

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título: RÉGIMEN DE LAS CONVENCIÓNES MATRIMONIALES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DESDE LA
PERSPECTIVA NOTARIAL, EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE
DISPOSICIÓN DE BIENES ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE
MUERTE.**

Autor: Notario María Marta Luisa Herrera.

Integrante del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
Ponencias.	5
I. Régimen argentino.	7
II. Convenciones matrimoniales otorgadas en el país por cónyuges cuyo Primer domicilio conyugal no radique en la República Argentina.	9
III. Oponibilidad y eficacia en nuestro territorio de convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero.	17
IV. Fuente convencional: Tratados de Montevideo.	38
V. Conclusiones.	40

PONENCIAS.

Cuando se plantea en sede notarial un caso de colisión de sistemas patrimoniales matrimoniales, cuanto más grande sea la disimilitud entre los sistemas involucrados será el Notario quien, como operador del derecho involucrado, deberá calificar y determinar la validez y eficacia de dichas convenciones –que pueden alterar, agravando o morigerando, el régimen patrimonial matrimonial de nuestro ordenamiento jurídico-, y el alcance que deberá darse a su aplicación en nuestro territorio (*de lege lata*).

La prueba de la legislación vigente en el lugar del primer domicilio conyugal de los cónyuges que los autorice a proceder de esa manera, es una “cuestión de derecho”, pudiendo el operador de derecho recurrir a cualquier medio a los efectos de acreditar su alcance, contenido y vigencia. Es aconsejable la difusión de información relativa a los diferentes regímenes patrimoniales matrimoniales vigentes en el derecho comparado, por intermedio de los Colegios Notariales.

Sería deseable la creación de un registro que, sin alterar el contenido y régimen de las convenciones, permita a los terceros conocerlas. En el mencionado registro deberían inscribirse los matrimonios cuando estuvieran regulados por un sistema patrimonial matrimonial que no fuera el argentino, así como también los alcances de dichos regímenes en lo que respecta a la disposición y administración de bienes registrables. A este respecto podría de servir de modelo el Registro de Regímenes de bienes en el matrimonio del Código Civil Alemán (*de lege ferenda*).

I. RÉGIMEN ARGENTINO.

Nuestra legislación ha adoptado un régimen forzoso, único e inmodificable por los cónyuges, esto es: de orden público. Su base es la comunidad relativa de bienes, ya que se integra la sociedad conyugal solamente con los bienes gananciales ingresados a la sociedad, no así con los bienes propios de cada cónyuge, de los que solo el uso y goce es común.

La existencia de convenciones matrimoniales ha quedado reducido al mínimo de su expresión, de acuerdo con lo normado por el Código Civil, la posibilidad de celebrar convenciones entre cónyuges prevista por el artículo 1217 del mismo cuerpo legal^{1[1]}, en realidad se reduce a la posibilidad de que los cónyuges se hagan donaciones recíprocas en ese acto y a que reconozcan los bienes aportados por cada uno de ellos al matrimonio, y la misma norma legal es también fundamento para negar la validez y eficacia de los asentimientos generales anticipados^{2[2]}, cuya celebración implicaría una especie de convención que altera el régimen patrimonial matrimonial.

1[1] Art. 1217 Código Civil. Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1. La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2. Derogado por la Ley 17.711. 3. Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa; 4. Derogado por la Ley 17.711.

2[2] Nótese que es casi unánime la doctrina y jurisprudencia que niega validez al consentimiento general anticipado en los términos del artículo 1277 del Código Civil por entender que el mismo implica una "convención matrimonial" prohibida por los artículos 1217 y 1218 del Código Civil. Así, el Dr. S. Cifuentes en autos "Di Marco G. c/ Markiew, A. Y ot" (JA 1990-II-192), expresó: "... conspicua doctrina y sólida jurisprudencia no favorecen esa corriente de opinión y entienden que el consentimiento del cónyuge debe ser concreto para cada negocio, atendiendo a sus circunstancias a elementos principales (precio, entrega, plazo, escrituración, etc.). Ultimamente, la sala que integro así lo ha considerado, en resolución que se transcribe: "Ese genérico asentimiento no sería válido, como lo sostienen gran parte de la doctrina. Tal criterio es el que triunfó en las V Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en 1971. Y las razones que llevan a dicha solución negativa, son básicamente las siguientes: a) el asentimiento general anticipado con los actos de disposición del cónyuge implica una convención matrimonial, pues modifica el régimen patrimonial del matrimonio al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescripto por el art. 1277 . Por lo tanto, viola la prohibición de los arts. 1218 y 1219 , según que sea hecha -respectivamente- antes o después del matrimonio. Su revocabilidad no cambia la cuestión, pues no por revocable dejaría de alterar el régimen matrimonial, aunque fuese transitoriamente..."-.

No obstante ello, sobre el punto, parte de la doctrina ha sostenido que *“En el Código Civil, aparte de regularse el sistema local, diríamos, de la sociedad conyugal en cuanto entendamos que el matrimonio, además de asociar o vincular dos existencias o vidas, significa asimismo una sociedad de intereses patrimoniales con cargas comunes, se ha previsto y reconocido el derecho de celebrar convenciones, tanto en el orden interno como fuera de los límites del país.”*^{3[3]}

En efecto, las convenciones matrimoniales, también llamadas “Capitulaciones”, “Contratos de matrimonio”, “Contratos nupciales”, etc.,^{4[4]} son reconocidos como “contratos especiales”, que se celebran con ocasión del matrimonio, referidos al patrimonio y a las facultades de administración y disposición de los bienes conyugales o de las pertenencias de cada uno de los esposos.^{5[5]} Se trata de acuerdos del tipo de “pacto de familia”, atípicos y accesorios del matrimonio, motivo por el cual si éste no existiera, no tendrían razón de ser.

Fassi y Bossert los definen como *“(…) convenciones que celebran los esposos, ejercitando las facultades que les confieren los distintos sistemas de derecho*

^{3[3]} La itálica nos pertenece. Puede consultarse ARGUAS, Margarita; *La regulación de la sociedad conyugal en el Código Civil argentino de conformidad a las disposiciones del Derecho Internacional Privado que le son aplicables*; Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires; año 74 N° 718 julio-agosto 1971, pp. 1235-1248.

^{4[4]} De las denominaciones referidas, la más común es la primera. La denominación de Capitulaciones Matrimoniales (incluida en el Tratado Civil Internacional de Montevideo de 1889) ha caído en desuso, a pesar de que autores como Vidal Taquini las reivindicaron para referirse a las *prematrimoniales*. Contrato de matrimonio es una mala traducción del derecho francés, que se refiere a *Contrat de mariage*.

^{5[5]} Según Argúas, “Cabe decir que esta materia del régimen de los bienes de la sociedad conyugal ya se había tratado antes, en el siglo XIII en la partida 4ª, ley 24, título 11, citada por el codificador Vélez en su nota al título de la sociedad conyugal donde explica, con acopio de doctrina y de observaciones propias, vinculadas con la realidad local en materia del no uso de convenciones matrimoniales, por qué se ha apartado, al tiempo de redactar el Código, de la legislación extranjera, que en su casi totalidad las había incorporado al régimen de la sociedad conyugal.”. Al respecto, puede consultarse ARGUAS, Margarita; *op. cit.*

positivo, para establecer o modificar el régimen matrimonial, para hacerse donaciones, y para determinar los bienes aportados.”.6[6]

En consecuencia, celebrado el acuerdo con anterioridad a que los cónyuges hubieran contraído nupcias, su vigencia queda condicionada a la celebración de un matrimonio válido.

Explica Borda que su limitada regulación en el Código Civil se debe, fundamentalmente, a que el instituto de las convenciones matrimoniales no ha entrado en nuestras costumbres, y ha repugnado siempre el espíritu del pueblo argentino introducir cuestiones patrimoniales en el acto de matrimonio: lo veda un sentimiento de delicadeza, que es también reconocido por Vélez Sarsfield quien, en la nota al Título de la Sociedad conyugal, expresa que en la República nunca se vieron contratos de matrimonio no obstante que las leyes españolas los permitían.

II. CONVENCIONES MATRIMONIALES OTORGADAS EN EL PAÍS POR CÓNYUGES CUYO PRIMER DOMICILIO CONYUGAL NO RADIQUE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

De lo expuesto precedentemente se deduce que, cuando los otorgantes de las convenciones matrimoniales fueren cónyuges cuyo primer domicilio conyugal se ubique en la República, tendrán que respetar, para que las mismas sean válidas, las limitaciones de contenido impuestas por el artículo 1217 del Código Civil, y los recaudos de forma del artículo 1184 inciso 4, esto es, celebrarlas por escritura pública.

6[6] FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo A.; *Sociedad Conyugal*; Buenos Aires, Astrea, 1977, Tomo I, pp. 98 y ss.

Distinto es el panorama cuando los otorgantes de dichos convenios son cónyuges cuyo primer domicilio conyugal se ubica fuera del país, en territorios que sí admiten en sus legislaciones su instrumentación.

En este escenario nos preguntamos: ¿Qué recaudos deberá tener en consideración un notario argentino, si fuera requerido a esos fines por cónyuges extranjeros?

Al respecto y en general, respecto de la cuestión planteada debemos recordar que el derecho argentino vigente, aún luego de la reforma introducida por la ley 23.515, nada establece específicamente respecto de la forma que deberá tener el contrato de marras. Sin embargo, por aplicación del principio general *locus regit actum* (artículos 12 y 950 Código Civil), corresponderá tener presente la ley del lugar de celebración, y, por lo tanto, será de aplicación el artículo 1184, inciso 4° del Código Civil, que impone la escritura pública para las convenciones celebradas en nuestro país.

La *capacidad* para celebrar este tipo de contratos matrimoniales tampoco está reglada en forma expresa. Puede considerarse entonces como aplicable la misma norma que rige la capacidad para contraer matrimonio: o sea, la ley del lugar de celebración del mismo (artículo 159 del Código Civil).

Por lo demás, el operador del derecho que intervenga en esta cuestión deberá tener en consideración que las legislaciones de los países que aceptan estas convenciones contienen, normalmente, un régimen básico que, por supuesto, se aplica supletoriamente para el supuesto de falta de celebración de aquéllas. Y que generalmente, la regulación del instituto no siempre es coincidente en el derecho comparado, existiendo diferencias respecto de la validez de las convenciones: a) en cuanto a la *oportunidad de su celebración*: antes, durante y/o después de la celebración del matrimonio; b) en cuanto a la *mutabilidad de su contenido*: en la mayoría de los países se admite la modificación de una convención anterior. En algunos casos con limitaciones. Por ejemplo, Francia impone un lapso mínimo de *dos años* entre cada convención. Italia exige la *homologación judicial* para el supuesto de sustituir una convención anterior; c) en cuanto a su *objeto*: éste puede

ser amplio o restringido (ej.: República Dominicana que no admite la afectación de derechos sucesorios). Por todo ello, además, entendemos que en estos casos, el notario requerido debería analizar cuál es la norma vigente en el territorio del país del primer domicilio conyugal de los requirentes al respecto –cuestión de prueba de derecho extranjero-, con la finalidad de cumplimentar no solo los recaudos de forma del lugar de otorgamiento, que por su sola intervención están garantizados, sino además los recaudos de fondo que puedan ser exigidos en el país donde deban ejecutarse esas convenciones.

Y en particular, podemos cuestionarnos:

a. ¿Puede un notario público argentino otorgar una escritura pública que tenga por objeto la modificación a una convención matrimonial cuando es requerido a esos fines por un matrimonio cuyo primer domicilio conyugal se encuentra en un Estado que permite la celebración de convenciones matrimoniales?

La respuesta es positiva al interrogante planteado. En efecto, tal como se desprende de la normativa analizada, es el derecho del primer domicilio conyugal el que establece las características y alcance del régimen de bienes del matrimonio.

Y, como pusiéramos de manifiesto precedentemente, la sujeción del régimen matrimonial de bienes al derecho del primer domicilio conyugal, contribuye a otorgar transparencia,^{7[7]} previsibilidad e inmutabilidad al mismo, sometiéndolo a una sola ley, la que no podrá ser alterada con posterioridad por los contrayentes a través del cambio del domicilio conyugal. En el caso que mude la legislación del país en el cual se ha establecido el primer domicilio conyugal, será la legislación de dicho Estado la que deberá resolver los problemas de derecho transitorio que pudieran plantearse, definiendo las nuevas características y alcance de la misma.

^{7[7]} En el mismo sentido, puede consultarse CLARIA, Eduardo Alfredo; *op. cit.*; especialmente pp. 62.

Sobre el particular, sostiene parte de la doctrina que: “... *En consecuencia, a partir de la ley 23515, para establecer qué régimen jurídico se aplicará al tiempo de considerar los bienes conyugales, cabe indagar, en primer lugar, sobre la existencia de convenciones matrimoniales y, en caso negativo, se aplicará, en forma supletoria, la ley del primer domicilio conyugal. Si esta ley establece un régimen de separación de bienes (ej.: Inglaterra), el mismo seguirá rigiendo los bienes del matrimonio mientras éste subsista, aunque los cónyuges modifiquen luego su domicilio (incluso si lo constituyen en nuestro país). Por otra parte, si la ley del primer domicilio conyugal establece un régimen de comunidad (ej.: Francia) se aplicará lo establecido por ella, aunque no tenga una total coincidencia con nuestra ley. En caso de existir convenciones matrimoniales, la validez de éstas se regirá por la ley del primer domicilio conyugal y, en caso de resultar válidas para dicha ley, tendrán plenos efectos en nuestro país, salvo que, excepcionalmente, violen el orden público internacional argentino (art. 14 incs. 1, 2 y 3)...*”^{8[8]}

No se nos escapa que parte de los autores critican esta inmutabilidad y sometimiento al derecho del primer domicilio conyugal sosteniendo que “... *La solución receptada peca actualmente de una falta de adecuación a la evolución experimentada por el derecho comparado que otorga libertad a los cónyuges para elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales. Así por ejemplo lo reconocen, entre otros, el Derecho internacional privado español después de la reforma de 1990 (art. 9.2),^{9[9]} la Ley Federal Suiza de 1987 (art. 52)^{10[10]} y la Ley italiana de*

^{8[8]} CLARIA, Eduardo Alfredo; *op. cit.*; especialmente pp. 62.

^{9[9]} Art. 9.2 Código Civil español. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio. La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.”.

^{10[10]} Art. 52 Switzerland Federal Code on Private International Law. II. Applicable law. 1. Choice of law by the spouses. a. General rule. 1 The matrimonial property regime shall be governed by the law chosen by the spouses. 2 The spouses may choose the law of the State in which they are both domiciled or will be domiciled following the marriage ceremony or the law of the State of which one of the spouses is a citizen. Article 23, paragraph 2, shall not be applicable.

199511[11] al expresar que los cónyuges pueden convenir por escrito que sus relaciones patrimoniales se rijan por la ley del Estado del que al menos uno sea nacional o resida. Se trata de buscar una conexión que implique mayor proximidad con la vida matrimonial, elegir la ley del país con el que, según las circunstancias, estén presentes los lazos más estrechos. ...”.^{12[12]}

Si bien compartimos con esta doctrina el criterio de que el régimen de bienes en el matrimonio es susceptible de ser mejorado,^{13[13]} no podemos dejar de

^{11[11]} Artículo 30 Ley italiana de Derecho Internacional Privado. Relaciones patrimoniales entre cónyuges: 1. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley aplicable a sus relaciones personales. Sin embargo, los cónyuges pueden convenir por escrito que sus relaciones patrimoniales sean regidas por la ley del Estado del cual uno de ellos, al menos, es nacional, o en aquel donde, al menos, uno de ellos tiene su residencia. 2. El acuerdo entre los cónyuges sobre el derecho aplicable es válido si es considerado como tal, por la ley escogida, o por la ley del lugar donde el acuerdo ha sido estipulado. 3. El régimen de las relaciones patrimoniales entre cónyuges disciplinado por una ley extranjera es oponible a terceros, sólo si ellos han tenido conocimiento de tal régimen, o lo han ignorado por su culpa. Con relación a los derechos reales sobre bienes inmuebles, la oponibilidad está limitada a los casos en los cuales hayan sido respetadas las formas de publicidad prescritas por la ley del Estado donde se encuentran los bienes.

^{12[12]} Si bien la Dra. Uriondo realiza la crítica transcrita al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, entendemos que la misma es en un todo aplicable al régimen establecido en el código civil, ya que el principio general en ambas normativas es exactamente el mismo. Al respecto puede analizarse URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; *Régimen patrimonial del matrimonio. Conflicto móvil*; ED, T° 176, pp. 1011/1015, especialmente pp. 1013/1014.

^{13[13]} En referencia al régimen de bienes en el matrimonio, se han expedido y propuesto cambios sustanciales en el mismo los redactores del Proyecto de Libro VIII del Código Civil y del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. A continuación transcribimos las normas propuestas.

Art. 2580 Proyecto de Libro VIII del Código Civil. Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. El régimen de bienes del matrimonio se rige: 1. Por lo que establezcan las convenciones pre y post matrimoniales cualquiera que fuese la situación de los bienes y el carácter de los mismos. Las convenciones prematrimoniales se rigen por el derecho del lugar de celebración. Las convenciones post matrimoniales se regirán por el derecho del domicilio conyugal al momento de la celebración. 2. En defecto de convenciones matrimoniales el régimen de bienes se regirá por la ley del lugar del primer domicilio conyugal cualquiera fuere el carácter de los bienes.

Art. 109 Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Régimen de bienes. El régimen de bienes en el matrimonio se rige por las convenciones matrimoniales. Las convenciones y sus modificaciones anteriores al matrimonio y lo que en ellas no hubiera sido previsto se rigen por el derecho del lugar donde fueron celebradas. Las convenciones posteriores al matrimonio y lo que en ellas no hubiera sido previsto se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. En el supuesto de cambio de domicilio a la República los cónyuges podrán hacer constar en instrumento público su opción por la

señalar que es mejor optar por la adopción del punto de conexión del primer domicilio conyugal para regular la cuestión, si tenemos en cuenta criterios finalistas, de seguridad jurídica y afianzamiento de la transparencia y previsibilidad que ése punto de conexión otorga a los cónyuges y a los terceros que se relacionan con ellos.¹⁴[14] Es decir que el notario interviniente deberá sujetarse a lo establecido por el derecho del primer domicilio conyugal en cuando a la posibilidad de modificación de las convenciones matrimoniales celebradas a su amparo, así como todo lo referente al contenido de la misma, periodicidad –en su caso-, etc.

En el mismo sentido, el notario argentino requerido deberá instrumentar el acto por escritura pública, y analizará la capacidad de los otorgantes teniendo en consideración que, si conforme la ley del primer domicilio conyugal el otorgante es capaz para contraer matrimonio y celebrar ese tipo de convenciones, entonces deberán ser considerados capaces a los fines del otorgamiento, aún cuando conforme a las normas de derecho interno ello no fuere así (conf. artículos 138, 139 y 159 del Código Civil argentino).

Por lo demás, el notario autorizante deberá cuidar de no incluir manifestaciones o disposiciones contrarias a la moral, las buenas costumbres o el orden público, desde la perspectiva argentina (conf. Art. 953 del Código Civil), y

aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no afectará los derechos de terceros.

14[14] Al respecto, puede consultarse PERRINO, Jorge Oscar; *op. cit.* sostiene el criterio de mantenimiento del régimen legal vigente en el primer domicilio conyugal, argumentando que: *“...El matrimonio, en cuanto institución fundamental de la sociedad argentina, no puede quedar librado al arbitrio de la autonomía de la voluntad, en orden a las obligaciones y derechos que le son propios, por lo que su regulación debe, por su trascendencia ser de orden público e imperativo. En efecto, siendo la familia la base de toda sociedad, debe estar apoyada por normas jurídicas que la protejan, la regulen, la rijan, y que impidan cualquier peregrina idea que tienda a quitarle el estatus que le es propio por naturaleza. El régimen patrimonial del matrimonio, no es algo extraño a la institución, es uno de sus efectos, por lo que no puede dejar de participar de la imperatividad de las normas que lo rigen. Si el matrimonio constituye una comunidad de toda la vida, como hemos dicho, y así se encuentra plasmado en las normas del Código, el régimen de separación de bienes es manifiestamente incompatible con la comunidad de vida. La comunidad de vida es totalizante, incluye la comunidad de ganancias. Por ello se puede afirmar que la naturaleza misma del matrimonio impone una mínima comunidad.”*

desde la perspectiva del derecho aplicable al régimen matrimonial patrimonial de los requirentes, de manera que las nuevas disposiciones sean operativas bajo dicha ley. De ahí la conveniencia de requerir opinión legal de profesional de esa jurisdicción, así como la utilidad de propiciar el intercambio de información sobre los distintos regímenes patrimoniales, a través de los colegios notariales. No está demás poner en consideración que, un otorgamiento de este tipo no contraría el orden público internacional argentino, a la luz de los principios de la Ley 23.515, que lo autoriza¹⁵[15]. Y, aunque en principio pudiera afectarse el orden público interno argentino a partir de este otorgamiento, no abordamos específicamente esta cuestión, ya que partimos de la base de que se exigirá la vigencia y oponibilidad de las convenciones de marras en el Estado en el que los otorgantes tienen su domicilio conyugal, y no en el nuestro, donde carecen de virtualidad fuera de los límites señalados.

En virtud de lo expuesto, una cuestión de buena técnica notarial exigirá que se deje constancia del primer domicilio conyugal de los otorgantes en la escritura.

Finalmente, resaltamos que el régimen de publicidad de terceros sobre la existencia de esta modificación al convenio anterior podría verse afectada, ya que se trata de un acto público otorgado en un país diferente al del domicilio de los cónyuges, por lo que el notario deberá advertir a los otorgantes acerca de la conveniencia de que se reproduzcan el acto en esa jurisdicción, a los fines publicitarios.

b. ¿Puede un escribano público argentino autorizar una escritura pública de convención matrimonial que le es requerida por un matrimonio cuyo primer domicilio conyugal se encuentra en un Estado cuya legislación vigente permite la celebración de convenciones matrimoniales?

Nuevamente reiteramos nuestra respuesta positiva.

¹⁵[15] Ver CLARIA, Eduardo Alfredo; *op. cit.*; especialmente pp. 60 y 62

Debe tenerse en cuenta que el régimen de bienes ha quedado fijado de conformidad al derecho del primer domicilio conyugal.

Las partes, por el motivo que fuera, han decidido no otorgar con anterioridad acto alguno haciendo referencia al régimen patrimonial de su matrimonio; pero nada impide que lo hagan posteriormente.

Nuevamente surge la referencia a la aplicación, prueba e información del derecho extranjero frente al notario, operador del derecho que deberá autorizar el acto escriturario. Probado –a pedido de parte interesada o de oficio por el notario público interviniente- el derecho extranjero aplicable al régimen patrimonial del matrimonio, el escribano debe actuar dentro de los límites fijados por el mismo, y proceder al otorgamiento de la escritura pública respectiva en virtud de lo normado por el artículo 1184, inciso 4 del Código Civil argentino, según el principio de *lex loci regit actum*.

La jurisprudencia nacional –si bien refiriéndose al análisis del domicilio conyugal a los fines de la aplicación de las normas correspondientes del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940- ha sostenido un criterio que entendemos aplicable al análisis que venimos realizando: “... *Según resulta de autos, ambos cónyuges M.-C. M. se domiciliaban en la República Oriental del Uruguay al contraer matrimonio (conf. partida, fs. 1). Adicionalmente, obsérvese que la contrayente era de nacionalidad "oriental", o sea uruguaya y que el contrayente rumano, y naturalizado uruguayo, según se dice en la escritura de capitulaciones, había enviudado de una matrimonio también celebrado en el Uruguay (fs. 84), donde nacieron sus hijos (fs. 85/87), y donde ambos contrayentes tenían domicilio al concretar esas capitulaciones pocos días antes de la celebración de su matrimonio. Hay, pues, fundadas razones para, mediante los criterios indicados precedentemente considerar que el primer domicilio conyugal de los esposos estaba en la República Oriental del Uruguay y que, por tanto, el de ese país, es el derecho aplicable, que el tribunal, habrá de tener en cuenta de oficio (arts. 2, Protocolo Adicional a los*

*Tratados de Montevideo de 1940 y 2, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado)...”.*16[16]

Para actuar así, el escribano debe tener en claro que se encuentra actuando en virtud de las facultades que el derecho extranjero a otorgado a los cónyuges respecto del establecimiento del régimen patrimonial que los mismos deseen otorgar a su matrimonio. De ninguna manera el notario autorizará un acto permitido por el derecho local, sino por un derecho foráneo correspondiente al primer domicilio conyugal de los otorgantes. Sin perjuicio de lo anterior, en todo momento el notario deberá calificar que la escritura que autoriza no encuadre en las prescripciones del artículo 953 del Código Civil.

Por lo demás, la capacidad y legitimidad de las partes para este otorgamiento, se regirá por la ley del domicilio de los requirentes, conforme los artículos 138, 139 y 159 del Código Civil.

III. Oponibilidad y Eficacia en nuestro territorio de convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero.

Profundizando más el análisis de la cuestión que venimos estudiando, no debemos perder de vista que las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero pueden, eventualmente, tener virtualidad jurídica en el país si los cónyuges celebraran algún acto jurídico patrimonial en la República o, posteriormente, trasladaran su domicilio a nuestro país.

En efecto, el artículo 159 del Código Civil argentino (texto ordenado de la Ley 23.515) establece como derecho aplicable a la validez intrínseca y extrínseca del matrimonio el de su lugar de celebración.¹⁷[17] A su vez, el artículo 163 del

16[16] CNCiv, Sala I, 20/04/1995, en autos M., S. Lexis N° 35030968.

17[17] Art. 159 Código Civil: Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el

mismo cuerpo normativo (texto ordenado de la Ley 23.515) prevé que el régimen de bienes en el matrimonio se encuentra regido por el derecho del primer domicilio conyugal.18[18]

De esta manera se otorga transparencia, previsibilidad e inmutabilidad al régimen de bienes, sometiéndolo a una sola ley, la que no podrá ser cambiada con posterioridad por los contrayentes a través del cambio del domicilio conyugal.19[19]

Bajo estas disposiciones, si la ley del primer domicilio conyugal20[20] autoriza la celebración de convenciones matrimoniales, las mismas deberán ser

derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubieren dejado su domicilio para sujetarse a las normas que en él rigen.

18[18] Art. 163 Código Civil: Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

19[19] “En defecto de convención que regule los bienes de la sociedad conyugal, en el orden del Derecho Internacional Privado, se ha aceptado, en principio, el sometimiento de los intereses materiales de los esposos a la ley del domicilio conyugal, es decir, al lugar en que ellos se han establecido, después de celebrado el matrimonio, como sostiene Battifol. (Battifol, Henry, *Droit International Privé*, 4 ed., 1967, págs. 680/87, párrafos 618 y sigtes)”, citado por Ferrari Ceretti, Francisco, Dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en disidencia con la mayoría, *Revista del Notariado* N° 806, Año 1986, pág. 1969 y ss. En el mismo sentido, sostiene Clariá que “(...) La nueva ley, siguiendo lo dispuesto por el art. 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, unifica en la ley del *primer domicilio conyugal* todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales (art. 163). Ello dota a todo el sistema de una gran transparencia. Se destaca que también esta ley dispone la inalterabilidad del derecho aplicable. O sea, los ulteriores cambios de domicilio no producen modificación en la aplicación del derecho del primer domicilio conyugal. (...)”. CLARIA, Eduardo Alfredo; *op. cit.*; especialmente pp. 62.

20[20] Los autores franceses citan como el iniciador de la teoría que ha llegado hasta nosotros al estatutario francés del siglo XVI Dumoulin, abogado del Parlamento de París. De acuerdo con la opinión de Battifol - enunciada en un curso dictado en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de París, y con referencia a la tesis de Dumoulin - , no es frecuente en la historia del derecho que una consulta sea fuente de una evolución jurisprudencial tan permanente, y ello es así, decimos nosotros, porque a partir de entonces y a través de los autores de ese mismo siglo XVI como Gui Coquille y de los siglos posteriores, Pothier y Merlin, hasta la jurisprudencia francesa del siglo XIX y en la actualidad, en defecto de convención que regule el régimen de los bienes en la sociedad conyugal, en el orden del derecho internacional privado, se ha aceptado, en principio, el sometimiento de los intereses materiales de los esposos a la ley del domicilio conyugal, es decir, el lugar en que ellos se han establecido después del matrimonio. La consulta se le hizo a Dumoulin en 1524 por los esposos de Ganay; éstos deseaban saber qué ley debía aplicarse a sus bienes: la mujer tenía inmuebles situados

reputadas válidas y oponibles –dentro de los límites que veremos más adelante- en el país. Y, en el mismo sentido, cualquier cambio que se desee introducir a la convención matrimonial celebrada, deberá sujetarse a las condiciones de validez establecidas en el derecho del primer domicilio conyugal.

En estos casos, parece que deberá reconocerse validez y eficacia a sus cláusulas y estipulaciones, a excepción de aquellas cláusulas que contravinieran nuestro orden público internacional, sea que se trate de transmisiones entre vivos o *mortis causae*.^{21[21]} Ello, no obstante que la convención incluyera disposiciones

en París y el marido en el Lyonado, donde se aplicaba el derecho romano, que aceptaba el régimen dotal; la costumbre de París, por el contrario, seguía el régimen de la comunidad. Habiendo bienes inmuebles en esas dos regiones, según los estatutos o costumbres vigentes en uno y otro lugar, ellos debían quedar sometidos a la ley o costumbre del lugar de su respectiva situación, solución que los esposos de Ganay, que no habían celebrado convención, querían evitar. Dumoulin dio la respuesta que muchos años después, en 1553, siendo profesor en Tubinga, aplicaría al régimen de los contratos en general. En su concepto, la costumbre del domicilio primitivo de los esposos debía regir no solamente los bienes situados en su territorio, sino también a aquellos situados fuera del mismo, y ello aunque la dote consistiera en inmuebles, muebles o créditos. La razón es, dice, que el estatuto reposa sobre una convención tácita, la que equivale a una convención expresa, en cuanto los esposos, al tener su domicilio en un determinado lugar se han sometido al mismo. Mediante este razonamiento, que justificaba la aplicación de la costumbre del domicilio a título contractual y no real, se obtenía que una sola ley rigiera la totalidad de los bienes y que la mujer no perdiera la mitad de los mismos que caerían en comunidad, en tanto que el marido guardaría la totalidad de los suyos, por el régimen dotal vigente en el Lyonado, donde estaban situados sus inmuebles. El Parlamento de París aceptó la tesis en 1525. Arguas, Margarita, op. cit.

21[21] El contenido del orden público consiste en una serie de principios morales, culturales, jurídicos, religiosos, que inspiran una legislación y hallan determinación en una o varias normas^{21[21]}. Los principios básicos a ser protegidos, pertenecen a una legislación nacional, por ello, la denominación Orden Público Internacional no hace referencia a principios de validez universal, sino a principios esenciales de cada Estado que integra la comunidad internacional – a veces plasmado en un tratado internacional que obliga a ese Estado- y que funcionan como recíprocos controles de compatibilidad en las relaciones privadas internacionales.

Son correctivos al razonamiento conflictualista propio del derecho internacional privado: el juez se reserva la posibilidad de descartar la aplicación de una ley extranjera, cuando su contenido conduce a una solución repugnante al espíritu del foro: supone evitar la tentación de aplicar directamente leyes del foro por parte del juez competente, quien debe aplicar las normas que constituyan derecho aplicable según las normas de conflicto de derecho internacional privado del foro, salvo que las mismas sean repugnantes con los principios del foro.

Hoy en día, el orden público internacional es concebido como un correctivo o excepción a la regla de conflicto, tanto en Francia como en Alemania.

El contenido del orden público internacional es de contornos variables: ello se debe a que principios que están en la base de la legislación de un país, en un momento determinado, y reconocen fuertes diversas, informan a la legislación de un Estado con el dinamismo propio de lo viviente y avanza con la vida de la comunidad. Por ello, la legislación que se toma en cuenta

que no se encuentren específicamente receptadas por la legislación argentina –ver artículo 1217 del Código Civil-.²²[22]

Sobre el particular, no está demás recordar que ya bajo el antiguo sistema de la Ley 2.393 y, luego, con la reforma de la Ley 17.711, se debatía en doctrina el contenido, alcance y vigencia en la República Argentina, de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero.

En ese momento y al respecto, lo autores en general, sostenían la tesis contractualista con un criterio ejecucionista, y sometían a las convenciones matrimoniales al régimen general de los contratos internacionales, en virtud de la norma del 1220 del Código Civil²³[23]. Además, dentro de esta corriente, existían autores: (i) que sujetaban la regulación legal de la convención a la ley del lugar de celebración de la misma (art. 1215 del Código Civil), y/o (ii) que la sometían a la ley del lugar de ejecución de la convención (artículo 1209 del Código Civil), entre ellos, Bibiloni.

Frente a esta problemática y la ambigüedad de lo dispuesto por el artículo 1220 del Código Civil, la posición más razonable parecía ser la que sometía la validez y eficacia formal y sustancial de las convenciones matrimoniales, a la ley del lugar de su celebración, que era la regulación que las partes seguramente habían tenido en consideración al momento de su celebración.

a los efectos de controlar el orden público internacional de un Estado, es la vigente en el momento en que el juez resuelve, por lo que se habla de la “actualidad del orden público internacional”.

²²[22] En el mismo sentido Argúas sostiene que “*Las convenciones nupciales celebradas en el extranjero, pueden tener cumplimiento eventual en la República si hubiera un traslado de domicilio de los cónyuges al país, pero ello, y aunque la convención tuviera cláusulas no aceptadas de modo específico en la legislación local (art. 1217), no impediría su cumplimiento o su reconocimiento, salvo que las mismas fueran contrarias a la moral o realmente injuriosas, y lo mismo aunque mediante esas disposiciones se dispusiera de bienes inmuebles situados en la República, salvo, repito, que se afectara el orden público o la moral y las buenas costumbres (art. 953 del Código).*”. ARGUAS, Margarita; *op. cit.*

²³[23] En contra de la concepción contractualista y propugnando la derogación del artículo 1220 del Código Civil, se pronunciaron las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad de Rosario en 1971, que sostenían que las convenciones matrimoniales no eran contratos sino que integraban el régimen matrimonial (efectos patrimoniales del mismo).-

Sin embargo, este principio celebracionista cedía su operatividad por la aplicación imperativa de las leyes de orden público vigentes en los lugares en los que constituyeran ulteriores domicilios los cónyuges o en donde realizaran actos jurídicos o se encontraran bienes que hubieran de adquirir a título propio o ganancial. En efecto, la ley del lugar de celebración regiría la convención matrimonial y le daría proyección internacional, pero no podría impedir la aplicación de leyes locales sucesiva o simultáneamente aplicables en razón de las modalidades propias del tracto ejecucional del contrato (conforme los principios de Story y Savigny).

Consecuentemente, se propugnaba la validez en nuestro territorio de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero, sobre objetos comprendidos en las relaciones patrimoniales de los matrimonios distintos de los del artículo 1217 del Código Civil, toda vez que no resultaba de aplicación a la misma lo dispuesto por el artículo 1218 *in fine* 24[24] del Código Civil, que debía tenerse como de orden público internacional sólo respecto de aquellos derechos que de modo genérico e incondicionado consagran nuestras leyes a la voluntad de los cónyuges, como el derecho de sucesión o de percibir gananciales (afectando de modo genérico e incondicionado los derechos de los cónyuges); y la norma del artículo 1219 del Código Civil, debía ser considerada, según la doctrina, como de orden público interno.

Sostiene sobre el particular Margarita Argúas que “...*En el Código Civil, aparte de regularse el sistema local, diríamos, de la sociedad conyugal en cuanto entendamos que el matrimonio, además de asociar o vincular dos existencias o vidas, significa asimismo una sociedad de intereses patrimoniales con cargas comunes, se*

24[24] Así, serían perfectamente válidas las convenciones que estipularan donaciones entre esposos, o la obligación de efectuar una donación de un bien propio o ganancial a favor de un tercero, o la autorización de uno de los cónyuges al otro para administrar de modo exclusivo los bienes propios o gananciales o para disponer en determinadas circunstancias de ellos, o la renuncia de un cónyuge a favor del otro, de un derecho patrimonial concreto.

ha previsto y reconocido el derecho de celebrar convenciones, tanto en el orden interno como fuera de los límites del país...”.25[25]

De la atenta lectura los artículos antes referidos, surgen algunos interrogantes que deben ser analizados a la luz de la legislación actualmente vigente, a partir de la modificación introducida por la Ley 23.515: en primer término, podemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿la sola circunstancia de haber celebrado un matrimonio en un país que permite la celebración de convenciones matrimoniales, implica que en ese Estado se ha constituido el primer domicilio conyugal a que hace referencia el artículo 163 del Código Civil?

En su caso, ¿qué requisitos deben cumplimentarse a los fines del establecimiento del primer domicilio conyugal?

Por otro lado, ¿debe un notario argentino reconocer la validez y eficacia de los convenios prenupciales celebrados por dos otorgantes que requieren su intervención profesional conjunta o indistintamente? ¿Cuál será el alcance de los convenios a la luz de la legislación nacional, cuando se trate de la adquisición, modificación, transferencia y extinción de derechos reales sobre inmuebles, por transmisión inter vivos o mortis causae? ¿Tendrá trascendencia la fecha de adquisición del derecho real? ¿Qué normas serán de aplicación al respecto: la Ley 2.393 o la Ley 23.515?, y además: ¿tienen incidencia las convenciones matrimoniales en el régimen de sucesión o transmisión mortis causae de bienes relictos en el país?

A esta altura, en consecuencia de lo anterior, cabe también plantearse: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del 127726[26] del Código Civil desde la óptica del derecho argentino?

25[25] ARGUAS, Margarita; *op. cit.* No obstante que el texto que citamos data de fecha anterior al texto ordenado del Código Civil de la Ley 23.515, entendemos que el mismo tiene plena aplicabilidad al tema.

26[26] Art. 1277 Código Civil. Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso

Y en este escenario, ¿cómo juegan sus disposiciones con el artículo 10 del Código Civil?

En el mismo sentido ¿puede un notario público argentino otorgar una escritura pública^{27[27]} que tenga por objeto la modificación a una convención matrimonial cuando su intervención es requerida por un matrimonio cuyo primer domicilio conyugal se encuentra en un Estado que permite la celebración de convenciones matrimoniales?

Y, finalmente, ¿puede un escribano público argentino otorgar una escritura pública estableciendo una convención matrimonial que le es solicitada por un matrimonio cuyo primer domicilio conyugal se encuentra en un Estado que permite la celebración de convenciones matrimoniales?

Pasamos a continuación a dar respuesta a los interrogantes planteados:

a) ¿Debe un notario argentino reconocer la validez y eficacia de los convenios prenupciales celebrados por el otorgante que requiere su intervención profesional? ¿Cuál será el alcance de los convenios a la luz de la legislación nacional, cuando se trate de la adquisición, modificación, transferencia y extinción de derechos reales sobre inmuebles, por transmisión inter vivos o por mortis causae? ¿Tendrá trascendencia la fecha de adquisición del derecho real? ¿Qué normas serán de aplicación al respecto: la Ley 2.393 o la Ley 23.515?

de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

^{27[27]} Art. 1184 Código Civil: Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: (...) 4. Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote; (...)

La respuesta a esta cuestión, es afirmativa.

Al respecto, ya la Dra. Arguas, en un meduloso trabajo sobre el particular, había sostenido que: *“... La redacción de una convención o contrato matrimonial significa por parte de los cónyuges o futuros cónyuges la elección de un criterio de unidad en el régimen de los bienes que ellos aportan o que pueden adquirir más adelante mientras dure la unión; hay una voluntad expresada con respecto a la totalidad de los bienes; entonces, reconocer o aceptar que los bienes inmuebles deben quedar sometidos a la ley del lugar de su situación, es decir, a la posibilidad de distintos regímenes, podría traer complicaciones que no se previeron y que fueron ajenas a la voluntad de los contratantes. Esta situación no descarta el sometimiento de esos inmuebles al régimen de los derechos reales regulados por la ley del lugar de situación, en cuanto a los derechos reales en sí, aceptados por la misma. Por ejemplo, estimo que no se podría mediante una convención celebrada en el extranjero establecer otros derechos reales que los enumerados en el artículo 2503 del Código. También quedarían sometidas a la ley local las medidas de publicidad e inscripción. De todos modos, ellas no significan una incidencia sobre las relaciones estrictamente pecuniarias de los esposos, poderes del marido, si los mismos resultan de la convención, capacidad de la mujer y actos de disposición o de administración de uno o de otro fijados en aquélla, según lo dispuesto por la ley extranjera de acuerdo con la cual ella se celebró y mientras no se afecten las disposiciones correlativas de la legislación local en cuanto éstas se consideren de orden público...”*.28[28]

Y las disposiciones de las convenciones matrimoniales se aplicarán en todo supuesto, sea que se trate de disposición de bienes adquiridos durante la vigencia de la Ley 23.515 o antes, durante la vigencia de la ley 2.393.

Y en relación con el reconocimiento de las convenciones matrimoniales en los casos de transmisión mortis causae de bienes, debe tenerse presente lo resuelto

28[28] ARGUAS, Margarita; *op. cit.*

por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 20/4/1995, en autos “M.S. s/ sucesión ab intestato”.²⁹[29]

Se trataba de un causante que celebró capitulaciones matrimoniales y contrajo matrimonio en la República Oriental del Uruguay, país del que también eran nacionales y en el que tenían domicilio ambos cónyuges. Las capitulaciones referían a un inmueble adquirido por el causante luego de la celebración del matrimonio e inscripto a su nombre en nuestro país, el que debía ser tenido como propio entre los cónyuges. Fallecido el Sr. M, se dictó declaratoria de herederos en Argentina, a favor de su cónyuge y de sus hijos de un anterior matrimonio, quienes pidieron que el bien se inscribiera como propio del causante (heredando todos ellos en porciones viriles el dominio), a lo que se opuso la cónyuge superstite que pedía el tratamiento del bien como de naturaleza ganancial de ambos. La Cámara aplicó al caso el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 – que analizaremos más adelante- y la ley uruguaya referida al régimen patrimonial matrimonial de oficio (CIDIP IV sobre Normas de Derecho Internacional Privado). La validez de las capitulaciones invocadas por los hijos fue juzgada a la luz del primer domicilio conyugal – que estuvo en Uruguay-, y, por tanto, se ordenó la inscripción del dominio del inmueble por porciones viriles entre los herederos.

b.) ¿Cuál es la naturaleza jurídica del 127730[30] del Código Civil desde la óptica del derecho argentino?

²⁹[29] ED 162-594,-

³⁰[30] Art. 1277 Código Civil. Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratándose en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

Clariá, analizando este tema a la luz de la legislación vigente luego de la reforma de 1986, introducida por la Ley 23.515, sostiene que “... *merece una especial consideración el tema referido al asentimiento conyugal, contenido en nuestro art. 1277 CC. También en este supuesto debemos recurrir a la ley del primer domicilio conyugal y, si ella exime de dicha exigencia, no debemos requerir el asentimiento al transferirse un bien en las circunstancias del citado art. 1277. Se discutió si el asentimiento conyugal se vinculaba con las cuestiones de estricto carácter real mencionadas en el art. 163, arribándose a una respuesta negativa, por tratarse evidentemente de un derecho personal. Sin embargo, el acto de disposición de un bien inmueble en el que se encuentra radicado el hogar conyugal, existiendo hijos menores o incapaces, puede configurar un problema de otra índole: la doctrina coincide en que, al tratarse de una cuestión en la que el orden público internacional se encuentra comprometido, deberá requerirse el asentimiento conyugal, aunque la ley extranjera aplicable (la del primer domicilio conyugal) no lo exija...*”.³¹[31] No compartimos esta última aseveración del autor.

c.) Y en este escenario, ¿cómo juegan sus disposiciones con el artículo 10 del Código Civil?

El artículo 10 del Código Civil establece: “*Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República*”.

Varias han sido las posiciones adoptadas por los autores nacionales sobre el particular. Ferrari Ceretti,³²[32] en el dictamen presentado a la Comisión de Consultas Jurídicas efectúa un prolijo detalle de las diferentes orientaciones, y expresa que:

31[31] CLARIA, Eduardo Alfredo, *op. cit.*; especialmente pp. 62-63.

32[32] Expediente 4538-F-1986, Revista del Notariado 834- Año1986, pág. 1969.-

- Al estudiar el tema, Salvat dice que el principio fundamental de este artículo es el de la *lex rei sitae* de los estatutarios, y se aplica a) a la calidad de tales; b) a los derechos de las partes sobre si las servidumbres o las anticresis pueden constituirse sobre inmuebles; c) a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar esos actos, es decir, el régimen de transmisión; ejemplo en nuestro país: escritura pública, más tradición o entrega más inscripción en el Registro de la Propiedad. En cuanto a la capacidad, se refiere a la capacidad o incapacidad de derecho, que se rige por las leyes de la República, pero no en lo referente a la capacidad de hecho, que queda exclusivamente regida por las leyes del domicilio (artículos 6, 7, 948, 949 del Código Civil). Esta regla admite excepción cuando la capacidad de adquirir se encuentra restringida por una ley rigurosamente obligatoria, con carácter de ley de policía.
- Machado sostiene que el régimen de los artículos 6 y 7 del Código no están en contradicción con el artículo 10 del mismo cuerpo legal, porque, una cosa es la capacidad o incapacidad para disponer, adquirir, y otra cosa es el régimen de los bienes o de los derechos reales que los afectan.
- El artículo 10 del Código Civil se refiere al título y modo de adquirir derechos reales, modificar, extinguir o cancelar los mismos sobre inmuebles situados en el país (tradición, escritura pública, inscripción, legalización, protocolización), pero no se refiere a la capacidad (N.R: o a la legitimación) de las partes, bajo ningún aspecto.
- La ley argentina terminará por prevalecer y regulará el régimen patrimonial de transferencia de los bienes ubicados en la República Argentina (es decir, serán de aplicación el artículo 1277 del Código Civil), solo cuando los cónyuges no hubieran celebrado convención nupcial o cuando el inmueble en cuestión fuera sede del hogar conyugal y habitaran en él hijos menores o incapaces, ya que se trata de aspectos personales del régimen de bienes, que difiere de la teleología y finalidad de la norma del artículo 10 del Código Civil.

En este mismo sentido se pronuncia expresamente alguna doctrina^{33[33]}, que sin embargo admite la exigencia del cumplimiento del artículo 1277 del Código Civil, cuando el inmueble que se intenta disponer es, en ese momento, sede del hogar conyugal o habitan en él hijos menores o incapaces del disponente, aunque el régimen patrimonial matrimonial del primer domicilio conyugal no lo exigiese.

Ahora bien, al analizar el contenido y alcance del artículo 10 del Código Civil, Werner Goldschmidt^{34[34]} si bien arriba a la misma conclusión restrictiva en su aplicación antes indicada, esto es: la ley argentina no se aplica a la legitimidad de las partes para adquirir derechos reales (en cuyo ámbito incluiríamos el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil), parece reformular su posición cuando analiza la dimensión dikelógica de esa norma, y sostiene que: “... *Muebles registrables como automotores (v.art. 1277 Cciv y ley 17711) deben someterse al derecho del país en cuyo registro figuran*”. Este razonamiento, por qué no, podría hacerse extensivo a los inmuebles, que deben igualmente someterse al derecho del país en cuyo registro figuran. De esta manera, podría inferirse que los actos dispositivos de dichos bienes, deberían respetar las normas registrales vigentes en los Registros – valga la redundancia- en los que se encuentran inscriptos (*lex registrationis*).

En el mismo sentido parece estar Feldstein de Cárdenas que, al analizar lo que debe entenderse por cuestión de “estricto carácter real” al que se refiere el artículo 163 del Código Civil, expresa:” ... *Por muestra parte propiciamos una interpretación restrictiva del giro empleado por la ley, el que entendemos se refiere exclusivamente al régimen de creación de derechos reales, calificación de bienes y su*

33[33] Goldschmidt, Werner, op.cit. pág. 456, Colaboración de Jorge Daneil Paladino. Esta contribución parecería contradecir en cierto modo lo dispuesto por Goldschmidt en ediciones anteriores de su libro, por lo que juzgamos que debe ser analizada en forma integral, en la forma realizada por nosotros precedentemente.

34[34] Goldschmidt Werner, op.cit.pág.408 y ss.

inclusión en diversas categorías, la publicidad y la registración de los derechos sobre los mismos...”35[35]

Y en esta línea de pensamiento, es muy interesante recordar la doctrina del controvertido Plenario Feidman, Mauricio, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, el 27 de julio de 1977, cuando se sometió a plenario la consideración de la siguiente cuestión: *"Si el Registro de la Propiedad Inmueble está o no facultado, al examinar los instrumentos presentados para su registración, a controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes impuestos por el art. 1277 del Cód. Civil"*.

El Tribunal en pleno sostuvo la siguiente doctrina en su fallo, por mayoría impersonal: *"El Registro de la Propiedad Inmueble al examinar los instrumentos presentados para su registración puede controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes impuestos por el art. 1277 del Cód. Civil. A esos efectos, podrá requerir que en el documento inscribible conste la expresión del asentimiento del cónyuge no disponente, o de la autorización judicial; si se tratare de bienes propios de uno de los cónyuges, deberá prescindirse del asentimiento siempre que el disponente manifieste que no se dan los supuestos de radicación del hogar conyugal y de existencia de menores o incapaces."*36[36]

35[35] Feldstein de Cárdenas, Sara, Derecho Internacional Privado, Parte Especial, pág. 128 y ss.m Editorial Universidad, Año 2000.-

36[36] Los fundamentos, aunque variados, pueden resumirse así en lo relativo a lo que nos ocupa: "... La cuestión sometida al tribunal se simplifica para quienes interpretan que el asentimiento conyugal exigido en los supuestos previstos por el art. 1277 del Cód. Civil, encuadra en una noción amplia de "formalidades", o de "formas extrínsecas" de los títulos que recibe el Registro. Efectivamente, el art. 3 inc. b) de la ley 17.801 exige para que los títulos puedan ser inscriptos o anotados, que tengan las "formalidades establecidas en las leyes" y el art. 8 preceptúa que "El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos..." ... Sin embargo, otra corriente doctrinaria jurisprudencial descarta que el asentimiento conyugal sea un problema atinente a las "formas" del título y se vincularía con los requisitos de fondo... Para esta orientación, la calificación del asentimiento conyugal por el Registrador, o bien no cabe por trascender de las formas extrínsecas ... o es admisible aunque interese al fondo del acto ... Aunque se entienda que el problema del asentimiento conyugal excede la noción de "formalidades" o de "formas extrínsecas", son computables argumentos significativos que permitirían extender la calificación del Registrador más allá de esas "formas", para penetrar en cierta medida en el contenido del acto, sin detenerse en su continente. ... La construcción sugerida, tiende a mostrar que pese a la ausencia del contenido normativo expreso del art. 8 de una calificación que gravite sobre el fondo del acto, hay normas concluyentes que prolongan esa facultad calificadora más allá de las formas. Es que, preceptos

Por lo expuesto, en atención al carácter controversial del tema, y en virtud de lo establecido por la legislación de fondo y las normas registrales aplicables, debemos destacar que, si bien entendemos que el derecho del primer domicilio conyugal puede eventualmente eximir a los cónyuges de prestar el asentimiento a que se refiere el artículo 1277 del Código Civil, una buena práctica notarial implicaría –a los fines de evitar responsabilidades profesionales y planteamientos posteriores– que el mismo sea igualmente prestado en los términos de la mencionada norma, sobre todo cuando el inmueble en cuestión sea en ese momento sede del hogar conyugal del disponente y habiten en él hijos menores o incapaces del mismo.

Y si, no obstante ello, el escribano luego de haber calificado las circunstancias del caso y analizado la legislación aplicable al régimen patrimonial matrimonial del disponente, optase por no requerir el asentimiento conyugal de marras al autorizar un acto dispositivo de bien inmueble registrable otorgado por extranjero, deberá, al menos, hacer manifestar al disponente acerca de la

como los de los arts. 15 y 30 a 32 de la ley 17.801, solo son compatibles con un sistema que no restrinja la facultad calificadora a las formas extrínsecas. Se puede aseverar que esas hipótesis no son más que casos especiales que funcionan como excepciones al art. 8, pero es innegable que con ellos se quiebra el carácter inmovible de la afirmación de que el Registrador nunca puede penetrar en el fondo del acto. ...No debe aprehenderse un texto aislado de la ley, mutilado en su elaboración, sino captar todo su sistema, lo que permite concluir que la calificación "de la validez de los actos dispositivos" es reconocida al Registrador, pese al intento de impedir esas atribuciones, frustrado por la subsistencia de normas sólo explicables en tanto el Registrador pueda acceder al fondo del acto que se quiere inscribir... Adviértase que si se admite la calificación por el Registrador en el caso del art. 15 de la ley 17.801, o sea en un supuesto de legitimación del disponente, porque tal calificación, aunque no hace a la formalidad del título, emplea los propios asientos registrales, con igual razonamiento puede argüirse que la condición de ganancial de un inmueble surge o puede surgir de los asientos registrales y en una gran cantidad de casos vinculados con el art. 1277 tampoco debería negarse igual facultad calificadora al Registrador... Descartar la calificación registral en torno del art. 1277, importaría renunciar a un mecanismo que en medida importante contribuirá a estimular el cumplimiento del art. 1277 y a proteger la familia a través de la defensa de su patrimonio... No se nos escapa que el asentimiento conyugal contemplado por el art. 1277 hasta puede ser tácito, pero ello no implica que el acceso del título al registro no se lo pueda condicionar con la constancia de ese asentimiento, de su innecesariedad, o de la autorización judicial, con el objetivo de que al mismo tiempo que se defiende el patrimonio familiar, exista una correspondencia mayor entre la realidad registral y la extraregistral, y se tienda a despejar una fuente de incertidumbres para los terceros interesados destinatarios de la publicidad registral... La interpretación que auspiciamos (pretende alentar) que la generalidad de los notarios y no solo la gran mayoría como en la actualidad, como naturales depositarios de la fe pública, asuman en plenitud la relevante función calificadora que les cabe en aras del interés superior de la comunidad.

innecesaria de cumplimentar lo prescrito por el artículo 1277 del Código Civil, en virtud de que dicha norma no resulta de aplicación en su caso por estar alcanzado por otro régimen patrimonial matrimonial, y como atestación notarial referir las normas de fuente interna, convencional y extranjeras, y los datos de la convención matrimonial que así lo autorizan (cuestión de prueba de derecho extranjero).

d) ¿La sola circunstancia de haber celebrado un matrimonio en un país que permite la celebración de convenciones matrimoniales, implica que en ese Estado se ha constituido el primer domicilio conyugal a que hace referencia el artículo 163 del Código Civil (texto ordenado Ley 23.515)?

Realizando una interpretación literal de las normas comprometidas - artículos 159 y 163 del Código Civil- pareciera imponerse una respuesta negativa al interrogante planteado.

En efecto, si se leen detenidamente ambas normas, podrá observarse que las mismas utilizan distintos puntos de conexión a los fines de la determinación del derecho aplicable a la validez intrínseca y extrínseca del matrimonio –lugar de celebración- y a las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes –primer domicilio conyugal-. De haber deseado el legislador someter ambos aspectos -el derecho aplicable a la validez intrínseca y extrínseca del matrimonio y a las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes- a un mismo derecho, debería haber utilizado el mismo punto de conexión en los dos casos. Por el contrario, eso no se da en nuestro ordenamiento vigente, y el legislador ha optado, en cambio, por la elección de puntos de conexión diferentes.

Es por ello que entendemos que la sola circunstancia de haber celebrado un matrimonio en un país que permite la celebración de convenciones matrimoniales, no implica que el matrimonio hubiere constituido en dicho Estado su primer domicilio conyugal.

e.) ¿Qué requisitos deben cumplimentarse a los fines del establecimiento del primer domicilio conyugal?

Al respecto, recordemos que el domicilio ha sido definido como: “*Lugar de residencia y permanencia habitual de una persona, siendo dato determinante del ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones.*”.^{37[37]}

Nuestro Código Civil califica al domicilio real como el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios (artículo 89). La duración del domicilio de derecho, depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando éste, el domicilio se determina por la residencia, con intención de permanecer en el lugar en que se habite (artículo 91). A su vez, para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre (artículo 92); y si una persona tiene establecida su familia en un lugar, y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio (artículo 94). El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento (artículo 94). El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro (artículo 99).

Parte de la doctrina sostiene que es importante construir la noción de domicilio haciendo referencia al principal asiento espacial de la persona. En el mismo, la persona posee consistencia. Al vivir en sociedad, el domicilio es un punto de establecimiento de relaciones con terceras personas, es el lugar donde los demás consideran que la persona *está*^{38[38]}: una de las principales características objetivas del domicilio es la habitualidad.

^{37[37]} Al respecto, puede consultarse <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>

^{38[38]} CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “El cambio de domicilio y su influencia sobre la capacidad”; en NUTA, Ana Raquel (Directora), GALLINO, Julieta (Coordinadora) AA.VV.; *Tratado de Derecho Privado Notarial*; Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pp. 25/26.

El derecho romano, por su parte, establecía que para que una residencia pudiera ser considerado domicilio, debían existir dos elementos fundamentales: *corpus* y *animus*.³⁹[39]

La diferencia entre el domicilio y la residencia habitual consiste en que la última es un hecho sociológico,⁴⁰[40] mientras que el primero es un concepto jurídico.

En consecuencia de lo expuesto, siendo que el primer domicilio conyugal es una especie de domicilio, entendemos que a los fines de su constitución deberán respetarse los requisitos establecidos por la ley vigente del lugar donde el mismo pretenda establecerse.⁴¹[41] Así, a nivel local, la jurisprudencia nacional⁴²[42] ha sostenido un criterio que entendemos aplicable al análisis que venimos realizando, al tener que calificar el concepto de domicilio y sostener que: “...Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Sup., en sus precedentes “Vlasov” (Fallos 245:87) y “Jobke” (Fallos 291:540), a los efectos de calificar el domicilio conyugal ha de atenderse de modo particular a la “convivencia indiscutida de los esposos” puesto que “comunidad conyugal es la efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges que caracteriza el domicilio conyugal”. Destacó, a esos efectos, la relevancia de la “convivencia estable y efectiva”. Que lo hiciera a los fines de la jurisdicción internacional no modifica la cuestión, dada la indudable

39[39] Al respecto, puede consultarse SAVIGNY, Carlos Federico de; *Sistema del Derecho Romano Actual*; traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, doctor en derecho, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, profesores de Derecho Romano en la institución Libre de Enseñanza y precedido de un prólogo de D. Manuel Durán y Bas, catedrático de derecho en la Universidad de Barcelona, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1879, tº VI, pp. 195, punto CCCLXI.

40[40] Weinberg de Roca se refiere a la residencia habitual como punto de conexión fáctico. Al respecto puede consultarse WEINBERG de ROCA, Inés Mónica; *Derecho Internacional Privado*; Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, especialmente pp. 159.

41[41] Esto es, utilizando términos propios del derecho internacional privado, el concepto de “domicilio” deberá ser calificado de conformidad con el ordenamiento jurídico correspondiente al primer domicilio conyugal, según lo que dichas normas entiendan por tal.

42[42] Aunque se pronunció al respecto en ocasión del análisis del concepto de domicilio conyugal a los fines de la aplicación de las normas correspondientes del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940.

vinculación existente entre los puntos de conexión de las normas indirectas y los criterios fundan de jurisdicción internacional empleados en las normas respectivas...”.43[43]

Por lo expuesto, a los fines de acreditarse la constitución del primer domicilio conyugal, deberá demostrarse el cumplimiento del derecho del Estado en donde el mismo se pretende constituido. Es decir que, a esta altura, nos encontramos frente a un problema de información y prueba del derecho extranjero.

Ahora bien, en este escenario, no está demás preguntarse qué medidas puede tomar un notario a los fines de la averiguación del derecho extranjero.

Respecto de esta cuestión, la relevancia de la misma resulta a todas luces evidente, si partimos de la consideración de que el notario es un “operador del derecho”, como lo es el juez y los demás profesionales del derecho que no sólo interpretan sino que también aplican constantemente las normas jurídicas, nacionales o extranjeras, según corresponda.

Ello establecido, debe recordarse que para que la ley extranjera sea aplicable en nuestro país, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que la parte interesada lo solicite; b) que pruebe su existencia, salvo las normas aplicables por convenciones diplomáticas o por ley especial (artículo 13 del Código Civil), porque en este caso integran la ley nacional (artículo 31 de la Constitución Nacional).

No obstante ello, la tendencia moderna es que el juez debe aplicarla sin que la parte lo solicite o pruebe su existencia: admitida esa ley, debe considerarse incorporada a nuestra legislación y no es posible dejarla librada a su solicitud y prueba.44[44]

43[43] CNCiv, Sala I, 20/04/1995, en autos M., S. Lexis N° 35030968.

44[44] FERRARI CERETTI, Francisco, Dictamen en disidencia presentado a la Comisión de Consultas jurídicas de la Ciudad de Buenos Aires, cita a Weiss, A., *Traité de Droit International Privé*, págs. 183/89; y Pillet, Antoine, *Traité Pratique de Droit International Privé*, 1923, T° 1, pág. 51); *Revista del Notariado* 806, Año 1986, pág. 1972.

Por esta circunstancia, entendemos que en el caso que se haya celebrado una convención matrimonial en el extranjero, debería interpretarse que se han cumplimentado con todos los requisitos exigidos por el derecho involucrado, máxime si la misma ha sido otorgada mediante instrumento público en virtud de la presunción de validez *iuris tantum* establecida jurisprudencialmente respecto de los actos otorgados ante notarios extranjeros.^{45[45]}

Sobre el particular, recordamos que: “... nuestra jurisprudencia ha establecido una presunción *iuris tantum* de que las actas notariales hechas en el extranjero por escribanos públicos cumplen con sus respectivas legislaciones.

45[45] Existen distintas posturas que estudian la naturaleza jurídica del derecho extranjero. Algunas lo describen como un hecho, un derecho o un hecho notorio y los diferentes alcances y efectos que una u otra consideración acarrearán. El artículo 13 del Código Civil sostiene que el derecho extranjero es un hecho. Como tal, el mismo debe ser alegado y probado por las partes, asumiendo las mismas las consecuencias directas de su falta y/o insuficiencia en su alegación y/o prueba. Goldschmidt, desarrolló la *teoría del uso jurídico*,^{45[45]} tomando como base la *foreign court theory* sentada por la jurisprudencia inglesa, según la cual, la norma de colisión, al declarar aplicable el derecho extranjero, se refiere a la probable sentencia del juez extranjero sobre la cuestión incluida en el tipo legal de la norma de conflicto, calificada debidamente, llegando a un juicio de probabilidad, se plantea el tema como un problema de interpretación. Entre las teorías de derecho y las teorías de hecho, la teoría del uso jurídico sostiene que la norma de colisión hace referencia a la sentencia probable del juez extranjero. Según Goldschmidt, esta teoría opone a *todas las doctrinas que conciben el derecho extranjero como ordenamiento normativo (nacionalizado o extranjero), la tesis que el derecho extranjero es un hecho*, pero, determinando de qué hecho se trata, señala que se trata de un hecho decisivo: *la sentencia de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su derecho en la hipótesis de que le hubiere tocado resolverlo.*^{45[45]} Para otros, el derecho extranjero es derecho y no un simple hecho y que la circunstancia de que no esté vigente en nuestro país, no lo priva de su carácter de tal.^{45[45]} Sin embargo, es un derecho extranjero; por lo cual el tribunal competente debe aplicar el mismo como lo haría un tribunal del país al que dicho derecho pertenece, interpretando su contenido y procurando acercarse, con el máximo grado asequible de probabilidad al pronunciamiento que emitiría un juez de ese país –teoría del uso jurídico-. Ese derecho pudo haber sido elegido por nuestra norma de conflicto o por las partes, para regir el caso. En referencia a la naturaleza y aplicación del derecho extranjero pueden consultarse GOLDSCHMIDT, Werner; *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*; Buenos Aires, Depalma, 1992; UZAL, María Elsa; *Apostillas sobre la reciprocidad en el artículo 4° de la ley de concursos, las transferencias de fondos y la prueba del derecho extranjero*; La Ley 2005-D, 247 y La Ley Gran Cuyo 2005 (junio), 494 y La Ley Online, punto 3.2.3; FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L.; *Insolvencia transfronteriza, reciprocidad y medios electrónicos: análisis de un fallo ejemplar*, en EIDial.com, 27/04/2007; QUARANTA COSTERG, Juan Pablo; *Concursos y quiebras internacionales. La reciprocidad en el DIPr concursal de fuente interna*; ED, 30/07/2009, nro 12.306; CORDOBA, Julio César; *Verificación de créditos extranjeros en un concurso preventivo. Reciprocidad y aplicación de oficio del derecho extranjero*, comentario a “Sabate Sas S.A.”, Revista Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades 5/6.2006, pp. 453-464; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Primera, 28 de abril de 2005, autos *Sabate Sas S.A. en j° 20.541/42.086 Sabate Sas S.A. en j° 41.030 Covisan S.A. s/Concurso preventivo s/Verificación Tardía s/Inc. Cas.*, EIDial.com, referencia AA2994. punto V.3.d, párrafo segundo in fine.

Goldschmidt apunta que esta línea jurisprudencial se inicia con una sentencia de la Corte Suprema del 5 de mayo de 1892 in re ‘C. H. Busher c/Cooperativa Argentina’ (Fallos 48:98) y ha sido seguida por otros fallos de diversos tribunales (C. Fed. Cap. 16-9-21 in re ‘Heller y Cía. c/Marini’, JA 8-270; ‘Lever Brothers Ltda. c/Frigorífico Anglo’ (G. del Foro 135-6); CNCom. sala A ‘Paneth Erwin c/B.I.E.M.’ del 21-10-65 (ED 13-548). Se ha dicho también, ‘que la validez de los actos otorgados en un país extranjero se rige por las leyes de ese país y no puede ser impugnada con invocación de la falta de las formas o solemnidades exigida por nuestras leyes’ y que ‘la personería invocada conforme a poderes otorgados en el extranjero no puede ser cuestionada -inclusive cuando no media transcripción de los documentos habilitantes- mientras no se acredite que el instrumento no llena las formalidades exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, en razón de que la intervención del notario público hace presumir la legalidad del acto y el incumplimiento de las leyes del lugar’ (confr. CNCiv. sala B, 3-8-72 in re ‘Tours Investment S.A. c/Iturraspe Pedro R.’ -ED 45-637- Goldschmidt W. ‘Derecho Internacional Privado’, pág. 262/4)...]”.46[46]

Y, siguiendo la línea que venimos analizando, en el supuesto que el o los requirentes que concurren ante el notario no hubiera/n celebrado convención matrimonial, deberá probarse el derecho extranjero correspondiente al primer domicilio conyugal, que regula en forma supletoria el régimen patrimonial matrimonial del matrimonio, a través de los medios previstos en las distintas normas de fuente convencional⁴⁷[47] y en la jurisprudencia nacional.⁴⁸[48]

Luego, deberemos preguntarnos qué se debe probar.

46[46] Del dictamen del Fiscal de Cámara in re “N.V. Philips Gloeilampenfabrieken c/High Tech Medical Parks D.C. s/ordinario”, resuelto por la CNCom, Sala C, con fecha 23/02/1995, inédito.

47[47] Al respecto, ver cuadro sobre aplicación, prueba e información del derecho extranjero agregado al presente trabajo. Se deja aclarado que los tratados allí incluidos no son todos los referidos al tema, habiéndose realizado una selección a los fines de la confección del cuadro comparativo.

48[48] Con referencia a la aplicación, prueba e información del derecho extranjero, puede consultarse en internet <http://fallos.diprargentina.com/search?q=prueba+derecho+extranjero>

Entendemos que es conveniente realizar un breve pantallazo del estado de la cuestión.

Las convenciones más modernas referidas a la aplicación y prueba del derecho extranjero sostienen que se debe probar su texto, sentido, vigencia y alcance legal.⁴⁹[49]

Evidentemente, el desarrollo actual de las comunicaciones y especialmente de internet⁵⁰[50] facilita la búsqueda y averiguación de oficio el derecho extranjero, ya que la mayoría de los países cuentan con sitios web oficiales⁵¹[51] donde se puede acceder a la más completa información. Actualmente existe la posibilidad de acceder a revistas jurídicas sobre cuestiones de derecho de índole general⁵²[52] y especializadas, permitiéndosele a todos los operadores del derecho (jueces, abogados, escribanos, síndicos, etc.) poseer información de primera mano de manera inmediata.

49[49] Al respecto puede consultarse la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero, Montevideo, 1979. El artículo 2 de la Convención establece: Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados Partes proporcionaran a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho.

50[50] En el mismo sentido puede analizarse FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L.; *op. cit.*

51[51] En la República Argentina puede accederse a la información legislativa a través de <http://infoleg.mecon.gov.ar> En dicho sitio se puede localizar la legislación nacional, provincial, códigos, etc. La información (la nacional al menos) se encuentra actualizada y se indica en cada caso cuantas normas han modificado la norma originaria. En Colombia pueden consultarse, por ejemplo, los sitios <http://www.secretariassenado.gov.co>, <http://www.corteconstitucional.gov.co> y http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/index.html En Brasil, por ejemplo, se pueden consultar los sitios <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> y <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp> En el caso de UNCITRAL, se puede acceder a la jurisprudencia, por ejemplo, de la CISG a través del sitio http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html En el caso de la Conferencia de La Haya, se puede acceder a la más completa información sobre el texto de los tratados celebrados a su amparo y el estado de ratificaciones de los mismos a través del sitio web http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing

52[52] Por ejemplo Westlaw puede consultarse en <https://international.westlaw.com/directory/default.wl?RS=WLIN8.09&VR=2.0&FN=top&MT=WestlawUK&SV=Split>

De este modo, resulta más difícil a los operadores jurídicos, es decir magistrados, notarios y abogados, –aunque algunos persistan en su actitud reticente- obviar la necesidad de la aplicación de oficio de la norma extranjera declarada aplicable al caso.

IV. FUENTE CONVENCIONAL: TRATADOS DE MONTEVIDEO.

El régimen patrimonial matrimonial y la validez de las convenciones matrimoniales, han sido incluidos en los dos Tratados de Montevideo de 1889 (arts. 40 y 41) y de 1940 (arts. 16 y 17).

Básicamente el Tratado de 1889 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los que tuvieron al tiempo de celebrarlas y de los que adquirieran posteriormente; en defecto de capitulaciones especiales, y en todo lo que ellas no hubieran previsto, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se regirán por la ley del domicilio conyugal que ellos hubieran fijado de común acuerdo antes de la celebración del matrimonio. En los dos artículos se expresa de modo preciso que el régimen, ya sea el de las capitulaciones o el del domicilio conyugal, se aplicará en "todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes".

Si no se hubiese fijado de antemano un domicilio conyugal, las relaciones patrimoniales se regirán por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (art. 42); en el artículo 43, que es concordante con el artículo 17 del Tratado de 1940, se dispone que el cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

El Tratado de Derecho Civil de 1940, en el artículo 16, que es de un elogiado tecnicismo, dispone que "las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio

conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes".

Boggiano, analizando el contenido del Tratado de 1889 (cuyo ámbito de aplicación territorial comprende Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Perú), se plantea si es posible eludir la aplicación del artículo 1277 del Código Civil mediante la celebración de capitulaciones matrimoniales, en los términos del artículo 40 de este Tratado de 1889. Sobre el punto se inclina por entender que el artículo 1277 del Código Civil constituye una forma de orden público de fuente interna (conf. art. 4 Protocolo Adicional), y por ello concluye en que *"...siempre debe aplicarse la norma de orden público interno argentina del art. 1277 CC cuando haya bienes sitos en la República..."*⁵³[53].

Y el mismo autor, analizando el Tratado de Montevideo de 19410 (cuyo ámbito de aplicación territorial incluye Argentina, Uruguay y Paraguay), expresa que no cabe dudas de la aplicación del artículo 1277 del Código Civil, cuando el primer domicilio conyugal del o los otorgantes radica en el país. En cambio, se plantea la cuestión de si el artículo 1277 es o no "materia de estricto carácter real" en los términos del articulado del Tratado de 1940, para concluir que, a su criterio, la respuesta debe ser negativa, fundándose en ilustrada doctrina. Y es por ello que expresa que, a su criterio – y con un criterio diferente al mencionado para el Tratado de 1889- bajo el Tratado de 1940 el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil es materia de naturaleza personal – atañe a la validez y eficacia del título por el que se dispone del bien-, siendo otra la cuestión de que luego pueda o no transferirse el derecho real por una falla en el título (es decir, la observabilidad que podría surgir por la inexistencia de ese asentimiento cuando el mismo no fue prestado).

De este modo, prosigue Boggiano, si el primer domicilio conyugal se constituyó en Paraguay o Uruguay, no será de aplicación la exigencia del artículo

⁵³[53] BOGGIANO; Antonio, Ambito de validez espacial del artículo 1277 del Código Civil- Límites impuestos al art. 1277 por las normas del derecho internacional privado argentino, JA-1975,354 y ss.

1277 del Código Civil para los otorgantes involucrados, porque no puede considerarse que el mismo integra los principios de orden público argentino (art. 4 del Protocolo Adicional), y el mismo razonamiento se aplica si el domicilio conyugal actual fuere argentino, porque a los fines de la norma solo importa el primer domicilio conyugal (lo que habilitaría a posibilidad de fraude).

V. CONCLUSIONES.

- Ø Cuando se plantea en sede notarial un caso de colisión de sistemas patrimoniales matrimoniales, que pueden plantear mayor o menor grado de complejidad, cuanto más grande sea la disimilitud entre los sistemas involucrados, será el escribano quien, como operador del derecho involucrado, deberá calificar y determinar la validez y eficacia de dichas convenciones –que pueden alterar, agravando o morigerando, el régimen patrimonial matrimonial de nuestro ordenamiento jurídico-, y el alcance que deberá darse a su aplicación en nuestro territorio.
- Ø Si bien a partir de la reforma del artículo 163 del Código Civil, como consecuencia de la sanción de la Ley 23.515, no sería necesario requerir el asentimiento conyugal a los efectos de disponer de un bien inmueble radicado en la República Argentina, cuando la ley del primer domicilio conyugal del disponente no lo exija -toda vez que no se trata de una cuestión de estricto carácter real-, es de buena práctica notarial requerir igualmente dicho asentimiento en los términos del art. 1277 del Código Civil (recaudo de ius registrationis), sobre todo cuando el mismo sea en ese momento sede del hogar conyugal y habiten en él hijos menores o incapaces del disponente.
- Ø Si, no obstante ello, el escribano luego de haber calificado las circunstancias del caso y analizado la legislación aplicable al régimen patrimonial

matrimonial del disponente, optase por no requerir el asentimiento conyugal de marras al autorizar un acto dispositivo de bien inmueble registrable otorgado por extranjero, deberá, al menos, hacer manifestar al disponente acerca de la innecesariedad de cumplimentar lo prescripto por el artículo 1277 del Código Civil, en virtud de que dicha norma no resulta de aplicación en su caso por estar alcanzado por otro régimen patrimonial matrimonial, y como atestación notarial referir las normas de fuente interna, convencional y extranjeras, y los datos de la convención matrimonial que así lo autorizan (cuestión de prueba de derecho extranjero).

- Ø Los asentimientos generales anticipados no son válidos no son válidos bajo el régimen de nuestra legislación de fuente interna, ya que implican una alteración del régimen patrimonial matrimonial vigente, e implicarían una suerte de convención matrimonial prohibida actualmente por nuestro ordenamiento jurídico.
- Ø Un notario argentino puede autorizar en la República Argentina convenciones matrimoniales otorgadas por cónyuges cuyo primer domicilio conyugal esté radicado en el extranjero si la ley vigente en ese territorio así lo permite, aunque siempre con las limitaciones que impone el artículo 953 del Código Civil argentino. Con el mismo criterio, podrán autorizarse acuerdos modificatorios a esas convenciones matrimoniales, si así lo autoriza la ley vigente en el lugar del primer domicilio conyugal de los otorgantes.
- Ø Por aplicación del principio *lex loci celebrationis*, los documentos a los que nos referimos precedentemente, deberán ser otorgados por escritura pública, con intervención notarial (artículo 1184 incisos 4° y 10° del Código Civil), sin perjuicio de que puedan cumplimentarse además otros recaudos formales que exija la *lex causae* – ley del lugar donde deban ejecutarse las mismas-. La intervención del notario argentino en este caso es lícita y, en el mismo sentido, será conveniente que este tome conocimiento del derecho

vigente en el país del primer domicilio conyugal, que podrá probarse a pedido de parte o de oficio.

- Ø Las ventas de inmuebles efectuadas luego de la sanción de la Ley 23.515, respecto de matrimonios cuyo primer domicilio conyugal se encuentra en el extranjero, se rigen por las normas reformadas por dicha ley, sea que se trate de adquisiciones efectuadas durante la vigencia de la Ley 2.393 o luego de su sanción.
- Ø Es aconsejable la inclusión, en nuestro Código Civil, de una norma expresa que se refiera a la innecesariedad de requerir el asentimiento conyugal en los términos del artículo 1277 del Código Civil únicamente en los casos en los que los disponentes sean extranjeros y la legislación vigente en el lugar que constituye su primer domicilio conyugal no lo exija o los autorice a modificar su obligatoriedad por medio de convenciones matrimoniales, que sean exhibidas debidamente traducidas, legalizadas y apostilladas – según el caso-.
- Ø La prueba de la legislación vigente en el lugar del primer domicilio conyugal de los cónyuges que los autorice a proceder de esa manera, es una “cuestión de derecho”, pudiendo el operador de derecho recurrir a cualquier medio a los efectos de acreditar su alcance, contenido y vigencia.
- Ø Es aconsejable la difusión de información relativa a los diferentes regímenes patrimoniales matrimoniales vigentes en el derecho comparado, por intermedio de los Colegios Notariales.
- Ø Sería deseable la creación de un registro que, sin alterar el contenido y régimen de las convenciones, permita a los terceros conocerlas. En el mencionado registro deberían inscribirse los matrimonios cuando estuvieran regulados por un sistema patrimonial matrimonial que no fuera el argentino, así como también los alcances de dichos regímenes en lo que respecta a la disposición y administración de bienes registrables. A este

respecto podría de servir de modelo el Registro de Regimenes de bienes en el matrimonio, del Código Civil Alemán.