

Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado

Por

Graciela Medina y
María Paz Berousse

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo principal el dar un panorama actual respecto de la legislación correspondiente al contrato de compraventa entre cónyuges. Para ello tendremos en cuenta normativa tanto general como específica y haremos las correspondientes subsunciones. Asimismo realizaremos referencia al estado actual del derecho extranjero, a fin de tener un amplio panorama legislativo ha considerar en futuras reformas a la normativa vigente.

II. Principios generales

En principio la libertad de contratación es la regla en el derecho civil interno, así lo establece el art. 1197 del Código Civil al consagrar la autonomía de la voluntad. "Dicho art. 1197 tiene como presupuesto la existencia de un contrato válido, de manera que su am-

plia fórmula no puede hacerse práctica en tanto no se hallen reunidos los elementos esenciales de estos actos jurídicos: consentimiento, capacidad, objeto lícito y forma y la amplitud de la libertad de contractual halla en el elemento *capacidad* de hecho y derecho una valla que puede disminuirla, en tanto y en cuanto la capacidad esté expresamente establecida en el Código"¹. Esto se ve en el art. 1357, que dispone "que toda persona capaz de disponer de sus bienes puede vender cada una de las cosas de que es propietaria; y toda persona capaz de obligarse puede comprar toda clase de cosas de cualquier persona capaz de vender, con las excepciones de los artículos siguientes". Así, nuestra legislación no posee una regla de carácter general que autorice o prohíba la contratación entre cónyuges.

A pesar de lo dicho, el matrimonio trae aparejado el establecimiento de cier-

¹ Guaglianone, Régimen patrimonial del matrimonio, Buenos Aires, 1968, Medina, Graciela, "Fideicomiso y régimen patrimonial del matrimonio", J.A. 1998-III-1076.

tas incapacidades de derecho para los cónyuges que constituyen verdaderas excepciones a los principios enunciados. En efecto, el art. 1358 establece que "el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación de bienes entre los cónyuges".

Como se ve, se trata de una verdadera incapacidad de derecho. Consecuentemente no habría forma de realizar el acto válidamente. Es claro que de acuerdo a nuestra normativa, los esposos carecen de capacidad para celebrar entre ellos el contrato *sub examine*.

III. Fundamento de la prohibición

Largo se ha debatido acerca del fundamento de la mencionada prohibición y muchos fueron los argumentos que a tal efecto se expusieron.

En una primera línea se sostiene que la prohibición de celebrar ciertos contratos entre marido y mujer radica en la existencia de un régimen patrimonial del matrimonio imperativo e inmutable que "obliga a delimitar un campo para esa libertad de convenir cuando los contratantes son ambos esposos a fin de mantener incólumne ese régimen fijado por la ley..."². En particular, se centra en la necesidad de "...lograr

que el régimen de los bienes impuesto en el Código no sea violado mediante el otorgamiento de actos jurídicos que lleven como finalidad última la traslación de valores de un patrimonio a otro"³.

En una segunda posición se sostiene que la veda deriva de la prohibición de realizar donaciones que impera entre los cónyuges. Para los sostenedores de esta postura, lo que se intenta proteger es la realización de donaciones simuladas. Sus partidarios consideran, que si el artículo 1807 CC prohíbe la donación entre cónyuges sería fácil burlarlo mediante donaciones simuladas bajo la apariencia de un contrato oneroso⁴.

En una tercera posición se argumenta sobre la necesidad de proteger a terceros acreedores y herederos. Con respecto a los primeros se sostiene que, dado nuestro régimen de responsabilidad por las deudas, instrumentado en el art. 5 de la ley 11.357, la posibilidad de comprar y vender entre los cónyuges implicaría un instrumento para soslayar la responsabilidad patrimonial de alguno de ellos disminuyendo la prenda común de sus acreedores. En cuanto a los herederos, se alega que la celebración de este tipo de contratos, en los cuales uno de los contrayentes recibiría dinero de fácil

² Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 76.

³ Guaglianone, H., ob. cit., pag. 346.

⁴ Gatti, Hugo, Contratación entre cónyuges, Buenos Aires, 1960, pag. 82.

ocultación, podría utilizarse como ardid para afectar la porción legítima de los herederos forzosos, especialmente cuando lo sean de uno sólo de los cónyuges.

En cuarto lugar, durante mucho tiempo se ha sostenido que la prohibición de contratación proviene de la incapacidad de la mujer casada y la potestad marital⁵. Se intenta con la prohibición proteger el libre consentimiento de los esposos. Actualmente, el reconocimiento de la plena aptitud de la mujer casada ha quitado virtualidad a este argumento, y al decir de Spota, "significa pagar excesivo tributo a ideas que no son de nuestro tiempo". Pese a ello, distintos autores, entre ellos Mosset Iturraspe, sostienen que la idea no ha perdido actualidad "... en especial cuando el matrimonio encuentra sustento en el amor recíproco; este sentimiento cabalmente aprehendido; excluye temores y sospechas y puede ser proclive a insinuaciones negociales interesadas..."

Dados que fueron los argumentos utilizados para fundar la prohibición tratada, corresponde considerar lo expuesto por Mosset Iturraspe⁶, cuando

sostiene que en general se puede agrupar a aquellos que consideran que la prohibición halla su razón en la conjunción de los fundamentos mencionados y por otro lado a los que consideran como único motivo de la prohibición la necesidad de resguardar la disposición que prohíbe la donación entre cónyuges⁷. Así, si la primera corriente atribuye a la regla un carácter absoluto, ésta última, a partir de una interpretación finalista abriría la posibilidad de excepciones al régimen.

Muchos autores sostienen que de la suma de los fundamentos "surgen razones suficientes para considerarla subsistente con posterioridad a las leyes 11.357 y 17.711 a pesar de la pluralidad de administración y de la igualdad jurídica alcanzada por la mujer"⁸. Otra línea de pensamiento –a la que adherimos⁹– criticando puntualmente cada uno de los argumentos esbozados anteriormente sostiene que se trata de un verdadero anacronismo. Que tal régimen hallaba su justificación en la influencia del marido sobre la mujer como consecuencia de la autoridad marital, que ello bien significaba una protección para la mujer y que si la compraventa es real ella debería ser admi-

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge; *Compraventa inmobiliaria*, Buenos Aires, 197, pag.257.

⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit., pag. 258.

⁷ Borda, *Manual de Contratos*, Bs. As., Ed. Perrot, 1995.

⁸ Fassi-Bossert, *Sociedad conyugal*, 2 ts. Ed. Astrea, Bs. As. 1978.

⁹ Medina, Graciela, "Elección del régimen de bienes en el matrimonio límites y proyecto de reforma del Código civil", I.I.1999-e-1050.

tida por más prohibida que esté la donación. Por otra parte la transferencia de bienes no modifica en absoluto al régimen patrimonial del matrimonio pues cuando sale un bien de la masa de uno de los cónyuges entra en su lugar el precio obtenido en la compraventa. En definitiva, siempre que el acto incluya una liberalidad, existen suficientes recursos para demostrar la existencia de simulación entre los cónyuges. En esta línea de pensamiento dice Guaglianone¹⁰ que "...esos diversos argumentos, si pudieron ser todos justificados en otras épocas, hoy revisiten muy distinto valor entre sí, "si la inmutabilidad del régimen puede mirarse como la razón fundamental de la incapacidad impuesta por las leyes, resulta obvio que el fin perseguido por las normas al no permitir que los cónyuges eludan ese régimen o lo modifiquen, no se debe conseguir por remedios aislados, como son las incapacidades contractuales".

IV. Alcance del art. 1358 cc

Hasta la sanción de la ley 23.515 la doctrina discutió acabadamente si en caso de divorcio no disolutivo se mantenía la prohibición de celebrar el contrato de compraventa.

El conflicto de interpretación surgía a partir de la letra del artículo en análisis

que determina que el contrato de compraventa entre marido y mujer no puede tener lugar, *aunque hubiese separación judicial de bienes*.

La mayor parte de la doctrina, entre ellos Zannoni, Bossert-Fassi, Mazzinghi, Mosset Iturraspe y Spota, entendía que la prohibición del art. 1358 sólo abarcaba los casos en los cuales existía separación de bienes sin divorcio. Fundaban tal posición en el art. 1294 que establece la posibilidad de la mujer de pedir la separación de bienes sin divorcio para proteger sus bienes frente a una mala administración del marido. "El Art. 1294 organiza un sistema en el cual los cónyuges tienen separados sus bienes pero continúan unidos en el aspecto personal. De manera que resulta comprensible que el codificador haya contemplado la prohibición de contratar entre quienes se encontraban en dicha situación"¹¹. Por el contrario, para ellos el art. 1358 no comprendía a los cónyuges divorciados en tanto carecería de sentido mantener la prohibición para situaciones en las que ya no existía una comunidad de bienes y recuperar los cónyuges su plena autonomía económica. Por otra parte, ante el divorcio era muy poco probable que un contrato de estas características encubriera una donación o fuese producto de la influencia de un cónyuge sobre el otro.

¹⁰ Guaglianone, H., ob. cit., pag. 376.

¹¹ Serebrisky, Liliana y otros, "El contrato de compraventa entre cónyuges divorciados" en Revista del Notariado. Año LXXXVIII, Nro. 792, Bs. As., Colegio de Escribanos, 1983.

Más aún, se consideraba que al estar divorciados era poco imaginable que se confabulen para perjudicar a terceros.

Agregan además que las incapacidades deben ser interpretadas en forma restrictiva y manifiestan que si el legislador hubiese querido aplicarla al caso de cónyuges divorciados lo hubiese establecido expresamente tal como lo hizo en el art. 3969 con relación a la prescripción entre cónyuges.

Por otra parte, algunos autores como Borda y López de Zavalía sostenían que al no hacer el art. 1358 referencia alguna al divorcio, la prohibición debía extenderse incluso a casos en los cuales se había decretado el divorcio. Además, el divorcio produce necesariamente la separación de bienes y se alcanza de esta manera al supuesto previsto por la norma.

Belluscio, por su parte, sin adherir a la interpretación que realiza la doctrina mayoritaria sostiene que esa postura debería ser admitida expresamente pues "puede ser un medio de facilitar algunas operaciones de liquidación de la sociedad conyugal"¹².

Actualmente, a través del divorcio vin-

cular el matrimonio queda disuelto y el contrato de compraventa entre quienes fueren cónyuges en su momento es absolutamente válido.

V. Casos particulares

a. Venta en subasta pública

La interpretación de este artículo respecto a si la prohibición abarca los supuestos de venta en subasta pública, ha dado lugar a un gran debate doctrinario.

Lagomarsino¹³ sostiene que la prohibición del art. 1358 del Código Civil cuenta con algunas excepciones. Una de ellas es el caso que nos ocupa en que uno de los cónyuges adquiere en subasta pública bienes que componían el activo de la sociedad conyugal que se disuelve.

Fundamenta su postura señalando que cuando la ley ha querido prohibir la compraventa entre determinadas personas lo ha hecho expresamente y remarca la disposición del art. 1361 CC cuando expresamente prohíbe la compraventa en remate público entre determinadas personas.

María J. Méndez Costa¹⁴ señala que la interpretación del art. 1358 del Có-

¹² Belluscio, Augusto César: "Nulidades en la contratación entre esposos" en Revista Notarial, N° 42, Córdoba, Colegio de Escribanos, 1981.

¹³ Lagomarsino, Carlos, Compraventa entre cónyuges, L. L., t. 136, pag. 1396/1402.

¹⁴ Méndez Costa, M. J., Derecho de familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 76/80.

digo Civil es restringida a los contratos celebrados entre esposos a través de la oferta formulada por uno y aceptada por el otro. Coincide con el argumento mencionado y considera que con el procedimiento de la subasta pública es admisible la venta pues garantiza la verdad de la operación y la protección de terceros.

Mazzinghi lo admite en el supuesto de ejecución de los bienes de uno de los cónyuges por un tercero.

Guaglianone¹⁵, siguiendo la misma postura sostiene que "Vélez Sarsfield quiso circunscribir la prohibición al solo caso del contrato de compraventa, vale decir al acuerdo de voluntario entre cónyuges. De modo que cada uno de éstos goza de plena aptitud para adquirir los bienes del otro, cuando no lo pretende por título contractual, sino por expropiación de la justicia (ejecución forzada) o por subasta realizada en juicio de división de condominio o liquidación y partición de herencia y otras indivisiones. La regla de interpretación restrictiva de los textos que imponen incapacidades de derecho, justifica plenamente esta solución...". Además señala que si el fin de la norma fuese solamente la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio, no bastaría con sólo prohibir los contratos entre los cónyuges sino que debería prohibirse toda transmisión de

bienes entre vivos y esto último no es lo que se desprende de la letra de la ley. Frente a esta corriente que admite la validez de la compra hecha en subasta pública aunque el cónyuge resulte comprador, Belluscio¹⁶ considera, en cambio, que la distinción no tiene sustento legal y por lo tanto la prohibición abarca tanto a la compraventa entre cónyuges por acuerdo privado como por subasta pública.

Mosset Iturraspe se ocupa de determinar cuál es la naturaleza jurídica de la venta en pública subasta, para luego analizar distintos supuestos. Así, considera que la venta en subasta pública es un negocio autónomo que sólo subsidiariamente se rige por las reglas de la compraventa.

A esta altura del planteo consideramos útil distinguir tres casos posibles: 1) venta por disolución de la sociedad conyugal; 2) ejecución judicial seguida a uno de los cónyuges; 3) subasta decretada en juicio sucesorio para poner fin a la indivisión pos comunitaria.

Respecto al primer punto, consideramos que es posible la adquisición de lo subastado por parte del otro cónyuge sin que ello implique transgredir la prohibición legal. Belluscio puntualiza al respecto que en el ámbito de la liquidación de la sociedad conyugal,

¹⁵ Guaglianone, ob. cit

¹⁶ Belluscio, Cesar Augusto, Manual de derecho de familia, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. II.

“cuando se dice que uno de los cónyuges compra el bien ganancial, no se trata claramente de una compraventa sino, más bien de una operación de partición consistente en la adjudicación de ese bien en el lote o hijuela del cónyuge que resulta adquirente en la subasta”.

En la línea argumental que considera la Cámara Nacional en lo Civil sala A, ha resuelto que entre los modos de operarse la partición de la sociedad conyugal cabe como alternativa que uno de los esposos se adjudique la totalidad de un bien y compense en dinero al otro por la parte que a éste corresponde como valor a liquidar o –como ocurrió en la especie–, que uno de los esposos recibiese bienes de más valor que su hijuela, compensando al otro a través del reconocimiento de un crédito en dinero. A *priori* estas compensaciones dinerarias constituyen un modo de hacer posible la partición y, por tanto, la integran; el procedimiento constituye una operación de partición y no una compraventa de parte indivisa. Es que en tales casos, lo que existe en puridad es un negocio mixto que conjuga la adjudicación declarativa y una translación patrimonial atributiva (el dinero con el que se compensa el menor valor de los bienes adjudicados al cónyuge); pero este negocio mixto constituye una unidad negociada que es la síntesis de la negociación de

esas causas negociales en abstracto separables: la unidad negociada derivada de una relación jurídica que es también única –la creada por la indivisión poscomunitaria entre los cónyuges– y por eso es indivisible (JA 1986-II- 128).

Para el caso de la venta forzosa, Mosset Iturraspe¹⁷ expone que la naturaleza de la ejecución judicial en subasta pública y las garantías que ella provoca hace que sea inaplicable la prohibición del art. 1358.

Fassi y Bossert¹⁸ consideran que pese a tratarse de una compraventa, como la operación no depende de la voluntad del cónyuge propietario, no estaría alcanzada por el supuesto del artículo en análisis.

Belluscio señala un argumento, cual es el de considerar que si se admite el pago en subrogación por parte de uno de los cónyuges, éste podría ser entonces el ejecutante, admitida la compra en la subasta así promovida por él no habría razón para prohibir que adquiriera en la subasta promovida por un tercero.

Finalmente, la doctrina generalizada considera que es procedente la partición entre cónyuges cuando ambos participan de una indivisión. Así lo ha entendido la Jurisprudencia: “...se trata de poner fin a un estado de indivi-

¹⁷ Mosset Iturraspe, Jorge; *Compraventa inmobiliaria*, Buenos Aires, 197, pag.257.

¹⁸ Fassi-Bossert, ob.cit.

sión hereditaria o de liquidar un condominio, ya que el fundamento de la disposición de la ley es evitar las donaciones entre esposos disfrazadas en forma de venta" (CNCiv., Sala F, ED. 41, p. 453.).

En caso de venta a través de remate privado, la doctrina opina que no procedería entre los cónyuges pues en esas circunstancias no se cuenta con las garantías propias de la subasta judicial.

En conclusión, consideramos que la incapacidad se refiere al contrato de compraventa entre los esposos y no a otras adquisiciones de un cónyuge de los bienes del otro realizadas por otra vía como la subasta judicial.

b. Compraventa anterior al matrimonio

Se trata en este caso del contrato de compraventa celebrado entre dos personas que luego contraen matrimonio. Este contrato es perfectamente válido pues quienes van a contraer matrimonio no están afectados por incapacidad alguna.

No obsta a la validez de los contratos si éstos están sujetos a plazo o condición y esta circunstancia acaece una vez celebrado el matrimonio. Es al momento de contratar donde se evalúa la plena

capacidad de los otorgantes del acto.

c. Boleto de compraventa

El boleto de compraventa constituye una promesa de venta que genera la obligación de comprar y vender respectivamente para ambos otorgantes del acto. Si el mismo se celebra con anterioridad al matrimonio, la compraventa que ocurre con posterioridad al mismo y tiene como causa dicha obligación es plenamente válida.

Fassi y Bossert¹⁹ apuntan que es preciso que se justifique la fecha cierta del boleto anterior a la celebración del matrimonio. "Claro está que si el boleto de compraventa no tiene fecha cierta, los otorgantes deberán estar dispuestos por el art. 1034 del Código Civil y verse así expuestos a que se demande la nulidad de venta".

María J. Méndez Costa²⁰, por otra parte, señala que la prohibición del Art. 1358 incluye la celebración del boleto de compraventa durante el matrimonio.

VI. Consecuencia jurídica de la violación al art. 1358 cc

Pese a que el artículo en análisis no establece cuál es la sanción a aplicarse en caso de llevarse a cabo una com-

¹⁹ Fassi-Bossert, ob.cit.

²⁰ Méndez Costa, María Josefa, ob. cit.

praventa entre cónyuges, coincidimos con la mayoría de la doctrina en que tal acto jurídico es nulo de nulidad absoluta. Consecuentemente, la nulidad puede ser pedida por cualquier interesado, salvo por los propios cónyuges pues éstos lo celebraron sabiendo o debiendo saber el vicio que lo afectaba.

Según Bossert, en la doctrina francesa predomina la tesis que la considera una nulidad relativa, y que queda purgada por la confirmación que se realice después de la disolución del matrimonio. Sin embargo, los juristas franceses no coinciden acerca de quiénes están legitimados para ejercer la acción de nulidad. Mientras algunos consideran conferírsela al cónyuge vendedor por ser el más expuesto a una donación encubierta, otros sostienen que el mismo riesgo corre el comprador y entonces se encontrarían legitimados ambos cónyuges y sus causahabientes.

Consideramos que los acreedores siempre estarían legitimados para ejercer la acción de nulidad, y como se trata de un acto de nulidad absoluta, estimamos que se encuentran legitimados los acreedores de fecha posterior a la venta, sin estar obligados a probar que ella está viciada de fraude.

En el derecho belga, por ejemplo, la sanción a la prohibición legal es la nulidad, pero se trata de una nulidad re-

lativa que puede ser solicitada, o bien por uno de los cónyuges o por los herederos del cónyuge vendedor.

VII. Legislación comparada

La temática trabajada en el presente ha sido recibida de distintas formas en las diferentes legislaciones y ha variado a lo largo del tiempo.

Como fuente del derecho continental encontramos al derecho romano en el que se prohibían las compraventas que encubriesen donaciones. Por su parte, el antiguo derecho francés prohibió la celebración de todo contrato que implicase transferencia patrimonial entre cónyuges.²¹

En las legislaciones modernas no hay uniformidad de criterio respecto a la libertad de contratación entre cónyuges. Así, Lagomarsino²² clasificó a los distintos sistemas en el derecho comparado, sosteniendo que la mayoría de los sistemas prohibía la compraventa entre los esposos. Al respecto estableció una clasificación basada en tres tipos de sistemas diferentes: el sistema prohibitivo, el permisivo y el intermedio. El sistema prohibitivo se encuentra caracterizado por aquellas legislaciones que prohíben la contratación entre cónyuges. Un claro ejemplo de ello era el antiguo Código Civil del Perú.

²¹ Belluscio, Augusto César, "Nulidades...", ob. cit.

²² Lagomarsino, Carlos A., ob. cit.

El sistema permisivo, como su nombre lo indica, es aquel que comprende las legislaciones que permiten expresamente a los cónyuges celebrar distintos tipos de contratos. Este es el sistema que hoy impera en los países del derecho continental europeo, donde cada día cobra un rol más preponderante la autonomía de la voluntad. El Código Civil Suizo refleja este sistema permitiendo expresamente a los cónyuges celebrar entre ellos cualquier tipo de acto jurídico.

Finalmente, el sistema intermedio se encuentra conformado por aquellas legislaciones que en forma genérica no prohíben ni autorizan la celebración de contratos entre esposos. Ellas autorizan o prohíben a los cónyuges la celebración entre ellos de ciertos contratos en particular. El Código Civil de nuestro país, como anteriormente mencionáramos, pese a contemplar el principio genérico de capacidad de las personas, no posee una norma que prohíba o permita en forma general la contratación entre cónyuges. Por el contrario, normas específicas vedan la celebración de ciertos tipos de contratos, como por ejemplo nuestro art. 1358.

Si en un primer momento, la tendencia en el derecho comparado era prohibir la compraventa entre cónyuges, actualmente se ha consagrado la tendencia a la supresión de la restricción. Por cierto, la plena capacidad de los cónyuges para contratar entre sí se encuentra plasmada en numerosas legislaciones, entre las cuales se

encuentran las de Alemania, Canadá (Quebec), Italia, Bolivia, Colombia y Francia.

Esta tendencia se encuentra presente en las distintas legislaciones con diversa modalidad. Algunas mencionan expresamente la plena capacidad de los cónyuges para contratar entre sí. Otras, específicamente autorizan la celebración de ciertos tipos de contratos entre cónyuges. Dentro de esta categoría, algunas hacen referencia puntual acerca del contrato de compraventa y otras lo que específicamente permiten es la donación entre cónyuges. Finalmente, algunas legislaciones no contienen ninguna norma específica sobre el tema.

A mero título ejemplificativo podemos individualizar los siguientes cuerpos normativos que contemplan la compraventa entre cónyuges.

España: Art. 1323. El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

Suiza: Art. 177. Todos los actos jurídicos son permitidos entre esposos.

Panamá: Art. 1167. Es permitida la contratación entre los cónyuges.

Chile: Art. 1138. Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las que entre personas no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos

una de otra. Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables.

Perú: Actualmente, no incluye ninguna normativa que prohíba la contratación entre cónyuges. Antiguamente el Código Civil Peruano en su Art. 1339 prohibía la celebración de contratos entre marido y mujer, con excepción del contrato de mandato.

Francia: A partir de diciembre de la reforma de 1985 se ha consagrado la libertad de contratación entre cónyuges (ver punto **V.a.**).

Por su parte, entre los sistemas que aún prohíben la compraventa entre cónyuges, encontramos, por ejemplo, el Código Civil de Bélgica que permite ciertos supuestos de excepción.

Venezuela : Art. 1481. "Entre marido y mujer no puede haber venta de bienes".

Ecuador: Art. 1762. Es nulo el contrato de venta entre cónyuges, y entre padres e hijos, mientras éstos sean incapaces.

Bélgica : Art. 1595. El contrato de venta no puede tener lugar entre esposos sino en los siguientes cuatro casos: 1) Aquel en que uno de los esposos, separado judicialmente, cede bienes al otro como pago de sus derechos. (Se

trata del supuesto en el cual la liquidación de la sociedad conyugal opera a partir de la separación judicial de bienes. Puede aparecer que uno de los cónyuges sea deudor del otro, y en este caso se le permite ceder un bien en pago de su deuda²³.) 2) Aquel donde la cesión que el marido le hace a la mujer, incluso no separada, tiene una causa legítima, tal como el reemplazo de inmuebles u otros bienes, si estos no entran en la comunidad. (Este inciso responde a una época en la cual el marido administraba los bienes de su esposa. Actualmente esto correspondería a la acreencia que la mujer tendrá contra la sociedad conyugal al momento de la disolución de la misma, es decir, el ejercicio del derecho de recompensa que la mujer posee contra la sociedad. Sin embargo, algunos autores interpretan que en función de este inciso, existiendo un derecho de recompensa, el marido podría cederle a su mujer un inmueble de la comunidad, conformando una partición parcial de la comunidad con anterioridad a su disolución. Parte de la doctrina sostiene que esto sería contrario al principio de inmutabilidad del régimen matrimonial. Por otra parte, no existe consenso acerca de qué se entiende por causa legítima y si la recompensa en su caso debe ser o no exigible²⁴.) 3) Aquel donde la mujer cede bienes a su marido en pago de una suma que le hubiera prometido en dote y por lo tanto, estuviese exclui-

²³ Jighers, Jean Louis, *Les contrats entre époux*, Brylant, Bruxelles, 1995.

²⁴ Jighers, Jean Louis, *ob. cit.*

da de la comunidad. 4) Aquel en que uno de los esposos compra en venta pública o con la autorización judicial la parte de su cónyuge en un bien indiviso entre ellos.

Salvo en estos cuatro casos los derechos de los herederos de las partes contratantes si hay ventaja indirecta.

Derecho francés

A continuación haremos una breve reseña de la evolución en la materia de la legislación francesa. Nos parece importante incluirla ya que muestra el cambio de una legislación prohibitiva por un sistema en el cual los esposos gozan, en principio, de total libertad de contratación. El material fue extraído de doctrina notarialista extranjera y refleja ciertos riesgos que se suceden en la práctica jurídica cuando los cónyuges desean contratar entre sí.

Como anteriormente mencionáramos, a partir de la reforma legislativa del año 1985 se han derogado las restricciones en la materia, por lo tanto los cónyuges gozan actualmente de plena libertad de contratación. Pero la supresión de la prohibición no arriba necesariamente a esta consecuencia. Es preciso considerar el contexto particular en el cual se realiza la compraventa y parte de la doctrina notarialista considera que el riesgo de realizar este tipo de operación es alto. Al respecto, la tesis maximalista, defendida por Michel Dagot, sostiene que la venta entre esposos es posible si ella está admitida en el derecho común entre per-

sonas no casadas. De este modo un cónyuge puede adquirir no solamente un bien propio de su cónyuge sino que también puede adquirir como propio un bien de la comunidad. Dice que si antes de la reforma la venta entre esposos se encontraba prohibida sin prever ninguna distinción en virtud del régimen matrimonial adoptado por los esposos, en la actualidad no ha de hacerse distinción alguna. Además, prohibir la venta entre esposos en virtud de la implicancia que esta produciría en el carácter propio o ganancial de un bien significaría reconstituir la antigua prohibición que regía para la compraventa. En concreto, manifiesta que es preciso aplicar pura y simplemente las reglas de derecho común para determinar la validez de la contratación entre cónyuges.

La crítica a esta postura señala que ella no profundiza en su principal inconveniente, cual es el de considerar que el cambio de carácter de un bien es contrario al principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. En efecto, esta alteración del carácter de los bienes sólo puede realizarse a través del proceso de cambio de régimen matrimonial que requiere de homologación judicial. "La Corte de Casación Francesa ha acudido a este principio en una decisión del 24 de noviembre de 1987: El principio de la inmutabilidad de régimen matrimonial prohíbe a los esposos casados bajo un régimen de comunidad toda convención que modifique sin intervención judicial la distribución entre bienes propios y bienes comunes, tal como re-

sulta de las disposiciones legales”.

Frente a Jurisprudencia de estas características y en consideración de la doctrina mayoritaria, el exponente de esta tesis ha manifestado que será conveniente que el redactor del acto tome precauciones al respecto y previendo las consecuencias de este tipo de operaciones informe a las partes los riesgos de la misma. Los notarios, a tal efecto, deberán hacer firmar a las partes un reconocimiento de “aviso” otorgado.

Por su parte, la tesis minimalista considera que la compraventa entre esposos sólo será posible sin limitaciones en los regímenes de separación de bienes y participación en las ganancias. Con respecto al régimen de comunidad, ella será válida si el bien objeto de la transacción es propio de uno de los cónyuges y si el otro esposo paga el precio por medio de bienes propios a título de empleo o reemplazo de los mismos. De esta forma la venta entre esposos sólo está permitida si el bien no pertenece a la comunidad ni antes ni después de la operación. En consecuencia, podemos advertir que pese a la libertad de contratación existente, se encuentran prohibidas las ventas de un bien propio a la comunidad y la venta de un bien de la comunidad a uno de los esposos.

Otro problema que se registra en el derecho francés es el relativo a la verificación del carácter oneroso de la operación. Bajo un contrato de compraventa puede encubrirse una dona-

ción, contrato que se encuentra regido por reglas particulares. La desconfianza que en función del vínculo genera la contratación entre esposos es de larga data y el que ella encubra un acto de donación ha sido uno de los fundamentos primordiales para vedar el contrato de compraventa entre cónyuges. En el derecho francés se encuentra permitida la donación entre los esposos pero bajo la limitación de la revocabilidad. Podría, entonces, suceder que bajo la apariencia de una compraventa se encubra una donación irrevocable.

Frente a posibles controversias, el problema recae en acreditar que el precio de venta ha sido efectivamente pagado. Se remarca, no obstante, que esta sola verificación no es suficiente. En efecto, si por ejemplo el precio de venta fijado por las partes es desproporcionado al valor real del inmueble, el acto puede no sólo ser atacado por lesión, sino también por las acciones ligadas a los actos otorgados a título gratuito tal como la acción de reducción o revocación. Pero aún si el precio convenido entre las partes corresponde al valor real del bien puede suceder que la venta en realidad no comprenda ninguna contrapartida. Tal es el caso si el precio fue luego restituido al cónyuge comprador.

Ante esta circunstancia, los esposos frente a la celebración de un contrato de compraventa, deberían constituir la prueba de la realidad jurídica de la operación. Se dice así

que la simple prueba del pago no es suficiente y que los cónyuges deben indicar en el acto de venta las razones que los llevaron a celebrar ese contrato.

El notariado francés ha tomado conciencia de los riesgos inherentes a la recepción de un acto de venta entre cónyuges y se ha instaurado la práctica de hacer firmar a las partes un acta de "reconocimiento de aviso" sobre las implicancias del acto.

Podemos observar entonces que pese a la supresión de la prohibición legal en la legislación francesa, si los esposos deciden celebrar un contrato de compraventa entre ellos, deberán cumplir con ciertos requisitos especiales para otorgarle plena seguridad jurídica al acto.

VIII. La compraventa en el Derecho Internacional Privado

En el mundo contemporáneo resulta imprescindible, paralelamente al derecho comparado, tener muy en consideración todo lo referido al derecho internacional privado. Esto resulta fundamental en los casos en los que se persiga cometer fraude a legislaciones locales.

Para resolver esta cuestión se debe tener en claro determinadas claves que rigen a la materia. En primer lugar se va a tener que indagar respecto al derecho aplicable al caso. En el caso particular de la Argentina es de aplicación el principio de la *lex fori*. Con

esto se quiere decir que, declarado competente un juez, éste resolverá según su normativa interna la legislación que se deberá aplicar. En general será aquella que tenga un punto de conexión cercano. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior existe otra cuestión que es aplicable al caso y que, necesariamente, cambiará en forma radical el silogismo a aplicar. En efecto, estando comprometido en la materia el orden público local, quien resuelva utilizará normativa interna por ser de aplicación normas de policía imperativas. Consecuentemente, debiendo resolverse una cuestión relativa a la compraventa entre cónyuges por un juez argentino, la legislación que se aplicará será la analizada en el presente.

Finalmente el justiciable deberá tener en consideración el lugar de cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso a fin de no verse en la necesidad de iniciar un nuevo proceso por ser una resolución que repudie ese derecho y no pueda llevar adelante su reconocimiento y ejecución.

IX. Proyectos de reforma del Código Civil argentino

A continuación señalaremos los proyectos de reforma de la legislación argentina en la materia.

El Anteproyecto de 1954, en su art. 1098, disponía que mientras subsista la sociedad conyugal el contrato de compraventa no puede tener lugar en-

tre esposos, salvo que se efectúe en pública subasta, previa autorización judicial.

El Proyecto de Código Civil del año 1987, en el Libro segundo, título Tercero denominado "Compraventa", en su capítulo III, "De los que pueden comprar y vender", encontramos el art. 1333 que establece que: "El contrato de compraventa no puede tener lugar entre cónyuges, mientras subsista la sociedad conyugal"²⁵.

Frente a estos proyectos que restringen la contratación entre cónyuges, las reformas legislativas más modernas suprimen las limitaciones existentes.

El Proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 en la Sección Tercera, Parte Primera, Título II, denominada "De la capacidad para contratar", el art. 856 dice que:

"Los incapaces absolutos sólo pueden contratar por medio de sus representantes legales. Los incapaces relativos de hecho sólo pueden celebrar por sí contratos para cuya realización la ley los faculte expresamente. Los incapaces de derecho no pueden otorgar, ni por sí ni por interpósita persona, los contratos para los cuales la ley les establezca la respectiva restricción.

No pueden contratar en interés propio:

1) Los funcionarios públicos sobre los

bienes de cuya administración o venta estuviesen encargados. 2) Los jueces, abogados, funcionarios y auxiliares de la justicia, respecto a bienes relacionados con procesos en los que intervienen o hubiesen intervenido".

El Proyecto de Unificación del año 1998, en el Título Segundo, "De los contratos en general", en el Capítulo I sobre "Disposiciones Generales" establece la incapacidad e inhabilidad para contratar.

Art. 942: "Inhabilidades para contratar. No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales.

Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.

Art. 943.: "Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio hasta los dos (2) años contados desde que cesa el impedimento: a) Los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados. b) Los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido. c) Los

²⁵ Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Proyecto de Código Civil, Bs. As, Ed. Astrea, 1987.

abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido.

De ambos proyectos, de los capítulos referidos a la "compraventa" se elimina la prohibición del art. 1358, no incluyéndose entre las prohibiciones especiales la respectiva al contrato de compraventa entre cónyuges. Asimismo en las Secciones referidas al régimen patrimonial del matrimonio se elimina la prohibición de celebrar donaciones entre cónyuges. No encontrándose en ninguno de estos proyectos disposición alguna que restrinja la capacidad de los cónyuges para celebrar el contrato de compraventa. Por el contrario, el art. 505 del capítulo III, de la sección tercera del proyecto del año 1993, establece que:

Art. 505.: "Cada uno de los esposos tiene plena capacidad de derecho, pero sus derechos y deberes poderes pueden quedar limitados por el régimen matrimonial o por las disposiciones de este capítulo".

Al respecto en ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio previstos se restringe la capacidad de los cónyuges para celebrar el contrato de compraventa.

No obstante la unanimidad de criterios en los dos últimos proyectos de reforma, parte de la doctrina sostiene la conveniencia de mantener la prohi-

bición que rige para los cónyuges en orden a la celebración del contrato de compraventa. Mosset Iturraspe sostiene que "...La reforma debería, a nuestro juicio, mantener la prohibición respecto de las compraventas y donaciones, pero limitada o reducida en su rigorismo. La idea es prohibir los contratos que apunten a la transmisión de un bien de un cónyuge al otro la contratación debe coadyuvar a fortalecer el vínculo matrimonial, la comunidad de vida y de intereses que el matrimonio entraña; con esa medida debe permitirse y alentarse. La contraria, la contratación que afloja el vínculo, que relaja el afecto o crea intereses contrapuestos e incompatibles o bien que sirvan para burlar a terceros, debe proscribirse. Empero, insistimos, no somos partidarios de prohibiciones legislativas y absolutas; nos inclinamos por las soluciones particularizadas, frente al perjuicio y a la acción incoada por el titular del derecho"²⁶.

A nuestro juicio las afirmaciones del profesor Mosset Iturraspe carecen de fundamento serio. Consideramos que en el régimen patrimonial matrimonial debe primar el respeto de la autonomía de la voluntad mientras no se viole el orden público ni derechos de terceros, y entendemos que la compraventa entre esposos no violenta el orden público, motivo por el cual los esposos pueden contratar libremente sin violar los derechos de los terceros que

²⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, La contratación entre cónyuges, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1996

de sentirse lesionados tienen a su alcance toda la gama de acciones que los protege y una fuerte presunción en contra del acto por la cercanía de sus celebrantes, por ello trajimos a colación los resguardos que se toman en el derecho civil francés cuando se celebran compraventas entre cónyuges para que puedan evitar la agresión de los acreedores.

Conclusiones

El art. 1358 del Código Civil fue sancionado en una época y en un contexto legal muy distinto al actual. Los cónyuges no se encontraban en pie de igualdad, el marido era el administrador de la sociedad conyugal y representante necesario de su mujer quien era incapaz para la realización de numerosos actos jurídicos.

En la actualidad, rige la plena igualdad entre hombre y mujer. Esa igualdad no sólo se halla contemplada legislativamente sino que se encuentra presente en muchos aspectos de la vida social. La mujer ha conquistado un lugar destacado en el ámbito laboral, en consecuencia cuenta con ingresos económicos y participa de decisiones que otrora estaban reservadas a la voluntad del marido.

Es importante tener presente estas consideraciones para entender el anacronismo de algunos de los fundamentos que se esgrimieron y para hacer hincapié en un primordial fundamento actual, cual es la

efectiva protección de los terceros acreedores y herederos.

De todo lo expuesto se puede concluir que:

- 1. Las causales que dieron origen al comentado art. 1358 CC resultan, en la actualidad anacrónicas.*
- 2. El autorizar la compraventa entre cónyuges no vulnera el orden patrimonial matrimonial imperante en la actualidad.*
- 3. Asimismo tampoco vulnera cuestiones de orden público que permitan una oposición fundada.*
- 4. Los derechos correspondientes a acreedores y herederos, motivo último de defensa a la prohibición de esta especie de contrato, se encuentran suficientemente amparados por la normativa general vigente que los protegería de cualquier tipo de fraude o simulación.*
- 5. Se ha afianzado la tendencia en el derecho comprado a consagrar legislativamente la plena capacidad de los cónyuges para contratar entre sí.*
- 6. A la par de la evolución que se registra en la mayoría de las legislaciones extranjeras, los dos últimos proyectos de reforma legislativa han experimentado un cambio a favor de la libertad de contratación entre cónyuges. Asimismo el X Congreso Internacional de Derecho de Familia se pronunció a favor de la libertad contractual de los mismos.*

7. *La modificación en la legislación de referencia pondría a nuestro derecho a la vanguardia en la materia conjuntamente con los códigos más modernos del mundo.* Sin perjuicio de todo lo antedicho se debe tener muy en cuenta que cualquier tipo de reforma legislativa que se pretenda hacer deberá tener en consideración la situación socio-cultural-histórica de nuestro país.