

# Hipoteca y embargo. Su registraci3n

*Zulma A. Dodda*

Seguramente se preguntarán ¿qué aspectos que generen inquietudes doctrinarias podemos encontrar con relaci3n a la registraci3n de la hipoteca, 3nico derecho real que tiene vocaci3n registral desde el C3digo de VÉLEZ y con respecto a la publicidad de los embargos, medida cautelar m3s generalizada?

Sin embargo entendí que sería interesante analizar aspectos de ambas registraciones, que, en algunos casos no han sido tenidos en cuenta y, en otros, pese a que la doctrina mucho ha insistido en determinadas interpretaciones, la realidad nos indica que algunos registros siguen aplicando criterios contrarios.

*\* Transcripci3n de la exposici3n de la autora en ocasi3n de asumir como Miembro de N3mero de la Academia Nacional del Notariado. La sesi3n p3blica se desarroll3 en la sede del organismo, en la ciudad de Buenos Aires, el 10 de septiembre de 2012, y la presentaci3n estuvo a cargo del Consejero Aldo Emilio Urbaneja.*

## REGISTRACI3N DE LA HIPOTECA

Nuestro C3digo Civil en sus arts. 3134/3135 impone la registraci3n de la hipoteca, aclarando que no perjudicará a terceros, sino cuando se haya hecho p3blica por su inscripci3n en los registros.

Debemos diferenciar los datos que necesariamente debe contener el *acto constitutivo* en forma expresa o aportando elementos que permitan acceder a ellos, y los datos que tienen vocación registral.

Conforme lo dispone el *art. 3131 del CC*, son requisitos esenciales que deben constar en el acto constitutivo: los datos identificatorios del acreedor y del deudor; la fecha y la naturaleza del contrato al que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra, la identificación del inmueble gravado, y la *cantidad cierta de la deuda*.

Los principios del derecho real de hipoteca que se cumplen con las exigencias para el instrumento constitutivo son: especialidad en cuanto al sujeto, accesoriedad, especialidad en cuanto a la cosa que sirve de garantía y especialidad en cuanto al crédito garantizado.

Los principios de accesoriedad y especialidad en cuanto al crédito son objeto de cambios importantes en el proyecto de reforma que analizaremos después de comentar el derecho vigente.

Es interesante comparar estos datos esenciales del instrumento constitutivo con los que el codificador considera que necesariamente deben ser objeto de registración.

### DATOS CON VOCACIÓN REGISTRAL

Conforme a lo dispuesto por el *art. 3139 del CC* la toma de razón ha de reducirse a : 1) fecha del instrumento de hipoteca, 2) identificación del escribano autorizante, 3) nombres de los otorgantes y su vecindad, 4) inmueble hipotecado y 5) calidad de la obligación o contrato.

Recordemos que nuestros registros no son de transcripción del documento que accede, sino de inscripción a través de breves notas.

VÉLEZ, que conocía los distintos procedimientos de inscripción, como lo menciona en la nota final del Capítulo VIII de la "cancelación de las hipotecas", optó por el sistema de inscripción y aclaró que "no es más que el extracto de los títulos", rechazando el sistema de transcripción al que consideró sumamente "dispendioso".

La inscripción es un extracto de las menciones más importantes del título y la ley no puede dejar la formulación de dicho extracto a la libre apreciación del registrador, pues no habría uniformidad, base de la seguridad jurídica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> HIGHTON, Elena. *Código Civil Comentado*, Art. 3139, pág. 362.

El art. 3139 exige entonces: a) individualizar el documento constitutivo de la hipoteca con mención de su fecha y datos del escribano autorizante, ya que precisamente esta publicidad registral reducida se complementa con la información que el interesado puede obtener por la publicidad cartular en la escritura identificada en el asiento registral; b) los nombres de los otorgantes y su vecindad; c) describir el inmueble, requisito que, conforme a las características actuales de la registración y lo dispuesto por la ley 17.801, respecto al folio real, deviene naturalmente ya que se tomará razón del derecho real de garantía precisamente en el folio real que corresponda al bien afectado, de donde surgirán todos sus datos individualizantes y d) *la calidad de la obligación o contrato*.

No dudamos que “calidad de la obligación o contrato” se identifica con “el contrato al que accede” dato exigido por el artículo 3131 para el instrumento constitutivo.

Identificación de la obligación o contrato refiere a la mención de la causa fuente de las obligaciones garantizadas, es decir, que refiere al principio de accesoriedad.

Cuando el codificador se refirió al monto, lo hizo en forma expresa: cantidad cierta de la deuda, suma de dinero cierta y determinada, no sólo referente a la hipoteca sino a contratos como la compraventa (art. 1323 CC).

El art. 3131 que citamos, al hacer mención a los elementos a incluir en el contrato constitutivo, se refiere al *Contrato al que accede* y a la cantidad cierta de la deuda, como dos aspectos perfectamente diferenciados.

El primero refiere a la accesoriedad y el segundo al principio de la especialidad en cuanto al crédito, y en el art. 3139 el codificador no cita estos dos elementos sino uno de ellos: el contrato o la obligación.

Consideramos que no se trata de una omisión de VÉLEZ, tampoco debemos forzar la interpretación de este requisito con vocación registral, extendiéndolo a la cantidad cierta de la deuda.

No es necesario publicitar el importe garantizado porque podemos remitirnos a la publicidad documental, que es complementaria de la publicidad registral, y a la que se nos deriva al publicitar los datos de la escritura. De este documento, se pueden obtener todos los datos referentes a la obligación garantizada, que será el mutuo documentado en la misma escritura de constitución del gravamen o puede tratarse de otro contrato u obligación que -por exigencia del art. 3131- deberá estar relacionado en la escritura de constitución del gravamen y publicitado registralmente.

En las distintas jurisdicciones provinciales, las DTR o instructivos vigentes exigen que se consigne en la matrícula, el monto de la hipoteca, pese a que no lo pide la ley de fondo y, por el contrario, no referencian la obligación o contrato

al que accede y, eventualmente, el archivo en que se encuentra, si no está incorporado en su totalidad a la escritura de hipoteca.

Hay una registración innecesaria del monto del capital adeudado, que puede inducir a errores, y no se da publicidad a otro dato que sí es importante porque en muchos casos del contrato al que accede el derecho real surgirán las referencias necesarias para una acabada publicidad a los terceros interesados, respecto al monto efectivamente garantizado.

Concluyo, entonces, que el derecho de fondo no requiere que el monto de la hipoteca tenga reflejo registral y tampoco lo hace la ley 17.801, que, en sus arts. 12 a 14 indica los datos que deben reflejarse en la matriculación y posteriores inscripciones o anotaciones que se refieren al inmueble, los sujetos del derecho y la proporción que cada uno tiene sobre el mismo, *el título o documento que accede al registro*, antecedentes de dominio, fecha y número de la presentación en el registro, las sucesivas transmisiones o constituciones de derechos reales y otras limitaciones al dominio, las cancelaciones y las certificaciones que se expidan, pero nada refiere respecto al monto o suma del acto que se publicita.

La falta de registración no implica naturalmente que el documento no tenga que contener *la cantidad cierta de la deuda* (art. 3131) para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al crédito, sino que la fuente de publicidad será otra. Esta información surgirá de la escritura, y del contrato en el que consta la obligación garantizada.

*En el derecho argentino hay otros medios de publicidad* además de la registral y, con respecto a la hipoteca a la que no es aplicable la publicidad posesoria, adquiere mayor relevancia la *publicidad cartular*.

Nuestra jurisprudencia, en caso de informes o certificados con fugas registrales, consideró que la publicidad cartular, a través de las notas en los títulos de propiedad de donde surge la constitución del gravamen o su cancelación, impide que el tercero interesado funde su buena fe únicamente en la publicidad registral que eventualmente puede reflejar una inexactitud.

La ley 21.309, que hoy no se puede aplicar por la prohibición de las cláusulas de ajuste, consagró la posibilidad de cumplir con el principio de especialidad en cuanto al crédito en las hipotecas, aun cuando sobre el monto originario de la deuda se pactaran estas cláusulas, tomando como base, índices o el valor de *commodities* relacionados con la naturaleza del contrato garantizado.

Esta norma y las DTR dictadas en consecuencia no consagraban la publicidad de la cláusula sino simplemente una "breve nota": "Sujeto a cláusula de ajuste".

Una vez más, el legislador no recarga la publicidad registral, lo que puede resultar "dispendioso", sino que brinda, al tercero interesado, los elementos

para verificar en la publicidad documental, la escritura pública, todos los datos que puedan ser de su interés para conocer los límites de la garantía.

## MONTO DE LA HIPOTECA

El art. 3108, al definir la hipoteca, establece que la misma se constituye en seguridad de *“un crédito en dinero”*.

Conforme lo dispone el art. 3109, la hipoteca debe constituirse por una *suma de dinero cierta y determinada*, y en los casos en que el crédito garantizado sea condicional o indeterminado en su valor o se trate de una obligación eventual, o de hacer o de no hacer, o prestaciones en especie, basta que se declare el *valor estimativo* en el acto constitutivo de la hipoteca.

En el caso de las obligaciones no dinerarias, en el acto constitutivo de la hipoteca deberá declararse el valor estimado de la misma.

El art. 3131 exige que el instrumento constitutivo contenga la *“cantidad cierta de la deuda”*.

Nos preguntamos entonces: ¿esta cantidad cierta de dinero que surge de la escritura de constitución del derecho real es el máximo garantizado por la hipoteca? ¿Coincide el monto garantizado con el monto originario del crédito otorgado o capital puro?, ¿es el monto de la deuda que surge de sumar al capital, intereses compensatorios pactados?, ¿es el monto del capital, más intereses compensatorios, punitivos y eventuales costas y honorarios para el caso de ejecución?, ¿debemos hablar entonces de tres conceptos diferenciados: monto del crédito otorgado -monto de la deuda asumida- y monto del gravamen? ¿Será este último, el monto garantizado con hipoteca y lo que no esté incluido en dicho importe será un crédito quirografario?

## INTERESES COMPENSATORIOS

El art. 3152 del CC establece que la hipoteca *garantiza tanto el principal del crédito como los intereses* que corren desde su constitución, siempre que estuvieran establecidos en la obligación.

Sólo exige que los intereses se expresen en una suma cierta cuando se trata de intereses adeudados por un crédito anterior a la constitución de la hipoteca

Sin embargo, los intereses compensatorios posteriores al otorgamiento, por estar previstos específicamente, son incluidos por el legislador bajo el paraguas de la protección del derecho real.

### INTERESES PUNITORIOS

*El art. 3111 CC* aclara que los costos y gastos, como los daños e intereses a los que el deudor puede ser condenado por causa de la inejecución de una obligación participan como accesorios del crédito principal, de las seguridades hipotecarias constituidas para ese crédito.

La extensión de la garantía hipotecaria a los accesorios del crédito se vincula con el alcance y el orden del privilegio hipotecario (arts. 3879 inc. 1 y 3937 CC).

En caso de concurso, a cada bien hipotecado se le puede abrir un concurso especial y se pagarán primero las costas judiciales que en él se causaren.

De lo expresado, queda claro que la hipoteca se constituye por el monto del crédito, si se trata de garantizar una deuda dineraria o por una suma estimada, representativa de la obligación no dineraria. Pero ese no será el monto máximo garantizado por el derecho real de garantía, sino que al mismo se le sumarán intereses compensatorios convenidos, punitorios y costas judiciales.

Se trata de un argumento adicional al texto de la norma del Código, para fundar que la publicidad del monto originario por el que se constituye la hipoteca no dará mayor seguridad jurídica como alegan algunos autores, ni protegerá a terceros acreedores o al propio deudor con un montante máximo, ya que la suma final protegida por la hipoteca, no será la de la constitución del gravamen eventualmente publicitado registralmente, sino la que surja del cálculo de los intereses a la fecha del pago y de los eventuales costos judiciales.

### DERECHO PROYECTADO. MONTO DEL GRAVAMEN

El proyecto de reforma del CC no cambia nuestra interpretación respecto a lo innecesario de la publicidad del monto de la hipoteca, ya que nada dice respecto al contenido de la inscripción; por lo tanto, si se convierte en derecho vigente, tendremos como antecedente lo previsto por VÉLEZ sin norma posterior que se le oponga.

Sin embargo, propone una modificación importante, consagrada en el *art. 2189* al establecer que la especialidad en cuanto al crédito queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen que debe estimarse en dinero y que -en todos los casos- constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografía, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos.

Si bien el art. 2193 del Proyecto reitera los conceptos del art. 3152 vigente, respecto a que "la garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución como así también los daños y costas posteriores

que provoca el incumplimiento”, dejando fuera de la protección los intereses anteriores, la intención de los autores de la norma con estado parlamentario es que se entienda la misma con el agregado de “siempre que estén contenidas en el monto máximo del gravamen”, es decir, en línea con lo dispuesto por el art. 2189 proyectado.

Ello implicará que un deudor que recibe un crédito de pesos 10.000, seguramente se encontrará con el requerimiento del acreedor de que la hipoteca se constituya por un monto 4 o 5 veces mayor, calculando no sólo intereses compensatorios, sino eventuales punitivos y costas. La pretendida seguridad que se intenta generar con este monto máximo, para que el deudor y otros acreedores tengan claro el límite de la garantía, sólo será un elemento perjudicial para el deudor, que tendrá gastos iniciales elevados, ya que no se tomará como base imponible la suma del capital adeudado, sino este “inventado” monto máximo del gravamen y, en consecuencia, perderá el bien como posible garantía para otro acreedor.

Esperamos que durante el período de análisis del Proyecto, antes de su sanción, se revea lo previsto en el art. 2189, reflejando lo propuesto por el art. 2093 del Proyecto del año 1998.

## HIPOTECAS ABIERTAS

Ambos proyectos terminan con la discusión doctrinaria y jurisprudencial referente a la validez de las Hipotecas abiertas, es decir, aquellas que no refieren al contrato o causa de las obligaciones garantizadas, consagrando que el principio de especialidad se cumple con la expresión del monto máximo del gravamen y que *el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente*.

## EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

En el proyecto con estado parlamentario, se establece en el art. 2189, que en todos los casos, es decir en todas las hipotecas, en el acto constitutivo se debe prever un plazo al que se sujeta la garantía, no pudiendo exceder de 10 años contados a partir de ese momento.

Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia.

La palabra “incumplidos” no es la adecuada y si se mantuviera, podría generar conflictos interpretativos, ya que podría entenderse que se refiere a las obligaciones vencidas no cumplidas. En rigor tendría que referirse a crédi-

tos “no nacidos” como expresa el proyecto del 98, en el art. 2093. Por otro lado, consideramos que es más acertado el criterio de este último proyecto, que limita las exigencias de monto máximo garantizado y plazo de vigencia del derecho real, a las hipotecas que garantizan créditos indeterminados, sea que la causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, criterio que se sostuvo en las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil del año 2007, en Lomas de Zamora.

En el Código Civil vigente, se diferencia claramente la extinción de la hipoteca de la extinción de la obligación principal (art. 3187) y la cancelación, que deja sin efecto la inscripción del gravamen en el Registro de la Propiedad y la caducidad, que extingue los efectos de la publicidad y oponibilidad a terceros.-

El derecho vigente como el proyectado, establecen un mismo plazo de caducidad, pero se diferencian en cuanto a la extinción del derecho real que en el Código vigente subsiste, mientras subsista el crédito garantizado, y en el proyectado, debe tener un plazo convenido.

### INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA. REDUCCIÓN DE MONTO. CANCELACIONES PARCIALES

Analizaremos ahora el reflejo registral del principio de *indivisibilidad de la hipoteca* que gravita tanto con relación al crédito como en cuanto al inmueble.

El principio de indivisibilidad implica que todos los inmuebles afectados con la hipoteca y cada parte de ellos están obligados al pago de toda la deuda y cada parte de ella (art. 3112 CC).

En la nota al citado artículo, el codificador aclara que no es un elemento esencial sino natural, que puede ser modificado contractualmente o por decisión unilateral del acreedor, lo que permitiría la desafectación de uno o varios inmuebles y la cancelación consecuente del gravamen sobre los mismos. Inclusive, el deudor puede pactar con el acreedor que no perseguirá a sus herederos, sino en proporción de su parte hereditaria (nota al art. 3112).

Puede pactarse la divisibilidad del crédito, es decir, que los pagos parciales permitan la extinción parcial del crédito y su consecuente cancelación parcial. Sin embargo la regla está consagrada en el art. 3188 del Código Civil: la *indivisibilidad activa*, con relación al acreedor, ya que el pago a uno de ellos deja subsistente la totalidad de la hipoteca que protege a los restantes acreedores; y la *indivisibilidad pasiva*, con relación al deudor, ya que aunque se haya pagado parte de la deuda, la hipoteca sigue vigente en su totalidad.

Asimismo, dando fin a la discusión jurisprudencial sobre la posibilidad de liberar inmuebles en casos de ejecución de la hipoteca y consecuente subasta,



la ley 11.725 modifica el art. 3112 del CC, adicionando un último párrafo que genera dos excepciones respecto a la indivisibilidad del objeto: cuando sea posible la división en lotes o estén hipotecados varios inmuebles *los jueces* podrán ordenar la ejecución en lotes y consecuente *cancelación parcial de la hipoteca* (liberación de inmueble).

La misma ley modifica el art. 3188 y, después de ratificar la indivisibilidad pasiva y activa de la hipoteca, consagra la posibilidad de las “cancelaciones parciales”, autorizadas por el art. 3112.

En consonancia, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su art. 574, legisla sobre la *subasta progresiva*, resultado de la decisión judicial sobre la divisibilidad y el orden de la venta de los bienes.

Asimismo el art. 3113, en línea con el Código Procesal, permite al acreedor hipotecario perseguir a todos ellos simultáneamente o a algunos de ellos cuando son varios los bienes gravados y permite al juez, fijar un orden si así lo considera conveniente.

La obligación garantizada con la hipoteca puede ser divisible. Puede haber pluralidad, activa o pasiva de carácter originario porque se presenta *ab initio* una pluralidad de coacreedores, o codeudores, o sobreviniente cuando la pluralidad de acreedores o deudores surge por sucesión universal o singular<sup>2</sup>.

En cualquiera de esos casos puede convenirse la divisibilidad.

Sino estamos ante ninguno de los supuestos previstos de divisibilidad, algún deudor puede haber pagado su deuda o algún acreedor, cobrado su crédito y haber quedado liberados o desinteresados, pero sin perjuicio de la relación interna de los sujetos activos o pasivos, y la desvinculación obligacional, no se afecta la continuidad de la indivisibilidad del derecho real que se mantiene en su integridad, ya que el todo y las partes del o de los bienes hipotecados garantiza el todo y las partes de la deuda.

Así lo dispone el art. 3188: el codeudor que pagó su cuota no puede pedir la cancelación de la hipoteca y el coacreedor a quien se le hubiere pagado su parte en el crédito no podrá cancelar su hipoteca mientras los otros coacreedores no sean enteramente pagados.

Como consecuencia del principio de indivisibilidad *la cancelación de la hipoteca debe ser otorgada por todos los acreedores*.

*En el código proyectado, el principio de indivisibilidad se consagra en el art. 2191, referido a todos los derechos reales de garantía, estableciendo que*

---

<sup>2</sup> DE REINA TARTIÈRE, Gabriel. “La cotitularidad en el crédito hipotecario”, JA 2003-I-1103.

cada uno de los bienes y sus partes están afectados al pago de la totalidad de la deuda garantizada.

Puede convenirse la divisibilidad respecto del crédito y de los bienes afectados, o resolverlo el juez fundadamente a solicitud del deudor o del acreedor.

Un reciente fallo del 3/7/2012<sup>3</sup>, refiere al tema de la indivisibilidad de la hipoteca y fundamentalmente a la relación entre este principio, las reducciones de monto y la cancelación del derecho real. El deudor se presentó judicialmente demandando la cancelación de la hipoteca con pluralidad de acreedores, omitiendo citar a uno de ellos a juicio debido a la suscripción previa, por parte de éste último, de una escritura de reducción del monto hipotecario.

*La cámara funda el rechazo de la demanda en que es necesario integrar la litis citando a todos los acreedores.*

*Existe litis consorcio pasivo necesario entre los acreedores de la hipoteca, que se configura cuando los sujetos procesales se encuentran legitimados sustancialmente en forma inescindible, de modo que la sentencia debe ser pronunciada indefectiblemente frente a todos los legitimados<sup>4</sup>.*

*El acreedor que cobró su parte del crédito y redujo su monto, extinguió una parte de la deuda, pero ello no entraña la extinción de la hipoteca sobre ninguna parte de los bienes afectados<sup>5</sup>.*

Analizados los efectos de la indivisibilidad de la hipoteca, la cancelación del derecho real y su reflejo registral, no es posible otorgar cancelaciones parciales sino estamos ante las excepciones previstas en los arts. 3112 y 3188, judicial o voluntaria -es decir varios inmuebles o la división del bien hipotecado-, la hipoteca solo puede cancelarse cuando se extinga la totalidad de la obligación garantizada y deben otorgar el acto todos los acreedores, aun aquellos que hubieran suscripto escrituras de reducción del monto.

En los casos de excepción previstos en la norma citada, podrán hacerse subastas sucesivas de los distintos bienes y cancelarse el derecho real respecto al bien subastado.

Asimismo, aun cuando no se extinga la obligación, el acreedor puede acordar voluntariamente con el deudor, liberar un inmueble que estaba afectado a la garantía y, en consecuencia, cancelar la misma respecto a ese bien.

---

<sup>3</sup> Exp. 69535, "Borda, Graciela Viviana c/Ruger, Marta Margarita s/Cancelación de hipoteca", Cam. de apelaciones C. y Com. de Lomas de Zamora (Bs. As.), Sala Primera. El Dial. Editorial Albrematica AA780E.

<sup>4</sup> BERIZONCE, Roberto. "Falta de integración de la litis en el litisconsorcio necesario", Revista del Derecho Procesal, litisconsorcio, intervención de terceros y tercerías, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 15.

<sup>5</sup> ZANNONI, Eduardo A. y KEMELMAJER de Carlucci, A. *Código Civil comentado*, Tomo XII, Ed. Astrea, 2010, pág. 642 y sig.

Aquellos casos en los que hay varios acreedores, no encuadran en los supuestos de excepción, y uno o varios perciben la totalidad de su crédito, y otorgan escritura de recibo y reducción de monto de la hipoteca; algunos registros erróneamente anotan no solamente el monto en el que se reduce la hipoteca, sino el nombre del acreedor que otorgó dicha escritura y finalmente, con esta información, el último acreedor que percibe su crédito cancela la hipoteca.

En este sentido, la XVI Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble declaró que el principio de indivisibilidad de la hipoteca impide denominar “liberación parcial” a los supuestos de reducción del monto hipotecario.

El principio de indivisibilidad de la hipoteca impide las liberaciones parciales, los casos autorizados legalmente de “cancelación parcial” se refieren al objeto de la hipoteca, no al monto; por lo tanto, la disminución del monto hipotecario es simplemente eso, una reducción, pero no una cancelación parcial<sup>6</sup>.

Sin ninguna duda la reducción del monto no implica cancelación parcial, el derecho real de hipoteca subsiste en su totalidad y, en consecuencia, cuando se termine de abonar la totalidad del crédito o éste se extinga por otros medios, todos los acreedores, aún los desvinculados o desinteresados desde el punto de vista de la obligación, tendrán que otorgar la escritura de cancelación de hipoteca.

No vemos diferencias en las interpretaciones doctrinarias, pero sí en la aplicación de estos lineamientos, llegado el momento de la extinción total de la obligación, donde algunos notarios solicitan y los registradores admiten que la hipoteca sea cancelada por el acreedor que fue el último en cobrar su crédito sin convocar a los demás que habían sido desinteresados con anterioridad.

Por este motivo sugerimos que cuando se desvincule a algunos acreedores, éstos otorguen un poder para firmar la cancelación en el momento oportuno, evitando otorgar e inscribir cancelaciones otorgadas por un solo acreedor cuando son varios los titulares del derecho real de hipoteca.

*Liberación de inmuebles.* Puede o no estar relacionada con el monto de la hipoteca, pero resulta claro que lo que se modifica en estos casos es solo el objeto gravado.

## AMPLIACIÓN DEL MONTO DE LA HIPOTECA

Partimos de la premisa de que no hay “ampliaciones” de hipotecas aunque se otorguen asiduamente escrituras y consecuentes registraciones con esta denominación.

---

<sup>6</sup> VILLARO, Felipe. *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, 3ra ed., Ed. Scotti, pág. 154.

## Doctrina

Los casos que se plantean al notario suelen ser nuevos créditos entre las mismas partes de una operatoria anterior, en la que se ofrece como garantía el inmueble gravado con derecho real de hipoteca. Hay reiteración de objeto y sujetos, pero la causa no es la misma.

La XVI Reunión Nacional de Directores de Registro concluyó que pese a que el acto que ingresa al registro se denomine como “aumento de hipoteca”, en todos los casos deberá ser tratado como constitución de nuevas relaciones hipotecarias y traerán, como consecuencia necesaria, un nuevo asiento.

El denominado aumento del monto hipotecario o ampliación de la hipoteca opera como una nueva hipoteca para los terceros.

La calificación registral debe ser la misma que en una nueva hipoteca<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de la aparente unanimidad de criterios doctrinarios, algunos registros incurren en lo que -creemos- es una contradicción, ya que respecto a la prioridad no dudan en aplicar lo resuelto en la reunión de directores, pero respecto a la caducidad consideran que se trata de una modificación del crédito originario y, por lo tanto, cuentan el plazo desde la inscripción de la primera hipoteca.

Tal vez estemos ante una modificación del crédito pero no de la hipoteca, por lo tanto el plazo de caducidad se relaciona con el derecho real de garantía, no con el crédito, y, en consecuencia, debe ser autónomo.

No tenemos dudas de que hay una nueva obligación, que puede haber generado una modificación del crédito originario, pero en todos los casos se trata de una nueva hipoteca, que tendrá la prioridad que le corresponda al momento de solicitar los certificados del art. 23, y su plazo de caducidad (20 años) iniciará con la inscripción de esta segunda o posterior hipoteca.

Por lo expuesto, las escrituras no deberán calificarse como ampliación de monto o de hipoteca, sino simplemente como hipoteca. El derecho real es el que tiene reflejo registral no el contrato de mutuo y sus modificaciones y los registros deberán contar el plazo de caducidad desde la inscripción de este acto.

Todo ello, sin perjuicio de la coparticipación de rango que, en caso de no existir terceros interesados entre la primera y la segunda hipoteca, puedan pactar deudor y acreedor.

### EMBARGO, AMPLIACIÓN - REGISTRACIÓN

La doctrina registral mayoritaria consideró durante mucho tiempo que la ampliación de embargo tiene la prioridad y el plazo de caducidad de la medida originaria, por tratarse del mismo embargo.

---

<sup>7</sup> VILLARO. Ob. citada, pág. 155.

En el año 2003 la Reunión de Directores celebrada en Paraná concluyó que *todos los supuestos de ampliación del monto de embargo tienen inicio de emplazamiento registral y caducidad propios, ambos de pleno derecho e independientes de la medida original.*

Estas conclusiones se fundaron en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estableció que en el caso de ampliación de embargos, la caducidad del asiento de traba originario no se proyecta sobre la ampliación, y en consecuencia debe acordarse autonomía a esta última, considerándola un nuevo embargo. Aclaró asimismo que la prioridad del embargo no es la originaria, sino la que resulta de la ampliación, para evitar de esa manera alterar las posiciones registrales anteriores a la ampliación<sup>8</sup>.

En algunas jurisdicciones, como en la provincia de Santa Fe, la ley 11.292 del año 1995 en su art. 65 bis determinó que a cualquier modificación que los jueces dispongan respecto a las medidas cautelares anotadas, se les computará el plazo de caducidad a partir de la fecha de toma de razón de la medida originaria.

En otras jurisdicciones como en la provincia de Buenos Aires, el aumento del monto del embargo se considera accesorio a la traba originaria tanto en la caducidad como en la prioridad.

Conforme a esta última interpretación, si se acepta que las ampliaciones de embargo tienen la posición registral del originario, el adquirente de un inmueble embargado nunca tendrá la certeza de cuál es el monto del embargo que acepta que continúe vigente, ya que si ingresan aumentos de monto aun con certificado vigente o escritura de venta inscripta, la modificación del monto se tomará como accesorio del primero.

## EMBARGO. OPONIBILIDAD A TERCEROS

La inscripción de aumento de monto de las medidas cautelares tiene sentido únicamente para aquellos que consideran que el tercero interesado o comprador del inmueble embargado responde únicamente por el monto publicitado del embargo.

Para quienes entendemos que la anotación del embargo es al solo efecto de publicitar el juicio que se encuentra en trámite y la medida anotada, con la prioridad que le da su registración, pero que el monto por el que responderán

---

<sup>8</sup> CSJN Sala I 6/8/85, ED 117-414.

el titular y sus sucesores universales o singulares es el que resulte de la liquidación de capital, intereses y costas, es intrascendente la prioridad y el cómputo del plazo de caducidad que se le otorgue a estas “ampliaciones de monto” modificatorios del embargo originario que adquieren relevancia fundamentalmente durante procesos inflacionarios.

*El art. 1174 del CC admite la venta de cosas embargadas* siempre que quede a salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros, es decir, el pago total de la acreencia del ejecutado. Si el deudor vendió el inmueble embargado a un tercero, que conocía la medida cautelar y tuvo acceso por la publicidad registral, a los datos que permiten identificar el expediente judicial donde se dictó, el adquirente del bien no puede recibirlo en mejores condiciones de libertad y disponibilidad que las que trababan al vendedor de quien se declara sucesor particular<sup>9</sup>.

Las manifestaciones efectuadas en la escritura de compra, relativas a que el adquirente no asume la deuda garantizada con el embargo, no implican que sólo responderá por el monto inscripto sino que responderá por el total de la deuda, pero sólo con el bien afectado; es decir que su patrimonio no será garantía complementaria en caso de que, subastado el bien embargado, quede un saldo no cubierto.

*En España* el valor publicitado en el registro en relación con los embargos no constituye límite de responsabilidad ni para terceros adquirentes, ni para acreedores con gravamen inscripto con posterioridad, ya que quien adquiere una finca embargada se subroga en la responsabilidad en las mismas condiciones que el deudor principal y debe abonar no solo la deuda principal sino los intereses y costas<sup>10</sup>.

Mencionamos la doctrina española porque, si en un país donde rige la fe pública registral, donde lo publicitado es lo único oponible a los terceros, se concluye que adquirentes y acreedores responden por el total de la deuda, con más fundamento aún debe aplicarse este criterio en nuestro país, donde -como ya dijimos- conviven distintas formas de publicidad.

Sin embargo, una parte de la doctrina entiende que el adquirente de un bien embargado sólo responde por el monto publicitado del embargo<sup>11</sup>, ya que considera que de no ser así consagraríamos la oponibilidad de lo no inscripto<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cam. I, sala Civ. y Com. Bahía Blanca; 21/2/84, autos “Bco. de la Pcia. de Bs. As. c/Stival Carlos”.

<sup>10</sup> VEGAS TORRES, Jaime. “El reembolso”, Cuaderno de Derecho Registral, España, pág. 134.

<sup>11</sup> VILLARO, Felipe. *Función Notarial. Derecho registral inmobiliario*, Ed. Astrea, pág. 333.

<sup>12</sup> DE REINA TARTIÈRE. *Principios registrales*, pág. 97.

Precisamente, lo que asusta al autor citado, que es la oponibilidad de lo no inscripto, es el sustento de gran parte de la doctrina referida a las inexactitudes registrales que apoya la buena fe en las publicidades alternativas. En este caso, la publicidad cartular del expediente donde se ordenó inscribir el embargo permitirá conocer al comprador el monto de la deuda garantizada, incluyendo capital, intereses y costas.

Una corriente jurisprudencial avala esta posición doctrinaria<sup>13</sup>. Se consideró que el monto que debe tener en cuenta el tercero adquirente del inmueble embargado, a los fines del levantamiento de la cautelar, es el que resulte del informe registral y no el que surja finalmente de la liquidación general en el juicio. Ello ocurre porque la apariencia del derecho adquirido por el tercero adquirente se patentiza de manera más que confiable por vía de la publicidad<sup>14</sup>.

En consecuencia, para quienes se enrolan en esa interpretación, el comprador de un inmueble embargado por una suma determinada que deposita el monto del embargo publicitado puede solicitar el levantamiento de la cautelar.

Considero que teniendo en cuenta la importancia de la publicidad cartular y las breves notas que deben reflejarse en el registro, a fin de evitar la inseguridad que implican los diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales, es conveniente que *no se inscriba monto de los embargos* y que el tercero interesado se remita al expediente donde se ordenó la medida, a fin de cumplir con el art. 1174 CC.

Parte de la doctrina entiende que un embargo sin monto se asimila a una anotación de litis y afecta el principio de especialidad<sup>15</sup>, desnaturalizando la figura.

Entendemos que el principio de especialidad se cumple en el expediente, no en la publicidad registral, como en la hipoteca, el principio de especialidad se cumple en el acto constitutivo de la hipoteca. En la anotación de litis queda claro para el tercero, que no se persigue el cobro de una suma de dinero sino el bien mismo, mientras que el embargo, la medida cautelar, garantiza el cobro de un crédito con respecto a cuyo monto se está litigando en el expediente.

Una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial, con la que coincidimos, sostiene que el adquirente del bien embargado responde por la totalidad de la deuda garantizada por la cautelar, con prescindencia del monto publicitado en el embargo original y o las sucesivas ampliaciones.

---

<sup>13</sup> "Banco de Italia y Río de la Plata c/Corbeira Rey, Teresa s/Ejecutivo". 10/10/83. Plenario Cam. Nac. Apel. en lo Comercial.

<sup>14</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civ. y Com. 13/09/2005, "Bco. Social de Córdoba c/López Carreras, Julio", AR/JUR 3636/2005.

<sup>15</sup> NUTA, Rotondaro, Prósperi. *Medidas cautelares y bloqueo registral*, pág. 67.

Sin tener en cuenta las frases incluidas en las escrituras de venta de inmuebles embargados, en particular “tomar a su cargo el embargo al solo efecto registral” el amigo y maestro OSCAR SARUBO ha dicho que “no se toma el embargo al solo efecto registral, sino tal como está con todas sus consecuencias que surgen del juicio respectivo con las constancias obrantes en los autos correspondientes<sup>16</sup>.

El embargante, mientras no sea desinteresado en la totalidad del derecho cuya protección decidió la medida precautoria, tiene una pretensión legítima que puede hacer valer ante el tercer adquirente<sup>17</sup>.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires aceptó que la enajenación de la cosa embargada es inoponible al embargante y la medida procesal afecta a la cosa en sí, de modo que se transmite siempre con el gravamen constituido en beneficio del acreedor<sup>18</sup>.

A lo dispuesto en el art. 1174 debemos sumar lo establecido en el art. 1179 CC en el sentido de que quien contratare de mala fe sobre cosas embargadas como si estuviesen libres, será responsable de pérdidas e intereses.

Tratándose de medidas con vocación registral, no es aceptable que ningún tercero pueda esgrimir su desconocimiento, pues los asientos registrales se presumen *iure et de iure* conocidos por los terceros interesados. El tercero interesado es de mala fe no sólo cuando conoce la situación jurídica que quiere oponérsele, sino además cuando con una razonable diligencia hubiera podido conocerla. Como dice el proyecto del Código Civil del año 1998, en su art. 1843, no pueden invocar la falta de publicidad quienes conocían o hubieran de haber conocido la respectiva situación jurídica<sup>19</sup>.

En oposición al plenario de Cámaras Comerciales, la posición que venimos desarrollando tiene un aval importante en el Plenario de Cámaras Nacionales Civiles de fecha 23 de agosto de 2001, que consideró que no había que hacer distinción entre embargo con monto o sin monto. “El adquirente de una cosa registrable, embargada por monto determinado, para obtener el levantamiento de la medida cautelar, no puede liberarse pagando sólo el monto inscrito, sino que responde también; por la desvalorización monetaria si correspondiere, por

---

<sup>16</sup> SARUBO, Oscar. “Embargo preventivo, levantamiento, reconocimiento de la deuda”, REVISTA NOTARIAL N° 889, pág. 1166.

<sup>17</sup> SPOTA, Alberto G. “Efectos del embargo frente al tercer adquirente de la cosa embargada”, JA 1956-II-110.

<sup>18</sup> LL 106-295.

<sup>19</sup> ALTERINI, Jorge. Voto de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil 13/09/79, JA 1979-4-513; Alterini, Llambías. *Código Civil anotado*, T IV A, Bs. As., 1981, págs. 292 a 294 en el comentario al art. 2505.



los intereses, por las costas, por las sucesivas ampliaciones y por las demás consecuencias del juicio”<sup>20</sup>.

Concluyo entonces que los embargos debieran inscribirse como las hipotecas sin publicitar el monto que surgirá de la escritura o del expediente y, en el caso de que se inscriba el monto, el mismo no debe interpretarse como el límite de la responsabilidad frente al tercero, motivo por el cual no interesa a estos efectos el plazo de caducidad, ni la prioridad que se le asigne en los registros a la ampliación de embargo.

El fundamento esencial de esta conclusión es que no hay norma que lo imponga y, en consecuencia, debe primar el concepto que sostiene el maestro JORGE ALTERINI al desarrollar el concepto de la “buena fe diligencia”, buena fe activa, en la que se demuestre que no se trata simplemente de no haber tenido conocimiento, sino de haber realizado todas las diligencias tendientes a ello.

---

<sup>20</sup> Plenario Cám. Nac. Civiles 23/08/01, en autos “Czertok Oscar y otro c/Asistencia Médica Personalizada SA y otro”, ED 194-385; LL 2001-E-656.

# Convenciones matrimoniales y el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial\*

*Néstor Daniel Lamber*

## PONENCIAS

1.- Se auspicia una reforma legislativa que establezca un régimen patrimonial del matrimonio, que permita a los futuros cónyuges optar mediante convención prematrimonial, entre alguno de los regímenes previstos y, que durante el matrimonio puedan, en convención matrimonial, cambiar el régimen legal o convencional al que estén sometidos.

2.- Se auspicia que la reforma legislativa tenga la previsión de un régimen patrimonial primario o fijo inderogable, que asegure la necesaria solidaridad entre los cónyuges para la vida en común, armonizando la libertad individual con los principio de orden público familiar.

3.- Se ratifica que las convenciones matrimoniales deben ser otorgadas por escritura pública, sin necesidad de homologación o autorización judicial, aun cuando su objeto tenga por efecto, el cese del régimen de comunidad de gananciales.

4.- Se auspicia que se establezca un medio de publicidad idóneo frente a terceros res-

\* *El presente trabajo obtuvo el primer premio otorgado por el jurado de la XXX Jornada Notarial Argentina, desarrollada en Mendoza, entre el 29 y el 31 de agosto de 2012. Corresponde al tema III de dicha convocatoria: "La legítima, convenciones matrimoniales, y el matrimonio por instrumento notarial".*

pecto de la opción de régimen patrimonial del matrimonio o modificación, sin perjuicio de su validez con el solo otorgamiento de la escritura pública.

5.- En caso de establecerse esta publicidad a terceros, mediante la anotación en las actas del Registro Civil, se insta al Consejo Federal del Notariado Argentino y a los Colegios Notariales, a iniciar activas gestiones a fin de que los Registros Civiles reglamenten la expedición de un certificado, a solicitud de notarios, sobre la existencia o no de registros de la última convención prematrimonial o matrimonial, al igual que de las uniones convivenciales.

Este registro debería ser de orden nacional, concentrando toda la información de las jurisdicciones federales, y ser solicitado y expedido en cada uno de los Registros Civiles de cada Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su jurisdicción, por medio telemático o medios informáticos internos de la administración pública.

6.- En tanto no se cree tal certificación, será suficiente para su acreditación el acta de matrimonio, cuyo plazo de expedición deberá tener una antelación razonable y estar circunstanciado al caso, que abone la declaración jurada al respecto del compareciente.

### 1. CONVENCIONES MATRIMONIALES Y PREMATRIMONIALES

La convención matrimonial y prematrimonial se ha conceptualizado como el contrato que celebran los cónyuges o los futuros contrayentes con el fin de determinar u optar por un régimen de bienes del matrimonio según las disposiciones de cada derecho positivo, o modificarlo parcialmente<sup>1</sup>, respondiendo a la autonomía de la voluntad de las partes en que se apartan o modifican el estatuto legal supletorio.

Actualmente, el Código Civil sólo admite en su art. 1217, dos supuestos de convenciones previas al matrimonio -muy poco utilizados-, prohibiendo en general las convenciones celebradas después del matrimonio, con relación al régimen de estos bienes en los arts. 1218 y 1219 CC.

Los considerandos de VÉLEZ SARFIELD, en la nota al art. 1217 CC, se han cumplido en cuanto a su falta de aceptación, al diferenciarse de legislaciones europeas de su época, y dando relevancia a que en nuestra Nación se sostenía que "nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no apare-

---

<sup>1</sup> BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de Derecho de familia*. Ed. Perrot, Bs. As. 2011, pág. 391; Zannoni, Eduardo A. *Derecho de familia*. T. I, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pág. 488.

cen necesarios, y su falta no hace menos felices a los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país". Ello inspiró una política restrictiva en la materia fundamentada en la misma nota: "La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitamos sólo las convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y los intereses de terceros".

Pero de aquella época a la fecha, ha cambiado sustancialmente la sociedad y la familia en su modo organizativo, y el actual siglo XXI nos enfrenta a una multiplicidad de tipos de organizaciones familiares, socialmente reconocidas, que va adquiriendo su correlativa tutela jurídica.

Este paso de una única organización familiar, llamada tradicional, con potestades de "pater", tutelada jurídicamente, hacia el acogimiento de diversos tipos de organización familiar, con una marcada tendencia a la obligación y protección a los incapaces y la igualdad entre los constituyentes, e incluso sin la formalización de un vínculo institucional estatal, da paso a la necesidad de repensar las razones de VÉLEZ, y su correlato con la autonomía personal de los cónyuges de determinar libremente su proyecto de vida en común. Es su lógica derivación, la mayor autonomía de voluntad en la determinación del régimen de bienes de su vida en común, y las previsiones con respecto a estos y sus relaciones con los integrantes de otras uniones familiares anteriores.

Por ello, la doctrina ha sostenido la necesidad de permitir la mayor injerencia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el permiso a la celebración de convenciones matrimoniales -en especial, en cuanto a la opción de regímenes alternativos al de ganancialidad-, en múltiples congresos y jornadas, todas conducentes a recomendaciones similares a las que surgen de las Jornadas Nacionales de Derecho de 1987, celebradas en Buenos Aires, a favor de la adopción de regímenes alternativos de bienes del matrimonio, que regulen las relaciones entre los cónyuges<sup>2</sup>, y la del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998): "el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio".

También este camino han seguido los proyectos de reforma del Código Civil, con la unificación respecto de los actos, obligaciones y contratos comer-

---

<sup>2</sup> *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos 30 años*, pág. 54.

ciales, en los que se ha abordado la ampliación de las limitadas convenciones prematrimoniales (y matrimoniales) del actual Código.

Por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, se creó una Comisión de juristas para la elaboración de un Nuevo Código Civil, reformando de modo integral el mismo. Dicha comisión fue integrada por los Dres. AUGUSTO C. BELLUSCIO, SALVADOR BERGEL, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, SERGIO LE PERA, JULIO C. RIVERA, FEDERICO N. VIDELA ESCALADA y EDUARDO A. ZANNONI, que trató el tema en los proyectados arts. 495 a 571, que en palabras sintéticas del propio ZANNONI, "se propuso sustituir la regulación de la sociedad actualmente vigente por otra que permitiese a quienes van a contraer matrimonio (e, incluso, a los cónyuges después) la posibilidad de optar entre los regímenes de comunidad de gananciales, de separación de bienes y de participación, quedando el primero de ellos -esto es, de comunidad- como régimen legal y supletorio a falta de convención matrimonial"<sup>3</sup>.

Por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95, al no haberse sancionado el proyecto anterior, se designó una nueva Comisión al efecto, integrada por los Dres. HÉCTOR ALEGRÍA, ATILIO ANÍBAL ALTERINI, JORGE HORACIO ALTERINI, MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA, JULIO CÉSAR RIVERA y HORACIO ROITMAN. Con el mismo criterio trató las convenciones matrimoniales en similares términos, pero sin considerar el régimen de participación, dejando la opción sólo entre los de comunidad de gananciales y de separación, en los proyectados arts. 438 a 501<sup>4</sup>.

Igual criterio sigue el actual Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, el 7/6/2012 para su sanción en el Honorable Senado de la Nación.

## 2. OBJETO DE LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL

El art. 1217 CC (texto de la ley 17.711) ha reducido el objeto de las convenciones prematrimoniales a sólo dos:

### **a) Designación de bienes que cada uno lleva al matrimonio (art. 1271 inc. 1 CC)**

Con la supresión del art. 1224 CC por la ley 17.711, la interpretación de este inciso ha quedado limitada a un supuesto de inventario que tiene por

---

<sup>3</sup> ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de familia*, T. I, 5° edición, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pág. 468.

<sup>4</sup> Proyecto de Código Civil para la República Argentina. Ed. San Isidro Labrador, 1999.

finalidad el determinar los bienes que cada uno lleva al matrimonio; como tal, no implica una convención prenupcial propiamente dicha, sino que se limita a una preconstitución de prueba del carácter de los bienes, fundamentalmente muebles y bienes no registrables, que cada futuro cónyuge lleva al matrimonio, salvando la presunción de ganancialidad y aclarando su origen propio<sup>5</sup>.

Parte de la doctrina ha sostenido este criterio aun antes de la ley 17.711, pero, como señala BELLUSCIO, hasta ese momento, con la vigencia del art. 1224 que esa ley deroga, constituía un verdadero supuesto de convención prematrimonial propiamente dicha, pues implicaba modificar el régimen de comunidad de bienes gananciales y muebles aportados por el de comunidad de ganancias<sup>6</sup>. Así el derogado art. 1224 estipulaba que si no hubiera la escritura pública o privada que indicara los bienes que llevaban al matrimonio, se harían comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos; tal como lo preveía el régimen supletorio del Código Francés, hasta la reforma de 1965.

La reforma argentina de 1968 deroga este artículo, y claramente dispone un régimen de comunidad de gananciales de administración separada, excluyendo los muebles, por lo cual hoy en día este supuesto se parece a un mero inventario, pero que adquiere el carácter convencional al requerir la voluntad de ambos futuros contrayentes, que reconocen el carácter de bienes propios al momento del matrimonio.

Esta designación de bienes previa al matrimonio, tan poco usada, tiene relevancia en la realidad social y familiar actual, como resalta RUBÉN LAMBER: "esta convención no es de despreciar, para aquellos que llegan a una segunda o tercera unión, porque permite separar perfectamente qué bienes llevan y no confundirlos con los que se generen en las uniones sucesivas. Con los bienes inmuebles y los bienes registrales como automotores, aeronaves, etc., no existe problema porque la escritura de adquisición o la constancia registral permite individualizar bien el origen de ellos, pero en los bienes muebles, en particular, aquellos que son propios de una explotación comercial o industrial, pueden confundirse y da lugar a futuros pleitos entre herederos de un primer matrimonio o los sucesivos"<sup>7</sup>, o entre los cónyuges al momento de disolución del matrimonio.

El carácter de convención, en la regulación del Código, es determinante para que este inventario consentido tenga pleno efecto jurídico entre cónyuges, pues, si bien podría argumentarse su asimilación en su carácter de mera

---

<sup>5</sup> ZANNONI, Eduardo. Op. cit., pág. 491.

<sup>6</sup> BELLUSCIO, Augusto C. Op. cit., pág. 393.

<sup>7</sup> LAMBER, Rubén A. *Derecho Civil aplicado*. Ed. Astrea, Bs. As., 2010, págs. 104/5.

indicación de la propiedad de ciertos bienes, con fecha cierta anterior al matrimonio, a la manifestación de reinversión de bienes propios del art. 1246 CC aun durante el matrimonio, es claro que en este último caso la norma no exige consentimiento por más que en la práctica se suela recurrir a la comparecencia del otro cónyuge, ratificando que conoce tal carácter del bien.

Con la lógica legislativa, a este supuesto no se lo puede calificar de convención, pues es contradictorio con la restricción de los arts. 1218/19, por lo que la norma no exige este consentimiento y sólo requiere la manifestación al momento de la adquisición del nuevo bien y designar cómo lo adquirió para dar causa a la subrogación real. En cambio, en el inc. 1 del art. 1217 CC regula el consentimiento de ambos, el que deberá concurrir para tener sus efectos propios y determina su naturaleza convencional.

El Proyecto de reforma actual mantiene este supuesto de convención prematrimonial en el art. 446 inc. a) proyectado, pero amplía, asimismo, algunos supuestos de convenciones durante el matrimonio y, en lo particular, congruente con la mayor autonomía de voluntad y la admisión de la contratación entre cónyuges sin restricción, regula en su proyectado art. 466, la obligación del consentimiento del otro cónyuge cuando uno pretenda hacer eficaz la reinversión de bienes propios para adquisiciones durante el matrimonio con ellos, operando la correspondiente subrogación real, y estableciendo su necesario carácter convencional, a diferencia de la norma del actual 1246 CC, que modifica y demuestra un supuesto más de su tendencia al respeto de la igualdad y la autonomía de voluntad en el derecho de familia.

En lo específico, el art. 446 proyectado contiene la convención prematrimonial en análisis en sus incisos a) y b), estableciendo como su objeto “la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio” y “la enunciación de las deudas”.

Amplía así el contenido de la convención matrimonial, incluyendo expresamente el avalúo de los bienes, a fin de facilitar en esta prueba preconstituida, no sólo la existencia previa del bien y su carácter, sino el valor o estimación que le reconocieron ambas partes, posibilidad que previó VÉLEZ SANSFIELD en los arts. 1251 y 1256 CC para los bienes dotales.

Además incluye expresamente la enunciación de las deudas de los futuros cónyuges, situación que si bien no está prevista en nuestro Código vigente, admita su posibilidad por no estar prohibida y ser útil para determinar la situación patrimonial al momento de contraer matrimonio<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> BELLUSCIO, Augusto C. Op. cit., pág. 394.

**b) Donaciones que un cónyuge hiciera al otro (art. 1217 inc. 3 CC según ley 26.618)**

La otra convención prematrimonial que ha quedado vigentes es la denominada *donatio propter nuptias* en el derecho romano, y que era la que originariamente hacia el futuro esposo a la mujer. Históricamente estas donaciones, junto con la dote, permitían formar un grupo de bienes propios a la mujer, para solventar las desigualdades económicas en caso de viudez especialmente<sup>9</sup>.

La ley 26.618 recogió la interpretación dominante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en el concepto que tanto podría hacerlo el futuro marido a la mujer como a la inversa, dejando sin efecto la prohibición velezana de la norma del art. 1231 CC.

Esta donación, en el marco de una convención prematrimonial, a diferencia de las que un futuro cónyuge haga al otro antes de contraer nupcias, están condicionadas en cuanto a sus efectos, a la celebración de matrimonio válido, como ha quedado resuelto con la reforma de la ley 23.515, art. 1238 CC, que así lo prescribe, salvo que el matrimonio sea anulado, dejando a salvo la validez del cónyuge putativo o de buena fe (art. 1239 CC).

En doctrina se sostuvieron dos posturas en cuanto al carácter de la condición y el momento de la adquisición de los bienes:

a) una, priorizaba el carácter condicional de la convención prenupcial como causa categórica y fin del contrato, donde la celebración del matrimonio válido (salvo la excepción del putativo para el de buena fe) determinaba la adquisición del bien comprometido en donación<sup>10</sup>;

b) otra, entendía que no debía ser considerada condicional, sino que el acto de celebración del matrimonio integraba la convención, concretando el fin y la transmisión del dominio ocurría con la suscripción del contrato y entrega de la cosa, sin que ello obstara a que luego quedara sin efecto, retroactivamente, por no celebrarse el matrimonio<sup>11</sup>.

Esta segunda posición también encuentra respaldo en la remisión que hace el art. 1230 CC a las normas de las donaciones y, por ende, al art. 1789 CC que exige la transmisión de la propiedad de la cosa al momento de celebrarse el contrato de donación.

También al respecto señala ZANNONI, la norma del art. 1240 CC que parece distinguir las donaciones condicionales de aquellas en las que el matrimonio no se celebra, al enunciarlos como distintos supuestos de revocación<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> ZANNONI, Eduardo. Op. cit., T. I, pág. 491.

<sup>10</sup> Conf. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. T. I, 9 ed. N° 272,a.

<sup>11</sup> GUAGLIANONE, Aquiles H. *Régimen patrimonial del matrimonio*. T. I, Ed. Ediar, Bs. As. 1968, pág. 177.

<sup>12</sup> ZANNONI, Eduardo A. Op. cit. T I, pág. 493.



Esta discusión es resuelta por la primera postura en el Proyecto actual de reforma, que mantiene estos supuestos como convención prenupcial (art. 446 inc. c) proyectado), y en el proyectado art. 452 determina que las donaciones hechas “en consideración del matrimonio futuro, lleva implícita la condición de que se celebre matrimonio válido”.

El texto es claro sobre estar ante una donación condicional, pero, además, en la correlación con las normas de las donaciones (a las que también remite el art. 451 proyectado), nos encontramos con la modificación citada (art. 1789 CC) en el proyectado art. 1542, que define que hay contrato de donación cuando una de las partes se obliga a entregar gratuitamente la cosa, pero ya no requiere la entrega en ese momento, quedando armonizado el efecto condicional para la adquisición de la cosa, con efecto suspensivo.

En el régimen actual, la donación entre futuros cónyuges es irrevocable (art. 1240 CC). La celebración en el contrato prematrimonial obliga a concurrir la voluntad de ambas partes de la donación, con lo cual existe una verdadera aceptación, aun cuando se la considere tácita con respecto a la cosa, pero sin duda expresa por toda la convención.

El Proyecto mantiene este carácter irrevocable en el proyectado art. 452. En este propuesto cuerpo legal, en el capítulo de las donaciones por razón de matrimonio (arts. 451 a 453 proyectados) se reglamenta tanto la donación por causa de matrimonio -entre futuros esposos en una convención prematrimonial-, como la que terceros hagan a uno o a ambos futuros contrayentes por esta misma causa -actualmente limitada a la dote en los arts. 1241 y 1242 CC-.

Esta promesa dotal, en la reforma se considera como otro supuesto de donación por causa de matrimonio y se generaliza a terceros donantes, no indicando vínculo de parentesco con alguno de los futuros contrayentes, y se mantiene además su carácter irrevocable.

En el proyectado art. 453, modificado por el PEN, se regula la oferta de donación de estas donaciones por causa de matrimonio, hechas por un tercero, a favor de uno o ambos novios, adoptando la terminología sugerida por la doctrina.

Esta oferta de donación se establece como irrevocable, haciendo excepción a la proyectada norma del art. 1547 2º párr., que prevé la posibilidad de revocación de este acto y determina un plazo legal de sostenimiento de 1 año, por el cual de no ser celebrado el matrimonio en ese plazo queda sin efecto.

Por último establece que esta donación se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, lo cual parece remitir a la actual norma del art. 1235 CC, que establece que la donación de bienes para después del fallecimiento, que uno de los cónyuges hiciera al otro “no necesita para su validez ser aceptada por el donatario”.

En esta reforma, la aceptación de esta oferta no parece requerir ser expresa, bastando con la celebración del matrimonio, lo cual, en cuanto a inmuebles

o bienes registrables, trae aparejado el inconveniente de su falta de registro legal y consecuente oponibilidad a terceros

El anteproyecto de reforma remitido por la comisión de notables que lo elaboró, mantenía la denominación “promesa” y no “oferta” y, en la materia era más clara que la modificación introducida por el PEN, por denotar que se estaba en un instituto diferenciado de la oferta de donación en general.

La remisión al vocablo oferta lleva un supuesto de interpretación a resolver. En el Proyecto, el art. 1545 proyectado prevé que la donación debe aceptarse en vida del donante y donatario, pero ¿qué ocurre, en particular, si el donante fallece antes de la celebración del matrimonio que se realiza después de su deceso, pero antes de cumplirse el plazo del año legal? ¿Deben aplicarse los proyectados arts. 1545 y 1547 2º párrafo, que determinan la imposibilidad de la aceptación por fallecimiento del donante o revocación de la oferta, o priva la especial irrevocabilidad de la oferta de esta donación especial y diferenciada, cuya aceptación incluso se presume?

El tratamiento conjunto de los supuestos de fallecimiento y revocación en el 2º párrafo del art. 1547 proyectado nos indica que el primero es un supuesto del segundo, es decir, que el fallecimiento constituye un supuesto asimilable al de revocación de la oferta, impuesto por la propia ley, debiendo confundirse ambos en la misma causa de imposibilidad de aceptación.

Por ello, haber calificado de irrevocable esta oferta durante el plazo de sostenimiento obligatorio por un año, hace privar esta norma especial, en que el fallecimiento durante el año no puede causar la extinción de la misma, por no poder revocarse por imperio del proyectado art. 453 y será válida la donación hecha por un tercero a uno o ambos novios, en consideración del futuro matrimonio, quedando aceptada desde la celebración de este durante el plazo de un año previsto, aun cuando el donante fallezca con anterioridad a esta celebración.

Además, en la economía de la reforma, queda reconocida la posibilidad de la donación de un tercero a los novios, suscripta por ambas partes (es decir, aceptada), en forma irrevocable y con la condición implícita de celebrarse el matrimonio válido, pudiendo operar la transmisión de los bienes a ese momento posterior (conf. art 1542 proyectado); para el caso en que ya está firme el contrato de donación, en cuanto a todos sus elementos con anterioridad.

## **2.1. Convenciones matrimoniales en el Código Civil actual**

El Código Civil actual prohíbe en el art. 1218, las convenciones durante el matrimonio; sin embargo, cabe analizar dos supuestos que llevan a la eficacia de estas convenciones.

### *2.1.1. El derecho internacional privado como expansión de la autonomía de la voluntad*

La coexistencia de más de un régimen patrimonial-matrimonial es posible como lo ha demostrado la experiencia -si bien limitada- del caso del matrimonio extranjero, de conformidad con el art. 163 CC vigente.

Pese a esta norma prohibitiva del S. XIX, con la reforma del art. 163 CC por la ley 23.515, fundado en la aplicación de normas de derecho internacional privado, se ratificó la eficacia de las convenciones matrimoniales permitidas por la ley del primer domicilio conyugal en nuestro país, salvo las restricciones propias del orden público nacional, como lo es en cuanto a la protección de la sede del hogar conyugal en las condiciones del art. 1277 CC<sup>13</sup>.

Antes de la ley 23.515, el tratamiento normativo del régimen patrimonial del matrimonio extranjero se discutía sobre la aplicación del orden público local, para el caso de que uno o ambos cónyuges adquirieran derechos sobre bienes en la República Argentina. Pero la reforma del art. 163 por esta ley, en el año 1987, impuso claramente -como norma argentina de derecho internacional privado-, la aplicación del régimen de la legislación del domicilio donde se constituyó el matrimonio (sociedad conyugal), aplicando este derecho en vez del nacional<sup>14</sup>.

La reforma al régimen del matrimonio en la materia llevó al cambio de la norma argentina de derecho internacional privado<sup>15</sup> y, con la nueva redacción del art. 163 del Código Civil, basado en el art. 17 del Tratado de Montevideo de 1940, dice: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos 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 sea adquiridos antes o después del cambio".

Se recepta así el principio del sistema de unidad, que según ZANNONI es el propiciado por la doctrina internacional<sup>16</sup> y se establece que la ley del primer do-

---

<sup>13</sup> En este sentido, AXELRUD de LEDNER, Rosa M. Dictamen en Revista del Notariado N° 819, pág. 1261; Magri, Carmen S.; Causse, Jorge; Lamber, Rubén A. Interconsulta N° 177 de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>14</sup> Véase la explicación en este punto, en la Ponencia de la Delegación Argentina en el Tema III de la XII Jornada Notarial Iberoamericana, Punta del Este, 2006, Autores: Lamber, Néstor D.; Saucedo, Ricardo J; Colombo, Silvina del Valle y Posteraro Sánchez, Leandro N. Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero. REVISTA NOTARIAL N° 955, año 2006, pág. 100.

<sup>15</sup> Conf. SAUCEDO, Ricardo Javier. Op. cit.

<sup>16</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de familia. Ed. Asrtea, 3° Ed. T. I.

micilio conyugal es la que regirá las convenciones matrimoniales y el régimen patrimonial del matrimonio.

El sistema adoptado actualmente como principio, busca mantener el orden y dar mayor seguridad jurídica a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, evitando que se vean sometidos a diversos regímenes según la situación de los bienes de sus inversiones.

La actual normativa de nuestro Código Civil y Tratado de Montevideo de 1940, sientan que en principio se deberá estar al régimen patrimonial del matrimonio establecido según la ley del primer domicilio conyugal, el cual no variará por el cambio de tal domicilio, manteniéndose siempre el primigenio.

La fuerte internacionalización de la sociedad "observa como rasgo característico del derecho internacional privado actual, la expansión de la autonomía de voluntad en todo su conjunto, pero de manera significativa en el ámbito del derecho de la persona y del derecho de familia; en esta área se impone de un principio de libertad individual"<sup>17</sup>, lo que lleva a la flexibilización de estas normas de orden público para el caso particular.

En conclusión, haciendo propias las justas palabras de BELLUSCIO: "De tal modo, pueden existir matrimonios radicados en la República que estén sometidos a un régimen matrimonial distinto del vigente en el país, sea porque fuese diferente el régimen legal del país del primer domicilio conyugal, sea porque lo hubiesen pactado en convención matrimonial autorizada por la legislación de tal lugar"<sup>18</sup>.

El Proyecto de Reforma actual aborda la problemática de los efectos patrimoniales del matrimonio extranjero en su art. 2625 proyectado<sup>19</sup>. Da prevalencia a la autonomía de voluntad, tomando, como primera norma, las convenciones matrimoniales respecto de los bienes y aclarando que la ley aplicable a las convenciones prematrimoniales será del primer domicilio conyugal y, para

---

<sup>17</sup> ORLANDI, Olga. "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI". Derecho de familia. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N° 53, pág. 20.

<sup>18</sup> BELLUSCIO, Augusto C. Op. cit., pág. 398.

<sup>19</sup> Art. 2625 Proyectado: "Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

En defectos de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros."

las celebradas durante el matrimonio, las del domicilio conyugal al momento de su celebración.

Claramente impone en la materia la preeminencia del respeto a la libertad individual en el primer párrafo del artículo Propuesto y, sólo en el segundo, y a falta de convención matrimonial, se estará a la misma norma que el actual art. 163 CC.

Pero este respeto a la libertad de los cónyuges, en cuanto a la ley que rige los bienes durante el matrimonio, se hace aún más patente en el último párrafo del artículo propuesto, al prever que el matrimonio que cambie el domicilio a nuestra República podrá optar por someterse al derecho argentino (elegir la ley nacional), debiendo hacerlo constar en instrumento público.

Esta norma proyectada se correlaciona con el permiso a los cónyuges con domicilio conyugal en República Argentina, para cambiar de régimen patrimonial matrimonial del art. 449 proyectado, por convención hecha en escritura pública. La misma libertad que tiene el matrimonio argentino, la tendrá el extranjero que se muda a la República Argentina.

Entendemos que acertadamente la norma establece que la opción debe ser por instrumento público, pero además consideramos que debe serlo por escritura pública en particular, a fin de no afectar los intereses de terceros y dar la adecuada e igual publicidad cartular y registral, que la convenciones "nacionales" que deciden mutar su régimen patrimonial-matrimonial durante la vigencia del matrimonio.

La reforma en materia de derecho privado internacional sienta el principio que se rige por la convención matrimonial que hubieren celebrado los cónyuges, e incluso concede celebrar, a todo matrimonio que tenga su domicilio en la República, una convención matrimonial, independientemente del derecho que regía ese matrimonio, pues esta opción por la ley argentina, voluntaria y de común acuerdo entre ambos, no es otra cosa que una convención matrimonial, que si no indica cuál de los dos regímenes escogen, se someterá al de comunidad por su carácter supletorio del proyecto art. 463.

### *2.1.2. La acreditación notarial del régimen de bienes o convención matrimonial extranjera*

Se ha señalado la eficacia y validez de las convenciones prenupciales o matrimoniales para nuestro derecho, que por ejemplo establezcan el régimen de separación de bienes de un matrimonio celebrado en el extranjero por la norma de conflicto del art. 163 CC, y la consecuente improcedencia de exigir el asentimiento conyugal previsto por el art. 1277 CC, salvo la causal de excepción de protección del hogar conyugal e hijos menores e incapaces.

Sin embargo, quien lo invoque tendrá la carga de probarlo, no siendo suficiente la mera manifestación de ello. Se trata de un supuesto distinto al art.

1246 CC, donde un cónyuge tiene la obligación de manifestar la subrogación de bienes propios, para desestimar la presunción de ganancialidad, sin perjuicio de su prueba posterior.

En este caso, los bienes no se presumen ni gananciales ni propios, es un caso de exclusión de la ley argentina y aplicación de un estatuto patrimonial-matrimonial, de ordinario convencional de la partes.

Aquí no se debe desestimar la presunción de ganancialidad alguna, sino la existencia de un caso de no aplicación del régimen nacional, por ello es indispensable acreditar la causal por la cual se aparta de dicho régimen forzoso para los nacionales.

Los extranjeros llegan con su propio estatuto patrimonial-matrimonial, y "dicha circunstancia debe ser debidamente probada, aportando la convención de régimen de separación de bienes con el instrumento oportunamente celebrado o la respectiva partida de matrimonio, debidamente legalizada, donde conste como sucede en muchos países de bienes adoptados"<sup>20</sup>.

Esta acreditación es ajena a la manifestación del art. 1246 CC y puede invocarse y realizarse al momento de la adquisición del bien situado en el país, o en cualquier momento posterior.

Sin perjuicio de ello, de tener los documentos referidos anteriormente al momento de la adquisición, es recomendable cumplir estos recaudos en los supuestos que se deba otorgar escritura pública, a fin de facilitar la circulación posterior del bien adquirido en estas condiciones.

El documento procedente del extranjero que dé cuenta del régimen de separación de bienes deberá cumplir con la forma de ley del lugar de celebración del mismo, por el principio general para los actos jurídicos (art. 12 CC), para los contratos (art. 1205 CC) y las específicas (arts. 159, 160 y 161 CC).

## **2.2. Las donaciones que los esposos se hicieren de los bienes que dejaren a su fallecimiento**

La ley 17.711 derogó el inc. 4° del art. 1217 CC que preveía la posibilidad de estas donaciones como objeto de las convenciones previas al matrimonio, pero omitió derogar los arts. 1232 a 1234 y 1236 que las reglamentan y el art. 1237 que prevé la cláusula de usufructo de bienes a favor de uno de los cónyuges por el fallecimiento de otro.

Ello dio lugar a la interpretación de GUAGLIANONE, VIDAL TAQUINI, LÓPEZ DEL CARRIL y GUASTAVINO, y RUBÉN A. LAMBER<sup>21</sup>, acerca de que la reforma de 1968 derogó

---

<sup>20</sup> MAGRI, Carmen S. En dictamen citado; en igual sentido Causse, Jorge R. en misma interconsulta.

estas donaciones entre cónyuges para después del fallecimiento, sólo como objeto de convenciones prematrimoniales (art. 1217 inc. 4°). Pero quedaron vigentes los restantes artículos citados, por lo que las donaciones pueden ser realizadas entre los esposos durante el matrimonio, haciendo excepción a la norma del art. 1807 inc. 1°, y su omisión de derogación no se puede atribuir a una mera desprolijidad, sino que regulan este supuesto específico.

En cambio, BELLUSCIO, FASSI-BOSSERT y LLAMBIAS<sup>22</sup>, han interpretado que la derogación del inc. 4° del art. 1217 CC implica la derogación tácita de los restantes artículos, y en consecuencia rechazan la posibilidad del celebrar estas donaciones entre cónyuges.

El PROYECTO de reforma actual deroga los arts. 1232 y concordantes, recogiendo así la segunda de las posturas señaladas.

### 2.3. La convención de opción de régimen patrimonial matrimonial proyectada

La mayor reforma introducida en la materia, por el actual Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial, es la recepción de la recomendación indicada previamente por la doctrina y los congresos, de admitir la posibilidad de optar entre dos regímenes de bienes del matrimonio, antes de celebrarlo, e incluso cambiar estos durante su vigencia.

En el proyectado art. 446 inc. d), se prevé la convención prematrimonial, cuyo objeto es "la opción que hagan de alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código"; y en el art. 449 proyectado se prevé la convención matrimonial por la que "después de la celebración del matrimonio, el régimen puede modificarse por convención de los cónyuges".

La reforma propuesta recoge con aparente amplitud, la autonomía de voluntad, pero su correlación con el resto de las normas proyectadas demuestra la prudencia en salvaguardar intereses de orden familiar y el interés general, superiores, que se armonizan con la libertad contractual<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> GUAGLIANONE, Aquiles H. Op. cit., T. I, pág. 509; Vidal Taquini, Carlos H. *Régimen de bienes de matrimonio*, Ed. Astrea, Bs. As., 1987, pág. 307; López del Carril, Julio J. *Los regímenes patrimoniales-matrimoniales después de la reforma introducida por la ley 17.711*, La Ley 139-1186; Lamber, Rubén A. *Donaciones*, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, pág. 77.

<sup>22</sup> BELLUSCIO, Augusto C. Op. cit., pág. 395; Fassi, Santiago y Bossert, Gustavo. *Sociedad conyugal*, Depalma, Bs. As., 1970, pág.160; Llambías, Jorge J. *Código Civil Anotado y Comentado*, T. III, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1982, pág. 232; Belluscio, A (Dir); Zannoni, E. (Coord). *Código Civil Comentado*. T. 1, Ed, Astrea. Bs. As., 1998, pág. 70.

<sup>23</sup> LAMBER, Rubén A. *Derecho Civil Aplicado*, Ed. Astrea, Bs. As., 2010, pág. 105. Es el momento de considerar la importancia de la regulación de regímenes matrimoniales en una futura reforma legislativa y de permitir hacer elección de ellos, para que cada uno adopte el que mejor convenga a su situación personal, sin dejar de contemplar un sistema de

La opción deberá hacerse entre los regímenes previstos en este futuro Código, pero, además, la reforma prevé un régimen fijo o primario, común a todos los previstos, tanto de comunidad como de separación (arts. 454 a 462 proyectados), que incluso, se reproduce en sus normas fundamentales para el régimen de bienes de la unión convivencial (arts. 518 a 522 proyectados) como el otro tipo de organización familiar previsto.

Estas normas tuitivas no pueden ser dejadas de lado, y el proyectado art. 454 establece su inderogabilidad, dando el carácter de orden público a las mismas. Sigue la experiencia de la legislación francesa y recoge también la de introducción de elementos comunitarios excepcionales al principio de separación del *common law* inglés<sup>24</sup>.

En este sistema fijo aplicable para cualquiera de los regímenes, se imponen, por un lado, las mismas obligaciones en cuanto a la contribución del propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos menores en proporción a sus recursos, extendido a las necesidades de los hijos incapaces o con discapacidad de sólo uno de los cónyuges que convivan en el grupo familiar (art. 455 proyectado). Y en el art. 461 proyectado se prevé la responsabilidad solidaria de ambos por las obligaciones contraídas, para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes.

Establece así las obligaciones básicas inderogables para la vida matrimonial que se repiten y remiten también a la unión convivencial (arts. 520 y 521 proyectados). Supera así la crítica al régimen de separación extremo, que se aleja de la solidaridad que debe regir la vida en común y familiar, estableciendo un justo límite para la autonomía de la voluntad.

Además, a fin de asegurar la vivienda familiar, establece la obligación de requerir asentimiento del otro cónyuge, para disponer derechos sobre ésta, sus muebles indispensables o, incluso, para transportar estos fuera de la vivienda.

Este asentimiento se exige cualquiera sea el régimen patrimonial elegido y sin importar el carácter personal, propio o ganancial de los bienes (art. 456 proyectado). De ser prestado por separado, debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457 proyectado), prohibiendo la posibilidad de otorgar poder para asentir de un cónyuge al otro y la consiguiente posibilidad de autocontratación para el caso específico (art. 459 proyectado).

Asimismo se requerirá el asentimiento de uno al otro para contraer obligaciones durante el matrimonio, para que en caso de incumplimiento pueda dar lugar a la ejecución de la vivienda familiar.

---

comunidad obligatoria en cuanto a lo que conforma la base del matrimonio, como es la atención del hogar, la educación y la formación integral de los hijos y la asistencia familiar.

<sup>24</sup> BELLUSCIO, Augusto C. Op. cit., pág. 393.



BELLUSCIO señala, entre las limitaciones jurisprudenciales, las convenciones matrimoniales en el derecho francés, el reconocimiento de la acción de *in rem verso* fundada en el enriquecimiento sin causa del cónyuge que se ha beneficiado con la colaboración del otro. Esta idea se plasma expresamente en cuanto a las uniones convivenciales -con régimen que se puede calificar de separación- en el proyectado art. 528 que, a falta de pacto de distribución de bienes, se estará a los principios generales del enriquecimiento sin causa; en la disolución del matrimonio es el principio que da razón a la compensación económica que debe un excónyuge al otro por el empeoramiento de su situación económica por haberse dedicado a la familia, crianza y educación de los hijos durante la convivencia (arts. 441 y 442 inc. b) proyectados).

En consecuencia, con acertada política legislativa, las convenciones proyectadas siempre implican una modificación parcial del régimen de bienes del matrimonio, por ser inderogable el régimen fijo, impuesto.

### *2.3.1. Convención prematrimonial de opción de régimen proyectada*

La reforma incorpora la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes antes de celebrar el matrimonio, ya que la adopción del régimen de comunidad no requiere acuerdo alguno por su carácter supletorio a falta de opción, según lo establecido en el art. 463 proyectado.

Tal opción puede ser modificada sin límites antes de la celebración y, como toda convención prematrimonial, sus efectos estarán condicionados a la celebración del matrimonio válido y deberá otorgarse por escritura pública (art. 448 proyectado).

Prevé también la inscripción al margen del acta de matrimonio, para tener efectos frente a terceros. Esta inscripción no es requisito constitutivo del acto que se perfecciona con la escritura pública, y su registración sólo es oponible frente a terceros, sin perjuicio de que la misma sea oponible desde su celebración a las personas que la conozcan o debían conocerla.

Esta solución es acorde con el hecho de que la convención prematrimonial se celebra obviamente antes de que se confeccione el acta del matrimonio que aún no existe -y a ello está condicionada-. Además no se trata de una anotación del estado de las personas -que se prueba con la anotación del Registro Civil-, sino de una cuestión relativa a los efectos patrimoniales del futuro matrimonio.

### *2.3.2. Convención matrimonial de cambio de régimen patrimonial-matrimonial proyectada*

El art. 449 proyectado confiere a los cónyuges, el derecho de modificar el régimen patrimonial del matrimonio por su sola voluntad, mediante una convención celebrada por escritura pública.

Si bien el Proyecto deroga la prohibición de contratar entre cónyuges, sin importar el régimen al que se sometan, por lo cual una vez promulgado, los cónyuges podrán transferirse uno al otro, bienes gananciales entre sí, modificando sustancialmente el régimen vigente; el art. 447 proyectado replica en parte la norma del art. 1218 CC que limita los convenios relativos al régimen de matrimonio sólo a los admitidos expresamente en la ley, que son los proyectados arts. 446 a 450.

La norma proyectada regula el cambio del régimen y requiere que sólo pueda otorgarse transcurrido un año de la aplicación de un régimen patrimonial, legal o convencional.

No establece límite en cuanto a la sucesiva cantidad de modificaciones y requiere, como en el caso anterior, la inscripción en el registro civil, al margen del acta de matrimonio para que tenga efectos frente a terceros.

La inscripción no tienen carácter constitutivo ni perfecciona el acuerdo, que es completo y perfecto desde que otorgan la escritura pública y, por estar celebrado durante la vigencia del matrimonio, no está sometido a condición legal alguna como el caso anterior.

La norma salvaguarda los derechos de terceros que pudieran verse perjudicados, confiriéndoles la acción de declarar su inoponibilidad a ellos en el término de un año desde que lo conocieron. Por lógica jurídica, ese plazo se debería contar desde la inscripción al margen del acta de matrimonio, que es el momento en que produce efectos frente a terceros (art. 449 proyectado).

El cambio se hace en convención entre los cónyuges, y no requiere homologación o autorización judicial alguna; basta sólo su otorgamiento en escritura pública<sup>25</sup>.

Cuando la convención matrimonial tenga por objeto, el cambio de régimen de comunidad al de separación de bienes, éste constituirá un supuesto de extinción de la comunidad de gananciales (art. 475 inc. e) proyectado) con mantenimiento del vínculo matrimonial y el régimen patrimonial fijo, común a todos los regímenes.

Los bienes gananciales quedarán sometidos al estado de indivisión postcomunitario, y el proyectado art. 482 prevé que, de no acordar los cónyuges las reglas de administración y disposición de los bienes gananciales, subsisten las relativas al régimen de comunidad.

Los cónyuges en esa convención, además de la modificación del cambio de régimen, podrán celebrar el convenio sobre la administración y disposición

---

<sup>25</sup> En este sentido se recomendó en la XXXVII Jornada Notarial Bonaerense, 2011: “que las capitulaciones matrimoniales deben ser facultativas y formalizadas por escritura pública, sin necesidad de ser homologadas judicialmente”. Tema I Despachos, [www.jnb.org.ar/despachos](http://www.jnb.org.ar/despachos)

de los bienes durante la indivisión sin homologación alguna, e incluso podrán prever la adjudicación como personales para integrar los patrimonios separados del nuevo régimen, sin requerir tampoco, homologación judicial, dado que esta extinción no implica la liquidación del régimen patrimonial fijo que subsiste.

Esta modificación es parcial y nunca de todo el régimen. Se mantiene, pese a esta opción, el régimen de deudas y obligaciones solidarias de los cónyuges de los proyectados arts. 455, 461 y concordantes, que se liquidan al momento de la disolución del vínculo matrimonial.

En este acuerdo podrán convenir y resolver la liquidación de recompensas y deudas propias del régimen de comunidad, así como regular la atribución preferencial de los bienes previstos en el art. 499 proyectado. Ello siempre que no afecten al régimen fijo, que subsistirá, como sucederá por ejemplo con la exigencia del asentimiento para disponer derecho sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de que quede como bien personal uno solo de los cónyuges.

Esta extinción de la comunidad de gananciales requerirá inscripción en los registros de bienes según su naturaleza, del cambio de régimen y la consecuente falta de necesidad de asentimiento conyugal por pasar a ser bienes personales -salvo la excepción del caso del art. 456 proyectado-. Bastará con la adjudicación a cada uno en tal carácter, que puede quedar ya resuelto en la misma convención y como acuerdo complementario en el mismo acto notarial.

Cuando la situación sea a la inversa, es decir, se mute de un sistema de separación de bienes a uno de comunidad, tales acuerdos complementarios no serán necesarios, en principio, porque no se generará ningún estado de comunidad de bienes entre ellos, y los bienes personales que tenían, se considerarán como propios a partir de la entrada en vigencia del elegido régimen de comunidad de gananciales.

Esta convención no tendrá efecto retroactivo y se incorporarán como gananciales los adquiridos con posterioridad a ella.

### *2.3.3. Inscripción proyectada y constancias notariales*

La inscripción marginal en el acta de matrimonio, al solo efecto de hacerlo oponible a terceros, tiende a brindar seguridad jurídica. Esta exigencia de publicidad fue incluida en la reciente XXXVII Jornada Notarial Bonaerense, (2011) que recomendó: "que se establezca un medio idóneo de publicidad que permita a los terceros conocer el régimen patrimonial al que se encuentra sujeto la persona y sus modificaciones posteriores"<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> XXXVII Jornada Notarial Bonaerense, Junín, 2011, Despachos Tema I, [www.jnb.org.ar/despachos](http://www.jnb.org.ar/despachos)

En este punto, el Proyecto de reforma actual opta por publicitar en el Registro de las Personas, lo cual es lógico, por cuanto la elección del régimen abarca una universalidad que contiene diversos bienes registrables -con diferente efecto traslativo según la naturaleza de cada uno- y, a la vez, cosas y derechos no registrables, créditos y derechos inmateriales, por lo cual aparece como el único registro capaz de concentrar la información y publicidad de ella.

En este sentido se diferencia de la expresa norma referida a la oponibilidad a terceros de los pactos de las uniones convivenciales, que en el proyectado art. 517, establece que estos pactos, su modificación y extinción serán oponibles a terceros desde su inscripción en el registro de la unión convivencial de su jurisdicción, y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos<sup>27</sup>.

En las convenciones prematrimoniales, el registro debería ser simultáneo, con anotación del matrimonio mismo, y participar desde su momento genético -aunque podría suceder que no lo comuniquen las partes al oficial del Registro Civil y no se deje la debida constancia-, con la falta de la oponibilidad a terceros prevista.

En primer término, siendo esta convención condicional a la celebración del matrimonio, el notario autorizante no tendrá obligación legal de inscribirla, por ser de cumplimiento imposible al momento del otorgamiento. Por ende, serán los cónyuges quienes tendrán la carga de su registración, pero de no hacerlo, frente a terceros se los deberá tener como sujetos al régimen de comunidad, si no demuestran la opción de separación de bienes.

Ante la intervención notarial de actos a otorgarse por escritura pública y que requieran inscripción registral posterior, el notario hará la calificación del estado patrimonial-matrimonial, fundamentalmente en base a la declaración jurada que el compareciente le efectúe.

Pese a no haberse registrado la opción al régimen de separación al margen del acta de matrimonio, con la escritura pública que contiene el convenio y el acta de matrimonio que acredita el cumplimiento de la condición de su celebración, sí podrá calificarlo en la actuación notarial y dejar constancia de la misma, obteniendo luego oponibilidad a terceros, con relación a ese bien en particular -si por ejemplo fuese un inmueble-, por la toma de razón del Registro de la Propiedad Inmueble.

---

<sup>27</sup> Discapacidad intelectual y derecho. Este es el mismo criterio que adopta la ley española 14/2003 que modifica parcialmente el Código Civil, que al crear un patrimonio fiduciario en protección del incapaz, establece la inscripción del representante en Registro Civil, al margen de su partida de nacimiento, y en el Registro de la Propiedad si incluye inmuebles (art. 8º). Colección La Llave, 2º ed. Ampliada y revisada, Madrid, 2005, pág. 39.

Si el compareciente no invoca el régimen de opción, ni exhibe acta de matrimonio, se lo tendrá sometido al régimen supletorio de comunidad.

Sin embargo, la cuestión ahora será cómo acreditar fehacientemente el régimen al que están sometidos los cónyuges, a través de la convención prematrimonial o matrimonial de cambio, y la inscripción registral.

En la práctica, el Registro Civil no expide certificados como lo hace el Registro de la Propiedad y la constancia de sus asientos surge de la expedición de la partida o certificado de matrimonio, lo cual nos enfrenta a la necesidad de analizar su valor temporal.

La parte probará su opción con la escritura pública que contenga la convención o la partida de matrimonio con la anotación al margen. Sin embargo, ella puede haber sido cambiada por la convención del art. 449 proyectado, lo que obliga a tener una partida de expedición actualizada.

Estas partidas carecen de una suerte de plazo de retroprioridad (bloqueo registral) para mantener su oponibilidad, con la consiguiente posibilidad de inscribir un cambio de régimen hasta el mismo día en que el compareciente otorgue un acto que cree, modifique, transfiera o extinga derechos reales sobre un inmueble.

Por ello, la sola tenencia a la vista del acta de matrimonio, con o sin nota al margen, puede ser insuficiente, salvo que sea de la misma fecha que la escritura. En la Capital Federal y Provincia de Buenos Aires, el Registro Civil no tiene, a la fecha, trámite urgente de expedición en el día regulado.

Analizando la casuística, tendremos que notar que no se presentará el problema de la vigencia temporal del acta de matrimonio, cuando se haga dentro del año de inscripta la convención prematrimonial o matrimonial, pues el art. 449 proyectado no permite mutar de régimen en ese plazo. En consecuencia, la expedición del acta de matrimonio con la anotación marginal de la opción, durante el año siguiente a la inscripción de marras, será suficiente para acreditar esa situación.

En cuanto a la falta de opción, o última opción registrada por el régimen de comunidad de ganancias, la cuestión se convierte en abstracta. En ese caso, de subsistir el régimen de comunidad, se necesitará el asentimiento del no titular; en caso de haber hecho la opción por el régimen de separación de bienes, se habrá extinguido la comunidad; pero si no se anotó en el registro de bienes respectivo la adjudicación con el nuevo carácter personal, subsistirán las reglas relativas al régimen de comunidad (art. 482 proyectado).

Por lo dicho sobre los casos en particular, la acreditación con el acta de matrimonio será relevante cuando el compareciente invoque y pretenda prevalecerse de la opción por el régimen de separación de bienes, de fecha mayor a un año, con la posibilidad de su cambio, al de comunidad.

Tal acreditación, deberá considerarse especialmente cuando se pretenda disponer de bienes, adquiridos durante el matrimonio aun con el carácter de personal o propio, o se pretenda dejar constancia de la adquisición por este régimen de separación, donde la certificación del Registro Civil será relevante.

Por ello se deberá tener una partida expedida en un plazo relativamente breve, previo al acto, cuya extensión deberá relacionarse con la práctica de expedición del registro de cada jurisdicción, y su solicitud deberá ser razonable con anterioridad, para otorgar este acto notarial<sup>28</sup>.

Pero lo más conveniente, para la seguridad jurídica y el tráfico inmobiliario, sería que los registros civiles reglamenten la expedición de un certificado -a solicitud de notarios- sobre la existencia o no de registros de la última convención prematrimonial o matrimonial, al igual que de las uniones convivenciales.

Este registro debería ser de orden nacional, concentrar toda la información de las jurisdicciones federales y ser solicitado y expedido en cada uno de los Registros Civiles de cada Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su jurisdicción, por medio telemático o informáticos internos de la administración pública.

Por ello es necesario instar al Consejo Federal del Notariado Argentino y a los Colegios Notariales, a iniciar activas gestiones en tal sentido, en caso de que se promulguen estas normas proyectadas.

#### 4. FORMA DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

La reforma del art. 1184 inc. 4) CC por la ley 17.711 estableció la exigencia de escritura pública para todas las convenciones matrimoniales y la constitución de dote, sin importar el monto de las mismas, como preveía la norma original; debe tenerse por derogado el art 1223 por la aplicación de la norma posterior del año 1968 que impone la escritura pública aún a las menores a mil pesos.

Por el art. 1225 CC la escritura pública de convención matrimonial o prematrimonial debía expresar el nombre de las partes, de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión, edad, domicilio y

---

<sup>28</sup> El art 3° inc c) de la Disposición de de Dirección Nacional de Migraciones N° 2656/2011 prevé que en el caso de autorización para el egreso y/o ingreso al país del menor de edad, otorgada por el único progenitor que lo ha reconocido, el ejercicio de la patria potestad unipersonal lo constatará el funcionario administrativo que controla la salida o ingreso al país con el acta, partida o certificado de nacimiento expedido por el Registro Civil en un plazo no mayor a seis meses.

actual residencia, el grado de parentesco si lo hubiera, la firma de los padres o tutores si fuesen menores o del curador especial designado por el juez en caso de dispensa para contraer matrimonio.

La omisión de estas exigencias de constancias de datos personales mayores a la escritura pública en el art. 1001 y concs. CC, en modo alguno puede conducir a la nulidad de la convención matrimonial, y puede decirse que ha caído en desuso.

El Proyecto de reforma actual mantiene la exigencia de escritura pública para todas las convenciones prematrimoniales y matrimoniales (arts. 448 y 449 proyectados) y deroga el art. 1225 CC, quedando regulado por las exigencias de su contenido por la norma de las escrituras públicas en general (art. 305 y concs, proyectados).

### 5. CAPACIDAD

La capacidad para celebrar convenciones matrimoniales o prematrimoniales es la capacidad para casarse, ya que estas están sujetas a la condición de celebrar matrimonio válido.

El art. 1222 CC prevé la posibilidad de su celebración por el menor de edad que pueda casarse con arreglo a las leyes, concurriendo las personas cuyo consentimiento previo sea necesario para contraer matrimonio.

Con la reforma del art. 26.449, que estableció como impedimento para contraer matrimonio, ser menor de 18 años (art. 166, inc. 5) CC), sólo podrá darse el caso de un menor contratante si el juez le ha dado la dispensa del actual art. 167 CC, y debería designar un curador para la celebración de la convención válida.

El Proyecto de reforma actual, en su art. 450 proyectado, prohíbe a los menores aun autorizados judicialmente, para casarse, celebrar convención matrimonial con el objeto de donaciones entre los futuros contrayentes o cónyuges, y de opción de régimen de bienes del matrimonio.

Se mantiene el mismo criterio de capacidad actual, y los menores autorizados para casarse sólo podrán celebrar la convención de designación y avalúo de bienes y deudas que lleva al matrimonio, no estableciendo requisito de representación alguno, por lo que deberá estarse a las reglas generales en la materia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AXELRUD de LENDNER, Rosa M. Dictamen en Consulta, Revista del Notariado N° 819, pág. 1261.
- BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Perrot, Bs. As. 2011.
- BELLUSCIO, A. (Dir.) y Zannoni, E. (Coord.). *Código Civil Comentado*, Ed. Astrea, Bs. As., 1998.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil, "Familia"*, 9º ed. *Discapacidad intelectual y derecho*. Colección La Llave, 2º ed. Ampliada y revisada, Madrid, 2005.
- FASSI, Santiago y Bossert, Gustavo. *Sociedad conyugal*, Depalma, Bs. As., 1970.
- GUAGLIANONE, Aquiles H. *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ed. Ediar, Bs. As., 1968.
- LAMBER, Néstor D.; Saucedo, Ricardo J.; Colombo, Silvina del Valle y Posteraro Sánchez, Leandro N. "Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero", REVISTA NOTARIAL N° 955, año 2006, pág. 100.
- LAMBER, Rubén Augusto. *Donaciones*, Ed. Astrea, Bs. As., 2008.
- LAMBER, Rubén Augusto. *Función notarial, "Derecho Civil Aplicado"*. Ed. Astrea, Bs. As., 2010.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. "Los regímenes patrimoniales-matrimoniales después de la Reforma introducida por la ley 17.711". La Ley 139-1186.
- LLAMBÍAS, Jorge J. *Código Civil Anotado y Comentado*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1982.
- ORLANDI, Olga. "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI. Derecho de familia". Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N° 53, pág. 20.
- Proyecto de Código Civil para la República Argentina*. Ed. San Isidro Labrador, 1999.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H. *Régimen de bienes de matrimonio*, Ed. Astrea, Bs. As., 1987.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de familia*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006.