

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTRINA

COMPRAVENTA ENTRE ESPOSOS () (484)*

JORGE MARÍA ALLENDE

SUMARIO

I. Conceptos preliminares. II. La compraventa. Bibliografía.

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

Este tema que nos proponemos desarrollar lo consideramos de sumo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interés. Al respecto, la doctrina es amplia y muy nutrida.

La contratación entre marido y mujer es un problema arduo que ha motivado un intercambio de opiniones, originando variada jurisprudencia. Todo esto nos ha motivado a estudiar el tema, ávidos de aprender y saber.

Para una buena dilucidación, incursionaremos en los artículos pertinentes del Código Civil y en la ley de Matrimonio Civil 2393, y también en las leyes modificatorias del Código Civil, la 11357, "de los derechos civiles de la mujer" y la 17711, del año 1968.

Desde ya preguntamos si los cónyuges pueden contratar entre sí. Si la respuesta llega a ser afirmativa, es menester dar las razones y los fundamentos de tal posición. En cambio, si la respuesta llega a ser negativa, ésta se ampara en los artículos pertinentes del Código Civil que expresamente prohíben tal contratación, sin haber sido alcanzados en forma directa por la ley modificatoria 17711. A pesar de esto, muchas veces debemos tener en cuenta ciertas disposiciones de la citada ley que guardan alguna relación con el problema de la contratación entre marido y mujer.

Repetimos algunos conceptos expuestos en nuestro trabajo titulado "Matrimonio, sociedad conyugal y divorcio". Decíamos: "La ley 17711 plantea nuevos problemas. La interpretación de las reformas del Código Civil en el ámbito doctrinario y jurisprudencial se va nutriendo, siendo importante recoger y analizar las distintas opiniones. Nuestra posición será a veces de coincidencia con la de muchos estudiosos de este tema, pero siempre dejaremos expuestas nuestras reservas."

Nuestro codificador señala: "El matrimonio es la más importante de las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada."

El matrimonio instituido en nuestro Código Civil ha sido y es indisoluble. Así lo determina el art. 219 del Código y el art. 81 de la ley 2393: "El matrimonio válido no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos." Esta determinación es la disposición final de lo expresado en el art. 198 del Código y en el art. 64 de la ley 2393: "¡ El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial."

El doctor Alberto G. Spota en su texto de Derecho Civil, Familia, entre otros conceptos, expresa lo siguiente: "El ordenamiento positivo que nos rige, al permitir sólo la separación personal de los cónyuges por decisión constitutiva judicial, se funda en la indisolubilidad del vínculo conyugal por causa no mortuoria." "La sentencia de divorcio deja, en nuestro derecho positivo, subsistente el vínculo conyugal (art. 64. ley matrimonio civil). Se está ante el simple divorcio no vincular, o no dirimente o relativo. El fin principal de esa sentencia constitutiva del estado de divorciados (se trata del divorcio sanción, art. 67, ley matrimonio civil) o del divorcio consensual, aunque con los efectos del divorcio sanción (art. 67 bis, ley citada, modificatoria ley 17711) es el de la mera separación personal de los esposos, como lo establece el citado precepto."

Insistimos en el matrimonio argentino indisoluble, aunque muchos tratadistas y autores le dan al divorcio que establece nuestra ley una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interpretación dirimente, sin que sea así, pues la resolución judicial decretando el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, no le da libertad a los cónyuges, sino que sus obligaciones perduran, no pudiendo zafarse de muchas de ellas, entendido que en este aspecto debemos hacer un distingo entre la inocencia y la culpabilidad.

Reproducimos aquí el interesante voto del doctor Antonio Collazo, en el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 29 de abril de 1965. Estos son algunos de sus conceptos: "Nuestra ley de fondo señala que el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos (art. 81); que el divorcio que el Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial (art. 64); los esposos están obligados a guardarse fidelidad (art. 50) y que el padre y la madre quedarán sujetos a todos los cargos y obligaciones que tenían para con sus hijos, cualquiera que sea el que hubiese dado lugar al divorcio. Por último, se extingue la acción de divorcio y cesan los efectos del divorcio ya demandado, cuando los cónyuges se han reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción y motivaron el divorcio, restituyéndose todo al estado anterior a la demanda de divorcio (art. 71, ley 2393)."

El voto del doctor Collazo es claro y terminante, sus conceptos ratifican lo expuesto anteriormente.

Para consideraciones próximas, reviste singular importancia incursionar en la administración y disposición de los bienes de propiedad de cada uno de los cónyuges durante la existencia de la sociedad conyugal. Reproducimos lo expuesto en nuestro citado trabajo: "Matrimonio, sociedad conyugal y divorcio..." Decíamos: "La ley 17711 ha derogado los arts. 2º, 3º, 4º, 7º, 8º y 9º de la ley 11357; y modificado el artículo 1º de esta última, cuyo nuevo texto es éste: «La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil.» Quedan subsistentes los artículos 5º y 6º, los cuales, hoy más que ayer, tienen una importancia especial cuando se conjugan con el nuevo art. 1276 del Código Civil, que dice: «Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277.» Esta primera parte del artículo es suficiente. La modificación de la ley 17711, en este aspecto, ha establecido un juego armónico con la modificación del art. 19 de la ley 11357 y la supresión de otros artículos de esta ley, dejando incólumes los arts. 5º y 6º. Es necesario insertar el texto de ambos artículos, para darnos cuenta de la importancia que tienen ensamblados con el art. 1276 del Cód. Civil. El art. 5º dice: «Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.» Y el artículo 6º dice: «Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes»."

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los arts. 1291 y 1299 expresan respectivamente: "La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges." "Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad."

El art. 1306 en su texto originario decía en su primera parte: "En el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes." Modificado por la ley 17711, su texto es éste: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe."

Nos basta todo lo expuesto hasta este momento, para hacer un análisis. El matrimonio, como hemos visto, no se disuelve sino en caso de muerte de uno de los cónyuges. El divorcio que nace de la ley argentina no disuelve el vínculo matrimonial. El divorcio decretado judicialmente no autoriza ulteriores nupcias.

En cambio la sociedad conyugal se disuelve y se extingue cuando se ha decretado el divorcio de los cónyuges.

Los doctores Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert, en un interesante trabajo titulado Comentario de los artículos 1217 al 1275 del Código Civil, al referirse a la compraventa entre cónyuges, incursionan en el art. 1294 del Cód. Civil, y lo relacionan con la prevención del art. 1358: "Aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos" y expresan que el citado art. 1358 "no incluye una aclaración respecto de un supuesto distinto, como es el del divorcio, ya que en este último caso no se justificaría por la mayor desvinculación no sólo económica sino también personal, que se opera entre los cónyuges tras el divorcio."

Sin ánimo de controversia, es preciso destacar que los autores no tienen en cuenta, en sus consideraciones, la prescripción del art. 64, y concordantes de la ley 2393.

II. LA COMPRAVENTA

Nuestro Código Civil, en el título "De los contratos en general" y en el capítulo "De los que pueden contratar", en el art. 1160 establece: "No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos..."

En el título "Del contrato de compra y venta" y en el capítulo "De los que pueden comprar y vender", el art. 1357 indica: "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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de cosas de cualquiera persona capaz de vender, con las excepciones ,de los artículos siguientes."

El art. 1160, anteriormente mencionado, hace una enumeración de aquellos que no pueden contratar. En cierta manera generaliza. Con respecto a la compra y venta, el art. 1357 se refiere a aquellos que tienen capacidad de hacerlo "con las excepciones de los artículos siguientes". Y el siguiente art. 1358 dice textualmente: "El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos."

La prohibición del art. 1358 es concluyente, y, a mi entender, no admite discusión. Pero la prevención final del artículo ha motivado controversias y distintas interpretaciones jurídicas.

El doctor Raymundo M. Salvat, en su texto de Derecho Civil, Fuente de las obligaciones, nos enseña que la venta realizada en contra de la prohibición legal es "un acto nulo por la incapacidad de derecho para celebrarlo, que afecta a los esposos (art. 1043). La nulidad es absoluta por fundarse en razones de orden público (art. 1047) . La acción de nulidad es imprescriptible".

A su vez, el doctor Héctor Lafaille, en su texto de Derecho Civil, Contratos nos dice: "Ahora bien, si el artículo que comentamos rige aun en el supuesto de separación de bienes, con mayor motivo debe considerarse aplicable cuando no ha sido disuelta la sociedad conyugal. La compraventa entre esposos no se encuentra autorizada ni aun para los casos de subasta pública."

Las opiniones de los doctores Salvat y Lafaille, que hemos referido, son respetables, sin comentarios.

Tenemos también la opinión del doctor Guillermo A. Borda, tomada de su texto de Derecho Civil, Contratos. Se pregunta: "¿Debe admitirse un contrato de compraventa entre esposos divorciados?", y responde con estos términos: "En nuestro derecho positivo pensamos que la cuestión debe resolverse en sentido negativo, pues el art. 1358 dice expresamente que la prohibición se mantiene aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos. Es, nos parece, una restricción excesiva; después que la separación de bienes se ha consumado, no resulta razonable mantener la prohibición legal. La prohibición no rige, desde luego, cuando el matrimonio ha quedado disuelto por divorcio vincular decretado legalmente bajo la vigencia del art. 31, último apartado, ley 14394. El contrato celebrado en contra de la prohibición del art. 1358 adolece de nulidad absoluta y manifiesta. 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 invalidaba (art. 1047)."

Queremos ser amplios en la consignación doctrinaria, tan magnífica como la que nos han proporcionado hasta este momento los doctores Spota, Fassi, Bossert, Salvat, Lafaille y Borda, sin perjuicio de algunas otras de igual valor jurídico que conoceremos más adelante.

Todo esto constituye un material de singular importancia que nos brindan los maestros del derecho, para que podamos formar nuestra propia opinión.

La Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil, en un fallo del 23 de diciembre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de 1981 (E.D., t. 98, pág. 468), sienta la siguiente doctrina: "El artículo 1358 del Código Civil establece que el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos. Aun cuando la cuestión resulta dudosa, debe interpretarse que dicha prohibición no rige cuando los esposos se encuentran divorciados. Extender la prohibición de contratar a los cónyuges divorciados resulta una restricción excesiva y sin mayor justificación. No es posible que el intérprete maneje los artículos del Código en un estado de indiferencia por los resultados. En las cuestiones dudosas debe elegirse el camino que conduzca a la solución más valiosa."

Este fallo figura publicado con un comentario favorable del escribano Julio César Capparelli titulado "La compraventa entre cónyuges divorciados. Un fallo esclarecedor". Por su parte, la Revista del Notariado n° 782, año 1982, publicó la doctrina del citado fallo, con un comentario, también favorable, del escribano Carlos Nicolás Gattari, quien manifiesta: "Como puede advertirse, a través del discurso me inclino evidentemente por la tesis de la sentencia. Me parece más adecuada a la realidad jurídica y a la norma. La misma doctrina contraria se autocrítica, afirmando que «su interpretación no sirve para la vida, ya que, en definitiva, resulta una restricción excesiva y sin mayor justificación»."

La referida sentencia y sus comentaristas, le dan máxima importancia al divorcio de nuestra ley, a punto tal que para ellos la prohibición que prescribe el art. 1358 del Cód. Civil no reza para los cónyuges divorciados. Además, la separación judicial de bienes que previene el citado artículo la asocian a la separación del art. 1294 del Cód. Civil, hoy casi inaplicable, después de la modificación del art. 1276 del Cód. Civil. conforme a la ley 17711.

Luis María Rezzónico, en su texto Contratos, se refiere a la compraventa entre cónyuges. Se extiende mucho en distintas consideraciones. Dice que "la regla general de derecho que prohíbe los contratos entre esposos, y en el caso el de compraventa, recibe dos excepciones importantes: 1) Cuando los esposos estuvieren divorciados. Esto es discutido entre nuestros civilistas. La mayoría de nuestros autores sostienen que la prohibición alcanza también a los esposos divorciados. Así opinan: Segovia Llerena y Lafaille. Machado sostiene, por el contrario, que los esposos divorciados pueden comprarse y venderse recíprocamente sus bienes. . . 2) Cuando uno de los cónyuges compra un bien del otro en venta realizada públicamente por mandato judicial. Tampoco existe acuerdo de nuestros juristas. Lafaille opina que esa compraventa no estaría tampoco autorizada en tales casos, porque no estando excluidas del art. 1358 expresamente, uno puede considerarla comprendida en la norma general sobre la capacidad. Salvat opina por el contrario, a nuestro juicio con razón, que "esas compraventas entre esposos son probables...". Finaliza el doctor Rezzónico diciendo que la violación a la norma del art. 1358 "tiene como sanción la nulidad absoluta de la venta por tratarse de una incapacidad de derecho fundada en razones de orden público".

Refiriéndonos a la opinión del doctor Rezzónico, he aquí dos fallos de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cámara Nacional en lo Civil Segunda. El primero, del 14 de octubre de 1931, dice: "La prohibición del artículo 1358 sobre la compraventa entre esposos no rige cuando la adquisición del inmueble es consecuencia de una adjudicación forzada, como si la mujer compra un bien de su marido que se remata en una ejecución que a éste le sigue un acreedor."

El segundo fallo del 14 de agosto de 1943 determina: "La prohibición del artículo 1358 del Código Civil no rige cuando la adquisición del inmueble por uno de los cónyuges es consecuencia de la liquidación del caudal sucesorio, pues en este caso no existe un contrato de compraventa entre la mujer y el marido, sino entre la entidad sucesión y un tercero, totalmente ajeno a la calidad expresada y en absoluto violatorio de ningún principio de la ley."

Estos fallos nos eximen de comentarios: son adquisiciones efectuadas en instancias judiciales, donde la intervención del magistrado suple y vigila la voluntad de las partes.

En faz notarial, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal aprobó una consulta jurídica, el 20 de mayo de 1976, cuya doctrina es ésta: "Atento los términos del artículo 1358 del Código Civil, no es válido el contrato de compraventa realizado entre cónyuges, aun cuando éstos se hallen divorciados y separados de bienes." Entre los considerandos de la doctrina se dice "que el divorcio, tal como lo regula nuestra ley, no destruye el vínculo de la pareja por lo que el mismo puede restablecerse por el solo hecho de producirse la cohabitación de los esposos, con lo que volvería todo a su régimen anterior, tanto en la faz patrimonial como personal".

Actualmente no cabe hacer una diferencia entre la "separación judicial de bienes" y el "divorcio". Aquélla es una consecuencia de la sentencia judicial decretando el divorcio. Con anterioridad a la sanción de la ley 17711, la separación judicial de bienes era una gracia para el cónyuge inocente. Así lo establecía el art. 1306 del Cód. Civil, anterior a la reforma: "En el caso de divorcio el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes." Igualmente existen muchas disposiciones del Código Civil que se han vuelto inaplicables, después de la reforma de la ley 17711.

"La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal", dice el nuevo texto del art. 1306. La separación judicial de bienes, motivada por otra causa que no sea el divorcio, si bien se encuentra reflejada en la ley, no se aplica. Ella es una acción que sí le compete a ambos cónyuges, como consecuencia del divorcio y de la disolución de la sociedad conyugal.

La Cámara Segunda Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, de la ciudad y provincia de Mendoza, pronunció un fallo el 22 de noviembre de 1968, que publica J.A., t. 134, fº 804, con una nota y comentario del doctor Eduardo A. Zannoni que titula: "La sentencia de divorcio y la disolución de «pleno derecho» de la sociedad conyugal. "

El doctor Zannoni en la referida nota se refiere al art. 1306 reformado, el que tiene, entre otras, la siguiente característica: "que la disolución del régimen comunitario se produce de pleno derecho, ipso jure, automáticamente como efecto de la sentencia de divorcio. La misma acción de separación de bienes pierde identidad; la demanda de divorcio lleva implícita la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

separación y hace procedentes las medidas precautorias del art. 1295 del Cód. Civil y del art. 74 de la ley de matrimonio".

Hemos presentado una serie de opiniones y comentarios relacionados con el matrimonio, la sociedad conyugal, su disolución y separación judicial de bienes, para ubicarnos en el ambiente generalizado de aquellos que sostienen que el marido y la mujer divorciados pueden comprar y vender, entre sí, cualquier bien raíz; pero esos que así opinan no tienen en cuenta que el divorcio de nuestro Código no disuelve el vínculo matrimonial, consintiendo únicamente en la separación personal de los esposos (art. 64 de la ley de Matrimonio Civil).

Citamos nuevamente al doctor Alberto G. Spota, para decir con él: "La sentencia de divorcio deja, en nuestro derecho positivo, subsistente el vínculo conyugal (artículo 64, ley de Matrimonio Civil). Se está ante el simple divorcio no vincular, o no dirimente o relativo. El fin principal de esa sentencia constitutiva del estado de divorciados (se trata del divorcio sanción: art. 67, ley de Matrimonio Civil, o del divorcio consensual, aunque con los efectos del divorcio sanción - art. 67 bis ley citada, modificada por ley 17711 -) es el de la mera separación personal de los esposos, como lo establece el citado precepto."

La Cámara Nacional en lo Civil se reunió en un plenario el 22 de diciembre de 1962, para considerar el "Divorcio vincular. Derecho sucesorio del cónyuge no culpable (art. 31, ley 14394), caducidad de la vocación sucesoria del cónyuge inocente". Por mayoría de votos la Cámara adoptó la siguiente doctrina: "EL divorcio vincular que autoriza el artículo 31 de la ley 14394 no hace cesar el derecho sucesorio del cónyuge no culpable, a menos que con ulterioridad a la sentencia que lo declaró inocente haya incurrido en algún acto que cause la caducidad de su vocación hereditaria."

En este plenario se sintetiza la opinión jurisprudencial relacionada con las consecuencias del divorcio vincular favorable o no a la vocación hereditaria del cónyuge divorciado no culpable, que refleja mucho en lo que hemos expuesto hasta el momento.

Reproducimos algunos conceptos del doctor Calatayud, cuyo voto - fue aceptado por la mayoría. Ellos son: "En cambio, nuestra ley (14394), hoy suspendida, salvo la aptitud para contraer nuevo matrimonio, no previó ningún efecto más, lo que lleva a pensar que ésa ha sido la ratio legis."

He aquí el voto de la minoría, fundado por el doctor Foutel: "Antes de la sanción del artículo 31 el vínculo era indisoluble, persistía - aunque débil - aun en caso de divorcio, hasta el momento de la muerte; era lógico, entonces, que el cónyuge en principio heredara en su calidad de tal. Pero una vez disuelto el vínculo por el divorcio absoluto, ¿con qué título, bajo qué norma legal puede heredar el esposo?"

El doctor Julio Dassen, en su comentario, apoya el voto de la mayoría, y nos dice: "Nuestra ley no ha modificado nada, pues sólo ha establecido que el divorcio vincular autoriza a los cónyuges a contraer nuevas nupcias. Por lo tanto los tribunales tienen un ancho margen de decisión."

Por su parte el doctor Aquiles H. Guaglianone, analizando el voto del doctor Calatayud, dice: "Opina en primer término que la frase respectiva del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo 31 «se introdujo... con el único y principal efecto de permitir a los cónyuges contraer nuevas nupcias». Debió agregar que el divorcio, por sí, no sólo hace renacer la aptitud nupcial, sino que supone, necesariamente, la disolución del matrimonio anterior, pues de otra manera se estaría afirmando que la ley autoriza la multiplicidad de vínculos matrimoniales inexistentes."

El fallo plenario de la Cámara Civil nos pone de manifiesto dos opiniones que analizan el divorcio que legisló el art. 31 de la ley 14394. Antes que nada el fallo marca una diferencia entre el divorcio vincular y el otro divorcio que legisla el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil. Con respecto al divorcio vincular del art. 31, existe una marcada diferencia entre las dos tendencias de los señores magistrados de la Cámara: la mayoría votó en la forma expresada en la doctrina, dándole al divorcio vincular sancionado en virtud de la ley 14394 un solo propósito, el de que los cónyuges divorciados puedan contraer nuevas nupcias; por consiguiente la vocación hereditaria del ex cónyuge no culpable persiste y permanece vigente. Este voto de la mayoría no le da al divorcio vincular del art. 31 un carácter absoluto cuyo único fin es de permitir las nuevas nupcias, pero "nada dijo sobre la vocación sucesoria, ni sobre el derecho alimentario? ni sobre la posibilidad de legitimar hijos extramatrimoniales".

A propósito de este fallo, veamos los artículos del Código Civil que se relacionan con la sucesión de los cónyuges divorciados. El art. 3574 establece: "Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Empero el cónyuge inocente perderá el derecho hereditario si hubiere incurrido en adulterio o en actos de grave inconducta moral, con posterioridad a la sentencia de divorcio." A su vez, el art. 3575 dispone: "Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente. Si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior."

Ambos artículos revelan que el matrimonio subsiste, a pesar de la separación o divorcio, reconociendo vocación hereditaria al cónyuge inocente. Esto es un argumento más para seguir sosteniendo que el divorcio legislado en nuestro Código no rompe el vínculo matrimonial.

Queremos referirnos a la opinión del doctor Jorge A. Mazzinghi, dada en su texto de Derecho de Familia, donde nos dice: "La letra del 1358 pretende, a nuestro entender, que la prohibición rija entre cónyuges separados de bienes, pero no divorciados. Pero el problema de los bienes es independiente de él, y aunque subsista el deber de fidelidad y eventualmente el de alimentos, lo cierto es que la sociedad queda disuelta y los cónyuges se transforman en extraños en materia patrimonial. Por ello, y teniendo en cuenta que estamos frente a una disposición constitutiva de una incapacidad de derecho, creemos que procede su interpretación restringida, y por lo tanto admitimos que, producida la disolución de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad conyugal, renace entre los esposos la facultad de celebrar el contrato de compraventa."

No existe unanimidad de opiniones, ellas varían, según la interpretación de los distintos autores.

EL doctor Eduardo A. Zannoni, en su tratado de Derecho de Familia se refiere a la compraventa; analizando el art. 1358, nos dice: "La norma hace extensiva al caso de que los esposos estuviesen separados de bienes, y ello ha creado divergencias interpretativas. Según una primera interpretación la incapacidad abarca todos los supuestos en que acaece la separación, de modo que la prohibición subsiste aunque los cónyuges estén divorciados. En cambio otro sector de la doctrina cree que al aludir el artículo 1358 a los cónyuges separados de bienes, se refiere a los casos en que, en el contexto original del Código Civil, acaecía la separación judicial de los bienes sin divorcio, en que la unión conyugal subsistía, aunque no el régimen de comunidad (por ejemplo, el caso de separación de bienes por mala administración o concurso del marido en el supuesto del artículo 1294). Por nuestra parte, participamos de este último criterio, aun cuando, aparentemente, el artículo 1358 no distinga."

Al igual que aquellos autores, cuyas opiniones hemos comentado sostenemos firmemente que el divorcio que legisla nuestro Código Civil no disuelve el vínculo matrimonial, el que siempre subsiste. De ahí pues, que la prohibición del art. 1358 es terminante, y no marca excepciones.

Recordamos aquí el voto del doctor Calatayud, en el citado plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, cuando le daba al divorcio vincular del artículo 31 de la ley 14394 un escaso valor y secundario, advirtiendo que la vocación hereditaria subsistía para el cónyuge divorciado no culpable.

En dicho plenario el doctor Guillermo A. Borda emitía su voto apoyando al doctor Calatayud, diciendo: "Que el cónyuge divorciado inocente pierde su vocación hereditaria si ha pedido la disolución, o si habiéndola pedido el culpable, él ha hecho uso del derecho de contraer nuevas nupcias, aunque a su juicio esa solución debe entenderse a todo esto que revela el propósito de romper el vínculo."

A su vez, repitamos el final del voto del doctor Collazo, en otro plenario de la Cámara Civil, a que hemos hecho referencia anteriormente. Dijo el doctor Collazo: "se extingue la acción del divorcio y cesan los efectos del divorcio ya declarado, cuando los cónyuges se han reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción o motivaron el divorcio, restituyéndose todo al estado anterior a la demanda de divorcio (art. 71, ley 2393)"

Hemos consignado una serie de conceptos de muchos tratadistas, con nuestros comentarios. Respetamos y apreciamos la disparidad de criterio. Todo es teoría y enseñanza.

El art. 31 de la ley 14394 estableció la disolución del vínculo matrimonial y la autorización para contraer nuevas nupcias. Esta ley fue promulgada el 22 de diciembre de 1954, pero el decreto - ley 4070 del 1° de marzo de 1956 declaró en suspenso el citado art. 31, en cuanto habilitó las nuevas nupcias a los divorciados y ordena la paralización de los trámites judiciales y a no dar curso a nuevos pedidos de divorcio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En esta forma tiene plena vigencia la ley de Matrimonio Civil 2393, que expresa en su art. 81 lo siguiente: "El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos"; y el art. 64 expresa: "El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial. "

Todas estas disposiciones le dan consistencia y valor al art. 1358 del Cód. Civil, cuando dice que "el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos". Esta prohibición alcanza y comprende por igual a todos los cónyuges unidos, separados o divorciados, conforme a las disposiciones de nuestra actual legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Allende, Jorge María, "Matrimonio, sociedad conyugal y divorcio", Rev. del Notariado, año 1983, n9 786.
- Spota, Alberto G., Derecho Civil, t. II, Derecho de Familia, v. 2, Matrimonio, pág. 322.
- Cámara Nacional en lo Civil, plenario del 29/4/65, voto del doctor Antonio Collazo. J. A. año 1965, IV, 10625.
- Fassi, Santiago C. y Bossert, Gustavo A., Comentario de los arts. 1271 al 1275 del Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, t. I, pág. 85.
- Salvat, Raymundo M., Derecho Civil, Fuente de las Obligaciones, t. I, año 1950, pág. 317.
- Lafaille, Héctor, Derecho Civil, Contratos, t. II, pág. 24.
- Borda, Guillermo A., Contratos, 4ª ed., año 1969, pág. 170.
- Cámara Nacional Civil, Sala E, fallo del 23/12/81, t. 98, pág. 468. El Derecho.
- Gattari, Carlos Nicolás. Comentario al fallo, Sala E, Cámara Nacional Civil, 23/12/81, Rev. del Notariado, año 1982, N° 782, pág. 520.
- Rezzónico, Luis María, Contratos, t. I, pág. 161.
- Cámara Nacional Civil Segunda, fallo del 14/10/31, J.A. 36, 1431.
- Cámara Nacional Civil Segunda, fallo del 14/8/43, 1943 - III - 846.
- Rev. del Notariado, consulta jurídica, año 1976, N° 747, pág. 693.
- Zannoni, Eduardo A., "La sentencia de divorcio y la disolución de «a pleno derecho» de la sociedad conyugal", J.A., t. 134, fs. 804
- Cámara Civil en pleno de la Capital, J.A., año 1962 - II, Nos. 65 y 8. pág. 199.
- Comentario del doctor Julio Dassen, La Ley, t. 108, pág. 842. Comentario del Dr. Aquiles H. Guaglianone.
- Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, t. II, pág. 406.
- Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, t. I, pág. 624.

LAS AUTORIZACIONES A MENORES DE EDAD Y LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL (*) (485)