

## Contratos conyugales\*

Por Norberto J. Novellino

En todos los tiempos –como bien observa Cornu<sup>1</sup>–, han existido dos tendencias principales respecto a la validez de los acuerdos entre cónyuges: una hostil y otra favorable.

La primera se funda en la falta de libertad e independencia que impediría a los esposos intervenir en el debate de sus intereses con el desembarazo que es esencial en los contratos, llegándose a negar su existencia en base a la *incita carnis*, es decir que si el amor convierte a los cónyuges en un todo único, se llegaría al absurdo de un convenio entre “un sí mismo” con otro “un sí mismo”.

Por el contrario, la tendencia que admite tal acuerdo niega esta confusión de personalidades alegando que los esposos son personas distintas, no sólo en lo físico sino también en lo moral, agregando, además, que el contrato hace nacer entre ellos una comunidad, constituyendo algo así como una colaboración propicia para fortalecer los lazos que ya mantienen.

¿Cómo se explican estas divergencias doctrinales?

Las respuestas podrían ser varias pero –siendo pragmáticos–, adherimos a la postulada por el mismo Cornu, para quien es una cuestión de costumbres. En efecto, mientras la tesis negativa sacrifica el acuerdo conyugal a la integridad del matrimonio que desea preservar por encima de todo, la permisiva o favorable se está haciendo eco de la nueva realidad, consistente en las uniones efímeras.

Los hechos actuales nos revelan que los contratos matrimoniales pueden generar grandes servicios entre esposos desavenidos o separados en la sociedad de hoy, donde la mujer no es más una incapaz y participa activamente en la vida de los negocios, aun cuando no abandone su rol de ama de casa.

Es decir que podríamos afirmar que esta nueva necesidad contractual nace del hecho de que el hombre ha ido cediendo espacio en su papel de jefe del hogar, cuyo deber principal era constituirse en el sostén de la familia, sin perjuicio de que, subsidiariamente, el matrimonio en sí se ha ido debilitando como institución con reglas fijas debidamente preconstituidas.

Todo lo dicho permite, entonces, formularnos una nueva pregunta: si la esposa puede contratar con terceros, ¿por qué no con su marido?

Considera Cornu que ello es posible pero a condición de que se respete el espíritu y las citadas reglas de la relación matrimonial, entendiendo que es menester fundar la validez de estos acuerdos en una limitación de voluntades de los cónyuges por una razón de orden público que impera sobre el matrimonio, lo cual hace que únicamente se admitan algunas modificaciones a condición de que sean impuestas

---

\* Publicado en revista “La Ley”, año LXIV, n° 59, 23/3/00.

<sup>1</sup> Ver Cornu, Gérard, *El contrato entre esposos*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, París, año LII, n° 3, 1953, p. 461 y siguientes.

por una urgente y evidente necesidad que las haga admisibles, pero en forma absolutamente provisional.

Esta inacabada polémica deviene histórica, dado que se origina desde que se comienza a legislar sobre el matrimonio como institución civil, o sea, desde que dejó de ser considerado sólo un sacramento impuesto por la Iglesia Católica, especialmente cuando sobrevino la Revolución Francesa y –según señala nuestro admirado Vélez Sársfield en su nota al Título I de la sección seguida sobre los derechos personales en las relaciones de familia– “la lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo, y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran”.

Como es público y notorio, nuestro codificador se manifiesta contrario a ellas considerando al matrimonio, en la misma nota citada, como “una institución social fundada en el consentimiento de las partes”, con particularidades diferentes de los contratos comunes, a cuyo fin y como aval de su postura transcribe un párrafo de Lord Robertson en el que éste sostiene que “el matrimonio es un contrato *sui generis*, diferente en muchos respectos de todos los otros contratos, y tanto, que las reglas de derecho aplicables a los otros contratos, no pueden aplicarse a éste, ni en su constitución, ni en los medios de ejecución”.

## 1. Los principios generales

Los arts. 1807, inc. 1º, 1219 y 1358 del Cód. Civil –calificados como normas de orden público–, tienden a evitar que uno de los cónyuges pueda emplear su influencia sobre el otro y aprovecharse así de la relación afectiva como un medio de enriquecimiento al que aludíamos al comienzo<sup>2</sup>.

De estas normas surge, empero, que la regla general para la contratación entre cónyuges es de excepción en nuestro derecho positivo<sup>3</sup>, estando declarada “de ningún valor” expresamente en el art. 1218, exceptuándose aquellas convenciones prematrimoniales autorizadas por el art. 1217 que la ley reformadora 17.711 redujo a dos: la designación de los bienes que cada uno de los cónyuges lleva al matrimonio y las donaciones que el esposo hiciere a la esposa<sup>4</sup>.

Cabe advertir, sin embargo, que el art. 1219, al prohibir bajo pena de nulidad los contratos entre esposos “después de la celebración del matrimonio”, se está refiriendo a convenciones matrimoniales y no a sociedades comerciales<sup>5</sup>.

Recordemos que tales convenciones “deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces”. De no haber escribano, éste podrá ser sustituido por “el juez del territorio y dos testigos”, según lo dispone el art. 1223.

---

<sup>2</sup> Mattera, Martha R. - Lentini, Silvia J., *Sociedad conyugal*, Bs. As., Exequor, 1988, p. 257; CSJN, 10/1/85, “Muekian de Kaprielan, Noemí c/Krapielan, Gregorio”, inédito.

<sup>3</sup> JuzgCivCom Villa Ángela, Chaco, firme, 23/11/78, LL, 1979-A-445.

<sup>4</sup> CNCiv, Sala D, 17/4/74, LL 154-542.

<sup>5</sup> CNCiv, Sala C, 24/12/71, ED, 43-28, según dictamen del fiscal de Cámara.

Por último, corresponde recordar que por imperio del art. 163 (ley 23.515) dichos convenios “y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes”.

Se continúa de este modo lo estatuido en los arts. 16 y 17 del Tratado de Montevideo de 1940 que aplica el sistema de unidad en oposición al de pluralidad, mediante el cual la legislación aplicable es la del sitio donde se encuentran los bienes<sup>6</sup>.

## **2. Nuevos contratos en la era de la globalización**

Todo lo antedicho queda en tela de juicio cuando vemos que las nuevas formas de familia aceptadas actualmente por la realidad imperante, entre las que parecen prevalecer, lamentablemente, las denominadas “ensambladas” o las de parejas no casadas, han hecho surgir nuevos modos de contratos que, sin duda –mal que nos pese–, tarde o temprano llegarán a implantarse en nuestro país como consecuencia de ese otro fenómeno nuevo conocido como “globalización”, máxime cuando los argentinos somos proclives a copiar lo extranjero, especialmente lo malo, aun aquello que no se adapta a nuestra idiosincrasia.

Veamos, pues, por eso de poner las barbas en remojo, algunas de las modalidades contractuales surgidas en el mundo en materia matrimonial.

Desde el 16 de agosto de 1997 rige en el Estado norteamericano de Louisiana una ley que hace más difícil el divorcio y que es optativa para las nuevas parejas formadas a partir de la fecha citada.

Dicha ley se conoce como “pacto matrimonial” y preceptúa que quienes elijan casarse de acuerdo con sus reglas sólo podrán divorciarse ante situaciones límites, como, por ejemplo, adulterio flagrante, abusos graves o abandono comprobado.

Este cuerpo legal carece de antecedentes en los propios Estados Unidos donde –desde hace veinticinco años– funciona el divorcio “sin culpa” por mutuo consentimiento. No obstante, dado el alto índice de desvínculos matrimoniales que dicho país padece (50%), es muy probable que la citada ley sea acogida en varios otros Estados, ya que el aludido porcentaje de desavenencias conyugales produce muchos gastos en sus sistemas de seguridad social destinados a solventar a madres divorciales a cargo de hijos pequeños.

En la Argentina ya Mazzingi (h.) anticipó su beneplácito con la referida ley estadounidense, por entender que es “sano su espíritu” en tanto “muestra la preocupación por las consecuencias negativas del divorcio en los cónyuges y en los hijos”, aunque admitió no conocerla en detalle<sup>7</sup>.

Más recientemente, el parlamento francés aprobó el denominado “pacto civil de solidaridad” (el 13 de octubre de 1999), apoyado por la ministra de justicia Elizabeth Guigou, una diminuta rubia de 52 años, mano derecha del ex presidente Mitterrand y

---

<sup>6</sup> Yungano, Arturo R., *Manual teórico práctico de derecho de familia*, Bs. As., Jurídica, 1989, p. 158 y siguientes.

<sup>7</sup> Ver diario “Clarín”, del 16/8/97, p. 152.

ahora encargada de redactar el texto definitivo de una reforma integral de las leyes sobre familia para adaptarlas a las nuevas costumbres.

Por de pronto, la ley ya votada supone un contrato firmado en el juzgado por dos personas adultas de diferente o igual sexo, las que después de tres años de convivencia serán reconocidas como uniones libres con derechos prácticamente similares al matrimonio legal, gozando de cobertura social y asistencia médica, subsidio, beneficios de viudez, menores impuestos, etcétera.

Pero hay más: el nuevo proyecto preparado por el gobierno francés es más completo y revolucionario que el mencionado pacto y, promovido por el primer ministro socialista Lionel Jospin, prevé lo siguiente: *a)* reconocimiento de todas las formas de convivencia (legales, concubinarias, heterosexuales u homosexuales); *b)* creación de un nuevo tipo de unión que, sin ser un matrimonio propiamente dicho, implique deberes y derechos; *c)* desvínculo matrimonial sin abogados; *d)* protección de la mujer en caso de violencia familiar, justificando el abandono de hogar en estos casos, y *e)* igualdad jurídica entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

### **3. De nuestros proyectos y de bandos militares**

Ante todo, debemos destacar con orgullo que, al menos en materia de indiscriminación de hijos, nos hemos adelantado a Francia en tanto y en cuanto ya en 1954 se sancionó en la Argentina la ley 14.367 que terminó con la diferenciación entre los hijos legítimos y los ilegítimos (naturales, adulterinos e incestuosos). Dicha ley fue mejorada en 1985 por la 23.264.

En lo demás, existe no sólo un proyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial donde se pretende introducir algunas innovaciones en materia de derecho de familia<sup>8</sup>, sino que existe otro proyecto surgido en 1995 que persigue mejorar notablemente la situación de los concubinos<sup>9</sup>.

Por otra parte, no olvidemos que con motivo de la publicitada separación matrimonial de una conocida actriz y conductora de televisión cuyos ingresos económicos eran muy superiores a los de su marido, un mediocre polista, se suscitó (lanzamiento de cenicero mediante) una no menos publicitada polémica entre quienes postulaban la urgente reforma del Código Civil en materia de convenciones matrimoniales y aquellos que defendían a ultranza el sistema vigente.

Lo extraordinario del caso fue que uno de los más entusiastas partidarios de la reforma pertenecía al Episcopado en cuanto era nada menos que Julio Capparelli, asesor de su Secretariado Nacional para la Familia. Entre otros argumentos, alegó:

---

<sup>8</sup> Limitándonos al tema del presente trabajo, recordamos que el proyecto lo trata en sus arts. 438 a 442. El primero agrega a los dos objetos de los contratos prenupciales del vigente art. 1217 (ley 17.711), otros dos: la enunciación de las deudas, si las hay, y la opción que hagan por algunos de los regímenes matrimoniales previstos en el nuevo código proyectado. A su vez, el art. 441 del proyecto establece que, una vez celebrado el matrimonio, puede cambiar "por sentencia judicial y por convención de los cónyuges" la separación de bienes "después de dos años de aplicación del régimen matrimonial".

<sup>9</sup> Este proyecto data de 1995 y sus autores son los legisladores María G. Pereyra de Montenegro, Elisa E. Caso, Roberto A. D'Elía, Elisa M. Carrió, Víctor M. F. Fayadi, Laura C. Musa, Rafael M. Pascual y Federico M. Storani.

“Las parejas deberían tener varias opciones además de la comunidad de bienes comunes”. Y agregó: “esto llevaría al casamiento a parejas que hoy no se casan por motivos económicos”<sup>10</sup>.

No obstante, lo más extraordinario es que, a pesar de los nuevos avances que se están sucediendo en el mundo en materia de derecho de familia, tanto en lo que hemos reseñado precedentemente como en la incorporación de los daños en dicha materia<sup>11</sup>, todavía rija en nuestra querida patria un Reglamento para el Servicio Interno del Ejército, la Armada y Fuerza Aérea que obliga a los oficiales y suboficiales a pedir autorización a sus superiores para poder contraer matrimonio, lo cual ha dado lugar a negativas injustas o arbitrarias<sup>12</sup>. Paradójicamente, semejante reglamento tiene su origen en un bando militar firmado por el general José de San Martín en 1811 antes de su legendario cruce de Los Andes. En su descargo corresponde aclarar que el Libertador necesitaba reclutar 5.000 hombres para su campaña militar y la belleza de las famosas damas mendocinas los inducía a casarse con ellas y dejar las penurias de la guerra, de donde el requerimiento del permiso obraba como freno de una desertión anunciada.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

---

<sup>10</sup> Ver diario “Clarín”, del 21/2/98, p. 41.

<sup>11</sup> Ver Novellino, Norberto J. (dir. y coord.), *Derecho de daños*, parte 4-A “Daños en el derecho de familia”, Bs. As., La Rocca, 2000.

<sup>12</sup> Entre los casos injustos podemos mencionar el de un capitán médico al que se le negó la autorización para casarse y, además, lo sancionaron en 1984. El caso llegó hasta la Corte Suprema, habiendo pasado previamente por la Cámara Federal de Córdoba, la que se expidió a favor del capitán por entender que se trataba de una norma “propia de la Edad Media porque sometía a los militares a la esclavitud”. No obstante, la Corte, en 1995, terminó convalidando la norma reglamentaria. El doctor Raúl Sánchez Freytes, miembro de la Cámara cordobesa y entrevistado años después, recordó que el ejército “nunca dio razones del porqué de la negativa a ese casamiento, alegando que se trataba de un asunto secreto”, por lo que el tribunal resolvió investigar quién era la novia. Así se supo que se trataba de una mujer que trabajaba en el Tercer Cuerpo del Ejército como personal civil, lo cual –según el propio camarista– “hacía más irracional la negativa” y menos entendible que si la fuerza la aceptaba en ese lugar, le negara el consentimiento para casarse. Eso llevó al tribunal “a pensar que se trataba de una cuestión de celos” (ver revista “Luna”, n° 682, del 25/7/97).