lugar las normas específicas para este contrato, y luego aplicar las otras subsidiariamente, pero siempre teniendo en cuenta los caracteres especiales de este contrato.

La aceptación de la oferta produce el perfeccionamiento del contrato de donación. El art 1545 del CCCN solo habla de aceptación y no de recepción, y marca con esto una excepción que la deja entonces, en este aspecto, fuera del régimen general de la formación del consentimiento en los contratos; no siendo necesaria la remisión o comunicación al donante.

El mismo artículo exige como requisito de validez de la aceptación, que el donante se encuentre con vida, sin hacer referencia a su capacidad, apartándose también en este punto del régimen general de los contratos.

Hay quienes sostienen la teoría de la recepción para el perfeccionamiento del contrato de donación. Para superar esta discusión se recomienda incluir en la escritura de oferta de donación, una cláusula que exonere al donatario de comunicar la aceptación al donante.

En relación a la aceptación de las ofertas de donación realizadas antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, cuyo donante hubiera fallecido, se discutió arduamente, llegando a la siguiente conclusión:

En virtud del Art 7 y 1545 del CCCN por la aplicación inmediata de la ley a los efectos de las situaciones jurídicas existentes, las ofertas de donación realizadas antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, no podrán ser aceptadas si el donante hubiera fallecido.

La otra postura sostuvo, que si podrá aceptarse la oferta en este caso, basados en un análisis integral de las normas, fuentes, principios y valores que ambos regímenes contienen. En ese orden, si la intención fue formalmente exteriorizada por el donante, dentro del marco legal del anterior régimen, no sería justo que una modificación posterior de éste, lo prive de los efectos jurídicos motivadores que lo llevaron a elegir la donación, por entenderse que se trata de consecuencias jurídicas consumadas.

La ley debió haber contemplado ciertas soluciones para los casos particulares que traerían dificultad como este.

No surge de la ley, la obligación de acreditar ante el notario, ni verificar por éste, la supervivencia del donante a los fines de instrumentar la aceptación. Exigir la comparecencia del ofertante al acto de la aceptación, desvirtuaría la donación con aceptación diferida.

** * * * **

XVIII JORNADA NOTARIAL CORDOBESA

Córdoba, 30 y 31 de Julio y 1° de Agosto de 2015

Tema II: "El nuevo régimen del usufructo y derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación"

Coordinador: Esc. Emery Omar MUÑOZ (Córdoba)

AUTORIDADES COMISION

Presidente: Esc. Emery Omar MUÑOZ (Córdoba)

Secretario: Esc. Mariano PETRAGLIA (Córdoba)

COMISION REDACTORA

Esc. Emery Omar MUÑOZ

Esc. Mariano PETRAGLIA

Abog. Claudia Liliana MARCIONNI SUAREZ (Córdoba)

Abog. Gabriel Aníbal FUSTER (Córdoba)

Esc. Esteban BEPRE (Córdoba)

Esc. Cecilia SUPPIA (Córdoba)

Esc. Virginia BOLLATI (Córdoba)

Esc. Natalia NASI (Córdoba)

RELATORA

Abog. Claudia Liliana MARCIONNI SUAREZ

TRABAJOS Y PONENCIAS PRESENTADOS

1. Algunas consideraciones en torno al concepto, al objeto y a la legitimación del derecho real de usufructo en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Abog. Gabriel Aníbal FUSTER (Córdoba).

2. El derecho real de usufructo es transmisible. Esc. Cecilia M. SUPPIA MENVIELLE y Esc. Virginia BOLATTI (Córdoba).

3. El derecho real de usufructo en el Código Civil y Comercial: los bienes de los hijos menores. Esc. Gustavo Alejandro BOCCOLINI (Córdoba).

4. Derecho de superficie requisitos constitutivos. Esc. Claudia Liliana MARCIONNI SUAREZ (Córdoba).

5. La parte material de las cosas como objeto del derecho real de superficie y usufructo. Esc. Esteban BEPRÉ y Esc. Gustavo Alberto RODOLFI (Córdoba).

En el seno de la comisión, fueron expuestos los diferentes trabajos, abierto el debate sobre aspectos controvertidos, arrojando como resultado las siguientes ponencias aprobadas por unanimidad:

CONCLUSIONES

1) El art. 1883 del Código Civil y Comercial, establece la posibilidad de constituir derechos reales sobre parte material de la cosa sin definirla. Pero debe entenderse

que es parte material toda parte de una cosa de extensión menor a la superficie configurada por líneas geométricas jurídicamente relevantes.

2) En caso de inmuebles se propicia la individualización de la parte material de los mismos mediante un plano de mensura aprobado por la autoridad pública competente lo cual tendrá además de la función de permitir cumplir con el principio de especialidad, la de ser el medio con el cual la autoridad administrativa efectúe el control de legalidad por la posible afectación de normas de interés público restrictivas del dominio o del uso de la propiedad. Asimismo se propicia la creación de una nomenclatura catastral específica de la parte material vinculada a la nomenclatura del inmueble del que es parte y correlativamente la creación de cuentas tributarias específicas con relación a la superficie sobre la cual se ejercer los distintos poderes jurídicos evitando de todos los modos posibles generar dobles imposiciones. Se propicia adecuar la normativa tributaria y catastral local en tal sentido.

3) La constitución del derecho de superficie no importa una modificación sino una afectación parcelaria.

4) Tanto la extensión, como modalidad y proyección (espacio aéreo o subsuelo) sobre la que se constituye el derecho de superficie, deben surgir de manera clara y precisa del plano confeccionado al efecto, previamente calificado y visado por autoridad competente, el que se deberá transcribir en la escritura pública y agregar junto a la misma en el protocolo.

5) Considerando las facultades del superficiario contempladas en los art. 2114 y 2120, los efectos extintivos del art. 2125 (extinción de la superficie) y retroactivos del art. 1969 (dominio revocable) se sugiere que el sometimiento a propiedad horizontal que formalice el mismo, se haga: 1) conjuntamente con el propietario del suelo y 2) que en el acto constitutivo del derecho real de superficie se convenga la no retroactividad de mismo y de cualquier otro derecho real legítimamente constituido, a fin de lograr su subsistencia al expirar el plazo en los términos de los artículos 1967 y 1969.

6) La redacción adoptada en el artículo 2130, no deja claro - como tampoco lo hace el artículo 2131 del Nuevo Código alusivo a la legitimación para su constitución - si el condómino puede constituir usufructo respecto de la cosa (parte indivisa) sujeta al

derecho real de condominio, respuesta que se impone afirmativamente, pese a la crítica apuntada, por aplicación del art. 1989.

7) El artículo 2134 del Nuevo Código no consagra ni los modos (pese a señalarlo en el título) o fuentes ni las formas de constitución, sino los efectos de la constitución; ha eliminado, el artículo 2812 del Código de Vélez alusivo a las fuentes de constitución del usufructo y se ha procedido a reglar los efectos de las distintas maneras de constitución, pero en un único dispositivo eliminando los distinguos entre contratos onerosos (artículo 2813 del Código Civil argentino) contratos gratuitos (artículo 2814 del Código Civil argentino) y por actos de última voluntad (artículo 2815 del Código Civil argentino). Esta última circunstancia no permite formular distinguos necesarios, como por ejemplo que las transmisiones por contratos gratuitos y por actos de última voluntad se presumen gratuitos.

8) El artículo 2135 del Nuevo Código Argentino es criticable, entre otras, por las siguientes razones a saber: **a)** porque no se aclara la naturaleza jurídica de la presunción instituida (*iuris tantum* o *iuris et de iure*); **b)** porque no respeta las reglas en la materia de presunciones de onerosidad y gratuidad, tanto contractual en general, cuanto usufructuaria en particular la cual está determinada por la *causa del negocio jurídico*; y **c)** la falta de observancia de la regla que reza: “*lex statuit deo quod plerumque fit*” o –traducida- *la ley regula de lo que comúnmente ocurre*.

9) El precitado artículo 2135 nada dice en torno a cuándo se presume oneroso y cuándo gratuito, es decir a raíz de qué causa se arriba a tales presunciones, lo que impide definir el concepto de “duda”; por tanto, entendemos que esta norma se encuentra divorciada de un sistema jurídico casualista como el nuestro, lo que configurará un conflicto interpretativo.

10) La vida del primer usufructuario o el plazo originariamente establecido, determinarán el límite máximo de duración de usufructo, tanto para casos de transmisión voluntaria (art.2142) como forzosa (art. 2144).

11) Respecto de la registración de derecho real de usufructo, resulta menester formalizar el presente distingo: a) cuando el usufructo afecta la totalidad del inmueble se propicia continuar con el sistema de folio real vigente (matricula) por inmueble consignando su constitución y sus transmisiones voluntarias o forzosas en el rubro de “gravámenes y afectaciones del inmueble” recurriendo a la técnica del desplazamiento

de asientos en el caso de las transmisiones; y b) cuando el usufructo afecta parte material del inmueble, se propone como técnica de registración la utilización de anexos a la matrícula del inmueble de que se trate.

12) Respecto del derecho real de superficie, sea que se constituya sobre todo o parte material del inmueble, se propone la utilización de anexos a la matrícula del inmueble de que se trate, pues este derecho prácticamente nace y aparece a la vida jurídica para funcionar como si fuese una propiedad paralela a la propiedad del suelo y resulta pertinente poder diferenciar claramente la registración de las distintas relaciones jurídicas que se susciten tanto sobre el dominio del suelo como sobre la propiedad superficiaria.

Dentro del seno de la comisión, el debate se extendió a otros temas que surgieron espontáneamente y que, por no haber sido objeto de ponencia, no fueron sometidos a votación. El más controvertido, fue el relativo a la transmisión voluntaria y al embargo y transmisión forzosa a partir del primero de agosto de dos mil quince respecto del usufructo constituido durante la vigencia del Código Civil de Vélez. En tal sentido surgieron dos posturas relacionadas a la aplicación de los artículos 7, 1882, 1884, 2142 y 2144 del Código Civil y Comercial, que seguidamente se enuncian:

a) En una postura, se sostuvo que el usufructo constituido bajo el Código de Vélez resulta una situación jurídica consolidada puesto que este derecho se concebía como un derecho inherente a la persona del usufructuario no susceptible de transmisión lo cual hace a la estructura legal del derecho real, por lo cual el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación no resultaría aplicable en lo atinente a las "consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". En este punto se consideró que, por tratarse de derechos adquiridos por el usufructuario, admitir la ejecución forzosa importa la afectación del derecho de propiedad (art 17 C.N.).

b) En la otra postura, se sostiene que el derecho real de usufructo constituido conforme las prescripciones del Código Civil de Vélez resulta ser una relación jurídica consolidada, y que el ejercicio de la facultades reconocidas al usufructuario y a sus acreedores por el Código Civil y Comercial, relativas a la transmisibilidad de su derecho y a su ejecución, son consecuencias de dicha relación consolidada cuyo ejercicio queda sujeto a la aplicación de las prescripciones del Código Civil y Comercial atento la letra de su artículo 7.

* * * * *

XVIII JORNADA NOTARIAL CORDOBESA

Córdoba, 30 y 31 de Julio y 1° de Agosto de 2015

Tema III: "Régimen patrimonial matrimonial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"

Coordinador: Esc. Carlos M. CONRAD (Córdoba)

AUTORIDADES COMISION

Presidente: Esc. Carlos M. CONRAD (Córdoba)

Secretario I: Esc. Analía A. ROBLEDO (Córdoba)

Secretario II: Esc. Manuel CABIDO (Córdoba)

COMISION REDACTORA

Esc. Lucía MEINERO (Santa Fe)

Esc. Lorena P. TEVES (Santa Fe)

Esc. María Noel TINELLO (Santa Fe)

Esc. María Eugenia CHAVEZ de BONO

Esc. Mauricio E. FREITES (Córdoba)

Esc. Carina FALABELLA (Córdoba)

Esc. Guillermo Juan CASANEGRA (Córdoba)

Esc. Julio César CAPPARELLI (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

Esc. Carlos M. CONRAD

Esc. Analía A. ROBLEDO

Esc. Manuel CABIDO

RELATORA

Esc. Carina FALABELLA (Córdoba)

TRABAJOS Y PONENCIAS PRESENTADOS

1. Análisis de las convenciones prematrimoniales y matrimoniales en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Escribanas Lucía MEINERO, Lorena Paola TEVES, María Noel TINELLO (Santa Fe).
2. Algunas reflexiones sobre el régimen patrimonial matrimonial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Esc. Claudia Roxana DORADO (Córdoba).
3. Incidencia de las manifestaciones de los cónyuges en la calificación de los bienes. Esc. María Eugenia CHÁVEZ DE BONO (Córdoba).
4. Convenciones matrimoniales. Esc. Marcela Verónica TORASSA (Córdoba).
5. Las convenciones matrimoniales. Esc. María Soledad PEPICELLI (Córdoba).
6. La autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial matrimonial y en las uniones convivenciales. Esc. Mauricio Ernesto FREITES (Córdoba).
7. Intervenciones notariales de los cónyuges en el nuevo Código Civil y Comercial. Esc. Carina Lorena FALABELLA (Córdoba).
8. La actuación notarial y la publicidad de la subrogación prevista en el artículo 466 del C.C.C. y N. Escr. Guillermo Juan CASANEGRA (Córdoba).

CONCLUSIONES

El notario representó siempre un papel protagónico aconsejando y asesorando a las familias y sus integrantes para dar vida jurídica a los actos que gravitan con trascendencia sus relaciones y hoy, más que nunca, ese protagonismo se renueva y por ello el estudio profundo y responsable del Régimen Patrimonial del Matrimonio, resulta imprescindible.

El Código Civil y Comercial, firme en el proceso de "Constitucionalización del derecho privado", adaptó las relaciones matrimoniales a las actuales necesidades sociales y culturales teniendo en cuenta cuatro principios rectores: la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad y la autonomía de la voluntad, principios éstos que se encuentran presentes desde el nacimiento hasta la ruptura del vínculo matrimonial, considerando a los cónyuges, protagonistas únicos de su proyecto de vida.

En armonía con estos principios, se abandona el único y rígido régimen patrimonial del matrimonio que regía hasta hoy, creando un marco más flexible que permite a los cónyuges escoger entre dos alternativas posibles para reglar sus relaciones patrimoniales y, simultáneamente, protege la esencia del matrimonio creando un Régimen Primario que garantiza el andamiaje de derechos y deberes que nace entre los cónyuges por el solo hecho de la celebración de las nupcias.

Del estudio, análisis y discusión del Título 2, del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, esta comisión concluye, por unanimidad:

CONVENCIONES MATRIMONIALES:

CLASIFICACIÓN:

Las convenciones pueden clasificarse en "prematrimoniales" y "matrimoniales"; dicha clasificación no surge de la ley aunque de sus propias disposiciones la distinción resulta clara. Así, las convenciones "prematrimoniales" son las previstas en el artículo 446 y las "matrimoniales" las previstas en el artículo 449.

Las convenciones "prematrimoniales" tienen las siguientes características:

- a) Son actos sometidos a la condición suspensiva que el matrimonio se celebre válidamente y no sea anulado; su objeto está definido taxativamente en el artículo 446;
- b) Deben celebrarse en escritura pública y pueden modificarse -antes del matrimonio- con la misma formalidad;
- c) Pueden ser otorgadas por menores de edad aunque su objeto queda reducido a los supuestos previstos en el artículo 446 inc. a) y b) y las personas con capacidades restringidas en la extensión prevista en la sentencia que así los declare.

Las convenciones "matrimoniales" tienen las siguientes características:

- a) Tienen un único objeto: el cambio de régimen patrimonial;

- b) Pueden celebrarse tantas veces como de común acuerdo resuelvan los cónyuges, siempre que haya transcurrido un año de vigencia del régimen del que pretende mudar;
- c) Las personas menores de edad no pueden otorgarlas, y aquellas con capacidad restringida sólo podrán en la medida que así lo autorice la sentencia que los declara tales.

OPORTUNIDAD:

La convención "prematrimonial" puede celebrarse en cualquier momento previo a la celebración de las nupcias. No hay en la normativa vigente previsión alguna de caducidad de la convención, ella puede ser celebrada con la antelación que los futuros contrayentes crean conveniente.

Las convenciones "matrimoniales" sólo pueden ser celebradas cumplido un año de la vigencia del régimen del que se intenta mudar y si bien este plazo puede en determinados supuestos coincidir con la celebración del matrimonio, no deben confundírseles.

Los cónyuges que hayan contraído matrimonio antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (1/08/2015) quedan, a partir de esa fecha y en virtud del artículo 7, comprendidos dentro del Régimen patrimonial del matrimonio en él previsto, facultándolos para el ejercicio de todos los derechos y obligados al cumplimiento de todas sus cargas.

OBJETO:

Las convenciones celebradas en contra de lo previsto por el artículo 447 que reza "Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor" es de nulidad absoluta. Esta nulidad podrá ser total o parcial siempre que se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 389.

FORMA:

La forma exigida para la celebración válida de las convenciones, tanto prematrimoniales como matrimoniales es la escritura pública, forma que es impuesta como condición de existencia. La ausencia o defecto de esta formalidad acarrea su nulidad absoluta.

La escritura pública garantiza a los cónyuges o futuros cónyuges:

- a) Que serán debidamente asesorados, pues es obligación del notario informar a las partes sobre el acto a celebrar, sus alcances, ventajas e inconvenientes;
- b) La solemnidad que rodea a la escritura pública provoca necesariamente que la decisión sea reflexiva y genera un ámbito propicio para la exteriorización libre de la voluntad.

No hay dispositivo legal alguno en el Código Civil y Comercial que, expresamente o por vía de interpretación, les permita a los futuros contrayentes optar por el régimen de separación de bienes mediante un instrumento distinto a la escritura pública.

CAPACIDAD:

De acuerdo a una interpretación sistemática de los artículos 450 y 404, concluimos que ningún menor puede hacer donaciones en las convenciones "prematrimoniales" ni ejercer la opción por el régimen de separación de bienes. La convención celebrada en violación a esta

prohibición, es nula de nulidad relativa, pudiendo ser confirmada una vez que el menor haya cumplido la edad de 18 años. La emancipación legal que otorga la celebración de las nupcias, no dota de capacidad suficiente al menor para celebrar otras convenciones, ni confirmar las ya otorgadas.

REGISTRACIÓN:

El notario que autorice una convención "matrimonial" tiene obligación de inscribirla en el Registro Civil en cumplimiento de lo previsto en el artículo 449; por el contrario, al autorizar una convención "prematrimonial" no se encuentra obligado a efectuar los trámites inscriptorios previstos en el artículo 448 por existir imposibilidad material y jurídica para ello; tales trámites, deberán ser cumplidos por los contrayentes en un todo de acuerdo a lo previsto en el artículo 420.

La inscripción de las convenciones matrimoniales referida a los artículos 448 y 449 es meramente declarativa y requerida para que produzca efectos respecto de aquellos terceros interesados a los cuales la mutación del régimen pudiera perjudicar.

RECOMENDACIÓN: Cuando la convención tenga como objeto mutar del régimen de comunidad al de separación de bienes es recomendable que, en forma concomitante, se proceda a la partición de la comunidad evitando la prolongación del estado de indivisión, garantizando así la seguridad del tráfico jurídico.

BIENES PROPIOS Y GANANCIALES:

La clasificación de los bienes propios y gananciales previsto en los artículos 464 y 465 es de orden público.

En virtud de ello y de lo establecido por el artículo 466 los cónyuges no pueden por su sola manifestación modificar el carácter que a cada bien le corresponde de acuerdo a las disposiciones legales.

Los requisitos del artículo 466 a los fines de oponer el carácter de propio a los terceros deben cumplimentarse íntegramente en el cuerpo de la escritura de adquisición. Ante la omisión de dichos requisitos podrá otorgarse escritura complementaria.

Esta comisión sugiere que, cuando de inmueble se trate, se deje constancia en el asiento del Registro de la Propiedad nota que haga referencia al carácter propio del bien.

ASENTIMIENTO CONYUGAL:

El asentimiento conyugal previsto en los artículos 456 y 470 tienen como finalidad la protección de dos bienes jurídicos diferentes; el primero protege la vivienda familiar, mientras que el segundo custodia el derecho en expectativa que tienen los cónyuges a dividir los gananciales por mitades.

En los supuestos en que el objeto del acto jurídico de disposición sea un bien ganancial sede de la vivienda familiar debe dejarse expresamente establecido que el asentimiento se otorga en los términos del artículo 456 y 470.

En los casos que se requiere el asentimiento, el artículo 457 exige que el mismo sea específico; lo cual implica que debe referirse al acto jurídico y a sus elementos esenciales, los

cuales pueden ser determinados o determinables. En virtud de ello no es admisible el otorgamiento del asentimiento general anticipado.

La prohibición contenida en el artículo 459 de dar poder a favor del otro cónyuge para otorgar el asentimiento, sólo es aplicable a los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables, por lo tanto es plenamente válido apoderar al cónyuge en los supuestos del artículo 470.

Los poderes para otorgar el asentimiento conyugal requieren facultades expresas, la determinación de los bienes y que contengan los elementos necesarios para la determinación de los requisitos establecidos en el artículo 457.

* * * * *