**Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas.[[1]](#footnote-2)**

***Pub.*** Diario DPI Familia y Sucesiones. Año 2 N° 13. 13 de febrero 2015. <http://www.dpicuantico.com/wp-content/uploads/2015/02/Familia-Doctrina-2015->. ISSN 2362-3217 | N° de registro DNDA: 5170140 *Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 87-114.*

**1. ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial?**

Las consecuencias económicas del matrimonio están contenidas en el Título II del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, que regula las relaciones de familia.

El nuevo diseño reconoce que la realidad de las actuales familias argentinas es muy diferente a la de antaño, que hay una creciente democratización en sus estructuras, y múltiples formas de organización económica, que ya no encuentran respuesta en un sistema único y forzoso como el regulado por el viejo Código Civil.

Por otra parte, se engarza con los principios surgidos de la Constitución - que atraviesan toda la reforma -y que alcanzan su correlato también en el ámbito del derecho patrimonial familiar. Estos principios no constituyen categorías axiológicas cerradas, estáticas o independientes, sino que se condicionan mutuamente y han operado como restricciones insuperables para la Comisión de Reformas.

La *igualdad* de los cónyuges, reconocida y consagrada en forma progresiva por el régimen patrimonial del matrimonio argentino, exige idéntica protección de los derechos económicos de ambos. El nuevo régimen supera todo resabio de discriminación (conf. art. 402). *La autonomía* involucra la protección de la vida privada; exige que el orden jurídico garantice la posibilidad de que los miembros de cada matrimonio puedan diseñar y concretar su propio proyecto de vida (personal y compartida), sin injerencias arbitrarias por parte del Estado. Lógicamente solo puede consagrarse la autonomía, si existe igualdad entre ambos miembros de la pareja; de otro modo difícilmente puedan sentarse a negociar en paridad de condiciones. No se propone una libertad sin límites, sino una libertad con responsabilidad entre los miembros del grupo familiar; la solidaridad aparece entonces como el contrapunto de la autonomía. Por eso el Código Civil y Comercial prevé un conjunto de disposiciones generales, aplicables cualquiera sea el régimen patrimonial, que resguardan los derechos fundamentales de los cónyuges y el grupo (art. 455 a 462). Garantizan la protección de la vivienda y de los muebles indispensables, la contribución al sostén del hogar proporcional a los recursos, el reconocimiento del trabajo doméstico como aporte, y la responsabilidad solidaria por las deudas del hogar y los hijos.

En la vieja sociedad conyugal, la solidaridad era una base indiscutible del sistema, y la igualdad fue abriéndose camino a través de las sucesivas reformas. En cambio, el respeto por la autonomía personal seguía siendo la deuda pendiente. Para saldarla, el nuevo texto reconoce a los cónyuges la facultad de adoptar algunas decisiones sobre los efectos económicos de su matrimonio.

**2. ¿Qué espacio se reconoce a la autonomía personal de los cónyuges?**

En el Código Civil y Comercial existe nueva una esfera real y concreta de libertad permitida para los esposos. A partir del respeto por la capacidad de cada uno para comprender y decidir sobre aspectos centrales de su vida, se confiere algunos permisos a las parejas matrimoniales quienes -a partir de agosto de este año - podrán celebrar convenciones matrimoniales para elegir entre uno de los dos regímenes autorizados (art. 446, 449), así como también cambiar el régimen elegido inicialmente, o el legal que se aplicaba supletoriamente (art. 449).

La capacidad contractual, en cambio, ha sufrido una alteración que va en sentido contrario, no solo de los fundamentos constitucionales de la reforma, sino también de las tendencias mundiales. Veamos el alcance del problema planteado.

**3. ¿Cuál es la regla sobre la capacidad contractual entre cónyuges en el Código Civil?**

En el Código Civil no existía una norma genérica que prohibiera contratar a los cónyuges; Vélez se abstuvo de sentar una regla de este tipo, limitándose en cambio a precisar algunas prohibiciones para determinados contratos, que - justo es reconocer- son los que en la práctica alcanzan mayor trascendencia económica. La solución se mantuvo incólume no obstante las sucesivas reformas, con la idea de asegurar la inmutabilidad del régimen, proteger a la mujer que era considerada la parte débil de la relación, impedir que se altere el sistema de responsabilidad por deudas, y evitar perjuicios a terceros por actos que modifiquen la titularidad de los bienes y empobrezcan al deudor.

La inexistencia de una norma prohibitiva genérica llevó a la doctrina a sostener como regla la libertad contractual y, por ello, se impuso una interpretación restrictiva de los contratos vedados, que no permitía su aplicación por analogía.

Se prohibieron la donación, la compraventa, la permuta, la cesión de créditos, dación en pago, la cesión de derechos hereditarios. En cambio el mandato estaba expresamente autorizado (art. 1276 CC). En cuanto a las sociedades, si bien la naturaleza propia de las formas societarias hizo que en sus orígenes institucionales se las considerara incompatibles con los intereses y la dinámica de la vida familiar, con el correr del tiempo, y en vistas al importante papel que las empresas de familia tienen en la sociedad contemporánea, la regla se flexibilizó. La ley 19.550 permitió las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada (art. 27), no se admitían los otros tipos societarios por temor a que sean el instrumento para sortear las reglas imperativas del régimen. También se reconoció validez a otros contratos no expresamente prohibidos que no eran incompatibles la administración separada (depósito, comodato, mutuo).

**4. ¿Cuál es la solución en el Código Civil y Comercial?**

**4.1. La propuesta originaria**

El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en los contratos especiales del Código Civil. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las 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 que dice: “*Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV*. (Artículo 2.14 Anexo II de la ley de aprobación y derogaciones que sustituye el artículo 27 de la ley 19550.)

La visión constitucional del derecho familiar y el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges coadyuvaron a la pérdida de vigencia de los viejos argumentos en favor de la prohibición contractual:

(i) Si los cónyuges pueden elegir el régimen patrimonial matrimonial aplicable a su matrimonio, mediante convenciones anteriores o posteriores a las nupcias, se da por tierra el argumento de prohibirles contratar para preservar la imperatividad del régimen; los contratos que realicen no transgreden un sistema forzoso que ya no existe.

(ii) Dado que la hermenéutica está condicionada por el principio de igualdad y por la plena capacidad jurídica de ambos cónyuges, no es congruente que el sistema diseñado, por un lado reconozca a cada uno la libre administración y disposición de sus bienes, y por el otro les prohíba contratar entre sí.

(iii) El art. 2543 inc. a) recoge la suspensión de la prescripción entre cónyuges durante el matrimonio (ya prevista en el art. 3686 del CC), por lo que se preserva la solución judicial de cualquier conflicto entre ellos, que tenga su origen en un contrato.

(iv) Tampoco encuentra justificación el argumento de la protección de los terceros, (herederos forzosos o acreedores). La aplicación del principio de proporcionalidad normativa demuestra que la afectación de los derechos de los cónyuges por esta prohibición no es proporcional al objetivo buscado, el que puede alcanzarse por vías menos lesivas para los cónyuges. La tutela de los intereses de quienes contratan sobre la base de la confianza de un determinado estado de fortuna de su deudor, puede perfectamente concretarse mediante los remedios legales previstos en la acción de fraude a acreedores. Los herederos forzosos, por su parte, cuentan con las acciones sucesorias que les ofrecen los remedios aptos para proteger su legítima cuando fuere conculcado por contratos o donaciones inoficiosas.

En consecuencia, en la propuesta originaria 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. Aunque no se había incorporado una regla expresa al estilo del art. 1321 del Código Civil español (“podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”), la supresión de las prohibiciones en los contratos especiales debía entenderse como la superación de toda limitación para contratar fundada en la condición de cónyuge.

**4.2. El retroceso de la redacción definitiva.**

El sistema así pensado, sufrió una importante modificación poco antes de ser aprobado por la Cámara de Senadores. En efecto, el artículo 1002, que enumera las inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incorporó en el *inc. d) la prohibición de contratar a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad.*

El agregado es desafortunado y resulta difícil su interpretación sistémica. Probablemente ha primado el viejo prejuicio de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a los terceros frente a la coherencia interna del sistema.

En efecto, esta alteración ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación, e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye la regla de libertad contractual por la de incapacidad contractual. Nótese que una formula semejante impide realizar aquellos contratos que actualmente se consideran permitidos (depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.).

La solución legal es contradictoria con la reforma en materia societaria, que habilita a los esposos a integrar todo tipo de sociedades. Podría argumentarse que nada les impide sortear la prohibición acogiéndose al régimen de separación de bienes, en el que sí les está permitido contratar; pero forzarlos a cambiar de régimen para poder realizar negocios jurídicos entre sí ¿es la opción más respetuosa de la axiología del sistema? Sin dudas, y después de todo lo que hemos afirmado, la respuesta negativa se impone.

1. MARIEL F. MOLINA DE JUAN. Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Docente Universidad Nacional de Cuyo, Doctorado en derecho, Maestría en Magistratura y Gestión Judicial. Colaboradora de la redacción del Libro Segundo. Relaciones de Familia. [↑](#footnote-ref-2)