



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Convenciones matrimoniales – Régimen legal aplicable

Autor: Jorge A. Mazzinghi

I. Antecedentes y tendencias

El tema de las convenciones matrimoniales ha tenido muy poco espacio en el derecho argentino, por una razón vinculada a las costumbres nacionales, que luego quedaron fielmente reflejadas en la legislación.

Los novios, y las familias de las cuales ellos provenían no tuvieron nunca la preocupación de regular los efectos patrimoniales del matrimonio, a través de los "contratos", cuya celebración era frecuente en Europa.

Sobre esa realidad social, el Código Civil previó un sistema de bienes uniforme, con escasísimo margen para las estipulaciones personales; algo así como un traje de confección que se tenía que adecuar a todos los casos, y que rigió, sin mayores problemas, hasta hoy.

La sociedad argentina ha cambiado, -y en particular han cambiado las ideas vigentes sobre la familia-, y, en consonancia con ese cambio, se han alzado distintas voces que reclaman una mayor flexibilización del régimen de bienes del matrimonio.

El Proyecto de Reformas al Código Civil y al Código de Comercio de 1998, ha constituido un avance firme hacia la posibilidad de que los cónyuges opten por uno de los dos regímenes que propone: comunidad o separación de bienes.

En materia de convenciones matrimoniales, el artículo 438 del Proyecto se mantiene en una línea restrictiva de la libertad conyugal y agrega, a las dos convenciones sobrevivientes del art. 1217 (inventario y donaciones), otras dos, que son la enunciación de las deudas y la opción por un régimen de bienes.

El art. 439 excluye toda otra convención matrimonial y sanciona con la nulidad a las que pudieran intentarse.

De todos modos, la posibilidad de optar por la separación de bienes, otorgaría una libertad de negociación notoriamente más amplia que la que pudiera ofrecer un régimen de comunidad, aunque se admitieran estipulaciones acordadas por los contrayentes.

Lo cierto es que, por las razones dadas, mientras dure la vigencia del Código actual, los problemas que puedan plantear las convenciones matrimoniales, se reducen prácticamente, a las celebradas en el extranjero, y su eventual aplicación en el territorio nacional, pues las celebradas en el país, -cuya rareza ha sido destacada-, sólo pueden revestir algún interés cuando el primer domicilio conyugal se fije en el exterior, y por lo



tanto sea aplicable la legislación del país de dicho domicilio.

Con referencia a tales convenciones, la ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535), que introdujo tantas novedades al régimen del matrimonio (la mayor parte negativas), renovó el marco normativo, en ese punto, con un sesgo que se puede considerar satisfactorio.

II. El antiguo régimen

El régimen argentino era complicado y deficiente, y sobre esa base no es extraño que el nuevo art. 163 implicara un acierto.

El sistema hasta entonces imperante, comenzaba por proclamar, virtualmente, el principio de la *lex fori*, al establecer que "la validez de las convenciones matrimoniales, hechas fuera de la República, será juzgada por las disposiciones de este Código respecto a los actos jurídicos celebrados fuera de la Nación" (art. 1220). Tales leyes, según el art. 949, se reducían al Código Civil Argentino, que se aplicaba para juzgar sobre "la capacidad de derecho, el objeto del acto".

Por otra parte el art. 4° de la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), disponía que "El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera sean las leyes del país en que el matrimonio se celebró".

Pero por cierto que las estipulaciones incluidas en un contrato celebrado en el extranjero, no hubieran sido aplicables en la República, si contradecían las bases de la sociedad conyugal, que imperativamente disciplinan las normas locales (1).

La misma ley 2393 establecía, en cuanto a los bienes muebles, un sistema según el cual, no mediando convenciones matrimoniales ni cambio de domicilio, aquellos se regían por la ley del lugar de la celebración del matrimonio. En caso de traslado del domicilio, los adquiridos antes de la mudanza se regían por las leyes del lugar de la celebración, y los posteriores, por la ley del domicilio (art. 5°). Por su parte, los inmuebles eran regulados según la ley del lugar donde estuvieran situados, con un criterio acorde al de la nota al art. 2502 del Código Civil.

Finalmente, el art. 163, en su antigua redacción, disponía que "si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los esposos antes de mudarse son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido después del cambio son regidos por las leyes del nuevo domicilio".

Basta la enunciación de los criterios expuestos para advertir que el sistema era francamente caótico, notablemente variable, y que la compaginación de esas normas resultaba compleja y frecuentemente contradictoria.

El art. 1220 y toda la ley 2393, fueron derogados por la ley 23.515, con lo cual, las disposiciones recordadas, han desaparecido de nuestro dispositivo legal, y han sido sustituidas por el nuevo art. 163, que tiene sensibles ventajas.

Su reforma constituyó una modificación saludable, que permite contar con un régimen congruente y constante para establecer, sin vacilaciones, cuál es la ley que rige las relaciones conyugales en el aspecto patrimonial, eliminando la discriminación entre



los regímenes resultantes de sucesivos cambios de domicilio, y sin variar el criterio respecto de bienes muebles o inmuebles.

III. El nuevo artículo 163

El contenido de la nueva norma fluye directamente de lo establecido por los arts. 16 y 17 del Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1940.

Conforme a esos antecedentes el art. 163 establece que "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal..." y que "el cambio de domicilio no altera la ley aplicable".

Se ha alcanzado así un objetivo importante que es la unidad de criterio, y, por otro lado, la inmutabilidad del sistema.

Dada la estrechez del margen que el legislador argentino reconoce a los cónyuges para convenir el régimen patrimonial, y la falta de costumbre de celebrar convenciones matrimoniales, hay que tener presente que la previsión legal será aplicable -salvo casos excepcionales- a las celebradas en el extranjero.

En aquellas sociedades donde la regulación de las consecuencias económicas del matrimonio ocupa un espacio mayor en la atención de los contrayentes es relativamente frecuente la concertación de tales consecuencias mediante la celebración de convenciones, que las partes celebran para fijar el sistema que, a su criterio, resulte el más conveniente para ellas, ya sea optando por alguno de los que la ley admite, ya introduciendo variantes que consultan el interés particular de los contrayentes.

IV. La intención de los contrayentes

La determinación de que el primer domicilio conyugal es el factor decisivo para establecer el régimen de bienes procura encontrar una pauta objetiva, que, además, excluye la posibilidad de que se adopte un régimen extranjero substrayéndose fraudulentamente al que rige en el país de la celebración, o recurriendo a la celebración en el extranjero para evitar la aplicación de la ley del domicilio conyugal.

Supongamos que dos personas, domiciliadas en la Argentina, desearan casarse con un régimen de separación de bienes, resolvieran celebrar su matrimonio en París para poder elegir el sistema patrimonial de su preferencia.

Si no se estableciera que la validez de tal opción depende del primer domicilio conyugal, el fraude a la ley argentina se consumaría con toda facilidad.

Por el contrario, si la eficacia de la opción depende del lugar donde se establezca el primer domicilio conyugal, la maniobra se complica.

Es cierto que la norma no contempla cuanto tiempo ha de durar la residencia común en ese primer domicilio, para producir el efecto previsto por el art. 163. Con lo que la cuestión queda librada a la prudencia judicial, que podrá apreciar si una radicación fugaz es suficiente para determinar el régimen de bienes a que los cónyuges han de someterse.

Por cierto que, si se reúnen elementos capaces de crear la convicción de que existe



el factor intencional que implique la fijación del domicilio (contrato de locación, actividades laborales) con la intención de permanecer en él, la cuestión se clarifica y la ley del lugar de su primer establecimiento, ha de acompañar al matrimonio, cualquiera sean sus radicaciones posteriores.

Se plantean, sin embargo, algunos casos que pueden dar lugar a dudas, relacionadas con el factor intencional a que antes aludimos, como sería el de personas que se casaran en el país donde están realizando estudios, quizás gozando de una beca, pero que tienen la decisión común de volver a su domicilio habitual, apenas se agoten las razones que las han llevado a residir temporariamente en el extranjero.

Contemplando con rigor esta situación, no parece que la residencia ocasional en otro país, pueda ser considerada domicilio. Como dice Rivera, éste se integra con un "animus", que "consiste en la intención de permanecer en determinado lugar, constituyendo en él el centro de los afectos e intereses, por tiempo indefinido"(2).

Este criterio, apto para definir el domicilio individual de una persona, es también aplicable al domicilio conyugal, aun cuando en este último han de confluir dos voluntades.

Pero sea como quiera, no parece que lo establecido en el art. 163 del Código Civil, haya de funcionar frente a una residencia temporaria -aunque pueda ser prolongada- que no signifique la intención compartida de radicarse en el exterior "por tiempo indefinido", como lo establece la recordada opinión de Rivera.

V. La reserva sobre inmuebles

El art. 163 contiene una salvedad que es importante analizar, pues, luego de sentar su principio general, señala que la ley del primer domicilio conyugal rige "en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes".

Es razonable que así sea. El texto comentado se refiere expresamente a "las relaciones de los esposos con respecto a los bienes", vale decir a relaciones personales que se establecen entre determinados sujetos -los cónyuges- sobre ciertos objetos, que son los bienes. La relación real, por el contrario, que es la que surge entre el sujeto y la cosa, objeto de algún derecho, no puede ser sacada del contexto normativo local.

No sería admisible, por ejemplo, que los cónyuges convinieran en afectar un inmueble situado en la Argentina, a un derecho real no reconocido por nuestras leyes.

El art. 2502 del Código Civil dispone que "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este Código se reconocen, valdrán sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer". Sería inadmisibile, pues, que prescindiendo de esa norma, se introdujera en el ámbito nacional un derecho real que nuestra ley no reconoce.

La organización de los derechos reales, sobre todo en materia de inmueble, tiene



una relación estrecha con el orden público, derivada del dominio eminente del Estado sobre el territorio de la Nación -"potestad suprema para regular en él la vida social"- al decir de Sagüés (3), que requiere una disciplina local de los derechos sobre la tierra.

Refiriéndose a la unificación del "derecho de cosas", en Alemania, dice Wolf que en dicho proceso, "se respetaron las particularidades territoriales, de arraigo tradicional, especialmente en la esfera del derecho inmobiliario"(4).

Es, pues, absolutamente lógico que las leyes de estados extranjeros, o las convenciones personales concertadas en el marco de tales leyes, no puedan prevalecer sobre la organización de los derechos reales en el territorio argentino, que es lo que significa la salvedad contenida en el art. 163 del Código Civil, derivada, como hemos dicho, del Tratado de Montevideo de 1940 (Adla, XVI-A, 328).

VI. Algunos supuestos prácticos

La aplicación de dicho artículo, puede dar lugar a consecuencias diversas, que derivan de la inmutabilidad del régimen: "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".

Veremos algunas:

a) Importación a la Argentina de un régimen extranjero

En función del sistema vigente, consideramos que sería posible que, quienes establecieran su domicilio en la Argentina, pero estuvieran ligados por el régimen de bienes propio del país donde tuvieron su primer domicilio, podrían celebrar convenciones matrimoniales que establecieran un régimen opuesto al argentino.

Supongamos el caso de un matrimonio celebrado e instalado en España, país que admite la libertad de optar por un sistema patrimonial, y de modificar el que originariamente adoptaron (arts. 1315, 1318, 1325, 1331 del Código Civil Español). Si no hubiesen celebrado convención alguna, estarían sujetos al régimen de comunidad o de "sociedad de gananciales", como allá se llaman (art. 1316) que es el básico previsto por la ley local. Transferidos a la Argentina, donde fijaran su nuevo domicilio conyugal, podrían cambiar de régimen -pues así lo admite la ley española- y estipular la separación de bienes, a pesar de que el derecho argentino establece imperativamente la sociedad conyugal. Tal imperatividad -por voluntad de la ley- se reduce a los cónyuges que hayan fijado su primer domicilio legal en la Argentina, pero deja libertad de opción a quienes lo hubieran establecido en otro país.

b) Vigencia condicional

Las convenciones matrimoniales se instrumentan con anterioridad a la celebración del matrimonio (art. 1217 C. Civil, art. 1395 C.C. Francés).

Dos personas, pues, que quisieran celebrar matrimonio en la Argentina, tendrían que someterse, en cuanto a su capacidad, forma y demás requisitos, a lo que establece la ley

argentina.

También deberían respetar lo preceptuado por la ley local sobre la capacidad y la forma de las convenciones matrimoniales.

Pero ¿podrían celebrar una convención matrimonial, con un contenido más amplio que el previsto por el art. 1217 del Código Civil? ¿Podrían estipular un régimen de separación de bienes?

La respuesta es afirmativa, siempre que el primer domicilio conyugal que establecieran no fuese en la Argentina, sino en un país que admitiese ese régimen de bienes.

El notario que autorice la pertinente escritura pública (art. 1223 C. Civil) no podrá, pues, aducir que el propuesto por las partes es un acto de objeto prohibido (arts. 1218, 1219), pues será tal o no, según el país donde los contrayentes fijen su primer domicilio.

Recíprocamente, si el matrimonio, y la convención previa se hubiesen celebrado en el extranjero, estableciendo un régimen aceptado por la ley del lugar, pero el primer domicilio fuera fijado en la Argentina, lo convenido será impracticable si no se aviene con la legislación local.

Vale decir que la fijación del primer domicilio conyugal funcionará como un hecho condicionante de la convención matrimonial, que mantendrá su vigencia en caso de que sus cláusulas armonicen con el derecho local, y la perderá si fueren incompatibles con él.

c) Invalidez total o parcial

El contenido de las convenciones matrimoniales no ha de limitarse necesariamente a que los cónyuges opten por un régimen determinado, como podría ser la comunidad, la separación o la participación.

En algunas legislaciones extranjeras se prevé la inclusión de una serie de estipulaciones referidas a puntos muy concretos dentro de la generalidad de los regímenes mencionados. Por ejemplo en Francia, el art. 1390 del C. Civil admite la atribución de ciertos bienes a un cónyuge en la sucesión del otro, estipulación que, según nuestro derecho, sólo podría hacerse por medio de un testamento.

Cabe preguntarse qué ocurriría si se celebrara en Francia una convención matrimonial que estableciera el régimen de comunidad (similar al Argentino) y, además, la asignación de bienes post mortem, según lo autoriza la ley francesa. Si el primer domicilio conyugal se fijara en la Argentina, ¿Debería declararse la nulidad parcial de la convención, referida a esta segunda estipulación; puesto que el régimen de comunidad coincide básicamente con el argentino? O bien la nulidad total de la convención?

Aun cuando la cuestión sea dudosa, creemos que la aplicación del derecho argentino acarrearía la nulidad total, porque la letra del art. 163 remite a la ley del primer domicilio conyugal la regulación de las convenciones y de las relaciones de los esposos respecto a

los bienes.

Con lo cual, la aplicación del régimen de comunidad que ligaría a los cónyuges que fijan su primer domicilio en nuestro país, no provendría de la voluntad de estos, vertida en la convención celebrada en Francia, sino de normas imperativas del derecho local. Con lo que las únicas estipulaciones que podrían incluirse en una convención celebrada en el extranjero, pero sometida al derecho Argentino, son las que están previstas en el art. 1217 del Código Civil.

d) Opción por otra ley

En los países europeos signatarios de la convención de La Haya 1978, los contrayentes quedan habilitados para designar la ley a la cual someterán sus relaciones patrimoniales.

Se trata de un régimen que amplía la opción hasta la máxima dimensión concebible, y que se basa seguramente en el criterio de que la voluntad de los interesados es la que debe prevalecer para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

El Código Civil Francés tiene normas expresas (arts. 1397-2, 1397-3 y siguientes) que prevén esta sujeción convencional a un régimen extranjero.

Sería posible que dos personas casadas en Francia, y que allí radicaran su primer domicilio, optaran por un régimen extranjero.

Tal opción ¿sería admisible en la Argentina? Parece que la respuesta debe ser afirmativa, pues el reenvío al régimen del primer domicilio que nuestra ley sanciona, incluye la opción por un tercer régimen que no es el del país del primer domicilio, ni el del lugar de la celebración, sino otro enteramente ajeno, pero admitido por la ley del país del primer domicilio. Entendemos que la opción sería válida y debería ser respetada en la Argentina.

VII. Valoración del sistema

La permeabilidad del derecho local a las convenciones matrimoniales celebradas por cónyuges que fijaron su primer domicilio conyugal en el exterior, es francamente saludable.

Esta apreciación coincide con la posición favorable que hemos asumido frente a la reforma propuesta por el Anteproyecto de 1998, en cuanto admite la opción entre el régimen de comunidad o el de separación de bienes [\(5\)](#).

Parece razonable que sean los propios interesados, quienes se encuentren en condiciones más favorables para establecer el régimen de bienes que mejor se adecua a su situación personal.

Y el art. 163 implica una relativa apertura en tal sentido, aunque no modifica la rigidez y la imperatividad del régimen de bienes del matrimonio que nos rige.



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

(1) FASSI - BOSSERT, "Sociedad conyugal", nota 8 al 1220, t. 1, p. 151, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977.

(2) RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, N° 692.

(3) SAGÜES, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, t. I, N° 353.

(4) En Enneccerus, Kipp y Wolff, " Tratado de Derecho Civil", tercer tomo: Derecho de Cosas, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, p. 2.

(5) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "La reforma en materia de familia", ED, 184-1536.