

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CONTRATACIÓN - ENTRE CÓNYUGES DIVORCIADOS(*) (697)

JORGE E. VIACAVA, TITO J. A. SIENA y MARTA E. GOLDFARB

SUMARIO

I Introducción. II. Separación judicial de bienes y divorcio. III. Legitimidad de la contratación entre cónyuges divorciados. IV. Conclusiones.

Por el presente trabajo, pretendemos demostrar que no existe impedimento legal para que los cónyuges, una vez divorciados, puedan contratar entre sí.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones jurídicas que más ha cambiado como consecuencia de la evolución social, ha sido, sin lugar a dudas, por lo menos en nuestro país, la institución del matrimonio, en lo referente a la capacidad civil, y a los derechos de los esposos en cuanto a la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal.

Baste mencionar el texto de los primitivos artículos 1276 y 1277 del Código Civil que establecían: "el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, sean totales o adquiridos después de formada la sociedad". Puede enajenar y obligar a título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio... puede también hacer donaciones de los bienes suyos y de los ganados durante la sociedad...". Y compararlos con lo que proclama el texto del artículo 1276, luego de la reforma de la ley 17711, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dice: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o cualquier otro título legítimo. . . ". O recordar que, a pesar de la amplitud de las facultades que le otorgó a la mujer casada la ley 11357, sólo con la ley 17711 queda equiparada, en cuanto a su capacidad, con su esposo. El artículo 1º de la ley 11357 modificado por la ley 17711 establece: "La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil".

Esta evolución social, que llevó a la equiparación de los cónyuges en cuanto a la capacidad civil, también marcó una profunda tendencia a otorgar a éstos cada vez, con mayor énfasis, el derecho de administrar y disponer de sus bienes, en forma independiente, con la sola limitación, en nuestro caso, delo establecido por el artículo 1277.

II. SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES Y DIVORCIO

Jurídicamente, matrimonio significa la "unión perpetua de un hombre y una mujer, conforme a derecho"; divorcio, en cambio, entraña la separación o apartamiento de lo que estaba junto o unido por un vínculo.

Vélez Sársfield, en materia de divorcio, toma como fuente el derecho francés, pero traslada el concepto de "separación de cuerpos" a lo que él denomina "divorcio", que no habilita a contraer nuevo matrimonio. No admite el divorcio por mutuo consentimiento y posibilita al cónyuge no culpable solicitar la separación judicial de bienes. La antigua redacción del artículo 1306 de nuestro Código Civil es una clara muestra del modelo tomado en cuenta, cuando dice: "En el caso de divorcio el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes...".

El artículo 1291 establece las causales de la disolución de la sociedad conyugal, mencionando como tales: la separación judicial de bienes, la nulidad del matrimonio y la muerte de uno de los cónyuges.

El codificador tomó parcialmente las causales que determina el artículo 1441 del Código francés, ya que éste menciona como tales: la muerte natural, el divorcio, la separación de cuerpos y la separación de bienes. La -interpretación dada por la doctrina es que el codificador tomó como causales las que en forma automática producían tal disolución, excluyendo el divorcio, ya que éste, tal como lo hubo concebido, sólo provocaba la disolución de la sociedad conyugal cuando ésta era solicitada a través del procedimiento de la separación judicial de bienes. Este sistema nos induce a confirmar que, para el codificador, el divorcio tiene como efecto primordial la separación de cuerpos, o sea, la relación personal de los cónyuges, en tanto que la separación judicial de bienes apunta sus efectos a las relaciones patrimoniales de éstos.

El artículo 1291 establece: "La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de bienes"; y en el artículo siguiente admite que durante el matrimonio sólo la mujer puede pedir la separación de bienes. Por su parte, el artículo 1294 determina que "la separación de los bienes sólo puede ser solicitada por la mujer, cuando hubiere mala administración de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los bienes por parte del marido y peligro de perder sus bienes o cuando hubiese hecho concurso de acreedores" Estos últimos dos artículos tenían su fundamento hasta la sanción de la ley 11357, por cuanto sólo el marido podía administrarlos. A partir de ella, queda a cargo de la mujer la administración de sus bienes propios y de los gananciales de administración reservada. La normativa que determina y regula este régimen es hoy letra muerta, ya que, por la modificación introducida por la ley 17711 a los artículos 1276 y 1277, la mujer, al tener la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales que ella adquiera, no tiene que recurrir a la separación de bienes para proteger su patrimonio. Lo importante a destacar es que Vélez Sársfield tenía previsto, como causal de disolución de la sociedad conyugal, el régimen "de la separación Judicial de bienes", sin que ello implicara la necesidad de que los cónyuges estuvieran divorciados.

III. LEGITIMIDAD DE LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES DIVORCIADOS

La doctrina está conteste en que la limitación a la contratación entre cónyuges impuesta por determinadas normas legales, algunas de carácter general (art. 1219) y otras referidas a determinados contratos (art. 1807, inc. 1°, 1358, 1441 y 1420), tiende a proteger el régimen del patrimonio matrimonial, o a evitar que con la contratación se perjudique a terceros o a herederos legítimos, o a la unidad del hogar por el conflicto de intereses, o que se puedan realizar estas contrataciones por influencias de un cónyuge sobre otro. Pero es evidente que es muy distinta la situación actual cuando se ha producido el divorcio que conlleva la separación de cuerpos y la disolución de la sociedad conyugal. No es razonable hacer perdurar las limitaciones aludidas, cuando "los cónyuges se transforman en extraños en materia patrimonial", o presumir una convivencia entre cónyuges divorciados cuando "por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal".

Desde el punto de vista legal, entendemos que las normas del Código Civil no autorizan a que se interprete la prohibición de la contratación entre cónyuges divorciados, por las siguientes razones:

- a) porque la norma del art. 1219 solamente se refiere, como se induce de los demás artículos concordantes del capítulo que los agrupa, a convenios específicamente nupciales, por lo tanto, entendemos que esa norma no se refiere a la contratación entre esposos en forma genérica;
- b) porque la norma del artículo 1358 establece: "el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes entre ellos"; no menciona la palabra "divorcio", sino que se refiere a una situación distinta, de acuerdo con el contexto de toda la normativa del Código, que era la "separación judicial de bienes".

Como vimos en el capítulo anterior, al que nos remitimos, para la normativa del Código, la separación judicial de bienes no implicaba ni la separación de cuerpos ni el divorcio. Así se infiere de los siguientes artículos: el 1306

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Código Civil que otorgaba al cónyuge inocente el derecho de pedir la separación judicial de bienes en caso de divorcio, cuando su texto decía: "En caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho a pedir la separación judicial de bienes..."; y el 1294 dice: "el derecho para pedir la separación de los bienes, sólo compete a la mujer cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores". Esta norma, que tendía a defender los bienes de la mujer casada cuando el marido tenía la administración de los bienes de la sociedad conyugal, hoy no tiene aplicación, como es obvio, por las modificaciones introducidas por la ley 11357 y fundamentalmente por la ley 17711, que acordaron a los cónyuges la libre administración y disposición de sus bienes, ya sean propios o gananciales adquiridos por un título legítimo;

c) porque no se puede inferir que el codificador, al referirse en el art. 1358 a la separación judicial de bienes, hacía extensiva la prohibición a los cónyuges divorciados, ya que, cuando considera imponer prohibiciones a los cónyuges divorciados para determinadas circunstancias, lo explicitó concretamente, como surge de la norma del art. 3969, que establece: "La prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente". De lo que se desprende claramente en esta disposición que el codificador concebía con toda claridad que existían dos situaciones distintas: la separación judicial de bienes y el divorcio;

d) porque, como una aseveración más, el codificador explicitó con precisión en los artículos del Código Civil el alcance de las limitaciones de contratar entre cónyuges; así lo vemos en lo referente al contrato de donación.

El artículo 1807, inc. 19, dispone: "No pueden hacer donaciones: 1º. Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, o uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación". La frase "durante el matrimonio" hace que se entienda que expresamente no alcanza la prohibición a los cónyuges divorciados. Y, como corolario, cabe razonablemente deducir que si los cónyuges, una vez divorciados, pueden efectuarse donaciones, también pueden efectuarse ventas o realizar cualquier otro tipo de contratación lícita;

e) por último, porque, atento a que no está explícitamente establecida la prohibición, y ésta supone una incapacidad de derecho, sólo puede ser interpretada en forma restringida, no pudiendo extenderse a otros supuestos.

Distinguidos civilistas han tratado esta materia y, como es sabido, la doctrina no es unánime.

En apoyo a la postura defendida en este trabajo, transcribimos a continuación la opinión de algunos de ellos que, por su reconocida autoridad en el tema y sus afirmaciones categóricas, creemos sobremanera importantes.

Expresa el doctor J. O. Machado en su Exposición y comentario del Código Civil argentino, t. IV, pág. 56, edición 1899: "En caso de divorcio y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

separación de bienes no está comprendido en la prohibición, porque la mujer recobra su capacidad y puede ejercer todos los actos de la vida civil sin restricción alguna (art. 73, Ley Matr. Civil); es una persona completamente extraña al marido. ¿Por qué se le privaría comprar bienes muebles de su marido o vendérselos? ¿Qué influencia puede ejercer aquél sobre una persona libre? Los temores de la ley han desaparecido así como la confabulación para defraudar a los acreedores de ambos por actos simulados; son individuos que trabajan y desenvuelven su actividad con completa independencia."

Por su parte, el doctor Eduardo A. Zannoni, en su tratado Derecho de familia, t. I, pág. 624, refiriéndose a la parte de la doctrina que considera que no existe incapacidad entre cónyuges divorciados para contratar entre sí, afirma: "Por nuestra parte, participamos de este mismo criterio: dictada la sentencia de divorcio y decretada la disolución de la sociedad conyugal, hay algo más profundo que una mera separación de los bienes. La convivencia ha cesado y el deber de cohabitar se ha extinguido".

El doctor Jorge Adolfo Mazzinghi, en su Tratado de derecho de familia, t. II, pág. 405, refiriéndose al artículo 1358 del Cód. Civil, manifiesta: "La redacción del artículo es desafortunada, y aparece como un impedimento inútil a la posibilidad de venta de partes indivisas en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal. En efecto, si bien hemos admitido la prohibición legal mientras la sociedad conyugal está en vigencia, nos parece que, disuelta ésta, desaparece virtualmente el fundamento de la norma [...] por lo tanto, admitimos que, producida la disolución de la sociedad conyugal, renace entre los esposos la facultad de celebrar el contrato de compraventa".

Por su parte, los doctores Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert, en el tratado Sociedad conyugal, t. I, pág. 121, refiriéndose al art. 1358 del Código Civil, exponen: "Entendemos que la norma no ha pretendido hacer pesar la prohibición de comprar entre sí sobre quienes ya se han divorciado, y que, por tanto, han recuperado su plena autonomía económica sin que los vincule ya una masa de bienes comunes a repartir. . . Sería, entonces, contrario a la nueva realidad jurídica y económica en que se encuentran quienes fueron cónyuges, prohibirles realizar entre ellos contratos de compraventa".

Por último, dos recientes fallos judiciales afirman la postura tomada en este trabajo a saber: En el fallo n° 35579, publicado en E.D. El 22/4/82, la Cámara Nacional Civil, Sala E, con fecha 23 de diciembre de 1981, dictó sentencia revocando la resolución del director del Registro de la Propiedad procediendo a inscribir el título de propiedad. El caso presentado era: dos cónyuges divorciados por sentencia judicial adquirieron un inmueble; con posterioridad la mujer vendió al otro cónyuge la mitad indivisa por escritura traslativa de dominio. La sentencia sostuvo que la prohibición de vender debe limitarse exclusivamente a los separados de bienes sin divorcio, debiendo "entenderse que los esposos divorciados pueden celebrar contrato de compraventa entre sí". Y más recientemente, en el fallo publicado por E.D. El 31/8/83, la Cámara Civil y Comercial de Río Cuarto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(5/10/82) resolvió: "La prohibición del art. 1358, Cód. Civil, de celebrar venta entre cónyuges no se mantiene en caso de divorcio".

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de los artículos comentados y por todo lo expuesto, afirmamos que no existe impedimento legal alguno ni razón lógica para prohibir la contratación entre cónyuges divorciados. Comenzamos este trabajo, marcando el profundo cambio operado con la evolución social en lo referente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Continuamos fijando cuidadosamente, pero en forma terminante, la diferencia que para la normativa del Código existía entre divorcio y separación judicial de bienes. Esta última no implicaba en ningún caso el divorcio, y por lo tanto, tampoco la separación de cuerpos; en cambio, el divorcio implicaba la separación de cuerpos, pero no la separación de bienes, y, por lo tanto, tampoco la disolución de la sociedad conyugal. Seguimos entrando al nudo del problema, donde detallamos las razones por las que consideramos que, desde el punto de vista legal, no existe impedimento para la contratación entre cónyuges divorciados, apoyando esta tesis con la transcripción de alguna doctrina y casos de jurisprudencia. Para concluir, y luego del análisis efectuado, expresamos que no existe impedimento legal para que los cónyuges divorciados contraten entre sí.

BIBLIOGRAFÍA

Belluscio, Augusto César, Manual de derecho de familia, ed. Depalma. Código Civil y Leyes complementarias, OMEBA, comentado por Goldstein - Ossorio y Florit, Bibliográfica Omeba.
Fassi - Bossert, Sociedad conyugal, ts. I y II.
Gattari, Carlos Nicolás, "Venta entre cónyuges divorciados", nota al fallo del Notariado 782, 1982, pág 519.
Hirseh, León, "Sociedades entre cónyuges", Rev. del Notariado 724, 1972,
Mazzinghi, Jorge A, Derecho de familia, t. II.