

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CONTRATACIÓN ENTRE ESPOSOS DIVORCIADOS(*) (142)

ROSA MARTA AXELRUD DE LENDNER y MARÍA EVELINA MASSA

SUMARIO

1.1. Introducción. 1.1.1. Distinción terminológica previa. 1.1.2. Matrimonio. 1.1.3. Vínculo. 1.1.4. Cónyuge. 1.1.5. Divorcio. 2.1. Contratos expresamente prohibidos por la ley para los cónyuges. 2.1.1. El contrato de donación. 2.2. El contrato de compraventa. 2.2.1. Análisis de la fuente francesa. 2.2.2. ¿Cuáles son los argumentos que la doctrina aplica para justificar la prohibición? 2.2.3. Posición de la doctrina. 2.2.4. Distinción entre divorcio vincular y no vincular. 2.2.5. El problema de la reconciliación. 3.1. El contrato de permuta. 4.1. El contrato de cesión de créditos. 5.1. La dación en pago.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

6.1. El contrato de locación. 7.1. El contrato de trabajo. 7.1.1. Otros contratos. 7.1.2. El contrato de mutuo. Los derechos reales de garantía. 7.1.3. Los derechos reales de usufructo y servidumbres. Los derechos reales de uso y habitación. 7.1.4. El contrato de renta vitalicia. 7.1.5. El contrato de sociedad.

1.1. INTRODUCCIÓN

El tema de la contratación entre ex cónyuges divorciados centra las controversias de la doctrina principalmente en lo que se refiere al contrato de compraventa, a cuyas disposiciones se remiten otros contratos como la permuta, cesión de créditos, locación, etcétera.

Este trabajo analiza someramente los contratos que no ofrecen mayor dificultad de interpretación, para finalmente abordar con mayor detenimiento la viabilidad de la concreción de los contratos entre ex cónyuges divorciados.

1.1.1. Distinción terminológica previa. Para una mejor comprensión de las dificultades que plantea el manejo de una terminología a veces inadecuada, proponemos apriorísticamente recordar cuál es el significado lingüístico de voces como "matrimonio", "vínculo", "cónyuge" y "divorcio".

1.1.2. Matrimonio. A través de la historia de la humanidad, el matrimonio ha sido definido por sociólogos, juristas, filósofos, etc., según sus distintos enfoques y posturas. El origen etimológico de la palabra incluye una serie de apreciaciones que parecen concordar en que este vocablo provendría de "madre", lo cual es explicado por la mayor carga que pesaba sobre la madre en relación con los hijos, en cuanto a su alumbramiento y posterior crianza y educación. En este sentido, lo expresan Las Partidas. De este modo se ha escrito que "cualquiera sea la terminología que adoptemos, es la unión perpetua de un hombre y una mujer libres con arreglo a derecho"(1)(143).

De todas formas, todas las voces de las cuales se pretenda derivar la palabra "matrimonio" podrían reducirse a tres grandes grupos: a) expresiva de una idea del vínculo o enlace; b) expresiva de la idea de engendramiento; y c) expresiva de una idea de convivencia(2)(144).

1.1.3. Vínculo. Es la unión o atadura de una cosa con otra. Filosóficamente, vínculo es una expresión propuesta por Leibniz para designar la realidad del compuesto como tal, o sea la unidad per se, resultante de los elementos o factores componentes. Esta expresión se emplea para el estudio del problema especial del alma y del cuerpo(3)(145).

1.1.4. Cónyuge. Esposo, esposa, consorte. Para designar marido y mujer(4)(146). A su vez, consorte proviene del latín consortis c consers -formado por cum, con, y sos, suerte- es decir persona que es partícipe y compañera con otra en la misma suerte. El marido respecto de la mujer y la mujer respecto del marido(5)(147).

1.1.5. Divorcio. Esta voz proviene de divertere o divortere, que significa apartarse; se refiere a la acción y efecto de apartamiento de cosas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que estaban juntas.

No siendo materia de estudio en este trabajo que nos ocupa, no nos parece oportuna su consideración más exhaustiva. Bástenos la reflexión que: siendo que se trate de divorcio no vincular o de divorcio vincular o absoluto, el vocablo apunta a la separación o apartamiento, o marcha en distintas direcciones (disentire) de cosas que estaban juntas, en este caso particular, de los esposos(6).(148) De lo antedicho pensamos que, si el matrimonio apunta a la unión de las almas, cuerpos y bienes de los esposos, el divorcio vincular se referirá a la separación de todo ello, y el no vincular debe referirse sólo a la separación de los cuerpos y de los bienes.

Evolución. Sin perjuicio de lo expresado, pensamos que reviste importancia detenernos un poco en el análisis de la evolución histórica del divorcio.

En materia de divorcio, la fuente tomada por el codificador es el derecho francés. Sin embargo, la evolución sufrida en el derecho galo fue distinta de la nuestra, ya que nuestro país no presentó sino una variante, como la que introdujo el art. 31 de la ley 14394, de vigencia temporaria; y dentro de la ley 2393, la reforma al art. 67 mediante el agregado del art. 67 bis por la ley 17711, circunstancias en las que no ahondaremos.

Y volviendo al derecho francés, cuyo análisis es relevante para una mejor interpretación del alcance terminológico que le da el codificador, es dable advertir que en Francia, la Iglesia tuvo un rol preponderante, propiciando en todos los casos la indisolubilidad del matrimonio, dado el carácter de acuerdo de voluntades y de sacramento que al mismo tiempo le confería.

A pesar de la enorme influencia de ésta, a partir del siglo XIV el derecho francés no pudo resistir los embates del derecho germánico y del oriental, y en consecuencia devienen los tribunales eclesiásticos como únicos jueces en materia de divorcio.

La materia de su competencia se refería a los casos en que los esposos no podían continuar la vida en común porque se les hacía imposible por graves causas. En tales circunstancias, se pronunciaba una suerte de separación de cuerpos que recibía la denominación de *divortium ad thorum et mensam* que no habilitaba a contraer nuevo matrimonio.

Tal *divortium* no producía efecto alguno sobre los bienes pues sólo atendía al conflicto personal entre los esposos, suspendiendo solamente la obligación de cohabitación. Volviendo al análisis de lo que llamaremos una primera etapa del derecho francés, cabe advertir que éste tomó la institución antes relacionada del derecho canónico sobre "separación de cuerpos" y con la misma denominación, ocupándose asimismo del régimen patrimonial sobre la base de separar también en este estado los bienes de los esposos, la que revestía el carácter de facultativa. A este sistema se lo llamó "divorcio-sanción".

Posteriormente, en una segunda etapa, la Revolución Francesa, llevando a su mayor extremo la idea de libertad, introdujo la postura de divorcio absoluto, bajo la premisa de considerar que si los esposos son libres para unirse, son libres para divorciarse, quedando habilitados para contraer posteriormente nuevo matrimonio.

Señalan Mazeaud y Mazeaud que ello introdujo innumerables abusos sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

moralidades(7)(149).

Con el advenimiento de Napoleón, ya en una tercera etapa evolutiva, éste se ve seriamente comprometido por los peligros del divorcio, aplicado con tal libertad e indiscriminación, que no pudo sustraerse a la responsabilidad que hubiera implicado desconocer al divorcio como institución, por lo cual propugna el restablecimiento del divorcio-sanción con el aditamento del divorcio por mutuo consentimiento que ya se había aplicado anteriormente, rodeándolo de numerosas complicaciones, como la necesidad de vigencia de por lo menos tres años de matrimonio para su petición; las audiencias trimestrales durante tres trimestres; la obtención del consentimiento de los padres de los cónyuges-litigantes para este procedimiento, etcétera. Y lo más importante: reincorpora el régimen de "separación de cuerpos" para quienes no pueden continuar su vida en común, con la opción de petitionar también la separación judicial de sus bienes.

En este estado de cosas, es cuando Vélez Sársfield toma el modelo francés en su última etapa, estructurada por Napoleón.

De tal modo, traslada el concepto francés de separación de cuerpos a lo que él denomina divorcio, que, como aquélla, no habilita a contraer nuevo matrimonio. No admite el divorcio por mutuo consentimiento. Agrega la posibilidad excluyente de solicitar la separación judicial de bienes, según surge así del texto del art. 1306 anterior a la reforma de la ley 17711, del siguiente tenor: "En el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes, y en cuanto a éstos, los efectos del divorcio respecto a los cónyuges, y a terceros serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores, y por la del Cap. X, Título "Del Matrimonio".

Volviendo a la explicación de esta institución en el derecho francés que formulan los Mazeaud, ellos afirman que "[...] la separación de cuerpos y el divorcio son las instituciones que en principio no difieren sino en uno de sus efectos, pero en el principal, mientras que el divorcio disuelve el matrimonio, la separación de cuerpos suprime simplemente la obligación de cohabitación entre los esposos, pero dejando subsistente el matrimonio [...]". Las reglas establecidas para el divorcio se aplican a la separación de cuerpos, con la excepción de las relativas a la disolución del matrimonio(8)(150).

Señalan asimismo estos autores que la separación de cuerpos opera desde la fecha de la sentencia de divorcio, y la separación de bienes desde la fecha de la demanda; incluso en la actualidad, en ese país se continúa con la misma premisa, lo que nos advierte que hemos seguido tomando el modelo francés hasta en la actual redacción del art. 1306 Cód. Civil, que establece que la sociedad conyugal queda disuelta retroactivamente a la fecha de la iniciación de la demanda por efectos de la sentencia de divorcio.

2.1. CONTRATOS EXPRESAMENTE PROHIBIDOS POR LA LEY PARA LOS CÓNYUGES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si bien la legislación argentina no contiene norma alguna de carácter genérico que establezca la prohibición o no de contratar entre marido y mujer, existen sí normas expresas que se refieren a la imposibilidad para los cónyuges de realizar ciertos contratos. Respecto de tales disposiciones, no se plantea duda alguna, pues su transgresión importa la nulidad absoluta del acto prohibido (arts.

1044 y 1047, Cód. Civil). Sin embargo, López de Zavalía, citado por Belluscio(9),(151) considera que se trata de actos afectados de nulidad relativa entre los cónyuges, e inoponibles a terceros. Este autor argumenta que la prohibición a los cónyuges de celebrar ciertos contratos no originaría una incapacidad de derecho sino una mera incompatibilidad. Obviamente, de esta tesis surge que entonces tales actos serían confirmables al momento de la disolución de la sociedad conyugal, y en el caso de muerte de uno de los cónyuges, por sus sucesores; la acción de nulidad sería prescriptible, también a partir del momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Tampoco reviste dificultad el análisis de aquellos contratos cuya permisión surge claramente para el intérprete.

La metodología a seguir parte desde el estudio de los contratos entre cónyuges que la ley prohíbe expresamente, continúa luego el análisis de la viabilidad de celebración de esos contratos entre ex cónyuges divorciados y, finalmente, la referencia a aquellos que la ley o la doctrina aceptan como válidos.

2.1.1. El contrato de donación. El art. 1807 del Cód. Civil, establece que: "No pueden hacer donaciones: 1º Los esposos el uno al otro durante el matrimonio [...]." Esta norma no ofrece duda alguna que se trata de una prohibición absoluta, que como señala Belluscio, comprende sólo a las donaciones y no a las liberalidades (art. 1791).

A su vez, el art. 1820 agrega que: "Las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos." Sobre el particular, en principio, no hay divergencias. Estas surgen en materia de donaciones mortis causa. La mayor parte de la doctrina niega la posibilidad de tales donaciones entre marido y mujer, por la interpretación del art. 1790. Sin embargo otros autores, como Guaglianone, afirman que debe admitirse el acto bilateral (que configura la donación,) válido, siempre y cuando revista la formalidad propia de los testamentos. Son permitidas las donaciones entre esposos, cuyos efectos deban producirse después del fallecimiento de uno de ellos. El requisito de su validez es que se hubiesen efectuado tales donaciones en las convenciones nupciales.

El art. 1236 establece el carácter irrevocable de esas donaciones, y su texto expresa que: "Las donaciones entre los esposos, prometidas para después del fallecimiento de alguno de ellos en las convenciones nupciales, no pueden ser revocadas, sino por efecto del divorcio, o por haberse declarado nulo el matrimonio."

Conclusión: De la atenta lectura de las normas transcritas, surgen varias conclusiones:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- a) que la donación entre esposos se encuentra prohibida en forma absoluta;
- b) que no hay duda que el codificador se refiere exclusivamente a los esposos "durante el matrimonio";
- c) que en el caso del art. 1236, surge claramente que el divorcio configura una causal de excepción que modifica el carácter irrevocable de las donaciones tratadas en esa norma;
- d) que los argumentos con los que la doctrina justifica la prohibición de celebrar donaciones entre esposos, pierden vigencia y relevancia cuando ya no existe matrimonio;
- e) que bajo tales circunstancias, debe reputarse válido el contrato de donación celebrado entre ex cónyuges divorciados.

2.2. El contrato de compraventa. El art. 1358, Cód. Civil expresa: "El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos."

La nota al pie de esta norma remite al Código Civil francés, art. 1595, que establece: "El contrato de compraventa no puede tener lugar entre cónyuges más que en los tres casos siguientes: 1º) aquel en que uno de los esposos cede bienes al otro, separado judicialmente de él, en pago de sus derechos; 2º) aquel en que la cesión que el marido le haga a su mujer, incluso no separada, tiene una causa legítima, tal como la reinversión de sus inmuebles enajenados o del dinero perteneciente a ella, si estos inmuebles o dinero no ingresan a la comunidad; 3º) aquel en que la mujer cede bienes a su marido en pago de una suma que ella le hubiere prometido en dote, y cuando haya exclusión de la comunidad; quedando a salvo en estos tres casos los derechos de los herederos de las partes contratantes si existe ventaja indirecta."

Asimismo, Vélez Sársfield acota, en relación con el artículo transcrito, "que pone varias excepciones", tal como surge de su lectura; asimismo, que "la prohibición es absoluta por el Cód. de Vaud [...]" y también agrega: "aunque por las Leyes de Partida no existe esta prohibición, debe entenderse que la hay por la L. II, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec."

De la lectura de la norma legal cuyo estudio analítico pasamos a realizar ahora, surge, como ya lo sostuvimos en el trabajo presentado con otros autores, en las Jornadas Notariales Argentinas llevadas a cabo en Salta en noviembre de 1980, que la disposición del art. 1358 debe dividirse en dos partes: a) que tal prohibición rige "entre marido y mujer"; y b) "aunque hubiere separación judicial de los bienes de ellos".

El análisis de la primera parte no ofrece mayor dificultad, ya que estamos todos de acuerdo en que se refiere a los esposos durante la vigencia del matrimonio. La división de la doctrina tiene lugar respecto a la interpretación de la segunda parte de la norma que, como se verá, mantiene su vigencia teórica, diríamos, después de la reforma de la ley 17711, que no derogó la institución a que ella se refiere.

Es por ello fácil de advertir que, como tanto se nos ha dicho, la interpretación de una norma jurídica debe practicarse dentro del contexto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

general, tomándose en cuenta su ubicación en el Código y sus normas concordantes. Tal es el caso de la institución de la "separación judicial de bienes", que se halla receptada por nuestro Código en el libro II, sección III "De la sociedad conyugal", capítulo VII "De la disolución de la sociedad".

El art. 1291 establece las causales de disolución de la sociedad conyugal, y de su texto surge que ellas son: "[...] por la separación judicial de los bienes; por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges".

Pero, como reseñamos en el trabajo presentado en Salta, Vélez Sársfield, que se inspiró en la fuente francesa del art. 1441 del Cód. Napoleón; tomó parcialmente las causales de disolución, ya que la citada norma establece como tales: "[...] 1º) por la muerte natural; 2º) por la muerte civil (hoy derogada); 3º) por el divorcio; 4º) por la separación de cuerpos y 5º) por la separación de bienes [...]". debe interpretarse que el codificador sólo trasladó a nuestra legislación las causales que automáticamente producían la disolución de la sociedad conyugal, razón por la cual excluyó al divorcio y a la separación de cuerpos del derecho francés, y le agregó el caso de nulidad del matrimonio. ¿Por qué? Porque tal como Vélez concibió la institución del divorcio, los efectos del mismo eran, por sobre todas las cosas, de orden personal, y el divorcio no provocaba ipso facto la disolución de la sociedad conyugal (véase art. 1306, Cód. Civil antes de la reforma). De modo que el cónyuge inocente tenía derecho a pedir la separación de los bienes de ambos, mediando divorcio; vale decir, que esa decisión era facultativa para el inocente.

Esa norma es concordante con lo establecido por los arts. 1292 y 1294, Cód. Civil y, aun a riesgo de ser reiterativas, recordamos al lector que estas últimas disposiciones no fueron derogadas en forma expresa, ni por la ley 11357 ni por la ley 17711. Es cierto, sin embargo, que la institución de la separación judicial de bienes ha perdido importancia y aplicación en la actualidad, más aun, desde la sanción de la ley 11357 y posteriormente con la reforma de la ley 17711, que posibilitan a la mujer administrar libremente sus bienes propios y los gananciales de los que sea titular registral.

2.2.1. Análisis de la fuente francesa. El derecho francés sufrió una marcada evolución en materia de donaciones. Es importante su estudio aquí para explicar de algún modo el sentido de la prohibición de realizar compraventas entre los esposos. En el antiguo derecho francés, la prohibición de contratación entre cónyuges revestía el carácter de genérica, particularmente en lo referente a la compraventa. En este caso, su razón de ser hallaba su base en la circunstancia de no propiciar la práctica de actos simulados, que podían encubrir donaciones, que también estaban prohibidas y eran, en todos los demás casos, irrevocables. En otra etapa evolutiva, hubo una apertura a la posibilidad de contratación entre cónyuges en general, que incluyó también a las donaciones.

La sanción de nulidad que pesaba sobre ellas dejó de existir, y fueron válidas, principalmente por el hecho de que, para esta época, las donaciones en general se tornaron en revocables, y perdieron el carácter absoluto que les confería su irrevocabilidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sin embargo, quedó subsistente la prohibición de celebrar la compraventa entre cónyuges. El temor a que los cónyuges encubrieran donaciones - revocables en cualquier tiempo - celebrando compraventas (absolutamente irrevocables) fue el motivo principal que sustentó dicha prohibición en el derecho francés(10)(152). Cabe agregar que la violación a esta prohibición trae aparejada la nulidad del acto, pero esta nulidad es sólo relativa, pues el acto anulado es susceptible de ser conformado a posteriori de la disolución del matrimonio. La acción de nulidad aludida prescribe a los diez años, contados desde la fecha de disolución del matrimonio y sólo pueden invocarla los ex cónyuges y sus herederos.

El modelo francés, que tomó nuestro codificador, no fue ajeno a la consideración de otros autores, como Freitas, quien también siguió sus lineamientos, lo mismo que García Goyena, quien estableció la prohibición para los cónyuges de celebrar compraventas, pero admitiendo la excepción postulada en la ley francesa, si estuvieren separados judicialmente de bienes. Para este autor, el fundamento de la prohibición era que "nadie puede contratar consigo mismo ni ser parte y juez en un negocio". Esta afirmación se explica por la circunstancia de que en esa época la mujer requería obligatoriamente la licencia o venia marital para contratar.

El Código de Chile adopta una postura podríamos decir "de avanzada", ya que autoriza expresamente las compraventas entre divorciados, zanjando así controversias doctrinarias a las que nos referiremos más adelante.

2.2.2. ¿Cuáles son los argumentos que la doctrina aplica para justificar la prohibición? La doctrina establece diversos argumentos como base de la prohibición de celebrar compraventas entre marido y mujer, entre los cuales existe una suerte de concordancia respecto de los siguientes:

- a) para evitar "la sospecha de que el marido no la perjudicara o que ella consintiera impelida del temor"(11)(153);
- b) para impedir "la facilidad de confabulación a que se presta el hecho de que puedan contratar con referencia a dos patrimonios independientes unas personas de intereses tan unidos como son o acostumbran ser marido y mujer"(12)(154);
- c) "evitar perjuicios a terceros acreedores y a herederos legitimarios"; y
- d) "impedir la alteración del orden del matrimonio y la unidad del hogar, por el conflicto de intereses y/o influencias que pudiere ejercer un esposo sobre el otro"(13)(155).

En rigor de verdad, si continuáramos analizando los fundamentos doctrinarios que apoyan la prohibición, caeríamos en una repetición que nos llevaría de igual modo a uno cualquiera de los apuntados.

Rezzónico, por su parte, postula que el principio establecido en el art. 1358 Cód. Civil, reconoce dos excepciones:

- a) cuando las partes estuvieren divorciadas; y
- b) durante el matrimonio, en el caso de ventas ordenadas judicialmente y concretadas a través de pública subasta(14)(156).

Los Mazeaud señalan que, si se admitiera la posibilidad de la compraventa entre marido y mujer, se permitiría con demasiada facilidad a un cónyuge defraudar a sus acreedores privándolos de su prenda, por la venta de sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes a su consorte(15)(157).

A su vez, Machado, ante la lectura del citado art. 1595 Cód. Civil francés, sostiene que los casos de excepción que permiten la venta entre cónyuges y que de tal modo fueron receptados por Goyena, quien suprime las causas de las enajenaciones por Freitas, que sigue el modelo francés, y por el Código de Chile que las autoriza expresamente en el caso de los cónyuges divorciados, configuran una limitación previsor(16)(158).

2.2.3. Posición de la doctrina. La división de la doctrina halla sus bases en las posturas de calificados autores. De tal modo, se enrolan en la que niega a los ex cónyuges divorciados la posibilidad de celebrar contratos de compraventa, entre otros, Lafaille, cuya ortodoxia lo llevó a propiciar la inclusión en el Proyecto de Reformas de 1936 de un agregado al texto original del art. 1358 Cód. Civil, estableciéndose que tal prohibición rige aún en caso de divorcio. Surge de esta confrontación, claramente, que si hubo necesidad de tal inclusión, es porque evidentemente el art. 1358 Cód. Civil, no se refiere a los ex cónyuges divorciados. Llerena y Belluscio también se enrolan en esta corriente, y Borda adopta una postura ecléctica, al expresar que a su juicio no es posible, importando ello sin embargo una restricción excesiva(17)(159).

La Comisión Central de Consultas de la Provincia de Buenos Aires, en un dictamen evacuado en mayo de 1979, se expidió en el sentido de aconsejar el no otorgamiento de escrituras de compraventa entre divorciados, con dictamen disidente del consejero Tomás Diego Bernard Rubianes, quien se había pronunciado a favor. La postura del escribano Bernard es concordante con nuestra postura.

En cambio, las razones sostenidas por el presidente de dicha Comisión, escribano Jorge F. Dumón, fueron principalmente estas circunstancias: a) que la nulidad que surge de la violación de la prohibición del art. 1358 Cód. Civil, es absoluta; y b) que las consecuencias de la realización del acto caen bajo la norma del art. 71 de la ley 2393, que extingue los efectos del divorcio por una reconciliación posterior, lo que quitaría firmeza a la presunción de que los cónyuges separados van a actuar siempre como personas extrañas(18)(160).

Por su parte, el Registro de la Propiedad Inmueble de esta Capital Federal se pronuncia por la negativa a la inscripción de documentos que instrumenten compraventas entre divorciados. Sin embargo, es de destacar un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, fallo N° 31.883 del 23/12/81, en autos "Berangauz, Elías s/recurso de recalificación".

Se trataba del caso de la venta que el ex marido le hizo a la ex mujer, estando ambos divorciados.

El Registro de la Propiedad se negó a inscribir el testimonio de la escritura respectiva, en ejercicio de su función calificadora sobre la base de la interpretación del art. 1358 Cód. Civil, incluyendo a los divorciados en la prohibición de celebrar compraventas. Agotada la instancia administrativa, y llegado el caso a la Cámara, ésta falló revocando la resolución del registro y mandando inscribir tal documento. Entre los argumentos que sustentaron la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doctrina del fallo, se destaca: [...] en el supuesto que se analiza parece difícil que se configure alguno de los motivos de los que justifican la prohibición en estudio. No parece razonable presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal se confabulen para defraudar a terceros, sobremanera si se considera que el bien cuya venta se pretende inscribir fue adquirido por los cónyuges cuando ya estaban divorciados. Tampoco cabe pensar que la mujer divorciada necesita ser protegida jurídicamente, de su marido, máxime después de la sanción de la ley 11357 [...].

Coincidente este fallo con lo que expresamos en el trabajo presentado en Salta en noviembre de 1980, surge del mismo: "[...] cuando el legislador quiso referirse a la hipótesis de divorcio, lo hizo en forma expresa. Así, en el art. 3969 dispone que la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente.

Entonces, si al regular el instituto de la prescripción se alude expresamente al divorcio y no se hace lo mismo en materia que es de interpretación restrictiva, como la referida a la capacidad de contratar, debe entenderse que los esposos divorciados pueden celebrar contrato de compraventa entre sí [...].

Entre los autores que están a favor de la celebración del contrato de compraventa entre ex cónyuges divorciados, sin distinguir el tipo de divorcio antecedente, se encuentran: Machado, Lagomarsino, Rezzónico, Mazzinghi. La delegación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en trabajo presentado en las Jornadas Notariales Argentinas, Salta, noviembre de 1980, se pronuncia por la posibilidad de contratar en general para los cónyuges divorciados, postura que hemos compartido ampliamente.

El Anteproyecto de Reformas de 1954 zanjó la cuestión al establecer en su art. 1098 que tal prohibición es válida sólo si subsiste la sociedad conyugal.

2.2.4. Distinción entre divorcio vincular y no vincular. Pensamos que la diferencia entre ambos tipos de divorcio apunta esencialmente a los efectos personales o matrimoniales propiamente dichos, que faculta o no a la celebración de un nuevo matrimonio válidamente. Y cabe resaltar que en ambos casos se mantiene el mismo efecto para el cónyuge inocente del divorcio, sin tomarse en cuenta el tipo de divorcio, en relación con el deber de fidelidad que debe mantener a fin de no perder la vocación hereditaria respecto del culpable.

2.2.5. El problema de la reconciliación. Guaglianone y Fassi Bossert sostienen que el art. 71 de la ley 2393 borra los efectos de la acción de divorcio, incluso los patrimoniales, sobre la base de tomar a tal fin lo preceptuado por el art. 1304, Cód. Civil(19)(161) Pensamos, en total discordancia con tan calificada opinión, que no puede por analogía aplicarse lo establecido por el art. 1304, segunda parte: "[...] Cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior al de la separación, como si ésta no hubiese existido [...]", que se refiere al caso de separación judicial de bienes vigente el matrimonio, ni pretender que esa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

norma es válida para el caso de disolución de la sociedad conyugal por haber mediado divorcio de los cónyuges, máxime cuando éste se hubo llevado a las últimas instancias, vale decir, cuando hubo liquidación, partición e inscripción de las hijuelas.

Si admitiéramos que la reconciliación en caso de divorcio, respecto de los bienes pudiera volver todo al estado anterior al del divorcio, estaríamos atentando contra el más elemental principio de seguridad jurídica que debe prevalecer en derecho.

A riesgo de que se nos considere reiterativas, señalamos que el art. 71 ley 2393 se refiere a los efectos personales de la reconciliación. Cuando el legislador quiere referirse a efectos jurídicos, sobre todo en normas que son de orden público, como en este caso, lo hace en forma expresa.

Tal, por ejemplo, el art. 89 de la misma ley, que se refiere a los efectos de la acción de nulidad del matrimonio: "[...] en relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho [...]".

El art. 1451. Cód. Civil francés, establece que la reconciliación surtirá efectos sólo "[...] por un documento otorgado ante notario y con escritura matriz, uno de cuyos testimonios deberá ser publicado [...]".

A mayor abundamiento baste puntualizar que en materia patrimonial la mera cohabitación, que es en rigor de verdad una reconciliación de facto, no puede producir efectos. Para tal consecuencia deberá requerirse que la reconciliación se instrumente por escritura pública (art. 1451, Cód. Civil francés) o bien por escrito que conjuntamente deberán presentar los cónyuges en el expediente donde se tramitó el divorcio, y, en cualquiera de los dos supuestos, el testimonio respectivo deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El cumplimiento de la correspondiente publicidad será un modo de dar fecha indubitable a la reconciliación. Ese es el momento a partir del cuál los nuevamente cónyuges o esposos constituirán la sociedad conyugal.

En cuanto a los bienes, en nuestro derecho, la solución sería la siguiente (en todo caso, dependerá del momento en que se produzca la reconciliación): Fassi, Santiago C. y Bossert, Gustavo A. Sociedad conyugal, Buenos Aires, 1978.

a) si la reconciliación se realiza durante el estado de indivisión poscomunitaria, previo a la liquidación y partición, nada obsta a que se retrotraigan sus efectos al estado anterior al de la demanda de divorcio;

b) si la reconciliación tiene lugar luego de la inscripción de la partición de los bienes, no podrá retrotraerse el efecto de la misma al estado anterior.

Llamamos la atención al lector, en cuanto a que nos estamos refiriendo al régimen patrimonial. En cuanto a la esfera de las relaciones personales, por supuesto que el principal efecto de la reconciliación es retroactivo al estado anterior al de la acción de divorcio.

Avala esta postura un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de esta Capital, Sala E (10/11/81, J.A. 1982-III-, "Jáuregui, José M. y otra"), que estableció que: "Una vez reanudada la cohabitación plena, ninguno de los cónyuges puede desconocer los efectos que le son propios, pues de lo contrario el estado civil de las personas quedaría librado a una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gran incertidumbre y dependería de intenciones cuyo conocimiento es inoponible para los terceros y aun para el otro cónyuge."

Conclusión: Entendemos que la prohibición de celebrar compraventas alcanza sólo a los esposos. No así a los ex esposos divorciados. Los argumentos que avalan esta postura han sido relacionados a lo largo de este trabajo y sería sobreabundante su reiteración.

No ofrece duda alguna la norma del art. 1358 Cód. Civil, pues no se refiere a los divorciados. Cuando el codificador ha querido referirse expresamente a los efectos del divorcio así lo ha hecho. Ya hemos citado algunas normas, pero nuevamente nos replanteamos la siguiente reflexión que surge de la lectura del art. 1236, y es que el divorcio, para el codificador, conforme tal disposición, establece una excepción a la regla consignada allí. O sea que, en ese caso, se estableció un régimen de irrevocabilidad de las donaciones constituidas en convenciones nupciales, que, por el divorcio, se tornaban en revocables.

Es evidente que el divorcio, como se ha dicho antes, provoca modificaciones en cuanto a las personas y a los bienes. Pretender que no es así, creando artificiosamente verdaderas incapacidades de derecho, como sería la del caso, por medio de abstracciones analógicas que no tienen sentido, es castigar en demasía a los divorciados, que ya bastante tienen que sufrir socialmente al no poder contraer válidamente nuevo matrimonio, y que, desgraciadamente en cada vez más numerosos casos, rehacen sus vidas sobre la base de uniones no admitidas por nuestra ley.

3.1. EL CONTRATO DE PERMUTA

Por la remisión dispuesta por el art. 1490 Cód. Civil, al establecer: "No pueden permutar, los que no pueden comprar y vender", remitimos también a las consideraciones vertidas en el tratamiento del contrato de compraventa.

Es entonces válido aquí el análisis expresado en el punto 2.2. y subsiguientes del contrato de compraventa.

Conclusión: es admisible la celebración del contrato de permuta entre ex cónyuges divorciados.

4.1. EL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITOS

El art. 1439, Cód Civil prescribe: "Los que pueden comprar y vender, pueden adquirir y enajenar créditos por título oneroso, no habiendo ley que expresamente lo prohíba." A su vez el art. 1441, Cód. Civil establece: "No puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta." Nos remitimos también en el estudio de estos contratos, a lo consignado respecto de la compraventa.

Va de suyo que si bien la ley no lo dice expresamente, debe incluirse aquí la prohibición de ceder derechos hereditarios. Y aunque las normas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precitadas se refieren a contratos a título oneroso, debe interpretarse también que la prohibición abarca las contrataciones a título gratuito, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1807, Cód. Civil y concordantes. Pero, advertimos al lector que las prohibiciones aludidas se refieren a los esposos, es decir, durante el matrimonio, y no son extensivas a los ex esposos divorciados.

Conclusión: es válida la celebración de contratos de cesión de créditos, de derechos, incluso de derechos hereditarios, a título oneroso o gratuito entre ex cónyuges divorciados.

5.1. LA DACIÓN EN PAGO

Si bien la dación en pago no configura un contrato en sí misma, pues se trata de un medio de extinguir una obligación, la doctrina la asimila en cuanto a la capacidad, a la compraventa y a la cesión de derechos, por la interpretación de los arts. 780 y 781, Cód. Civil, que establecen: "Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos" y "Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa".

Es importante este análisis, pues si se admite que aun los esposos, durante el matrimonio, pueden válidamente celebrar contratos de mutuo, y revestir el carácter de acreedor y deudor, deberá entenderse que el cónyuge deudor no está habilitado para dar en pago cosas no fungibles y no consumibles.

Conclusión: Esta suerte de restricción que pesa sobre los esposos no se extiende a los ex esposos, divorciados, quienes quedan en la más amplia libertad de obligarse recíprocamente y darse en pago toda clase de cosas muebles o inmuebles, y de derechos.

6.1. EL CONTRATO DE LOCACIÓN

Suscita discrepancias en la doctrina el análisis de la viabilidad de celebrar contratos de locación entre cónyuges.

El art. 1494, Cód Civil establece que: "[...] todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de locación". No se hacen distinciones en cuanto al tipo de locación de que se trate, pero algunos autores consideran que no es propio admitirla desde que la misma ley reenvía a la prohibición que rige en materia de compraventa.

En esa postura negativa, se enrolan por ejemplo Borda y Gatti. Sus argumentos son, entre otros: 1º) que el art. 1494 remite expresamente al art. 1358, pues la capacidad es un elemento esencial de este contrato; 2º) su celebración podría provocar conflictos de intereses entre los cónyuges (sin especificar cuáles) y además que éstos se confabularan mediante simulaciones, en perjuicio de terceros; y 3º) que el contrato de locación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entraría en la comunidad patrimonial matrimonial como ganancial, y ello resulta incompatible con el mismo régimen.

La doctrina que admite la celebración de este contrato está representada entre otros, por Mazzinghi, Guaglianone, Fassi y Bossert, Zannoni y Spota. Señala esta postura que el art. 1494 no alude a la capacidad a la que sí se refieren en forma concreta los arts. 1510 al 1513, remitiendo este último, según estos autores, a lo prescrito por el art. 1361.

Belluscio, por su parte, reconoce que si bien en una primera instancia fue partidario de la doctrina negativa, actualmente está a favor de la afirmativa. Sostiene que no existe prohibición expresa de la ley que obste a la celebración del contrato de locación entre esposos. Agrega que, respecto del temor de simulaciones de los cónyuges en fraude de terceros, se hace más fácil su prueba, por la presunción que podría surgir de tal confabulación, cuando los esposos contratan entre sí o cuando interviene algún tercero.

Añade este autor que tampoco es válido el argumento sostenido por la tesis negativista, respecto de la modificación del régimen patrimonial matrimonial, toda vez que la ley no prohíbe que uno de los cónyuges, o ambos, revistan la calidad de acreedor o deudor de la sociedad conyugal(20)(162).

Compartimos esta postura ampliamente. Máxime si se considera que aun en el caso de bienes propios de cada cónyuge, los frutos de esos bienes revisten el carácter de gananciales (art. 1272, párr. 3º).

Conclusión: no ofrece duda alguna la cuestión, ya que si se admite mayoritariamente la viabilidad del contrato de locación entre cónyuges, tanto más entre ex cónyuges divorciados.

7.1. EL CONTRATO DE TRABAJO

Las divergencias doctrinarias que sustentan consideraciones análogas a las apuntadas precedentemente, fueron zanjadas por lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo de fecha 2/12/70, donde negó a un cónyuge el derecho jubilatorio que le hubiera correspondido, porque sostuvo que la sociedad conyugal no origina relación de dependencia.

Conclusión: no es admisible esta postura cuando las partes en un contrato de trabajo revisten la calidad de ex cónyuges divorciados, para los cuales no es aplicable la doctrina del fallo, por no existir ya sociedad conyugal.

7.1.1. Otros contratos. Los contratos de fianza y mandato no ofrecen divergencias en la doctrina, que los acepta ampliamente por estar expresamente permitidos. Así, por ejemplo, el art. 1296 establece la posibilidad al marido de oponerse a la separación judicial de bienes solicitada por la mujer, dando fianza. En cuanto al mandato, antes de la sanción de las leyes 11357 y 17711 hasta se presumía, respecto del marido. En cuanto a su recepción expresa, cabe citar, a modo de ejemplo, lo establecido por el art. 1276, 3er. párrafo, cuando dispone la existencia de mandato expreso o tácito de un cónyuge al otro para administrar sus bienes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propios o los gananciales cuya administración le hubiera estado reservada; o por el art. 1281, al prescribir que el marido responde por las obligaciones contraídas por la mujer cuando mediare poder general o especial.

Conclusión: la doctrina es también general en su admisión respecto de ex cónyuges divorciados.

7.1.2 El contrato de mutuo. Los derechos reales de garantía. Belluscio señala que la generalidad de la doctrina acepta la posibilidad de su celebración, con disidencia de Cornejo. Señala el primero que, en principio, porque no hay norma alguna que lo prohíba, y, además, porque es más lógico suponer que un cónyuge solicite ayuda al otro y no se le imponga acudir a extraños para solucionar sus problemas(21)(163).

A nuestro entender, nada obsta a que el cónyuge deudor garantice el cumplimiento de la obligación que contraiga, con derecho real de hipoteca, prenda o anticresis, desde que el mismo art. 1296 prevé que el marido pueda constituir hipoteca a favor de la mujer, para evitar así la separación judicial de los bienes. También el art. 1259 admite la posibilidad de que el marido constituya hipoteca a favor de la mujer, en garantía del pago de sus deudas con la misma. Pero, puntualiza Belluscio, disintiendo con Guaglianone, que en caso de subasta, le queda impedido al cónyuge acreedor adquirir bienes del cónyuge deudor, porque su admisión vulneraría la prohibición del art. 1358.

Conclusión: los ex cónyuges divorciados pueden celebrar contratos de mutuo con o sin garantía real.

7.1.3. Los derechos reales de usufructo y servidumbres. Los derechos reales de uso y habitación. La capacidad para constituir usufructo a título oneroso, de cosas no fungibles, es la que se requiere para comprar y vender. Cuando se trata de cosas no fungibles, a título gratuito, se requiere la capacidad para donar. Ambas hipótesis le están vedadas a los cónyuges. Sin embargo, nada obsta a su viabilidad cuando el objeto del usufructo recae en cosas fungibles (arts. 2831 y 2832). En cuanto a los derechos de uso y habitación, desde que son cosas no fungibles y se requiere la capacidad para constituir usufructo, alcanza a los cónyuges, por remisión, la prohibición del art. 1358. El mismo tratamiento corresponde aplicar a las servidumbres (art. 2979) .

Conclusión: los ex cónyuges divorciados no están alcanzados por estas disposiciones. Consecuentemente, pensamos que nada obsta a su viabilidad.

7.1.4. El contrato de renta vitalicia. La doctrina es discrepante, pues este contrato puede esconder una donación encubierta. Sin embargo, Belluscio sostiene que en cuanto al contrato oneroso de renta vitalicia entre cónyuges, puede ser hecho por entrega de dinero, porque en ese caso la capacidad es la de hacer empréstitos (art. 2073, 1er. párr.) pero no por entrega de cosas, pues entonces la capacidad requerida es la de comprar y vender (art. 2073, 2º párr.)(22)(164).

Conclusión: la prohibición, en todo caso, no alcanza a los ex cónyuges divorciados.

7.1.5. El contrato de sociedad. En términos genéricos debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entenderse que es válida su celebración entre los cónyuges y terceros, mientras no afecte las reglas imperativas del régimen patrimonial matrimonial. La ley 19550 estableció para los cónyuges la posibilidad de celebrar entre sí o con terceros sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. No es uniforme el criterio doctrinario en cuanto a la admisión de sociedades en comandita simples y de capital e industria, entre esposos.

Zannoni, entre otros, está en contra de su celebración, porque entiende que el art. 27 de la Ley de Sociedades establece taxativamente los tipos societarios permitidos. Belluscio, entre otros, está a favor, y pensamos que si bien el referido art. 27 L.S.C. establece cuáles son los tipos societarios permitidos, está apuntando a sociedades en las que uno de los cónyuges, por lo menos, tenga limitado el capital que suscribe, en relación con terceros(23)(165).

Conclusión: De todos modos, nada imposibilita la celebración de cualquier tipo societario entre ex cónyuges divorciados, toda vez que no existen motivos que requieran la protección de régimen patrimonial matrimonial alguno.

PONENCIA

Postulamos a los Registros de la Propiedad Inmueble que hasta ahora no se hubiesen expedido la recomendación de la sanción de una disposición técnico-registral que posibilite la inscripción de transmisiones de dominio entre ex cónyuges divorciados, sin que medie distinción acerca del origen de los bienes.