

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*EL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE CÓNYUGES DIVORCIADOS(\*) (862)*

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 1385 DEL CÓDIGO CIVIL**

LILIANA SEREBRISKY, MAURICIO FELLETTI y ANTONIO M. HADDAD

En nuestro derecho actual, la prohibición de celebrar contrato de compraventa entre cónyuges está fundamentada en la necesidad de evitar donaciones simuladas, impidiendo aquellas encubiertas bajo la forma de actos a título oneroso, manteniendo la inmutabilidad del régimen matrimonial y protegiendo a los terceros acreedores del vendedor.

El art. 1358 del Cód. Civil consagra esta prohibición expresando: "El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiere separación judicial de bienes". Esta disposición es clara, en el sentido de comprender no solamente a los esposos que viven bajo el régimen de comunidad de bienes, sino también a quienes se encuentren separados de bienes. Sin embargo, autores destacados en nuestra doctrina nacional, como los doctores Mazzinghi, Fassi - Bossert, Zanoni y Spota, entienden que la prohibición establecida en el art. 1358 de nuestro Cód. Civil se extiende a los casos de separación de bienes, sin divorcio, mas no alcanza a los cónyuges divorciados, posición a la que adherimos. Entendemos que la norma no ha pretendido hacer pesar la prohibición de comprar entre sí sobre quienes ya se han divorciado y que, por lo tanto, han recuperado su plena autonomía económica, sin que los vincule una masa de bienes comunes a repartir, ni los alcance tampoco, para las nuevas deudas que contraigan, un régimen especial de responsabilidad, como es el que los arts. 5° y 6° de la ley 11357 crean para las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal. Sería, entonces, contrario a la nueva realidad jurídica y económica en que se encuentran quienes fueron cónyuges, prohibirles realizar entre ellos contrato de compraventa.

A lo largo de este trabajo trataremos de encarar el tema con el objeto de demostrar que los cónyuges divorciados pueden celebrar entre sí contratos de compraventa, dando de esta manera un aporte, destinado a poner fin a las distintas interpretaciones existentes en nuestro ámbito notarial, estableciendo de esta forma un criterio rector.

**SEPARACIÓN DE BIENES - ARTÍCULOS 1294 Y 1306 DEL CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1294: "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".

Artículo 1306: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda" . . .

En el sistema establecido en el Código, puede haber separación de bienes sin divorcio. A través del art. 1294 se organiza un sistema por el que los cónyuges pueden tener separados sus bienes, pero continuar unidos en el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

aspecto personal. De manera que resulta comprensible que el codificador haya contemplado la prohibición de contratar entre quienes se encontraban en dicha situación. Y, por tal motivo, el texto del art. 1358 se limita a decir "aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos", y no incluyó una aclaración respecto a un supuesto distinto como es el del divorcio.

Cuando el legislador quiso referirse a la hipótesis de divorcio, lo hizo en forma expresa. Así, en el art. 3969 del Cód. Civil dispuso que la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes y divorciados por autoridad competente. Siguiendo, entonces, la opinión de Lagomarsino, podemos afirmar que si el legislador al regular el instituto de la prescripción alude expresamente al divorcio, y no hace lo mismo en materia de la capacidad de contratar, debe entenderse que los esposos divorciados pueden celebrar contrato de compraventa entre sí. El art. 1306 en su texto actual establece la disolución de la sociedad conyugal como efecto automático de la sentencia de divorcio. Ahora, quien está divorciado está, asimismo, separado de bienes. Esta nueva realidad no nos da derecho a extender la prohibición del art. 1358 a los cónyuges divorciados, sino que, por el contrario, debemos comprenderla en sus verdaderos términos, "separados de bienes - no divorciados - ", de manera tal que hoy día debemos aplicarla sólo mientras esté vigente la sociedad conyugal. Una de las vertientes de la doctrina nacional interpreta que la prohibición contenida en el art. 1358 alcanza a los cónyuges, estén divorciados o no. Tal opinión se sustenta en que la ley no distingue, y que además el divorcio produce necesariamente la separación de bienes, es decir, el presupuesto previsto por el artículo mencionado. Pero las situaciones son diferentes, y, sin embargo, se pretende forzar un resultado que necesariamente debe ser distinto.

En la hipótesis contemplada en el art. 1294, es menester solicitar la separación de bienes a instancia de parte de un debido proceso legal. En cambio, en el supuesto del art. 1306, la sentencia de divorcio produce sin más, jure et de jure, la disolución de la sociedad conyugal por imperio de la norma.

En orden a lo expresado, surge claramente que las situaciones originantes a que se refieren ambos textos legales son distintas y como consecuencia, "las situaciones originadas también deben serlo".

A los fines de una mejor interpretación a dichas situaciones fácticas, no debemos de dudar en acudir a lo preceptuado en nuestro Cód. Civil, que en su régimen anterior contemplaba que la separación de bienes podía darse en forma independiente, sin mediar divorcio, y, recíprocamente, el divorcio, sin separación de bienes.

En ese entendimiento advertimos de inmediato la necesidad de señalar los argumentos esgrimidos por Julio C. Capparelli, quien se manifiesta de la siguiente forma: "Es interesante destacar que en el proceso de liquidación y partición de la sociedad conyugal (originariamente realizado en el expediente judicial en que se tramita el divorcio) se realizan una serie de transacciones entre los cónyuges divorciados a las que nadie señala como nulas, por imperio del art. 1358, por ejemplo: si el marido es titular del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

dominio de un inmueble ganancial único patrimonio de la sociedad conyugal - por imperio de la sentencia de divorcio que disuelve ministerio legis la sociedad conyugal - dicho bien pasa a pertenecer por mitades a ambos. Ahora bien, si uno de ellos percibe una suma de dinero y acepta que su parte Indivisa se inscriba a nombre del otro, no estamos ante una compraventa entre cónyuges divorciados. Y si, en vez de recibir dinero, renuncia a los derechos que le acuerda la ley y consiente en que se inscriba a nombre de otro, no es una donación". No resulta a la hermenéutica jurídica de nuestro Código interpretar en forma inconexa sus disposiciones, sino que, en cualquier caso, el intérprete debe ajustarse a todo el contexto en que la disposición se encuentra.

En el Código de Vélez Sársfield podía darse en forma independiente la separación de bienes sin mediar divorcio; y viceversa, el divorcio, sin separación de bienes. La separación de bienes sin divorcio estaba prevista como un derecho de la mujer para evitar la pérdida de sus propios bienes, ya sea por mala administración del marido o por concurso de éste (arts. 1294 y 1292). Ello era lógico en un régimen en el que la administración de los bienes estaba en cabeza del marido.

También podía solicitarla cualquiera de los cónyuges que resultara inocente en el juicio de divorcio (art. 1306) anterior a la reforma de la ley 17711. Con tal interpretación el cónyuge inocente en nada se perjudicaba patrimonialmente, puesto que podía solicitar la disolución de la sociedad conyugal u optar por proseguir en ella.

La prohibición de compraventa entre cónyuges, aunque hubiese separación de bienes, es lógica, en supuesto de mantenerse subsistente el matrimonio. De esta manera la prohibición normada es congruente con la del art. 1807, inc. 1°, referido a la donación entre cónyuges "durante el matrimonio", entendido el argumento legal como "sin que medie divorcio", art. 1807, inc.

1°. No pueden hacer donaciones los esposos, el uno al otro, durante el matrimonio.

Una interpretación contraria nos llevará a pensar que la prohibición del art. 1807, inc. 1° y la del art. 1358 se extienden hasta el momento límite de la muerte de una persona. Pero luego de analizados los precedentes artículos, no podemos forzar su interpretación llevándola a extremos de sostener que sólo la muerte disuelve la sociedad conyugal, lo que es inicuo, pues tanto la compraventa como la donación son negocios jurídico inter vivos. Sostenemos que no puede el intérprete ajustarse a un ciego texto de la ley sino que, al hacerlo, debe tener en cuenta que no existen en nuestra legislación prohibiciones por analogía ni incapacidades por interpretaciones, sino que ambas categorizaciones deben resultar expresas.

La opinión que sustentamos es apoyada en doctrina por Machado, Mazzinghi, Lagomarsino, Fassi - Bossert, que sostienen el criterio de que por tratarse de una prohibición debe interpretarse en forma restrictiva y comparten la interpretación sustentada con respecto a la donación. Zannoni apoya también este criterio; Llerena y Borda están por la subsistencia de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

prohibición aun después del divorcio; Borda sostiene esta interpretación a pesar de admitir que parece una restricción excesiva cuya subsistencia no resulta razonable, después que se ha consumado la separación de bienes. Belluscio, por su parte, afirma otro tanto, y agrega que esta prohibición dificulta innecesariamente la liquidación de la sociedad conyugal, excluye de la prohibición la compra efectuada en virtud de un boleto anterior al matrimonio, en caso de divorcio vincular y en el supuesto de nulidad matrimonial, en cuyo caso quedaría convalidada la compraventa efectuada con anterioridad. Salas y Trigo Represas agregan otros casos en los que no se aplica la prohibición, pero no incluyen el supuesto del que nos ocupamos. En orden a lo expuesto, reiteramos que, atento a lo preceptuado por el art. 1358 del Cód Civil, los cónyuges divorciados podrán celebrar entre sí contratos de compraventa. Extender la prohibición de contratar a los cónyuges divorciados resulta una restricción excesiva y sin mayor justificación. No parece razonable presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal se confabulen para defraudar a terceros.

Creemos, entonces, que el notario, en su alto magisterio, no puede dejar de tener en cuenta las relaciones humanas que él interpreta y canaliza, así como la sustantivación de los actos y negocios jurídicos que autoriza, y en el grado de calificación en que opera, no debe vacilar en aplicar la ley tal como la hemos interpretado.