

El dilema de los Registros: *la formalidad exigida para ejercer la opción del régimen patrimonial*

Por Leonardo R. Vítola*

1. Introducción

Como bien sabemos, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) ha dado un vuelco contundente en cuanto a régimen patrimonial se refiere, allanando el camino para el avance de la autonomía de la voluntad de los contrayentes, quienes a partir del 1° de agosto de 2015 pueden optar por el régimen de comunidad de ganancias o por el régimen de separación de bienes. Tal solución legislativa responde, entre otras cuestiones, a que ya no se concibe a la familia como una institución en sí misma sino como un ámbito de realización personal de cada uno de sus miembros. Lo que ha dado lugar a la diversidad y el dinamismo que impone la realidad social actual. Como decía Carbonnier: “a cada uno su familia. A cada uno su derecho”¹. Debido a ello, es que ya no se puede pensar en un único modelo de familia, debiendo abrirse el abanico a otras opciones, pudiendo los interesados elegir el camino a transitar, pues ellos son quienes están en mejores condiciones de saber cuál régimen -en definitiva- responde mejor a sus necesidades. El principio de la autonomía personal, contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, exige el respeto por el proyecto de vida elegido. Pero, previo, el Estado tiene que haber brindado la libertad suficiente para que la autonomía pueda desarrollarse.

Partiendo de este resumido lineamiento, sobre el cual reposa la reforma en materia de régimen patrimonial, seguidamente analizaré la formalidad exigida por el CCyCN para el ejercicio de la opción prevista.

2. El debate sobre la formalidad exigida: escritura pública

El art. 448 del CCyCN dice: “*Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del art. 446 inc. d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse en el*

* Abogado (UNLP). Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Auxiliar Docente Adscripto en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones (UNLP). Ayudante de Segunda en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación UBA CyT “Realidad y Legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Programación Científica 2016-2019, Directora: Marisa Herrera, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación CONICET “Los derechos personalísimos del niño y del adolescente y en especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo”, CONICET-2015-2017, Directora: Cecilia Grosman.

¹ CARBONNIER, Jean, *Ensayos sobre leyes*, traducción Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1998, p. 141.

acta de matrimonio” (el resaltado me pertenece). Por su parte, el art. 446 del CCyCN expresa: “*Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: (...) d. la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código*”.

De la simple lectura de estas dos normas dimana que las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública. De ser así, la ausencia de esta formalidad viciaría de nulidad el acto de otorgamiento. Sin embargo, no todo resulta ser tan claro, por el contrario, la doctrina transita por dos andariveles claramente diferenciados. Están aquellos que sostienen que la opción del régimen patrimonial debe formalizarse por escritura pública y aquellos que no, que en un primer momento la opción puede manifestarse por ante el oficial del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda, quedando la escritura pública para aquellos supuestos de modificación de régimen en los términos del art. 449 del CCyCN². El problema lo ocasiona el art. 420 inc. j de dicho cuerpo normativo al decir: “*La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener (...) j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes...*”. De este modo, se está habilitando a que las partes puedan manifestar su voluntad por ante el oficial del Registro, sin exigencia de otra formalidad alguna. Es decir que, para esta segunda postura, existen dos momentos a diferenciar: a) el acto de celebración: cuando se ejerce la opción por primera vez, que puede realizarse por ante el oficial del Registro correspondiente; y b) durante la vida matrimonial: toda modificación del régimen debe formalizarse en escritura pública.

Tales postulados tan disímiles no son ajenos a la práctica, en la cual pueden verse los diferentes criterios adoptados por los Registros.

Por nombrar algunos, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³ el Registro, realizando una interpretación abierta, se alista en la segunda postura, habilitando a los contrayentes a manifestar su elección por ante el oficial de la seccional correspondiente. Por el contrario, en provincia de Buenos Aires, el Registro exige, para aquellos supuestos en donde se opte por el régimen de separación de bienes, que sea otorgada por escritura pública⁴. Como podemos ver, la práctica disímil que realizan los Registros exige el estudio detallado del tema para brindar una solución unívoca en estos casos. No puede ser que la formalidad exigida para el ejercicio de la opción del régimen patrimonial del matrimonio al momento de la celebración del matrimonio dependa del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda según el domicilio de los contrayentes.

Sin entrar a debatir los argumentos esbozados por la doctrina y que otros autores se han encargado de sintetizar perfectamente⁵, en un intento de fijar un criterio al respecto, la pregunta que deberíamos hacernos es si la diferencia de formalidad exigida puede sostenerse dentro de un ordenamiento jurídico plagado de principios convencionales-constitucionales o, como también llamamos, constitucionalización del derecho privado.

² Para ampliar acerca de los diferentes postulados, ver Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 65 y sstes.

³ <http://www.buenosaires.gob.ar/tramites/como-es-el-tramite-de-matrimonio>

⁴ <http://www.gob.gba.gov.ar/portal/registro/hechos.php>

⁵ Mariana Rodríguez Iturburu, *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos* Nro 9 – 12.04.2016, “*Lo tuyo es tuyo y lo mío es mío*” *Breve aproximación a los principales cambios en materia de régimen patrimonial del matrimonio*, págs. 2-3.

Pues para la elección del régimen de comunidad de ganancias, al ser de carácter supletorio, no requiere de convención alguna. La respuesta negativa se impone.

La exigencia de una formalidad mayor para un régimen patrimonial por sobre el otro atenta directamente contra la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Pues el Estado estaría brindando una “falsa libertad” de opción, la que no podrá ser ejercida en iguales condiciones por todas las personas. El único modo de garantizar una libertad real para el libre desarrollo de la autonomía de la voluntad es la gratuidad, donde todas las personas puedan tener a su alcance la posibilidad de elegir entre un régimen u otro. De seguir la primera postura y nos apegamos a las palabras del artículo 448 del CCyCN sin realizar una armonización con otras normas del mismo cuerpo legal y su espíritu (arts. 2, 420 inc. j CCyCN, fundamentos del Anteproyecto), estaríamos fijando un “techo” al principio de la autonomía de la voluntad, pilar central sobre el cual se erige el CCyCN. En los fundamentos del Anteproyecto se sostenía: “...*lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender*”⁶. Este es el norte orientativo que nos debe servir de guía para traer claridad al tema en cuestión.

En este orden de ideas, el Estado tiene a cuesta un mandato de optimización con el fin de garantizar el cumplimiento de principios fundamentales, con relación a todas las personas sin distinción alguna. Los principios, como tales, ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Operan como un mandato de optimización que se caracteriza porque puede ser cumplido en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.⁷ En otras palabras, la libertad que brinda el Estado para el desarrollo de la autonomía de la voluntad debe ser en la mayor medida posible y eso significa que, ante la existencia de normas en conflicto, debe optarse por la interpretación más amplia y permisiva; es decir, que la opción del régimen patrimonial pueda realizarse mediante declaración por ante el oficial del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Cuando existen normas en conflicto la solución debe buscarse en los principios que orientan la especialidad. Puntualmente, en esta cuestión, la gratuidad garantiza el acceso a todas las personas en igualdad de condiciones, lo que no genera, como algunos autores intentan sostener, una diferencia irrazonable respecto de la formalidad exigida para los supuestos de modificación en los términos del art. 449 del CCyCN. Pues allí, la modificación implica la extinción de un régimen y su mutación por el otro, con las consecuencias jurídicas entre partes y con relación a terceros que de ello se deriva. Cosa que no sucede al momento de la celebración del matrimonio cuando ejerzo la opción.

3. Palabras de cierre

En coherencia con la postura aquí esbozada, creo que frente a todo conflicto de normas internas la salida estará en el análisis de los principios fundamentales de tinte

⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 6.

⁷ Conf. Robert Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa n° 5, 1988, ed. Unv. Alicante, pág. 143.

constitucional-convencional. Ya lo dice el propio CCyCN en su art. 2: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. Cuando las palabras se entrecruzan con otra norma de igual calibre como en este caso sería el art. 420 inc. j, hay que pensar en su finalidad, en los tratados, los principios y valores jurídicos. En esta línea de pensamiento arribaremos a la conclusión que, frente a cualquier conflicto, de ninguna manera pueden ser interpretadas las normas en un sentido que terminen excluyendo o limitando derechos y/o principios. De exigir al momento de la celebración, como sucede en Provincia de Buenos Aires, escritura pública para el supuesto de optar por régimen de separación de bienes, insisto, estaríamos perjudicando a todas aquellas personas que no puedan realizar mayores erogaciones; en definitiva, al más débil.

El ordenamiento normativo interno dota a los operadores de mayores posibilidades de actuación para alcanzar una mayor efectividad en el cumplimiento y resguardo de los derechos humanos fundamentales involucrados. En el particular, garantizar la autonomía de la voluntad en igualdad de condiciones a todas las personas, la cual en el caso concreto de optar por un régimen patrimonial que regirá en la vida matrimonial, importa también el respeto por la vida privada familiar.