

***Revista de Derecho
Privado y Comunitario***

**Derecho de Familia – II
Relaciones entre adultos**

DIRECCIÓN

HÉCTOR ALEGRIA
JORGE MOSSET ITURRASPE

DIRECCIÓN EJECUTIVA

JULIO CÉSAR RIVERA

CONSEJO DE REDACCIÓN

ALBERTO J. BUERES
ELENA I. HIGHTON
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
RICARDO LUIS LORENZETTI
HORACIO ROITMAN
EDUARDO A. ZANNONI

SECRETARIO DE REDACCIÓN

MIGUEL A. PIEDECASAS

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464/8 – Tel. (0342) 401-9300 – S3000CMV Santa Fe

ÍNDICE GENERAL

Doctrina

- Las relaciones familiares, hoy (reflexiones que se reiteran a propósito del nuevo Código Civil y Comercial)*, por EDUARDO A. ZANNONI. 11
- Derecho Matrimonial y Derecho Internacional Privado*, por NIEVE RUBAJA 45
- La protección de la empresa familiar en el Código Civil y Comercial*, por GRACIELA MEDINA 93
- Capacidad para contratar entre cónyuges*, por IVÁN G. DI CHIAZZA. 145
- Delineamiento de la figura de la compensación económica en el marco de un divorcio incausado*, por MARÍA VICTORIA PELLEGRINI. 177
- Renuncia y compensación económica. Diálogo entre dos posiciones antagónicas*, por MARIEL F. MOLINA DE JUAN 215
- Convenio regulador: cláusulas permitidas y prohibidas*, por PAULA GRONDONA 259
- Aportes y tensiones del divorcio administrativo*, por MARTÍN MIGUEL CULACIATI 295
- Los aspectos procesales del divorcio*, por MARIANA HOLLWECK 341
- Daños y deberes matrimoniales*, por MARCOS M. CÓRDOBA 355
- Responsabilidad civil en el entorno familiar ("Proyectos para el futuro: no subestimar las consecuencias del amor")*, por VIRGINIA ZAMBRANO 377

Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-2 : familia - II : relaciones entre adultos. / Graciela Medina ... [et al.] ; dirigido por Héctor Eduardo Alegría ; Jorge Mosset Iturraspe. - 1ª ed. revisada.- Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2016
936 p. ; 23 x 16 cm. - (Revista de Derecho Privado y Comunitario / Alegría, Héctor Eduardo; Mosset Iturraspe, Jorge)
ISBN 978-987-30-0724-8
1. Derecho. I. Medina, Graciela. II. Alegría, Héctor Eduardo, dir. III. Mosset Iturraspe, Jorge, dir.
CDD 346.015

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

- 2) La posibilidad de contratación entre cónyuges en el régimen de separación de bienes.
- 3) La posibilidad de constituir cualquier tipo de sociedades entre cónyuges en ambos regímenes.
- 4) La disminución del sistema de legítimas.
- 5) La regulación del fideicomiso testamentario.
- 6) La indivisión de la empresa por voluntad del testador.
- 7) La posibilidad de imponer la indivisión de la unidad empresarial por el cónyuge y por los herederos que hubieran participado en su formación.
- 8) La posibilidad de realizar pactos sobre herencia futura (art. 1010 del CCyC).
- 9) La prescripción adquisitiva de las donaciones (art. 2459).
- 10) La atribución preferencial.
- 11) La posibilidad de la elección del administrador por el testador.
- 12) La partición por donación unida a la renta vitalicia a favor del donante.
- 13) La aceptación por todos los herederos de la transmisión de los bienes a los legitimarios en los límites del artículo 2461, CCyC.

El estudio y desarrollo de todos estos institutos seguramente contribuirá a la continuidad de las unidades empresariales familiares y a la amplitud de su desarrollo económico.

CAPACIDAD PARA CONTRATAR ENTRE CÓNYUGES

por IVÁN G. DI CHIAZZA

SUMARIO: I. Introducción. 1. El cambio de paradigma en el régimen patrimonial del matrimonio. 2. Antecedentes del inciso d, artículo 1002, del CCyC. 3. Hipótesis de trabajo. II. Interpretación normativa. 1. ¿Cuál es el alcance del inciso d, artículo 1002, del CCyC? 2. Lectura restrictiva. Capacidad de derecho y de ejercicio. 3. Interpretación sistemática o contextualizada. III. Contradicciones de la norma. 1. Primera contradicción. 1.1. Validez del contrato entre cónyuges que han optado por la separación de bienes. 1.2. Inscripción del cambio de régimen. Efectos. 1.3. Perjuicios de los acreedores. Inoponibilidad. 1.3.1. ¿Cuál es el efecto de la opción? ¿Incluye a los bienes existentes en ese momento? 1.4. Opción y saneamiento posterior. 2. Segunda contradicción. 3. Tercera contradicción. IV. ¿Norma general o limitada a ciertos contratos? 1. ¿Cómo se relaciona el supuesto del inciso d, del artículo 1002 con el resto de sus disposiciones? 2. Los argumentos de la inhabilitación de los cónyuges. 2.1. Excusa más que argumento. 2.2. Una falacia, más que un argumento. 2.3. El único argumento de peso en el marco del nuevo CCyC. 2.4. El cambio de calificación de un bien. V. Los contratos en el régimen de comunidad. 1. Norma limitada a ciertos contratos. 1.1. Contratos cuyo objeto es la transmisión de bienes de propiedad. 1.2. La sanción de la prohibición. 2. El resto de los contratos. 2.1. El contrato de mandato. 2.2. Contrato de sociedad. 3. Pactos relativos a empresa familiar. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. *El cambio de paradigma en el régimen patrimonial del matrimonio*

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) incorporó una modificación radical en materia de régimen patrimonial del matrimonio. Un verdadero cambio de paradigma: la posibilidad de que los cónyuges

acuerden, antes o después de celebrado el matrimonio, la opción por el régimen de separación de bienes. Consecuencia de ello será la no generación de gananciales.

De un esquema de comunidad único y forzoso, inmodificable por los cónyuges, se ha abierto paso a la posibilidad de que ellos elijan no generar esa comunidad, manteniendo la separación de bienes, y por consiguiente sin la expectativa, supeditada a la disolución del vínculo, al cincuenta por ciento que representa la ganancialidad.

Es una consagración de la autonomía de la voluntad en el marco del matrimonio. Se parte del reconocimiento a una realidad y necesidad incontrastable: que los cónyuges puedan decidir sobre sus patrimonios sin planteos dogmáticos que no superan el plano teórico.

Con este marco, era lógico que no existiera en el proyecto del nuevo CCyC ninguna norma que vedara la contratación entre cónyuges. Tampoco existía una norma general en el Código Civil derogado que la prohibiera, este último se limitó a disponer algunas puntuales prohibiciones para determinados contratos (compraventa, donación y por extensión a la permuta, a la cesión de créditos y a la renta vitalicia en cuanto a su constitución y obligación de pagarla)¹.

2. Antecedentes del inciso d, artículo 1002, del CCyC

Si bien el proyecto no contenía ninguna norma general respecto a la inhabilidad para contratar entre cónyuges, en ocasión de su aprobación y transformación en ley, se le incorporó un nuevo inciso al artículo 1002, en el caso, el d. Dicha norma refiere a las inhabilidades especiales para contratar. El inciso agregado prevé que no pueden hacerlo, en interés propio, "...d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí".

En definitiva, la situación previa a la sanción del nuevo CCyC era

¹ El proyecto del nuevo CCyC no replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones. Las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el art. 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales (ahora Ley General de Sociedades). De modo tal que no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos.

un régimen que impedía la posibilidad de contratar entre cónyuges, pero limitado a la donación, a la compraventa (por extensión a la permuta, a la cesión y a la renta vitalicia onerosa). La tendencia se orientaba a su eliminación. Ello resultó plasmado no sólo en el proyecto del nuevo Código unificado sino también en su antecedente inmediato, el proyecto del año 1998 (e incluso en el precedente del año 1993).

Frente a esta situación, la Comisión Bicameral decidió introducir el inciso d, al artículo 1002. El fundamento en su dictamen sostenía que "...la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión".

El deseo es loable pero la solución es inútil en el nuevo contexto de "libre movilidad de un régimen patrimonial a otro". No es casualidad que el proyecto no estipulara ninguna prohibición. No se trata de un olvido del proyecto, sino de un cambio de sistema. Precisamente, en razón de dicha modificación sustancial es que la prohibición incorporada en último momento y sin ponderar el contexto del nuevo ordenamiento resulta desatinada, desafortunada y contradictoria.

3. Hipótesis de trabajo

Se podría pensar, entonces, que la norma del inciso d, artículo 1002, del CCyC genera más problemas que soluciones; sin embargo, la prohibición en cuestión no es relevante. En efecto, los cónyuges sujetos al régimen de comunidad cuentan con una herramienta a su alcance para "validar" sus contrataciones: "la libre movilidad del régimen de comunidad al régimen de separación".

En consecuencia, es hipótesis de este trabajo la afirmación de que los cónyuges en comunidad, con el recaudo, previo o concomitante a la contratación, de optar por la separación patrimonial, estarán en condiciones de contratar válidamente.

Por otra parte, si los cónyuges hubieran contratado en estado de comunidad de bienes, la posterior opción por el régimen de separación patrimonial les permitirá sanear la invalidez de aquella contratación con la confirmación del negocio celebrado durante la comunidad.

En ambos casos, sin perjuicio del derecho de terceros que resultaren perjudicados a requerir la inoponibilidad de la opción por el régimen de separación y del contrato cuestionado.

II. Interpretación normativa

1. ¿Cuál es el alcance del inciso d, artículo 1002, del CCyC?

En el inciso d, del artículo 1002 se prevé la prohibición de contratación a los cónyuges que se encuentran, patrimonialmente, bajo el "régimen de comunidad"; no obstante, *a contrario sensu*, si los cónyuges hubieren celebrado pactos prenupciales (o modificado el régimen luego de celebrado el matrimonio) disponiendo la separación patrimonial, la limitación del artículo 1002 no les será aplicable.

Ello, sin perjuicio de los actos para los cuales los cónyuges, cualquiera sea el régimen al que se encuentren sujetos, requieren del asentimiento para la validez del acto².

La norma prohíbe la contratación a los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Nada dice respecto de los cónyuges que han optado por la separación. Es claro que los cónyuges que se encuentran bajo el régimen de separación patrimonial no están alcanzados por la inhabilitación especial del artículo 1002.

Hay dos consideraciones que efectuar al respecto. Primero, la resultante de una lectura restrictiva de la prohibición. Segundo, la vinculada a la derivación lógica por cuanto no sería razonable que habiendo optado por la separación patrimonial, los cónyuges se encuentren impedidos de contratar. Veamos ambos enfoques.

2. Lectura restrictiva. Capacidad de derecho y de ejercicio

Lo que no se encuentra prohibido está permitido; además, toda

² Art. 456: "Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial..."

limitación o prohibición es de interpretación restrictiva porque constituye la excepción a la regla de la capacidad. Concepto que el nuevo CCyC ha fortalecido al introducir la preferencia por la "capacidad restringida" en reemplazo de la incapacidad.

El inciso d, del artículo 1002 prohíbe la contratación entre cónyuges que se encuentran bajo el régimen de comunidad de bienes. Nada refiere esa norma, y ninguna otra, al caso de los cónyuges que han optado por la separación patrimonial. Es evidente que este último es un supuesto no comprendido en la prohibición.

Conforme la norma del artículo 22, toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. En tanto que en lo atinente a la capacidad de ejercicio, el artículo 23 establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial.

La norma siguiente prevé que son personas incapaces de ejercicio: la persona por nacer; la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión (art. 24)³.

El juez puede restringir, a pedido de legitimados al efecto, la capacidad para determinados actos de la persona que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En tal caso, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en relación con las necesidades y circunstancias de la persona (art. 32)⁴.

³ Para profundizar al respecto vide: FERNÁNDEZ, Silvia E., *El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en Supl. esp. *Nuevo Código Civil y Comercial* 2014 (noviembre), p. 25; L. L. Online: AR/DOC/3834/2014.

⁴ La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación (art. 38).

La última parte del artículo 22 dispone que la ley puede privar o limitar esta capacidad, siendo un ejemplo de ello el artículo 1002, el cual establece inhabilidades especiales respecto a determinadas personas y ante diferentes circunstancias concretas.

La capacidad es la regla. Más aún, en el nuevo sistema, como hemos señalado, se privilegia la restricción de la capacidad y no la incapacidad. Por tal razón se ha señalado que la capacidad jurídica sólo puede ser restringida en carácter de excepción y siempre en beneficio de la persona (art. 31, inc. b, del CCyC), a consecuencia de lo cual la eventual limitación que pudiera establecerse al ejercicio de la capacidad civil, siempre debe serlo con contornos acotados, es decir, referidos a actos específicos⁵.

La jurisprudencia ha comenzado a receptar este concepto. En tal sentido, se han revocado, en Alzada, decisiones de primera instancia que declararon la incapacidad. Se han modificado declaraciones de incapacidad por el nuevo esquema de la capacidad restringida referida a actos concretos y puntuales⁶.

Este nuevo parámetro en torno a la capacidad de las personas no puede, entonces, pasar inadvertido en el tema analizado. De modo tal que, no cabe dudar de la interpretación restrictiva y literal propuesta

⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y HERRERA, Marisa, *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*, en L. L. del 18-8-2015, p. 1.

⁶ Se ha resuelto, por ejemplo, que la declaración de inhabilitación del causante debe ser dejada sin efecto y en su lugar corresponde disponer la restricción de su capacidad civil sólo respecto de los actos de disposición de sus bienes los que deberán ser realizados en su representación por la figura de apoyo que se le designará a fin de que lo asista para todo acto de disposición de bienes y controles periódicos de salud, prestando el consentimiento informado cuando le sea requerido para prácticas médicas de complejidad y que gestione, firme y perciba toda documentación tendiente a lograr beneficios para el causante, debiendo tener en cuenta la opinión del mismo en cuanto corresponda (cfr. C1°CCMPaz y Trib. de San Rafael, 1-10-2015, "Asesora de menores e incapaces de Malargüe c/N., J.", J. A. del 17-2-2016, p. 24; J. A. 2016-I).

El mismo criterio *in re* CCCom. de Mar del Plata, sala III, 22-12-2015, "D., J. s/Insania y curatela", L. L. Online, AR/JUR/62305/2015; CNCiv., sala B, 18-11-2015, "L., T. E. s/Determinación de la capacidad", RCCyC 2016 (marzo), p. 108; L. L. del 5-4-2016, p. 7; L. L. Online: AR/JUR/63448/2015.

del inciso d, del artículo 1002, del CCyC: sólo se encuentran alcanzados los cónyuges bajo el régimen de comunidad.

Ninguna limitación a la capacidad contractual les cabe a los cónyuges que han efectuado separación de sus bienes dado que la regla es la capacidad de las personas y toda incapacidad debe ser apreciada de modo restrictivo.

3. Interpretación sistemática o contextualizada

La interpretación sistemática o contextualizada en función de todo el ordenamiento jurídico ratifica la misma lectura: los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes no se encuentran alcanzados por la prohibición legal del inciso d, del artículo 1002.

En efecto, no sería razonable que los cónyuges que han optado por la separación patrimonial se encuentren impedidos de celebrar contratos entre ellos, salvo que se piense que los verdaderos motivos de la restricción son extrapatrimoniales (v. gr., morales).

No obstante, conforme lo hemos visto en los fundamentos del dictamen de la Comisión Bicameral, la razón es estrictamente patrimonial y, se supone, sería una suerte de remedio preventivo, a fin de evitar maniobras fraudulentas de los cónyuges respecto de sus acreedores.

El punto es que si los cónyuges han optado por la separación patrimonial, circunstancia que se presume conocida por los terceros acreedores con la correspondiente inscripción registral, ya no existiría aquel riesgo del que da cuenta el dictamen aludido.

Delimitado el alcance de la norma, cabe, a continuación, ponderar su eficacia de cara a los fines que se supone orientada.

III. Contradicciones de la norma

La norma del inciso d, artículo 1002, del CCyC nos coloca ante no pocas contradicciones.

1. Primera contradicción

Un régimen que se supone basado en la autonomía y libertad de los cónyuges para desplazarse de la "comunidad" a la "separación"

(y viceversa), tantas veces como quieran y con sólo cumplir con el recaudo formal de la escritura y la limitación temporal de un año, prohíbe la contratación de los cónyuges entre sí⁷. Ello es una evidente contradicción. La prohibición, así prevista, es una mera formalidad vacía. Es absolutamente ineficaz.

Resulta claro que bastará un cambio de régimen patrimonial para habilitar la contratación entre cónyuges sin cuestionamientos. Si un matrimonio que no ha optado por la separación patrimonial (v. gr., por haber celebrado nupcias con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento) quisiera contratar hoy en día entre sí a fin de transmitir la propiedad de un bien de la esfera patrimonial de uno de ellos a la del otro (v. gr., venta, permuta, cesión o donación) lo podrían hacer, sin cuestionamientos de ningún tipo, con el recaudo previo de optar por la separación patrimonial.

El acto jurídico en cuestión será lícito y válido.

1.1. Validez del contrato entre cónyuges que han optado por la separación de bienes

Realizada la escritura de opción por el régimen de separación patrimonial (art. 449) desde ese preciso momento podrán celebrar, válidamente, una compraventa, una permuta, una cesión o una donación entre ellos. Ni siquiera es necesaria la anotación marginal en el acta de matrimonio por el Registro Civil para que surta efectos entre partes.

El acto será plenamente válido entre los cónyuges. Si han optado por la separación de bienes y el artículo 1002, inciso d, prohíbe contratar a los cónyuges bajo el régimen de comunidad, *ergo*, la opción por la separación los habilita a contratar. Y dicho acuerdo será válido entre los cónyuges. Nada obsta a que los cónyuges que, bajo el régimen de comunidad, optan por la separación patrimonial, en el mismo momento

⁷ Este agregado es desafortunado. Ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual, hoy reconocido, por el de incapacidad. Cfr. MOLINA DE JUAN, Mariel F., *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges*, en Supl. esp. *Código Civil y Comercial de la Nación. Familia* 2014 (diciembre), p. 17; L. L. Online: AR/DOC/4328/2014.

(y en la misma escritura) decidan la transferencia patrimonial, vía compraventa, permuta, cesión o donación.

Sí, desde luego, será necesaria aquella formalidad (la anotación marginal en el acta matrimonial) para que el cambio de régimen logre publicidad y con ello oponibilidad frente a terceros. Salvo la hipótesis del conocimiento de esos terceros ya que si bien frente a ellos el cambio de régimen produce efecto desde la inscripción en el registro, si en el contrato los cónyuges hicieran saber del cambio de régimen patrimonial, producirá efectos frente a los participantes en el acto por el principio de buena fe que rige todas las relaciones patrimoniales⁸.

Más aún, los cónyuges podrían, luego de celebrado el contrato en cuestión, retornar, si les place, al régimen de comunidad con sólo respetar la formalidad de la escritura y el plazo de "espera" de un año (art. 449). Vale decir, nada impide que un matrimonio bajo el régimen de comunidad, opte por la separación, contrate y luego de un año retorne al régimen de comunidad. Ninguna norma lo prohíbe.

1.2. Inscripción del cambio de régimen. Efectos

La oponibilidad del acto de opción del régimen de comunidad por el régimen de separación requiere su inscripción en el acta matrimonial del Registro Civil. Si ello no se cumple, la contratación entre cónyuges no será nula, en todo caso, será inoponible a los terceros con la excepción antes apuntada de aquellos que han conocido el cambio de régimen patrimonial, circunstancia que deberá acreditar quien alega dicho conocimiento y pretende la oponibilidad en cuestión.

Desde luego, la oponibilidad a terceros de la transferencia de la propiedad requerirá de las registraciones de rigor, si involucra bienes registrables con carácter declarativo. Es evidente que la inscripción de la propiedad de un bien que se ha desplazado del patrimonio de uno de los cónyuges al otro exigirá, por parte del Registro de la Propiedad que corresponda, de la acreditación de la inscripción de la opción por el régimen de separación.

⁸ Cfr. MEDINA, Graciela, *El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*, en DFyP 2012 (noviembre), p. 3; L. L. Online: AR/DOC/5230/2012.

Por supuesto, ello sin perjuicio de la inscripción que cumple efectos constitutivos como sucede con los vehículos automotores, por ejemplo.

1.3. Perjuicio a los acreedores. Inoponibilidad

Lo anterior no obsta a que la operación en cuestión cause un perjuicio a los acreedores de uno de los cónyuges (como cualquier contrato o negocio podría causar, deliberadamente o no, a los acreedores de un cocontratante). Si así fuera, éstos tienen el derecho de hacer declarar inoponible el cambio de régimen y lo propio con el contrato celebrado (art. 449 *in fine*).

¿Cómo juega esa inoponibilidad? Ello no es más que una especificación de la acción de fraude de los artículos 338 y siguientes de la que dispone cualquier acreedor que se considere perjudicado en sus derechos, con lo cual, deberá cumplirse con los requisitos allí previstos (inc. a, art. 339).

Es obvio que el movimiento patrimonial entre los cónyuges deberá generar un perjuicio y no a cualquier acreedor. Por ello la necesidad de complementar la inoponibilidad a la que refiere el artículo 449 *in fine* con el régimen general del fraude a los acreedores de los artículos 338 y siguientes del CCyC.

El crédito debe ser de fecha anterior al acto impugnado, salvo que el cónyuge deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores (inc. a, art. 339). El acto debe haber causado o agravado la insolvencia del cónyuge deudor (inc. b, art. 339). Quien contrató con el deudor (en el caso, su cónyuge) debe haber conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia si es que lo hizo a título oneroso (inc. c, art. 339), obviamente, en línea con el derogado artículo 967 del Código Civil, no es necesario dicho conocimiento si el contrato que se pretende inoponible lo ha sido a título gratuito.

Este último recaudo merece algún detenimiento. La norma alude a los actos a título oneroso (inc. c, art. 339) para los cuales se requiere que el cocontratante del deudor cuya inoponibilidad se reclama debe conocer que se ha provocado o agravado la insolvencia de este último.

Una lectura apresurada de la norma podría inducir al error de pensar que los actos a título gratuito han quedado al margen. Tal lectura no sería correcta. Sin duda que los actos a título gratuito también pueden ser atacados por los acreedores perjudicados, pero en ese caso, no se requiere que el cocontratante conozca o deba conocer que se ha causado o agravado la insolvencia. Es la solución que preveía el artículo 967 del derogado Código Civil que aludía expresamente al supuesto de los actos a título gratuito.

Es decir, tratándose de cónyuges contratantes, los acreedores que se consideren perjudicados por el negocio celebrado entre ellos, si se cumplen los requisitos del artículo 339 (anterioridad del crédito al contrato, generación o agravamiento de la insolvencia) podrían reclamar no sólo si el contrato ha sido a título oneroso, sino también si lo ha sido a título gratuito. En este segundo caso, no hay ningún requisito adicional, en cambio, en el primero, será necesario acreditar el conocimiento del cónyuge cocontratante en cuanto a que el acto impugnado ha generado o agravado la insolvencia del deudor. Un tema importante que se genera aquí es que por el especial vínculo se configuraría la hipótesis de quien "debió conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia" y cabría presumir el conocimiento del cocontratante respecto de la situación financiera de su cónyuge.

Así entonces, los cónyuges pueden dejar de lado el esquema de comunidad y adherir al régimen de separación de bienes o abandonar este último y optar por el régimen de comunidad. El cambio no puede perjudicar a los acreedores anteriores, quienes pueden hacer que se lo declare inoponible a sus derechos y ello, claro está, si los perjudica en cuanto afecta la prenda común de sus acreencias por que el movimiento ha provocado o agravado la insolvencia.

Es obvio que con motivo de cualquier desplazamiento patrimonial que se realice entre los cónyuges, mientras el mismo no produzca un daño porque no resulte afectada la solvencia patrimonial, nada tendrían para reclamar al respecto los acreedores. Es la misma situación que se presenta con cualquier acreedor que se considera defraudado por su deudor (independientemente de su estado civil).

1.3.1. *¿Cuál es el efecto de la opción? ¿Incluye a los bienes existentes en ese momento?*

La pregunta tiene que ver con la subsistencia o no de la comunidad de gananciales existente al momento de la opción por la separación. Caben dos lecturas.

De acuerdo a la primera, la opción que los cónyuges en comunidad hacen por la separación implicará, necesariamente, la disolución de esa comunidad. Vale decir, los cónyuges acuerdan "romper" la ganancialidad presente al momento del acuerdo. No sólo la posibilidad futura de la comunidad sino que así también podrían acordar que lo ganancial hasta ese momento, deja de serlo, precisamente, por disolución de la comunidad.

Disuelta la comunidad, corresponderá, eventualmente si los cónyuges lo deciden, su liquidación y con ello la aplicación del régimen de recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y viceversa (art. 488) todo ello, conforme las reglas de los artículos 489 y 490. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo (art. 496) y la masa común se integrará con los activos líquidos de ambos cónyuges (art. 497).

Desde luego, nada impide que la partición no se realice. Si la disolución de la comunidad es consecuencia del acuerdo en cuestión pero no hay disolución del vínculo matrimonial, es probable que la partición no se realice. Tal parecería ser la solución en razón de lo dispuesto por el artículo 475, inciso e, el cual prevé que la comunidad se extingue por "...la modificación del régimen matrimonial convenido".

Por otra parte, también se podría responder a aquellos interrogantes iniciales de otra manera, afirmando que la opción sólo compromete a los bienes que el matrimonio adquiera a partir de ese momento. Es decir, en tal escenario la ganancialidad existente no resultará afectada. El acuerdo no tendrá efectos para con los bienes gananciales existentes a ese momento. Sólo impactará en los bienes adquiridos con posterioridad. Se "bloquea" la ganancialidad futura, no se "rompe" la anterior al acuerdo.

En esta hipótesis, la opción por la separación no requiere, nece-

sariamente, disolución de la comunidad. La comunidad subsiste hasta el acuerdo y no luego del mismo.

A nuestro criterio, ambas respuestas son correctas y posibles.

Los cónyuges que en comunidad deciden optar por la separación de bienes pueden hacerlo, siguiendo la literalidad del artículo 475, inciso e, disolviendo aquel régimen o bien, podrían acordar mucho menos que eso. Esto es, bloquear la ganancialidad desde ese acuerdo en adelante pero sin disolver, necesariamente, la comunidad vigente hasta ese momento. En este caso, la comunidad subsiste aunque limitada en su extensión temporal al acuerdo por la separación de bienes entre los cónyuges.

No existe limitación legal alguna a un acuerdo con tales alcances. Los cónyuges están habilitados a pactar la separación de bienes y ello involucra tanto los bienes futuros como los presentes en el patrimonio de esa "comunidad". Al fin y al cabo, un acuerdo de ese tenor se traduce en la "renuncia" por parte de los cónyuges al derecho en expectativa que representa esa ganancialidad. Es claro que en el marco del Código derogado una renuncia semejante hubiera sido nula porque no había margen para acuerdos al respecto.

El nuevo CCyC, en cambio, acepta el cambio de régimen pre- o posmatrimonial, con la consiguiente posibilidad de que los cónyuges no generen comunidad de bienes, por ende, si pueden renunciar (a través de los acuerdos patrimoniales) a la ganancialidad futura y, disolución de la comunidad mediante, a la ganancialidad existente o actual a la fecha de la opción, no vemos razones de peso como para que no puedan hacerlo sólo con la ganancialidad futura, excluyendo a la presente al momento del acuerdo.

1.4. *Opción y saneamiento posterior*

De la misma manera que los cónyuges pueden optar por el régimen de separación y, concomitante o posteriormente, celebrar contratos de manera válida ya que no les resultará aplicable la inhabilidad prevista en el inciso d, del artículo 1002, también podrían optar por la separación de bienes luego de haber celebrado el contrato y proceder a su ratifi-

cación, logrando su saneamiento, sin perjuicio de la inoponibilidad que reclamen los acreedores que se consideren perjudicados.

2. Segunda contradicción

No existía, como ya hemos señalado, una prohibición general semejante en el Código derogado. Por tal razón, una determinada cantidad de contratos se consideraban como válidamente celebrados entre cónyuges⁹.

Desde tal perspectiva, la norma del inciso d, artículo 1002, del CCyC es un claro retroceso jurídico, pues estaría afectando la validez de contrataciones entre cónyuges que ni siquiera en el marco del régimen derogado resultaban prohibidas¹⁰.

Con esta norma general se ha empeorado el margen de libertad contractual de los cónyuges que se encuentran en el régimen de comunidad. Esta circunstancia reclama un esfuerzo interpretativo a fin de amortiguar el impacto negativo en el nuevo sistema, sobre todo para advertir que lo que, *a priori*, es una restricción general, en rigor, tiene el mismo (o incluso menor) alcance que en el marco del Código Civil derogado.

El camino a tal efecto es teniendo en cuenta las razones de las restricciones. Luego nos detendremos en este punto.

3. Tercera contradicción

Si bien el inciso d, del artículo 1002 prohíbe que los cónyuges contraten entre sí en su propio interés (norma que, recordamos, no aparecía en el proyecto), el artículo 446 permite las convenciones matrimoniales con los objetos allí previstos. La norma del artículo 449 habilita a los cónyuges a mutar el régimen de comunidad por la separación y viceversa.

⁹ Se encontraban prohibidos los contratos de compraventa, permuta, donación, cesión de créditos, renta vitalicia.

Se plantearon dudas con criterios interpretativos dispares respecto de los contratos de locación de cosas, locación de obra y servicios profesionales, contrato de trabajo e, incluso, fideicomiso.

¹⁰ Estaban permitidos expresa o implícitamente los siguientes contratos: mandato, fianza, mutuo, depósito, comodato.

La contradicción es evidente. Las convenciones matrimoniales son contratos, los cuales estarían prohibidos. Es obvio que la contradicción, como ya hemos señalado, se debe a la incorporación a última hora y sin mayores cuidados de su coherencia con el resto del entramado, del texto jurídico del último inciso del artículo 1002.

Las convenciones matrimoniales en sí mismas son contratos. Que el CCyC las llame "convenciones" (arts. 446, 447, 448, 449, 450, 451, 454) o "acuerdos" (art. 447) es irrelevante, se trata de contratos. Son actos jurídicos por medio de los cuales las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957).

Las limitaciones legales previstas para estas convenciones patrimoniales en el matrimonio, por ejemplo, las referentes a su objeto (arts. 446 y 447) o a la forma que requiere escritura (art. 448), en nada obstan al carácter y naturaleza contractual de las mismas. Así, los cónyuges que deciden acordar una convención para disolver la comunidad de bienes y optar por la separación están expresando su voluntad común dirigida a regular sus relaciones patrimoniales.

Consecuencia de ello es la aplicación a las convenciones de las normas generales referentes a los contratos.

En síntesis, según el artículo 1002, inciso d, los cónyuges que se encuentran en comunidad no pueden "contratar" entre sí; no obstante, los artículos 446 y siguientes los habilitan a "contratar" optando por el régimen de separación. Cuando se incorporó, en el apuro, el inciso d, del artículo 1002 prohibiendo la "contratación" de los cónyuges bajo el régimen de comunidad, no se tuvo en cuenta que esos mismos cónyuges se encuentran habilitados (arts. 446 y ss.) a "contratar" entre ellos, y en su propio interés por supuesto, respecto de la ganancialidad, para dejarla sin efecto.

Este carácter contractual de las convenciones matrimoniales permite la utilización de estipulaciones condicionales o sujetas a un determinado plazo. Se ha señalado al respecto, en criterio que compartimos plenamente, que en tal inteligencia, los cónyuges podrían pactar que la opción por el régimen de separación se sujete a la condición resolutoria

del nacimiento de uno o de varios hijos. También podrían prever un régimen de separación de bienes por un determinado plazo¹¹.

IV. ¿Norma general o limitada a ciertos contratos?

1. ¿Cómo se relaciona el supuesto del inciso d, del artículo 1002 con el resto de sus disposiciones?

No hay relación alguna. Ese agregado del inciso d, genera un gran contraste con el resto de los enunciados de la norma del artículo 1002 del CCyC.

El Código unificado prevé un régimen general de "incapacidad e inhabilidad para contratar" en los artículos 1000 a 1002.

No pueden contratar, en interés propio o ajeno, 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. 1001).

No pueden contratar en interés propio: "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 abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido; d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo" (art. 1002)¹².

Ahora bien, cabe preguntarse acerca de los fundamentos de la restricción.

En el caso de los tres primeros incisos de la norma del artículo 1002, CCyC, las inhabilidades se fundamentan en la relación de poder en

¹¹ Cfr. MAZZINGHI, Jorge A. M., *Las convenciones matrimoniales*, en RCCyC 2015 (diciembre), p. 41; L. L. Online; AR/DOC/4259/2015.

¹² Para profundizar al respecto vide: ACEVEDO, Mariano, *Incapacidad e inhabilidad para contratar*, en Supl. esp. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015* (febrero), p. 95; L. L. Online: AR/DOC/386/2015.

la que se encuentran los sujetos allí referidos con respecto a los bienes objeto de la prohibición. Hay un evidente conflicto de interés.

Se configuran hipótesis que los coloca, a esos sujetos, en clara situación de ventaja. Al menos, se trata de una presunción legal de que existe tal ventaja y, paralelamente, una desventaja o perjuicio para la comunidad en el caso del inciso a, las partes del proceso judicial, arbitral o de mediación en el caso del inciso b, y para los clientes o contrapartes de abogados y procuradores en el caso del inciso c.

Aun cuando dicha presunta ventaja no exista, la restricción se mantiene. No se prevé la posibilidad de que el sujeto implicado demuestre que ha adquirido, por ejemplo, el bien en condiciones objetivas y de mercado. Ello es así porque las prohibiciones en cuestión presentan un componente moralizador muy fuerte, en una suerte de incompatibilidad funcional basada en el conflicto de interés. Son restricciones lógicas en un contexto de sujetos que cuentan con cierto "poder" para influir, directa o indirectamente, en las condiciones de una eventual contratación. En este escenario, entonces, es que se prevé una incompatibilidad absoluta basada en la función o el rol de la persona. La restricción tiene que ver y se fundamenta en la necesaria imparcialidad que deben mantener los funcionarios, magistrados y abogados respecto de los bienes en las situaciones y condiciones enunciadas.

¿Es idéntica a la situación de los cónyuges? A nuestro criterio, la respuesta es negativa. Nada tiene que ver la posición de los cónyuges con las previstas en el artículo 1002.

¿Por qué prohibir, entonces, la contratación entre cónyuges, bajo el régimen de comunidad, de manera general?

2. Los argumentos de la inhabilitación de los cónyuges

En el Código Civil derogado se establecía que "el contrato de venta no puede tener lugar entre cónyuges, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos" (art. 1358). Por otra parte, el artículo 1807, inciso 1º, prohibía la donación entre cónyuges.

Determinar el razonamiento detrás de aquellas prohibiciones nos pueden ayudar a enmarcar adecuadamente el alcance del inciso d, del artículo 1002.

Es argumento remanido que la finalidad de tales prohibiciones era evitar modificaciones o alteraciones al régimen patrimonial imperativo que indirecta o directamente provocarían indebidos cambios en la calificación de bienes y su régimen de administración en desmedro de terceros acreedores efectuando transmisiones con el fin de reducir (o extinguir) su patrimonio el cónyuge deudor.

De igual manera se podría pensar en la necesidad de evitar el perjuicio de los herederos de alguno de los cónyuges cuando mediante una transmisión de un bien por parte de un cónyuge al otro, se afectase la porción legítima de los descendientes del mismo matrimonio o del cónyuge disponente.

Se ha sostenido, por ejemplo, en referencia al régimen derogado, que "...la finalidad de la ley al establecer las prohibiciones es la de mantener la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio evitando perjuicios a terceros aumentando o disminuyendo la responsabilidad patrimonial de cada cónyuge"¹³. Se trata de una línea argumental coincidente con lo expuesto por la Comisión Bicameral en dictamen. Es una razón patrimonial (no moral) orientada a prevenir perjuicios a terceros.

2.1. *Excusa más que argumento*

La situación planteada si bien es atendible, no es exclusiva de un matrimonio. La jurisprudencia nos brinda sobrados ejemplos de maniobras similares entre padres e hijos, entre hermanos o incluso entre personas sin vínculo familiar alguno. El ordenamiento jurídico prevé remedios para cualquier acreedor que se considere afectado en sus derechos (v. gr., acción de inoponibilidad por fraude o la nulidad por simulación).

Por otro lado, los cónyuges no pueden hacer nada distinto, si de ánimo e intención de defraudar se trata, de lo que también pueden hacer los parientes entre sí. Con lo cual, con aquella línea argumental, se deberían prohibir los contratos entre hermanos, primos, tíos, etcétera. Incluso, entre padres e hijos (sin perjuicio de la eventual afectación

¹³ Cfr. CNCom., sala D, 24-5-2011, "Morinelli, Irene Alicia c/Palacios, Gustavo Marcelo", L. L. Online: AR/JUR/29089/2011.

de la legítima que cuenta con sus propios remedios, v. gr., la acción de reducción de una donación inoficiosa o la colación para mantener la igualdad de los herederos). ¿Acaso los cónyuges pueden defraudar a terceros y los hermanos no?

Llegados al extremo, los cónyuges tampoco podrían hacer nada distinto de lo que podrían tramar amigos íntimos, con lo cual, las relaciones de amistad también deberían ser, siguiendo aquel esquema argumental, limitaciones a la capacidad de contratación. Lo propio respecto a los convivientes. Así como el matrimonio puede ser, según el dictamen de la Comisión Bicameral, "propicio" para conductas fraudulentas, también lo podría ser la relación convivencial. Por supuesto, si puede ser "propicio" para el fraude un matrimonio en comunidad, también puede serlo, y con más razón, un matrimonio en régimen de separación de bienes.

En efecto, si los cónyuges bajo el régimen de comunidad no pueden contratar para evitar defraudar a sus acreedores, cabe preguntarse si acaso los cónyuges patrimonialmente separados no podrían contratar con ese mismo objetivo. La respuesta es obvia. Los cónyuges separados patrimonialmente podrían contratar con la finalidad de defraudar a sus acreedores. De igual manera podrían hacerlo parientes entre sí, amigos entre sí, convivientes entre sí, novios (no convivientes) entre sí y, desde luego, presuntos extraños entre sí. Para cualquiera de esas hipótesis existen remedios legales. Si los mismos no resultan eficientes para los cónyuges en comunidad, tampoco, entonces, lo son para los cónyuges patrimonialmente separados, para los parientes, los amigos, los convivientes, etcétera.

Se podría replicar que se presume que con la prohibición de contratar entre los cónyuges se impiden las transferencias de bienes que tienen por objeto dejar sin garantía a los terceros que han contratado con alguno de los cónyuges y que un acreedor tiene en cuenta, precisamente, por conformar esa comunidad de gananciales, circunstancia que no ocurre en el caso de cualquier otra relación entre parientes o amigos.

A nuestro criterio ello merece algunas observaciones. Primero, la ganancialidad es una mera expectativa. No es un derecho creditorio. Esa expectativa podrá concretarse en un derecho o no (lo hará sólo ante la disolución de la comunidad). Por consiguiente un acreedor

no tiene por garantía una expectativa, sino derechos actuales y concretos. Segundo, si de dejar sin garantía se trata, convengamos que no es necesario contratar entre cónyuges, bastaría con transferir (sin contraprestación o a un precio vil o irrisorio) el bien a un hermano, a un padre o a un amigo íntimo con el mismo efecto respecto de terceros.

Es sabido que el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores. Al momento de contratar o celebrar un acto jurídico, éstos han tenido en cuenta la composición patrimonial de aquél y han procedido en función de ella. Pero también es cierto que, en la práctica, un acreedor contractual difícilmente resulte satisfecho con el patrimonio del deudor (salvo, por supuesto, el caso de una solvencia relevante), sino que requerirá garantías adicionales (sean personales o reales) para minimizar, precisamente, el riesgo de insolvencia. Cualquier agente económico racional se resguarda y no asume riesgos innecesarios o más allá de lo que resulte razonable o redituable.

El argumento de la variación patrimonial y de la consiguiente disminución de la garantía común de los acreedores si bien es teóricamente correcto, resulta desconectado de la realidad negocial ya que un acreedor prudente buscará garantizar su acreencia y ello así, sencillamente, porque esa eventual variación patrimonial es un riesgo latente ante cualquier deudor, casado o soltero. El estado civil del deudor no agrava el riesgo del acreedor. En la lógica del sistema, un acreedor contractual que procura reducir, contener o circunscribir el riesgo de insolvencia de su deudor, se garantiza¹⁴.

En pocas palabras, la condición de cónyuge no empeora la situación de los acreedores que es la misma sea su deudor casado o soltero. Los ejemplos y situaciones podrían continuar, no obstante, creemos que queda claro el punto. Ése no es un argumento jurídico, sino más bien una excusa.

¹⁴ Desde luego, hay acreedores que no pueden hacerlo. Son los "vulnerables" (v. gr., acreedores laborales y extracontractuales), sea porque no se encuentran en condiciones de negociar garantía alguna, sea porque el daño los sorprende y en modo alguno han elegido a su deudor. Para tales hipótesis, el sistema legal prevé coberturas especiales (v. gr., un régimen protectorio especial para el trabajador, el seguro de responsabilidad civil obligatorio para los vehículos, etc.).

2.2. Una falacia, más que un argumento

Recordemos que el dictamen de la Comisión Bicameral sostenía que "...la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión".

Se parte de una afirmación que en la lógica del argumento resulta ser una falacia.

Primero, se afirma que "...la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas..."; sin embargo, no hay datos concretos que así lo avalen. Es un mero prejuicio. Partir de la mala fe de los cónyuges es una simplificación del asunto. Es retóricamente un recurso útil, pero injusto. Además, resulta limitado: ¿por qué se propicia la conducta fraudulenta entre cónyuges bajo el régimen de comunidad pero no a los que han optado por el régimen de separación? ¿Por qué se propicia la conducta fraudulenta entre cónyuges pero no entre convivientes (o cualquiera otra relación de confianza o intimidad —sea por parentesco, amistad, vínculos profesionales o laborales, etc.—)? Convengamos que si de propiciar conductas fraudulentas se trata, tanto los cónyuges bajo el régimen de comunidad como quienes han optado por la separación podrían hacerlo. La limitación a los cónyuges bajo el régimen de comunidad pone en evidencia la falacia argumental en la que se encuentra encerrada aquella afirmación realizada en el dictamen de la Comisión Bicameral.

Segundo, dado aquel marco propicio para defraudar, se remata sosteniendo que "...el fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges".

- Si de evitar el fraude se trata no se comprende que se lo limitara a los cónyuges en comunidad.
- Si de evitar el fraude se trata los cónyuges que han optado por la separación patrimonial tampoco deberían poder contratar ya que también podrían defraudar a sus acreedores.
- Si de evitar el fraude se trata, los hermanos tampoco deberían poder contratar, ni entre ascendientes y descendientes, ni entre convivientes, ni entre amigos o compañeros de trabajo, o vecinos.

No se trata de evitar el fraude. Un sistema moderno y eficiente no funciona adecuadamente en base al prejuicio de la mala fe y el fraude, sino desincentivando conductas fraudulentas (sean realizadas por cónyuges o no) mediante remedios legales y mecanismos procesales eficaces¹⁵.

Esto nos conduce al verdadero argumento de fondo: procurar evitar el fraude a la ley y modificar o alterar el régimen patrimonial imperativo y forzoso. Ello, claro, en el marco de un régimen legal único e indisponible de ganancialidad, hoy derogado.

2.3. *El único argumento de peso en el marco del nuevo CCyC*

Sin duda, podía verse una base prohibitiva en el carácter imperativo del régimen patrimonial del matrimonio. Si la ley establecía que los bienes adquiridos durante el matrimonio, por regla, resultaban gananciales y ello implicaba un derecho en expectativa del cónyuge no propietario al cincuenta por ciento que se concretaba en ocasión de la disolución del vínculo, las restricciones para celebrar ciertos contratos que pudieran atentar contra dicha composición aparecían como una lógica consecuencia.

Si el fundamento de la prohibición era no alterar el régimen imperativo y forzoso de la comunidad de bienes, y siendo que hoy los cónyuges pueden alterarlo a voluntad, aquel argumento cae por su propio peso.

Se debe partir, entonces, de la idea de que la autonomía de la

¹⁵ También se suele señalar que la prohibición apunta a procurar el orden del matrimonio evitando conflictos de intereses entre ellos con la consiguiente alteración de la paz familiar. Un argumento semejante suena a una concepción paternalista del Estado incompatible con los tiempos actuales que corren. Si los cónyuges, a pesar de contratar, no saben trascender de cualquier eventual conflicto de interés para priorizar la familia, es porque hacen pesar más sus propios intereses personales y egoístas que la unidad, la paz y concordia familiar. Ahora bien, asignarle ese efecto a la contratación entre cónyuges es, a nuestro criterio, asignarle una relevancia que no tiene el asunto. Basta con mirar la realidad en materia de conflictos de familia para advertir cuán ingenuo resulta un planteo semejante. Si los cónyuges no saben superar un eventual conflicto de intereses contractual, la paz familiar se verá interrumpida tarde o temprano. Achacar la desavenencia matrimonial a un supuesto conflicto contractual entre cónyuges es simplificar la complejidad de la trama conyugal-familiar.

voluntad rige en el Derecho de Familia y que, por tanto, no corresponde establecer límites en materia contractual, máxime cuando las razones que impusieron esos límites (el régimen único e imperativo de ganancialidad) ya no existen en el ordenamiento jurídico.

Otro argumento es el vinculado a la necesidad de evitar el perjuicio de los herederos de alguno de los cónyuges cuando mediante una transmisión de un bien por parte de un cónyuge al otro, se afectase la porción legítima de los descendientes del mismo matrimonio o del cónyuge donante. Sin perjuicio de que esos herederos, como cualquier heredero perjudicado, también cuentan con los remedios legales para proteger su legítima que, por cierto, es de orden público, valen algunas consideraciones adicionales referidas al cambio de calificación de un bien.

2.4. *El cambio de calificación de un bien*

Se podría afirmar, y de hecho ha sabido ser un argumento a favor de la restricción, que permitir la transferencia de propiedad entre cónyuges, sea mediante compraventa, donación, cesión de derechos o permuta, implica poder cambiar la calificación del bien dentro del régimen de comunidad.

En efecto, se podría considerar, eventualmente, que un bien adquirido durante la comunidad a título oneroso es ganancial y si es donado al otro cónyuge se lo convertiría en un bien propio¹⁶.

Tales afirmaciones, si bien resultan usuales y recurrentes, son también controvertibles.

Si el bien ganancial es transferido a título oneroso (compraventa, permuta, cesión) de un cónyuge al otro, ese bien sigue siendo ganancial. Ya que son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso durante la comunidad (art. 465, inc. a). El verdadero (y único problema) se podría presentar con la donación ya que por tratarse de un acto a título gratuito no quedaría comprendida en la regla del inciso a, del artículo 465 y, por el contrario, de acuerdo al artículo 464, inciso b, los

¹⁶ Esta circunstancia presenta, a su vez, implicancia en materia sucesoria ya que la participación del cónyuge superviviente cambia si el bien es propio o ganancial tanto cuando la sucesión tiene lugar entre éste y los descendientes, como así también con los ascendientes.

bienes adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta, califican como bienes propios.

Así, operaría el supuesto cambio de calificación de bien ganancial (de un cónyuge) a propio del otro. Sin embargo, no creemos que tal sea la lectura correcta. Y, en última instancia, sus efectos son relativos.

A nuestro criterio, la donación a la que se refiere la norma es aquella realizada por un tercero, que no es el cónyuge. La norma lo distingue pero el alcance viene dado por las palabras que la preceden: herencia y legado. Y en particular, por el sentido de la norma: declarar propios a los bienes incorporados a la comunidad por terceros. Es decir, será propio lo que ingresa a la comunidad proveniente de fuente vinculada a uno de los miembros de esa comunidad (por ello la herencia o el legado). Si el movimiento patrimonial es interno en la misma comunidad, no cambia la calificación. Dicho en otras palabras, no es cualquier donación la que haría que el bien recibido por el cónyuge sea propio, sino los recibidos por terceros ajenos al vínculo.

Esta interpretación resulta avalada, además, por una circunstancia muy simple: los cónyuges pueden "salir" de la comunidad y optar por la separación. Al hacerlo se disuelve la comunidad (incluso podría liquidarse y procederse a la partición, si así lo quisieran los cónyuges) y, por consiguiente, en ese marco recuperan su habilitación para contratar y para modificar la calificación de un bien ganancial a bien propio. Precisamente, ésa es la razón esencial de la posibilidad de que las partes acuerden la separación: permitir mutar la calificación de los bienes.

Es una visión realista y práctica. Si ello ocasionase un perjuicio a los acreedores, como ya hemos visto, aquéllos podrán plantear las acciones de rigor. Si acreedores anteriores al cambio, resultaren perjudicados por haber generado (o agravado), el cambio en cuestión, la solvencia patrimonial del cónyuge acreedor, podrían requerir acción de inoponibilidad por fraude o la nulidad por simulación.

Ahora, si el problema son estos mecanismos de defensa, entonces, estamos en un grave problema porque no serían eficaces para ningún acreedor. Se puede pensar que la situación de cónyuges dificulta las

pruebas del fraude a favor de los acreedores. En realidad, es todo lo contrario ya que entre los cónyuges cabría presumir, como ya hemos expuesto, la presunción del conocimiento de la situación de insolvencia del cónyuge deudor y transmitente.

V. Los contratos en el régimen de comunidad

1. Norma limitada a ciertos contratos

Expuesta la relatividad de los argumentos que procuran sustentar la necesidad de la prohibición de contratación entre cónyuges, corresponde, a continuación, analizar el alcance de la norma del inciso d, artículo 1002, del CCyC. La supuesta generalidad que podría plantearse ante su literalidad merece algunas consideraciones.

En efecto, los argumentos anteriores, aunque no fuesen compartidos, nos permiten enfocar ciertos contratos que podrían quedar comprendidos y desinteresar otros. Los fundamentos de la prohibición se relacionan con ciertos contratos, no con todos. No es casualidad que en el marco del régimen derogado se prohibieran "ciertos" contratos y no "todos".

1.1. Contratos cuyo objeto es la transmisión de bienes en propiedad

Éstos son los contratos originariamente comprendidos en la prohibición del Código Civil derogado. Se trata de contratos que se orientan a la transferencia de bienes de un patrimonio a otro, sea a título gratuito u oneroso. Es el caso de la compraventa, la donación y de los contratos que se podrían asimilar en sus efectos (v. gr., permuta, cesión, renta vitalicia e incluso fideicomiso), en el supuesto de que uno de los cónyuges (fiduciante) transmitiese la propiedad fiduciaria de bienes determinados a un tercero (fiduciario) para que éste los administre y al cabo de un plazo o condición lo deba transmitir al otro cónyuge (fideicomisario)¹⁷.

¹⁷ Se ha observado con absoluta precisión y claridad conceptual, hace más de tres décadas, que "...la reforma debería, a nuestro juicio, mantener la prohibición respecto de las compraventas y donaciones, pero limitada o reducida en su rigorismo,

Los argumentos que hemos analizado anteriormente se vinculan a estos contratos. Éstos son los únicos contratos comprendidos en la aparente generalidad del artículo 1002, inciso d. Sin perjuicio, como ya hemos señalado, de la posibilidad legal de celebrarlos válidamente recurriendo a la opción, previa o concomitante, por el régimen de separación de bienes.

1.2. La sanción de la prohibición

Imaginemos el caso de un contrato de aquellos que resultan involucrados (compraventa, permuta, donación, cesión) que se celebre entre cónyuges sin haber tomado el recaudo de la separación de bienes para obtener la plena habilidad: ¿cuál es la sanción legal?

Se trata de una nulidad relativa. Teniendo en cuenta que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas (art. 386), y que los cónyuges pueden optar por el régimen de separación patrimonial bloqueando así la ganancialidad, es claro que no hay orden público comprometido (menos aún moral o buenas costumbres). Las consideraciones argumentales tradicionales (e históricas) al respecto ya no resultan aplicables al caso, precisamente, en razón de la posibilidad que el ordenamiento les brinda a los cónyuges para no generar la comunidad patrimonial.

Por otra parte, si los cónyuges hubiesen celebrado el contrato sin haber efectuado la opción por la separación patrimonial e incurriendo con ello en la nulidad analizada, es evidente que el acto puede sanearse por confirmación y por la prescripción de la acción. En efecto, los cónyuges que han celebrado el contrato nulo podrían, luego de separar los patrimonios, confirmar el acto.

con base en los aspectos reseñados. La idea es prohibir los contratos que apunten a la transmisión de un bien de un cónyuge al otro. Y ese principio debe coonestarse con la indagación judicial de simulaciones y fraudes a pedido de parte interesada. No con mayores restricciones o vedas, sino con la posibilidad de dejar sin efecto negocios que persigan fines similares". MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La contratación entre cónyuges*, en L. L. 1983-B-898, también en *Obligaciones y contratos. Doctrinas Esenciales*, t. IV, p. 205; L. L. Online: AR/DOC/6886/2001.

2. El resto de los contratos

El resto de los contratos no se encuentran prohibidos en el régimen de comunidad. Algunos porque se encuentran expresamente permitidos (mandato, sociedad) y los demás, porque su cometido no encaja en los fundamentos tradicionalmente brindados para establecer la inhabilitación.

Así, por ejemplo, quedan excluidos contratos cuyo objeto es concretar una garantía personal (v. gr., fianza); contratos cuyo objeto es el otorgamiento del uso gratuito de una cosa o el uso y goce oneroso de una cosa (v. gr., comodato y locación de cosa, respectivamente); contratos cuyo objeto es el préstamo de consumo, de una cosa fungible o consumible, obligándose el cónyuge beneficiado a devolver otra cosa similar, de la misma especie, en la misma cantidad y calidad (mutuo gratuito u oneroso); contratos cuyo objeto es el cuidado y conservación de una cosa ajena, de manera gratuita u onerosa (depósito); contratos cuyo objeto es poner fin a una cuestión litigiosa o dudosa, sobre la base de concesiones recíprocas (transacción); contratos que tienen por objeto la comercialización por parte de uno de los cónyuges de bienes producidos por el otro, mediante una estructura empresarial independiente (v. gr., agencia, concesión, distribución, franquicia), etcétera.

A efectos de determinar qué contratos podrían efectuar los cónyuges que hubieran optado por el régimen de comunidad deberíamos, en primer lugar, establecer la participación de cada uno de ellos en el acuerdo y comprobar cuál es la causa fin del contrato y, obviamente, su efecto. Si el contrato no es de cambio y no altera el régimen patrimonial, no perjudica a los cónyuges ni a terceros, la prohibición resulta abstracta. Por supuesto, sin daño no hay fraude (ni nulidad). En efecto, puede acontecer que se pretenda proteger a los cónyuges a pesar de su voluntad en contrario, de su interés por celebrar el negocio vedado; que actúen con entera libertad, además de discernimiento e intención. Que no haya perjuicio alguno para ellos y sí beneficio en la celebración del negocio. Que no existan acreedores o si los hay que estén cubiertos con el patrimonio no comprometido en el contrato. Y lo mismo ocurre para los herederos¹⁸.

¹⁸ Cfr. MOSSET ITURRASPE, ob. cit.

Por otra parte, como ya dijimos, dentro del régimen de comunidad algunos contratos pueden ser celebrados entre cónyuges porque se encuentran expresamente permitidos por el ordenamiento jurídico. Veamos estos supuestos.

2.1. *El contrato de mandato*

Este contrato se encuentra expresamente permitido por el artículo 459 del CCyC. La norma se encuentra prevista entre las disposiciones inderogables para los cónyuges que se conoce como régimen primario y que se identifican como "disposiciones comunes a todos los regímenes" (arts. 454 a 462).

Así, el artículo 459 prevé, en punto al mandato entre cónyuges, que uno de ellos puede dar al otro poder para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen patrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

Es evidente que el mandato es un contrato permitido entre cónyuges bajo el régimen de comunidad. El artículo 459 es una norma especial y prevalece sobre la disposición general del artículo 1002, inciso d¹⁹.

La posibilidad de celebrar contrato de mandatos entre cónyuges estaba establecida en el artículo 1276 del Código derogado. Ahora bien, en el régimen anterior, el mandatario no tenía obligación de rendir cuentas (art. 1276, tercer párr.), supuesto que el artículo 459 mantiene, dejando expresamente establecido, a diferencia del régimen anterior que nada decía, que los cónyuges pueden imponerse esa obligación tácita en todo contrato de mandato.

Se desprende, por lo tanto, que el mandato es un contrato permitido entre cónyuges y se resuelve, a diferencia de la regulación anterior, lo atinente a la obligación de rendir cuentas al apoderado, salvo convención en contrario.

¹⁹ El único límite que la norma establece es la imposibilidad de darse a sí mismo el asentimiento, aunque esta limitación sólo rige para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (art. 456), no aplicándose al resto de los supuestos previstos en el art. 470.

Nada limita el alcance del mandato. En efecto, los cónyuges podrían otorgarse poderes generales o amplios, además de los especiales o específicos. La única limitación es que no podrían efectuarse mandatos que sorteasen los actos en los cuales se requiere el asentimiento (art. 456).

Desde luego, aquellas normas deben ser analizadas con el marco de las reglas referidas a la representación. En tal sentido, cabe tener en cuenta que el artículo 375 del CCyC establece que las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. Agrega también dicha norma que el poder conferido en términos generales sólo incluye actos propios de administración y son necesarias facultades expresas para constituir, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables. En consecuencia, no basta con el mandato tácito para los actos de disposición por cuanto dichos actos requieren mandato expreso.

2.2. *Contrato de sociedad*

El artículo 27 de la ley 19.550 ha sido sustituido. La nueva norma ahora prevé que "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV". En el régimen anterior se distinguía entre las sociedades que implicaban una responsabilidad solidaria e ilimitada, las que se encontraban prohibidas y las de responsabilidad limitada o por acciones que se encontraban permitidas.

El nuevo texto permite todas las sociedades previstas en el ordenamiento societario.

3. *Pactos relativos a empresa familiar*

El artículo 1010 del CCyC introduce una excepción a una regla general en materia sucesoria: la prohibición de pactar sobre herencias futuras. Si bien la regla sigue siendo la misma, aquella norma agrega una relevante excepción cuando dispone que los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones

referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Esta norma presenta una doble relevancia.

Primero, porque habilita los pactos sobre herencia futura en determinadas situaciones y bajo ciertas condiciones. Ello puede ser una herramienta de gran utilidad en la planificación sucesoria de la empresa familiar, sobre todo, si se coordina con otras herramientas previstas en el nuevo ordenamiento (v. gr., los contratos asociativos que pueden servir de marco jurídico a protocolos familiares –arts. 1442 y ss.–; el pacto de indivisión forzosa de los herederos –art. 2331–; la licitación de bienes de la sucesión –art. 2372–; la atribución preferencial del establecimiento o de otros bienes –arts. 2380 y 2381–, etc.).

Segundo, porque es otro de los supuestos de contratos válidos entre cónyuges, aun cuando se encuentren en estado de comunidad. Los pactos sobre herencia futura pueden ser celebrados por los herederos forzosos y el causante o por los herederos forzosos solos, o por el causante y su cónyuge e incluso cuando los herederos o legatarios sean cónyuges.

VI. Reflexiones finales

Nada impide que los cónyuges se desplacen de un régimen patrimonial a otro con total y absoluta libertad. A quienes se encuentran bajo la comunidad de gananciales les bastará con mutar la situación a favor de la separación de bienes para poder contratar entre sí, válidamente.

En el marco del régimen derogado se podría haber justificado una restricción semejante a la del inciso d, artículo 1002, del CCyC en aras de preservar la comunidad forzosa, evitando la actuación de uno de los cónyuges en beneficio propio y en desmedro de aquélla. Ahora bien, ya hemos visto que los cónyuges pueden “entrar” y “salir” del régimen de comunidad. Se encuentran facultados para evitar que la misma se constituya o, si se ha constituido, podrán dejarla sin efecto.

En este nuevo escenario, las restricciones resultan injustificadas e

inútiles. No es casualidad, entonces, que el proyecto no contemplara la regla del inciso d, del artículo 1002, incorporada a último momento y sin consultar demasiado tanto su coherencia con el resto de la normativa como su eficacia en mérito al cambio de paradigma que se ha operado en el nuevo CCyC con el régimen patrimonial del matrimonio.

Los cónyuges pueden contratar libremente cuando deseen, se encuentren en un marco de comunidad o de separación. Si es lo segundo, ningún acuerdo previo especial deberán realizar. Si es lo primero, en cambio, bastará con que ante escribano público acuerden separar y dismantelar la comunidad de gananciales para, a continuación, verse habilitados a contratar lo que estimen conveniente a sus intereses.