

## EXPEDIENTE DE SECRETARÍA Nº 2161/1981

CNACiv. Sala "E" - 23-12-1981

Autos "BERANGAUZ s /Recurso de recalificación" (Rec. cont. adm. nº 844).-

### Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

El art. 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.

La prohibición establecida en la norma citada obedece sobre todo a sus razones: a) la necesidad de evitar que por la confabulación de los cónyuges se pudiera alterar el régimen patrimonial del matrimonio y vulnerar así los derechos de terceros y b) el temor que la influencia que pudiera ejercer el marido sobre la mujer funcionara como fuente de enriquecimiento de aquél.

En doctrina se discute si la prohibición en estudio obsta también a que los cónyuges celebren contrato de compraventa cuando se encuentran divorciados. Una corriente de opinión se inclina por la afirmativa argumentando que la ley no distingue y que, además, el divorcio produce necesariamente la separación de bienes, es decir, el presupuesto previsto por el artículo mencionado (conf. López de Zavalía, "Teoría de los Contratos-Parte Especial", T.I, pag. 89 Borda, "Tratado de Derecho Civil - Contratos", T. I., pag. 29, nº 25; Llerena, "Concordancias y Coment. Del Cód.Civil Argentino", T. V. Pág. 60, nota 1 al art. 1358; Segovia, "Cód. Civil de la republica Argentina" T. I. Pág. 382, Nota 52; Belluscio, "Manual de Derecho de Familia", T II, pág. 33)

Otros autores no menos calificados sostienen la posición contraria (Conf. Machado, "Expos y Comentarios del Cód. Civil", T. IV, pág. 56; Rezzónico, "Estudio de los Contratos", T. I. Pág. 118, nota nº 9; Lagomarsino, "Compraventa entre cónyuges", en L.L. 136 1398; "Fassi-Bossert, "Sociedad Conyugal", T. I, pág. 121; Zannoni, "Derecho de Familia", T. I, pág. 624). Ahora bien, aún cuando la cuestión resulta dudosa la Sala comparte este último criterio.

En el sistema establecido en el Código podía haber separación de bienes sin divorcio. A través del art. 1294 se organizaba un sistema por el cual los cónyuges podían tener separados sus bienes, pero continuar unidos en el aspecto personal. De manera que resulta comprensible que el calificador haya contemplado la prohibición de contratar entre quienes se encontraban en dicha situación. Y por tal motivo, el texto se limita a decir “aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos” y no incluyó una aclaración respecto a un supuesto distinto como es el del divorcio. (conf. Fassi – Bossert, op. y loc. Cit.).-

Cuando el legislador quiso referirse a la hipótesis de divorcio lo hizo en forma expresa. Así en el art. 3969 dispone que la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente. Entonces, si al regular el instituto de la prescripción se alude expresamente al divorcio y no se hace lo mismo en materia que es de interpretación restrictiva, como lo referido a la capacidad de contratar, debe entenderse que los esposos divorciados pueden celebrar contrato de compraventa entre sí (conf. Lagomarsino, op. y loc. Cit.).-

Por lo demás, conviene destacar que no es posible que el intérprete maneje los arts. del código en un estado de indiferencia por los resultados (conf. Fornieles, en J.A. 1943 – IV, Sec. Doc., Pág.12 N° 4) En las cuestiones dudosas - y la presente sin duda lo es- debe elegirse el camino que conduzca a la solución más valiosa.

Y bien, repárese que aún autores como Borda y Belluscio que de “lege data” entienden que la prohibición de contratar alcanza a los cónyuges divorciados, sin embargo, admiten que ello resulta una restricción excesiva y sin mayor justificación (conf. op. y loc. cit.). En efecto en el supuesto que se analiza parece difícil que se configure alguno de los motivos de los que justifican la prohibición en estudio. No parece razonable presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal, se confabulen para defraudar a terceros, sobremanera si se considera que el bien cuya venta se pretende inscribir fue adquirido por los cónyuges cuando ya estaban divorciados.

Tampoco cabe pensar que la mujer divorciada necesita ser protegida jurídicamente de su marido, máxime después de la sanción de la Ley 11.357.

Finalmente, parece oportuno agregar que en el Anteproyecto de 1954 se prevé, en forma expresa, que la prohibición de contratar sólo rige mientras subsista la sociedad conyugal (conf. art. 1098).

En su mérito, **SE RESUELVE**: revocar la resolución de fs. 13, dictada por el Sr. Director General del Registro de la Propiedad Inmueble el 27 de noviembre de 1981. Notifíquese y devuélvase a sus efectos a la instrumentación citada.-

**FIRMADO: NESTOR LUIS LLOVERAS – OSVALDO D MIRAS – MARCELO PADILLA**