

MATRIMONIO. DOMICILIO. RETROACTIVIDAD. RÉGIMEN MATRIMONIAL. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Resumen

Matrimonio extranjero y capitulaciones matrimoniales: sobre la opción por la aplicación del derecho uruguayo y el acuerdo de retroactividad previsto en el artículo 25, incisos 6.º y 7.º, de la ley 19.920 (Ley General de Derecho Internacional Privado).

Informes: DIP y Civil

Consulta

I. RELACIÓN DE HECHOS (ANTECEDENTES)

2015. *Acuerdo prenupcial.* AA y BB otorgaron un acuerdo prenupcial relativo a las relaciones patrimoniales a regir en un futuro matrimonio entre ellos. El mencionado acuerdo fue otorgado en el Estado de Israel el 29.4.2015, ante el Not. GG. No se agregó a la consulta original ni copia del referido acuerdo; no obstante, el consultante informa que el documento —extendido en hebreo— fue traducido y apostillado en forma.

2015. *Matrimonio.* La pareja precitada contrajo nupcias en Chipre, en el distro de Limassol, el 12.11.2015; en el momento, declararon que tenían residencia permanente en el Estado de Israel. No se agregó a la consulta original ni copia del aludido matrimonio; no obstante, el consultante informa que el documento —extendido en idioma inglés— fue traducido y apostillado en forma.

Cabe comentar que Chipre es un Estado independiente con representación en la ONU. Obtuvo su independencia en 1960, mediante un acuerdo celebrado entre Reino Unido, Grecia y Turquía, con la intervención determinante de un conocido arzobispo. Debido a la poca integración subsiguiente entre las comunidades greco-chipriotas y turco-chipriotas, por razones sociales, políticas y religiosas, Turquía invadió Chipre y creó un Estado independiente, en el área de influencia turca, no reconocido internacionalmente (solo por Turquía). De todos modos, el *statu quo* se mantiene gracias a las Fuerzas de Paz de la ONU. De acuerdo con los datos suministrados, el matrimonio se realizó en la parte no ocupada (Limassol), por lo que cabe la aplicación de la legislación chipriota.

2021. *Capitulaciones matrimoniales.* Los cónyuges celebraron un «acuerdo de capitulaciones matrimoniales» en la ciudad de Montevideo, en escritura pública, el 9.12.2021, ante el Esc. FB, inscripto en el Registro Nacional de Actos Personales. En dicha escritura, cuya copia fue agregada al presente expediente, los cónyuges declaran en la comparecencia que se encuentran separados de bienes.

II. CONSULTA

El consultante desea saber: 1) si resulta posible pactar capitulaciones matrimoniales con efecto retroactivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 *in fine* de la Ley General de Derecho Internacional Privado (en adelante, *Ley General*), y 2) si resulta necesario el consentimiento del otro cónyuge a los efectos de enajenar bienes adquiridos antes del cambio adoptado.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

En primer lugar, ni con el Estado de Israel ni con Chipre ha celebrado Uruguay un tratado internacional sobre los tópicos en cuestión; por ello, resulta pertinente la aplicación de las normas nacionales de derecho internacional privado que, en principio, sería la ley 19.920, de 17 de noviembre de 2020 (*Ley General*). Cabe aclarar, para posteriores consultas, que siguen vigentes las normas sobre régimen de bienes en el matrimonio en las relaciones con Bolivia, Colombia y Perú del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889; y para las relaciones con Argentina y Paraguay, las normas del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940. Por tanto, la ley 19.920 solo es aplicable fuera de las relaciones que se tienen con estos cinco países.

En la presente consulta se encuentran referidas tres categorías jurídicas: *capitulaciones prenupciales*, *matrimonio* y *régimen de bienes en el matrimonio*. Conviene, a efectos de una mejor ilustración del presente y para casos futuros que puedan presentarse, el examen por separado de cada una de ellas.

I. CAPITULACIONES PRENUPCIALES

AA y BB celebraron un acuerdo prenupcial en el Estado de Israel en el que establecieron la separación de bienes. De conformidad con el artículo 25 de la *Ley General*, se consagra un principio general: el régimen de bienes en el matrimonio se rige por las convenciones matrimoniales que se hubieren celebrado. Esta solución es acorde con la situación social actual, en la que la mujer y el hombre tienen igualdad de derechos (al igual que los demás integrantes de la familia; especialmente, los hijos menores de edad, ya que su voluntad debe ser atendida en la medida en que se los afecte y que tengan discernimiento suficiente).

En el siglo XXI, la mujer ha accedido al mercado de trabajo en las mismas condiciones que el hombre, por lo que el texto legal recoge la autonomía de la voluntad en forma amplia para que puedan pactar el régimen de bienes al que podrán someterse una vez contraídas las nupcias. Ello, sin perjuicio de la necesaria evaluación que deberá realizarse siempre, en el sentido de que dicho acuerdo no ofenda principios y normas esenciales de orden público internacional sobre los cuales el Estado uruguayo asienta su personalidad jurídica; especialmente, que no se lesionen los derechos humanos fundamentales (art. 5.º).

Desde el punto de vista formal, se menciona que el aludido documento se encuentra traducido y apostillado, según el control realizado por el Esc. FB, por lo que no habría nada que objetar al respecto.

II. MATRIMONIO (ART. 22)

El artículo 22 de la Ley General regula la categoría *matrimonio*; ratifica un principio tradicional en nuestro orden jurídico que reconoce como ley aplicable a la categoría la del lugar de su celebración. Dicha ley tiene facultades para determinar «la capacidad de las personas para contraerlo, la forma, la existencia y la validez del acto matrimonial». Caben las mismas apreciaciones que para la categoría anterior: el matrimonio debe considerarse internacionalmente válido —salvo alguna cuestión que ofenda el orden público internacional de nuestro país— y que se haya cumplido, desde el punto de vista formal, con los requisitos de traducción y apostillado.

III. RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO (ART. 25, INCS. 1.º A 5.º)

Como hemos mencionado, el principio primero y general contenido en la Ley General es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares para fijar el régimen de bienes que mejor se adecue a sus necesidades, siempre y cuando, en esencia, no afecte derechos humanos fundamentales. El principio *primer domicilio conyugal* ha sido desplazado a un segundo lugar, que tendría intervención para la hipótesis de que no hubiere capitulaciones prenupciales o estas fueren inválidas o ineficaces, algo que, en principio, no acontecería en el presente caso.

IV. POSIBILIDAD DE MUTACIÓN DEL RÉGIMEN DE BIENES (ART. 25, INC. 6.º)

La Ley General *no obliga* al cambio de régimen de bienes existente entre los cónyuges —nacionales o extranjeros— que pasaren a domiciliarse en Uruguay. Por tanto, al radicarse en nuestro país, cada pareja podrá mantener el régimen de bienes que ya tenía, creado por capitulaciones matrimoniales o, en ausencia de estas, en base al régimen legal existente en su primer domicilio matrimonial (o en sus sucedáneos, indicados en el art. 25, ante la posibilidad de no haberse concretado un primer domicilio matrimonial). Se da por supuesto que este régimen debe ser compatible con el orden jurídico uruguayo; a título de ejemplo, no lo sería si se establecieran discriminaciones por razones de sexo.

La otra novedad de la Ley General está contenida en los incisos 6.º y 7.º (finales), que reproducimos para una mayor comprensión:

En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República, podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscrito en el Registro respectivo.

La opción prescripta en el inciso sexto [anterior] no tendrá efectos retroactivos entre las partes, salvo que estas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros.

¿De qué documentos probatorios deberá estar munido el notario actuante en la formalización del cambio de régimen? En *primer lugar*, deberá tener prueba de estar previamente domiciliados en el extranjero inmediatamente antes de la constitución de su domicilio en Uruguay. Los medios probatorios son sumamente amplios; basta que sean convincentes no solo para el notario autorizante, sino para

cualquier tercero imparcial —en esta hipótesis: contratos laborales en Israel; certificados de estudio en dicho país; afiliación a instituciones de salud, deportivas, culturales; contratos de arrendamiento de inmuebles; tarifas de consumo de diversos servicios, etc.—, y que corroboren la existencia real de dicho domicilio. Sería aconsejable la protocolización de estos medios de prueba para facilitar controles posteriores (especialmente, de terceros acreedores).

En *segundo lugar*, deberá tenerse prueba de estar efectivamente radicados en Uruguay. Puede acreditarse dicha situación de la misma manera en que se acreditó el domicilio extranjero previo, y sería aconsejable el mismo resguardo.

En *tercer lugar*, la Ley General se aparta del criterio general hasta marzo de 2021 —fecha en que la ley entra en vigencia—, que establecía la inmutabilidad de la ley aplicable al régimen de bienes en el matrimonio; si, por ejemplo, la ley aplicable era la ley italiana, esta sería *siempre* aplicable. No obstante, se aceptaba que el *contenido* de esta última pudiera cambiar a lo largo del tiempo; pero esos cambios siempre serían los de la ley aplicable —en el ejemplo, la italiana—, no de ninguna otra.

La Ley General innova al respecto y elimina el principio de inmutabilidad de la ley aplicable, y como consecuencia de la expansión de la autonomía de la voluntad en todos los aspectos referidos a la familia, admite el cambio de ley estatal aplicable, con otras innovaciones colaterales.

Como la ley aplicable al régimen de bienes en el matrimonio puede cambiar, será necesario una manifestación expresa de los cónyuges. La opción deberá instrumentarse en documento público e inscribirse en el Registro correspondiente, y solo comenzará a surtir efectos a partir de su inscripción registral. De convenirse ese cambio de régimen de bienes en el matrimonio, en principio, no tendrá efectos retroactivos. Acontecerá, entonces, la presencia de dos regímenes patrimoniales.

V. EFECTO RETROACTIVO DEL CAMBIO DE RÉGIMEN DECIDIDO POR LOS CÓNYUGES (ART. 25, INC. 7.º)

Pero, una vez más, la autonomía de la voluntad se «cuela», al habilitarse legalmente la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar, además de cambio de régimen, que este tenga efecto retroactivo. De este modo se borraría totalmente el régimen anterior y pasaría a regir la voluntad de las partes que eventualmente sea reconocida por la ley uruguaya. No debe pasarse por alto que una disposición de esta naturaleza no obliga a los demás Estados: nos encontramos ante una ley nacional y no un tratado internacional. Por ello, las soluciones reseñadas solo tendrán eficacia sobre los bienes ubicados en nuestro país y en aquellos otros países que, eventualmente, puedan asemejarse al nuestro.

VI. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN «APLICACIÓN DEL DERECHO URUGUAYO» (ART. 25, INC. 7.º)

En el inciso 7.º del artículo 25, el legislador crea una regla de conflicto de carácter unilateral, en virtud de que solo permite «la aplicación del derecho uruguayo» a su régimen de bienes —si los cónyuges lo desean—, en referencia al régimen de la sociedad conyugal regulado en el artículo 1950 y siguientes del Código Civil y no a otro.

La conversión del régimen de bienes extranjero al régimen de bienes uruguayo con carácter retroactivo constituye un nuevo modo de adquirir el dominio que actuaría *ope legis*, por imperio de la ley, pero su elemento dinamizador descansa en la voluntad común de las partes. O sea que, por ejemplo, de un régimen de bienes de separación se pasaría a uno de sociedad conyugal en el que los bienes propios pasarían a ser gananciales, siempre que hayan sido adquiridos luego del matrimonio.

De acuerdo con la redacción del artículo 25, y para mayor abundamiento, consideramos que la alusión a «la aplicación del derecho uruguayo» es al «derecho *interno* uruguayo»; queda fuera la posibilidad de aplicar el reenvío internacional. El inciso 1.º del artículo 12 está de acuerdo con esta postura, aunque en el inciso 2.º se permitiría el reenvío si, «de conformidad con lo establecido [...] en las normas de derechos humanos de las que la República sea parte», se evita un ataque a dichos derechos. Ergo, no cualquier derecho humano que se alegue por ahí permitiría el reenvío internacional: solo aquellos que emerjan de tratados internacionales (el artículo no lo dice expresamente, pero la referencia a la expresión «parte» no permite deducir otra cosa).

VII. RESUMEN TENTATIVO

1. La Ley General toma el régimen de bienes en el extranjero «tal como viene», sin hacer distingo alguno. Este régimen de bienes, creado en el extranjero, pudo haber sido: *a)* el de las capitulaciones matrimoniales o, en ausencia de estas —o que ellas fueren inválidas o ineficaces—, *b)* el vigente en el lugar del primer domicilio matrimonial o sus sucedáneos; ese régimen pudo haber sido el de comunidad universal, el de separación o el de sociedad conyugal si, por ejemplo, en esta última hipótesis, se permite la enajenación de todos los bienes gananciales sin consentimiento del otro cónyuge, algo que no habilita nuestro régimen.

2. Por tanto, si los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay y *no expresan nada*, nuestra legislación *respet*a el régimen de bienes que «traen», salvo un ataque al orden público internacional de nuestro país. Ello significa que recién cuando los cónyuges acuerdan modificar su régimen de bienes es que nace la competencia de nuestro derecho interno; no antes. Y su intervención es para hacer una sola cosa: implantar el régimen de bienes de la sociedad conyugal del artículo 1950 y siguientes del Código Civil.

3. Si no hay retroactividad, habrá dos regímenes:

- a)* Uno referido a los bienes *antes* del acuerdo ante notario y registrado, bienes que se registrarán por el régimen establecido en las capitulaciones matrimoniales —si las hubiere— o por el lugar del primer domicilio matrimonial o cualquier otro fijado legalmente en reemplazo de aquel e indicado en el artículo 25. En tal caso, no hay modificación alguna del régimen existente y no hay que pensar en proteger a los terceros acreedores, en tanto ellos contrataron teniendo en cuenta esos bienes, y el régimen —para estos bienes— sigue siendo el mismo.
- b)* Otro, el de sociedad conyugal de bienes, para los que se adquirieran *con posterioridad* al acto notarial registrado. Tampoco aquí los terceros acreedores que adquirieron esa calidad con posterioridad del acto notarial registrado podrían llevarse sorpresa alguna.

4. Pero los cónyuges pueden otorgar la retroactividad del régimen legal de bienes en el matrimonio vigente en nuestro ordenamiento para los bienes ubicados en Uruguay adquiridos con anterioridad a la

opción. En tal hipótesis, habrá un único régimen a consultar —el del art. 1950 y siguientes del Código Civil—, a partir de la registración de la opción en documento público.

5. Quedaría un último escollo a resolver. Es posible que el régimen de bienes que traen los cónyuges a Uruguay se haya pactado mediante capitulaciones matrimoniales, y que el sistema legal aplicable a dicho momento haya establecido que estas «se entenderán irrevocablemente otorgadas» y «no podrán después modificarse, alterarse o destruirse ni aun con el consentimiento de las personas que intervienen en el contrato de matrimonio», tal como lo consigna el artículo 1944 de nuestro Código Civil. Se trata de normas de rigurosa aplicación —también conocidas como normas *de aplicación necesaria o de aplicación inmediata*—, las que están contempladas en el artículo 6.º de la Ley General.

La mencionada ley *obliga* al juez a aplicar inmediatamente sus «normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, las que no serán sometidas a las normas de conflicto». Y el inciso final del artículo 6.º agrega una *facultad* del juez: «Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos estrechos».

Opinamos que el juez deberá tomar en consideración esas normas de aplicación necesaria del derecho extranjero que imponen la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales, en cuanto se compagina perfectamente con el artículo 1944 de nuestro Código Civil. De concretarse esta situación, ello impediría la conversión al régimen legal de nuestro Código Civil. En el caso opuesto, de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero sean revocables o modificables según su ley aplicable, y solo en tal caso, estas pueden dejarse sin efecto; para ello, los cónyuges, primero, deberán dejar sin efecto las capitulaciones de marras y, con posterioridad, optar por la aplicación del derecho uruguayo, lo cual, indudablemente, puede llevarse a cabo en un solo acto.

6. Es todo lo que puede informar esta comisión. En cuanto al hecho concreto del otorgamiento de la escritura autorizada por el Esc. FB en la que se pactó el régimen de separación, esta es una cuestión de derecho interno, y corresponde atenderse a lo que disponga la Comisión de Derecho Civil.

Esc. Ruben Santos Belandro
Informante

Esc. Daniel Trecca
Coordinador alterno

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El presente caso ha sido analizado por la Comisión de Derecho Internacional Privado de la AEU. Se han derivado a esta Comisión de Derecho Civil las siguientes consultas:

- *Primera.* ¿Constituye el efecto retroactivo un modo de adquirir el dominio?
- *Segunda.* ¿Cómo repercute en los acreedores el hecho de que, de acuerdo con la ley, «en ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros»?
- *Tercera.* El informante la sintetiza así: se traslada un bien mueble desde el extranjero al Uruguay, bien gravado con garantía real en el extranjero, y luego, en Uruguay, el bien se enajena sin que el tercero tenga conocimiento de ello. El artículo 41 de la ley regula la situación, pero ¿cuál es la situación del tercero de buena fe? ¿El negocio es nulo?

Dividiré el presente informe en dos partes: la primera, destinada a expresar cuál es nuestra interpretación de los incisos 6.º y 7.º del artículo 25 de la ley 19.920; la segunda procurará responder las consultas específicamente planteadas.

I. NUESTRA INTERPRETACIÓN DE LOS INCISOS 6.º Y 7.º DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 19.920

Con relación a este tema distinguiré, por una parte, la opción por la aplicación del derecho uruguayo y, por otra, el acuerdo de retroactividad.

1. La opción por «la aplicación del derecho uruguayo»

El inciso 6.º del artículo 25 de la ley 19.920 dispone:

En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República, podrán hacer constar en documento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscripto en el Registro respectivo.

Una primera cuestión es determinar en qué consiste la opción por «la aplicación del derecho uruguayo». El inciso sexto del artículo 25 se encuentra dentro de una disposición normativa que determina cuál es la ley que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Mientras no se ejercita la opción, la ley aplicable será la que determinen los primeros incisos del artículo 25, esto es, en defecto de convención, la ley del Estado del primer domicilio matrimonial; a falta de este, o siendo imposible determinarlo, la ley del Estado del domicilio al momento de la celebración del matrimonio, y a falta de este, la ley del Estado de la celebración del matrimonio (en todos los casos, salvo aquellas situaciones de estricto carácter real que estén prohibidas en el lugar de situación de los bienes).

Ubicados en ese contexto, interpreto que la expresión «aplicación del derecho uruguayo» empleada en el inciso 6.º del citado artículo 25 refiere a las normas territoriales del derecho positivo nacional, no a las normas de derecho internacional privado que forman parte de nuestro derecho positivo.¹

La opción por «la aplicación del derecho uruguayo» significa que los cónyuges que pasen a domiciliarse en la República tienen la posibilidad de elegir que sus relaciones patrimoniales pasen a regirse por la ley del Estado uruguayo —en el sentido de normas territoriales de Uruguay— y dejen de regirse por la ley del Estado que indican los primeros incisos del artículo 25.

Al aplicarse el régimen uruguayo, en primer lugar, se estará a las capitulaciones prematrimoniales que se hubieran celebrado (C. Civil, art. 1938 y ss.); a falta de estas, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por el régimen único y supletorio de sociedad conyugal que prevén los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

A vía de ejemplo, si los cónyuges *otorgaron capitulaciones prematrimoniales* en las que pactaron un régimen de separación de bienes y luego optan por la aplicación del derecho uruguayo, el régimen continuará siendo el de *separación de bienes*. La razón es la de que al aplicar el derecho positivo uruguayo, en primer lugar, rigen las capitulaciones prematrimoniales, y solo a falta de estas rige el régimen de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. Corresponde que dichas capitulaciones matrimoniales se inscriban en el Registro Nacional de Actos Personales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39 de la ley 16.871.

En cambio, supongamos que los cónyuges *no otorgaron capitulaciones matrimoniales* y que, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, el régimen es el de *comunidad universal* (o el de separación absoluta de bienes; en este caso, por ley, no por convención prematrimonial). Al optar por la aplicación del derecho uruguayo y no existir capitulaciones prematrimoniales, el régimen patrimonial de bienes entre los cónyuges pasará a ser el de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

2. El acuerdo de retroactividad

El inciso 7.º del artículo 25 de la ley 19.920 dispone: «La opción prescripta en el inciso sexto no tendrá efectos retroactivos entre las partes, salvo que estas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros».

Distinguiré la situación cuando se ejerce la opción por el derecho uruguayo sin el acuerdo de retroactividad de la situación cuando sí se pacta la retroactividad.

1 Prueba clara de que la expresión «aplicación del derecho uruguayo» no comprende las normas de derecho internacional privado se encuentra en que si se las incluyera, se volvería a enviar a la ley del Estado extranjero en forma circular, con lo cual el uso de la opción carecería de utilidad. Por ejemplo, supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y el primer domicilio matrimonial hubiera sido en Brasil; luego pasan a domiciliarse en Uruguay y hacen uso de la opción referida. Si la «aplicación del derecho uruguayo» incluyera nuestras normas de derecho internacional privado, el régimen aplicable volvería a ser el del primer domicilio matrimonial, esto es, Brasil, con lo que pierde totalmente sentido el uso de la opción.

A. *Cuando se ejerce la opción por el derecho uruguayo
sin el acuerdo de retroactividad*

Según el inciso 7.º citado, la opción por la aplicación del derecho uruguayo no tiene efecto retroactivo, salvo que los cónyuges lo acuerden de manera expresa. Comenzaremos por analizar la situación cuando no hubo acuerdo de retroactividad y seguiremos los ejemplos referidos con anterioridad.

Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, el régimen es el de *comunidad universal*, el que implica que todos los bienes son gananciales (incluso los adquiridos por herencia). Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*sin pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. A partir de ese momento, el régimen aplicable pasará a ser el de la ley de Uruguay, es decir, el de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. En esa situación, un inmueble adquirido por herencia mientras regía el régimen de comunidad universal será ganancial; en cambio, un inmueble adquirido por herencia durante la aplicación del régimen uruguayo será propio.

Otro ejemplo. Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que el régimen, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, es el de *separación absoluta de bienes*. Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*sin pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. A partir de ese momento, el régimen aplicable pasará a ser el previsto en la ley de Uruguay, es decir, el régimen de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. En esa situación, un inmueble adquirido a título oneroso mientras regía el régimen de separación absoluta de bienes será propio; en cambio, un inmueble adquirido a título oneroso durante la aplicación del régimen uruguayo será ganancial (salvo subrogación o título o causa anterior al matrimonio).

B. *Cuando se ejerce la opción por el derecho uruguayo
con el acuerdo de retroactividad*

La ley permite que los cónyuges acuerden expresamente que la aplicación del derecho uruguayo tenga efecto retroactivo. Dicho pacto no afectará ni limitará los derechos adquiridos por terceros. Continuemos con los ejemplos referidos.

Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, el régimen es el de *comunidad universal*, que implica que todos los bienes son gananciales (incluso los adquiridos por herencia). Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*con pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. En ese caso, el régimen aplicable, desde la celebración del matrimonio, pasará a ser el previsto en la ley de Uruguay, es decir, el régimen de la sociedad conyugal de los artículos 1950 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. En esa situación, un inmueble adquirido por herencia mientras regía el régimen de comunidad universal era ganancial; sin embargo, por efecto de la retroactividad del pacto, cambia su naturaleza y pasa a ser un bien propio del cónyuge que lo

adquirió por herencia. Se comparta o no la decisión legislativa, entendemos que eso es lo que resulta de la ley.

Otro ejemplo. Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que el régimen, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, es el de *separación absoluta de bienes*. Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*con pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. En ese caso, el régimen aplicable, desde la celebración del matrimonio, pasará a ser el previsto en la ley de Uruguay, es decir, el régimen de la sociedad conyugal de los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. En esa situación, un inmueble adquirido a título oneroso mientras regía el régimen de separación absoluta de bienes era propio; sin embargo, por la retroactividad del pacto, cambia su naturaleza y se convierte en un bien ganancial.

Esa conversión de bienes propios en gananciales —o viceversa— que puede producir la retroactividad del pacto en ningún caso afectará ni limitará los derechos adquiridos por terceros.

A vía de ejemplo, si un inmueble ubicado en Uruguay tenía *naturaleza de propio* por así disponerlo la ley del primer domicilio matrimonial y fue enajenado por el cónyuge titular sin la conformidad conyugal, el hecho de que luego se opte por la aplicación de la ley de Uruguay con efecto retroactivo no afectará el derecho del tercero que adquirió el inmueble.

Otro ejemplo. Supongamos que un inmueble tenía *naturaleza ganancial* por el régimen anterior y que luego, por aplicación del régimen uruguayo y el acuerdo de retroactividad, el bien pasa a tener naturaleza de propio: un acreedor social que adquirió su derecho durante la vigencia del régimen anterior mantendrá el derecho de persecución que le ofrecía el régimen anterior; ese acreedor tendrá derecho a, por ejemplo, que en caso de disolución de la sociedad conyugal, ese bien esté sujeto a liquidación.

II. RESPUESTA A LAS CONSULTAS ESPECÍFICAMENTE PLANTEADAS

Primera consulta

¿Constituye el efecto retroactivo un modo de adquirir el dominio? De acuerdo con lo expuesto, el acuerdo de retroactividad puede generar que un bien propio pase a ser ganancial (o viceversa). La respuesta a si esa conversión implica o no una transferencia de dominio depende de la posición que se siga con respecto a la naturaleza de la sociedad conyugal.

Parte de la doctrina nacional sostiene que cuando un cónyuge adquiere un bien ganancial, desde su propia adquisición, y en virtud de la sociedad conyugal que existe entre los cónyuges, el bien se encuentra en copropiedad entre ellos. Según VAZ FERREIRA, esta copropiedad se rige fundamentalmente por las reglas de la comunidad de mano común de origen germano.² En cambio, otra parte de la doctrina nacional sostiene que la sociedad conyugal funciona durante su vigencia como un sistema de separación y, por

2 VAZ FERREIRA (1997: 298) sostiene que «en nuestro derecho, ambos cónyuges son copropietarios de todos los gananciales, y sus derechos se rigen fundamentalmente por las reglas germanas de la copropiedad de mano común».

tanto, cuando un cónyuge adquiere un bien de carácter ganancial, él es su propietario exclusivo hasta la disolución de la sociedad.³

De seguirse la primera postura, esto es, la que sostiene que durante la vigencia de la sociedad conyugal los bienes pertenecen a ambos cónyuges, la conversión de un bien de propio a ganancial —o viceversa— implicaría una *transmisión dominial*, producida como consecuencia del pacto de aplicación del derecho uruguayo con acuerdo de retroactividad, por así disponerlo la ley. El hecho previsto en la ley —acuerdo de retroactividad— es lo que produce la transferencia, el que podría calificarse como un modo de adquirir el dominio.

Segunda consulta

¿Cómo repercute en los acreedores el hecho de que, de acuerdo con la ley, «en ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros»? Con carácter general podría decirse que si un acreedor, ya sea social o personal, en virtud de régimen anterior, tenía algún tipo de derecho adquirido, preferencia o prioridad, dicha situación, de acuerdo con la ley, no se verá afectada ni limitada por el cambio de régimen. El uso del pacto de retroactividad, con seguridad, va a generar situaciones de litigio, ya sea entre los propios acreedores o entre acreedores y cónyuges, que deberán resolverse caso a caso en la vía judicial o arbitral.

Tercera consulta

Se traslada un bien mueble desde el extranjero a Uruguay, gravado con garantía real en el extranjero; luego, en Uruguay, se enajena sin que el tercero tenga conocimiento. El artículo 41 de la ley regula la situación, pero ¿cuál es la situación del tercero de buena fe? ¿El negocio es nulo?

En la situación planteada puede visualizarse un conflicto entre el principio de *legitimidad* y el de *apariencia*; el de una persona que tiene un derecho real anterior y el de un tercero que, de buena fe, adquiere en el entendido de que el bien se encuentra libre de gravámenes.

Al margen de si se comparte o no la decisión legislativa sobre cómo resolver ese aspecto, el artículo 41 de la ley 19.920 lo reguló, al establecer:

Cambio de situación de los bienes muebles. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición.

Los derechos que adquieran los terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, prevalecen sobre los del primer adquirente si este ha dado su consentimiento de modo comprobable para el traslado y no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley de la nueva situación para la conservación de sus derechos.

3 Entre los autores que sostienen que la comunidad nace recién con la disolución de la sociedad conyugal y no desde el momento mismo de la adquisición, encontramos a ANIDO (1996), RUBBO (2008: 103 y ss.) y DOMÍNGUEZ GIL (2001: 913).

De acuerdo con esta norma, correspondería diferenciar:

1. Si el acreedor que tenía una garantía real sobre el bien mueble *consintió* de modo comprobable el traslado del bien a Uruguay y no inscribió en el Registro correspondiente de Uruguay ese gravamen, prevalece el derecho del tercero de buena fe.
2. En cambio, si el acreedor que tenía una garantía real sobre el bien mueble *no consintió* o *no puede comprobarse* que haya consentido el traslado del bien a Uruguay, prevalece el derecho del acreedor.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

- ANIDO, Raúl (1996). «Disolución y liquidación de sociedad conyugal, dentro de las modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil». En *Encuentro Técnico Regional de Río Negro*, VI ciclo (Fray Bentos, 25 may.).
- DOMÍNGUEZ GIL, Daniel (2001). «Responsabilidad de los cónyuges por deudas cuasicontractuales. Relevancia de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXI (nov.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- RUBBO, Horacio (2008). *Estudio de títulos*, 6.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
- VAZ FERREIRA, Eduardo (1997). *Tratado de la sociedad conyugal*, 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Marcela Aldana, Américo Bianchi, Karen Bonner, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Inés Lueiro, Florencia Manfredi, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastro pierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Ampliación de informe de la Comisión de Derecho Civil

Esta comisión ha reconsiderado el informe realizado y concluye lo siguiente:

1. Ratifica su posición en cuanto a que la opción por «la aplicación del derecho uruguayo» significa que los cónyuges que pasen a domiciliarse en la República tienen la posibilidad de elegir que sus relaciones patrimoniales se rijan por la ley del Estado uruguayo —en el sentido de normas territoriales de Uruguay— y dejen de regirse por la ley del Estado que indican los primeros incisos del artículo 25.

Al aplicarse el régimen uruguayo, en primer lugar, se estará a las capitulaciones prematrimoniales que se hubieren celebrado (C. Civil, art. 1938 y ss.), y, a falta de estas, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por el régimen único y supletorio de sociedad conyugal que prevén los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

Se destaca que, de acuerdo con el derecho uruguayo, el régimen de sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes es subsidiario y solo se aplica a falta de existencia de capitulaciones prematrimoniales, por así establecerlo a texto expreso el artículo 1938 del Código Civil.

A su vez, de acuerdo con el artículo 1944 del Código Civil: «Desde el día de la celebración del matrimonio, se entenderán irrevocablemente otorgadas las convenciones matrimoniales. [=] No podrán después modificarse, alterarse o destruirse ni aun con el consentimiento de las personas que intervienen en el contrato de matrimonio». Por lo tanto, a partir de que los cónyuges optan por la aplicación del derecho uruguayo, las capitulaciones prematrimoniales no podrán modificarse, alterarse ni destruirse.

2. Sin embargo, consideramos que sí es viable la siguiente situación. Si la ley que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges antes de que estos opten por la aplicación del derecho uruguayo permite dejar sin efecto las capitulaciones matrimoniales otorgadas, los cónyuges podrían, primero, dejar sin efecto las capitulaciones matrimoniales otorgadas y, con posterioridad, optar por la aplicación del derecho uruguayo. En ese caso, cuando comienza a regir el derecho uruguayo, esas capitulaciones matrimoniales serán consideradas como no otorgadas porque fueron dejadas sin efecto oportunamente, por así permitirlo la ley que se encontraba vigente en ese momento. Como consecuencia, cuando comienza a regir el derecho uruguayo, al no haber capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen subsidiario de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, M.^a del Carmen Cabrera, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.^a Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Lourdes González, Florencia Manfredi, M.^a del Rosario Marchese, M.^a Valentina Martínez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.^a del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.^a Beatriz Vázquez, M.^a del Carmen Vettorello y Juan Pablo Villar, aprueba el informe ampliatorio que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8.5.2023 (DIP y Civil [original]) y el 15.5.2023 (Civil [ampliación]), expediente 2667/2022.