

Entendemos, por tanto, que en el caso la solución es la explicitada en el párrafo II.4 del presente.

II.7. Adviértase, sin embargo, que, deliberadamente, hemos empleado el modo potencial en la redacción del párrafo II.1, estableciendo así premisas que autorizan la conclusión a que se arriba. Obviamente, si los requisitos que conforman tales premisas no concordaren con la realidad, la solución sería distinta; de no ser así se abriría un ancho y peligroso camino que posibilitaría a las partes cambiar, en cualquier momento y a su solo arbitrio, la causa del negocio jurídico con la inevitable derivación de eventuales perjuicios de derechos de terceros, como serían los del supuesto heredero legitimario del donante; tal posibilidad nos parece inadmisibles

II

DIVISIÓN DE CONDOMINIO -ENTRE CONYUGES- DE INMUEBLES GANANCIALES. Su factibilidad.

Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de los proyectos de los escribanos Mariana E. Levín Rabey [DICTAMEN No. 1] -en minoría en dicha Comisión-, Martín J. Giralt Font [DICTAMEN No. 2] y Francisco Ceravolo [DICTAMEN No. 3] complementando el No. 2-, aprobados ambos por la mayoría de la misma, y que el Consejo Directivo resolvió dar a conocer en sesión de 8 de mayo de 1996) (Expte. 3884-D-1995).

DICTAMEN No. 1

DOCIR1NA: El régimen patrimonial del matrimonio implica una serie de relaciones jurídicas entre los cónyuges, y si bien cada uno es titular de los bienes que adquiere, o que ambos son cotitulares (si adquieren juntos y con dinero ganancial), no es posible hablar propiamente de un condominio de bienes gananciales (caso de gananciales de titularidad conjunta): por lo que solamente puede haber "liquidación" del régimen de gananciales de titularidad conjunta cuando se disuelve la sociedad conyugal.

ANTECEDENTES

El escribano H. M. de P. formula la siguiente consulta: En una quiebra de una persona física, el cónyuge no quebrado promueve incidente de división de condominio sobre dos inmuebles gananciales de titularidad conjunta, solicitando se le adjudique "la titularidad exclusiva y como bien propio" de uno de los inmuebles (en el que está radicado el hogar conyugal, y cuyo valor es inferior al que se le adjudicaría a su cónyuge) la sindicatura aprueba el proyecto y hace lo mismo el juzgado, designando al escribano D. P. a efectos de efectuar la escritura de división de condominio.

Dados estos antecedentes, el escribano D. P. se dirige a la Comisión a los efectos de conocer la opinión en el sentido de si es observable o no una división de condominio entre cónyuges, estando vigente la sociedad conyugal; y para el caso de que dicha escritura fuera válida, si el bien revestiría el carácter de propio.

Análisis del caso

Sin perjuicio de la conclusión a que se arribará más adelante, es obvio aclarar que en el supuesto de que se consideró válida la escritura de división de condominio de bienes gananciales de titularidad conjunta, estando aun vigente la sociedad conyugal, el bien quedaría a nombre de un solo cónyuge, pero seguiría siendo ganancial. Es decir, ese bien no respondería por las deudas del otro cónyuge, pero, al disolverse la sociedad conyugal, entraría dentro de la masa a repartir.

En cuanto al régimen legal de los bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos, hay que tener en cuenta que la ley no ha previsto el régimen aplicable; este tema fue discutido en las V Jornadas de Derecho Civil de Rosario, de 1971, donde se sostuvieron las siguientes posiciones:

1º) la que triunfó en el plenario, que dice así: "Los bienes adquiridos por ambos esposos con bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen legal del condominio". Belluscio, en su Código Civil Comentado, nos explica que Guastavino extrae las siguientes conclusiones:

- a) que la administración debe ser conjunta, por aplicación del art. 1276;
- b) que la disposición también debe ser conjunta por aplicación de los arts 1276 y 1277, sin que quepa la posibilidad de disposición de la cuota de cada cónyuge;

c) que no puede pedirse la partición en cualquier tiempo sino sólo al disolverse la sociedad conyugal

2º) La de que se aplica el art. 1276, párr. 2º, por lo que se trataría de bienes sujetos a la administración marital, expuesta por Cornejo.

3º) La de que los gananciales adquiridos por ambos esposos son gananciales de titularidad conjunta, a los cuales se aplican por extensión analógica las reglas del condominio o de la copropiedad según se trate, respectivamente, de cosas o de bienes inmateriales (sostenida por Méndez Costa)

4º) La de que las cosas adquiridas por los cónyuges con gananciales de su respectiva gestión constituyen un condominio de partes indivisas gananciales, posición compartida por Belluscio, Guaglianone Zannoni, Vidal Taquini y Mazzinghi. Los que sostienen esta postura siguen la siguiente línea de pensamiento: No hay inconvenientes en la existencia de condominio entre cónyuges de partes indivisas gananciales. La posibilidad de condominio de partes indivisas propias está explícitamente admitida en el art. 1264, la que define la posibilidad de condominio entre cónyuges, que se guía por las siguientes reglas: a) la administración debe ser decidida en común (art. 2699); b) los actos de disposición deben ser decididos entre ambos; c) para disponer su porción indivisa se requiere asentimiento conyugal; d) los acreedores de cada cónyuge pueden ejecutar únicamente la porción indivisa de su deudor.

Entendemos que la posición que se adopte está relacionada con la caracterización del régimen patrimonial del matrimonio. Es decir, que si sostenemos que constituye una auténtica "sociedad", es coherente atribuir la titularidad del bien adquirido conjuntamente por ambos cónyuges con fondos gananciales, como un bien de la sociedad conyugal.

Llambías opina que en el caso que tratamos no se deben aplicar las reglas del condominio, puesto que no hay condominio; el bien pertenece a la sociedad conyugal que no comparte el dominio del bien con nadie.

Fassi y Bossert, en su tratado sobre Sociedad Conyugal, consideran que no hay condominio, y que la situación es distinta de cuando se compra con fondos propios y con fondos gananciales; esto se debe a que reconocen a la sociedad conyugal personería jurídica y por lo tanto no se da la diversidad de personas que el condominio supone. Distinguen sí, dentro de la sociedad conyugal, masas o patrimonios de afectación, pero sin la jerarquía de personas jurídicas.

Señalan que la sociedad conyugal es una sociedad con caracteres propios, y que es titular de un patrimonio independiente del patrimonio propio de cada uno de los cónyuges, agregando que, por ejemplo, la administración de sus bienes esta dividida del mismo modo que se dividen las cosas en una sociedad comercial que tiene más de una sucursal. Manifiestan que el mismo art. 1262 establece una remisión expresa al régimen de sociedades. Es así que las particularidades que en materia de responsabilidad frente a terceros presenta la sociedad conyugal, no desnaturalizaría su carácter societario el cual no implica un régimen único de responsabilidad frente a terceros. La sociedad conyugal tiene personería jurídica puesto que entre ella y los cónyuges pueden existir negocios jurídicos, posibilidad que queda corroborada atendiendo al régimen de recompensas que pueden deberse las masas de administración de gananciales y los esposos.

Guaglianone, al negar personería jurídica a la sociedad conyugal, admite la posibilidad de "condominio de partes indivisas gananciales" rigiéndose en todo por las reglas del condominio.

Por su parte Zannoni, en su tratado de Derecho de Familia, niega personalidad jurídica a la sociedad conyugal puesto que la misma no es titular de los bienes, sino que la titularidad corresponde al marido o a la mujer, según quien los haya adquirido; continúa estableciendo que el régimen patrimonial del matrimonio no supone la cotitularidad del dominio sobre los bienes. La titularidad corresponde exclusivamente al cónyuge que adquiere el bien, salvo que adquieran en común pero en dicho caso el condominio que se constituye es independiente del régimen patrimonial del matrimonio, Es así que llega a la conclusión de que no se puede plantear la cuestión de la naturaleza de la sociedad conyugal sino que debe reconocerse que el régimen patrimonial del matrimonio implica una suma de relaciones de diversa naturaleza, a partir de la consideración del patrimonio de cada cónyuge.

Luego de un resumen de las diferentes posturas al respecto, queda claro que la solución del tema que nos toca expedirnos no es pacífica en absoluto. Siguiendo la postura mayoritaria, y dado el carácter de orden público de todas las normas del matrimonio y su régimen patrimonial, y sin dejar sentado que la sociedad conyugal consista propiamente en una verdadera "sociedad", estimo que el régimen patrimonial del matrimonio implica una serie de relaciones jurídicas entre los cónyuges y si bien cada uno es titular de los bienes que adquiere, o que ambos son cotitulares (si adquieran juntos y con

dinero ganancial), no es posible hablar propiamente de un condominio de bienes gananciales (caso gananciales de titularidad conjunta); por lo que solamente puede haber "liquidación" del régimen de gananciales de titularidad conjunta cuando se disuelve la sociedad conyugal.

DICTAMEN No. 2

DOCTRINA: En el caso, la escritura de división de condominio entre cónyuges de dos inmuebles gananciales de titularidad conjunta, no es observable. Los bienes adjudicados mantienen el carácter de gananciales que tenían antes de la división del condominio, no pasando a ser propios.

ANTECEDENTES

El escribano H. M. de P. requiere dictamen con respecto a una división de condominio entre cónyuges con relación a dos inmuebles gananciales de titularidad conjunta, y a la asignación del carácter de propio al inmueble adjudicado a uno de los esposos. La situación es la siguiente: En el proceso de quiebra de una persona física, el cónyuge (no quebrado) promueve incidente de división de condominio con relación a dos inmuebles gananciales de titularidad conjunta (cada cónyuge tiene el cincuenta por ciento indiviso de cada inmueble), solicitando que se le adjudique " la titularidad exclusiva y como bien propio "de uno de los inmuebles, en el que se encuentra radicado el hogar conyugal, y cuyo valor es inferior al del que quedaría en plena titularidad del fallido. Dicha propuesta es aprobada por la sindicatura y por el juzgado, designándose al escribano D. P. a efectos de formalizar la pertinente escritura.

Consulta el escribano si la escritura sería observable, por tratarse de una división de condominio en una sociedad conyugal, y si el bien adjudicado al cónyuge no fallido tendría el carácter de propio.

CONSIDERACIONES

I. Con relación a la validez de la división de condominio entre cónyuges, hay que determinar previamente cuál es el régimen al que están sometidos los bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos. Existen en la actualidad básicamente dos teorías: una,

que sostiene que a dichos bienes les son aplicables las normas del contrato de sociedad, y otra, que afirma que las reglas a aplicar son las del condominio.

La primera teoría, originada en la posición que se impuso en el plenario de las V Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, sostiene que los bienes adquiridos por ambos esposos con bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen general patrimonial matrimonial, sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio" (Belluscio, Augusto C., en Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t. 6, comentario al art. 1277, pág. 198, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986). Dado que este enunciado no aporta ninguna solución, porque el sometimiento al régimen patrimonial del matrimonio es obvio, como expresa Vidal Taquini (Vidal Taquini Carlos H. , Régimen de bienes en el matrimonio, núm. 284, pág. 326, Ed. Astrea, Buenos Aires 1987), Guastavino tratando de aclararlo, expresa que "si en algún aspecto son insuficientes las normas del título de la sociedad conyugal y hubiese que superar el vacío legal, ha de recurrirse más bien al auxilio de las reglas de la sociedad civil y no a las del condominio" (Guastavino, Elías P. , "Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", LL, t. 145, pág. 632), conforme la remisión expresa del art. 1262 del Código Civil. Dos importantes consecuencias de esta teoría son que: 1) "no puede aceptarse la disposición separada de la respectiva cuota que el cónyuge tiene en los gananciales adquiridos conjuntamente"(Guastavino, ob. Cit., pág. 637); y 2) la división de estos bienes no puede pedirse "en cualquier tiempo ", como establece el art. 2692 para el condominio sino sólo al disolverse la sociedad conyugal. Concordantemente, Fassi y Bossert (Fassi, Santiago C. y Bossert, Gustavo A. , Sociedad Conyugal t. II, comentario al art., 1276, pág. 33, cit. por Belluscio Augusto C. , en Código Civil Comentado Anotado y Concordado, t. 6, comentario al art. 1277, pág. 199) opinan que son aplicables las normas del contrato de sociedad, basados en el citado art. 1262.

La segunda teoría, que considera que a los bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos les son aplicables las reglas del condominio, parte de la base de que el art. 1264 del Cód. Civil admite expresamente el condominio de partes indivisas propias, por lo que, afirman quienes sostienen esta posición (que es la mayoritaria) (Belluscio Augusto C. , Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t. 6, comentario al art. 1277, pág. 199; Manual de

Derecho de Familia, t. II, núm. 372, pág. 108, Ed. Depalma, Buenos Aires 1986; "División de condominio entre cónyuges", nota a fallo en la, 1983-B, pág 597; Zannoni, Eduardo A , DerechodeFan1illa, t I ntim 421, pág. 515 Ed. Astrea, Buenos Aires 1989; Vidal Taquini, Carlos H. , ob. Cit. , núm. 284, pág. 326; "Administración y disposición de los bienes matrimoniales", en Rev. del Notariado No. 725, pág. 1541; Guaglianone, Aquiles H., Régimen patrimonial del matrimonio, t. II, pág. 144, Ed. Ediar, Buenos Aires 1975; Molteni, Hugo, "Fallo de P. instancia", publicado en LL , 1983-B pág. 608; Taquini, Jorge y otros "Condominio entre cónyuges", Rev. del Notariado No. 764, pág. 406), no hay motivo alguno para que no pueda haberlo respecto de partes indivisas gananciales o de parte indivisa propia de un cónyuge y ganancial del otro; agregando Belluscio que "lo que importa no es la calificación de propia o ganancial de la parte indivisa; el carácter propio o ganancial de los bienes no afecta la propiedad exclusiva sino que sólo la hace menos plena, por las limitaciones al poder de disposición que establece el art. 1277 y por el eventual sometimiento al proceso de liquidación y partición si continúan en el patrimonio del cónyuge al disolverse la comunidad" (Belluscio, Augusto C. en Código Civil Comentado, Anotado y Concordado t. 6, comentario al art. 1277, pág. 199).

Para quienes sostienen esta teoría es de aplicación, en consecuencia, lo establecido en el art. 2692 del Cód Civil. Así, Zannoni opina que "en este supuesto (de división de condominio), nada impide que cualquiera de los cónyuges demande, aun durante la vigencia de la sociedad conyugal, la división del condominio (art. 2692, Cód Civil), y si no fuere posible la división material del bien, solicite su venta (conf. art. 2326 párr. 2º, Cód. Civil, texto según ley 17711). Y en esta última hipótesis, cada uno de los cónyuges percibirá en dinero el valor correspondiente a su parte indivisa en el condominio. No hay aquí, como se ha sugerido, partición anticipada de la sociedad conyugal. Lo que ocurre es que con la división del condominio se ha materializado ya en especie (siendo posible la división material, física del bien), ya en dinero, la parte ganancial que pertenece a cada esposo. La división del condominio fija o asigna singularmente la parte que a cada condómino correspondía en dicho condominio"(Zannoni, ob. Cit. , Núm. 423, pág. 518).

Cabe señalar que en general los autores que adhieren a esta posición subordinan la aplicación de las normas del condominio a que éstas no entren en colisión con las del régimen matrimonial, dando

prioridad a estas últimas. Así, por ejemplo, no resultaría procedente el pedido, por parte de uno de los esposos, de la división de condominio con relación al inmueble en el que se encuentra radicado el hogar conyugal, habiendo hijos menores o incapaces, en virtud de lo establecido por el art. 1277.

La jurisprudencia, si bien ha aceptado ampliamente la tesis del condominio para responsabilizar a cada uno de los cónyuges con su porción indivisa frente a sus propios acreedores (Véanse los fallos citados por Belluscio, Augusto C., en Manual de Derecho de Familia, t. II, Núm. 372, pág. 109), en lo relativo a la división de condominio entre cónyuges, en los únicos dos casos que se han podido verificar se ha mostrado contraria a admitir la procedencia de tal división: pero cabe aclarar que los casos planteados eran distintos de los de la hipótesis que estamos analizando.

El primero de ellos, que fue resuelto por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, por fallo del 13 de agosto de 1981 (ED, 96, pág. 634) consistió en la promoción de un incidente presentado por el marido en el juicio de divorcio, tendiente a lograr la desafectación como bien de familia, la división del condominio y el asentimiento para la venta, del inmueble en el que estaba radicado el hogar conyugal (habiendo, además, hijos menores) la petición fue desestimada por considerar el Tribunal que "el incidentista debió sustentar su reclamo en la imperiosa necesidad de la desafectación y venta pretendidas, y que ambas no serían lesivas para el interés familiar", circunstancias éstas que no fueron invocadas, señalando además que "aunque se trata de un condominio entre esposos, como las respectivas porciones forman parte de los bienes sometidos al régimen de la sociedad conyugal, la exigencia de la división del condominio es, en principio, improcedente hasta que se disuelva dicha sociedad integrada por los mismos cónyuges".

En el segundo de los fallos, resuelto por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal por fallo del 23 de junio de 1981 (LL, 1983-B pág. 589), ante la demanda de la cónyuge con el objeto de que el marido separado de hecho se hiciera cargo de la totalidad de las tasas, contribuciones y expensas relativas a dos inmuebles gananciales de titularidad conjunta de ambos cónyuges, el esposo reconvino con la finalidad de pagar por vía de consignación judicial la mitad de la suma pretendida por la actora más un plus en concepto de intereses, requiriendo además la división de condominio con relación a ambos bienes. Estos consistían en un

departamento de 170 metros cuadrados ubicado en Capital Federal y en otro departamento ubicado en Mar del Plata, siendo ambos utilizados solo por la esposa, mientras que el marido habitaba en un reducido departamento alquilado. El juez de primera instancia, por medio de una muy elaborada sentencia, hizo lugar a la división del condominio, decisión que, con el voto en disidencia de uno de los camaristas, fue revocada por fallo de la Cámara, fallo éste duramente criticado por Belluscio en nota al mismo. Dicho fallo de Cámara expresa que: "El régimen patrimonial del matrimonio es de orden público, por lo cual no puede ser dejado de lado por medio de una acción de división de condominio entre esposos de algunos bienes entre los cuales se encuentra el asiento del hogar conyugal,... de... accederse importaría un anticipo de gananciales sin haberse disuelto la sociedad conyugal por alguna de las causas que autoriza taxativamente la enumeración del art. 1291 del Cód Civil" (LL, 1983-B, pág. 614).

Como puede advertirse, en ambos casos existía la oposición de uno de los cónyuges con relación a la venta, los que, en principio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1277 del Cód. Civil, obsta a la procedencia de la división de condominio, si bien cabe señalar que en el segundo de los casos resulta más razonable y justa la decisión adoptada por el juez de primera instancia. Distinto es el supuesto que nos ocupa, ya que ambos cónyuges están de acuerdo en la división de condominio. Esto demuestra que es incorrecta la afirmación de Belluscio en el sentido de que "el pedido de división de condominio de la cosa inmueble o mueble registrable requiere venia judicial supletoria, pues por hipótesis supone la falta de asentimiento del otro cónyuge..." (Belluscio, Augusto C., Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t. 6, comentario al art. 1277, pág. 200; Manual de Derecho de Familia, t. II, Núm. 372, pág. 109). La conformidad de ambos cónyuges, como en este caso no obsta de manera alguna a la división de condominio.

Luego de un minucioso análisis del tema, por los motivos expuestos al reseñar la posición que considera que los bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos están sometidos a las reglas del condominio, es que adherimos a esta teoría, con la salvedad de que dichas reglas no serán aplicables si se contraponen a normas específicas del régimen patrimonial del matrimonio, entendiendo que es válida, consecuentemente, la división de condominio.

Cabe destacar que en este caso se intenta dividir el condominio con relación a dos inmuebles, adjudicándose cada uno de ellos a cada uno de los cónyuges, manteniendo obviamente dichos bienes, como se señala más adelante, el carácter de gananciales. No se advierte que se pueda causar perjuicio a nadie con tal división de condominio, ya que los acreedores de ambos cónyuges siguen teniendo respaldados sus créditos por los inmuebles adjudicados. Es más, para el supuesto de ejecución de los bienes (que es precisamente el caso del que se adjudica al marido), resulta más conveniente a los acreedores el remate de un solo inmueble que pertenece en su totalidad al deudor, que el remate de la mitad indivisa de dos inmuebles (uno de los cuales, además, constituye la sede del hogar conyugal del fallido y su esposa), ya que el hecho de tener que compartir el dominio - condominio con terceras personas, hace que disminuya considerablemente la cantidad de interesados y, consecuentemente, el precio que se pueda obtener en la subasta. Y no solo para los acreedores del marido fallido resulta más favorable tal solución, sino también para la cónyuge, porque, de negarse la división del condominio, se procedería a la ejecución de la mitad indivisa de ambos bienes, con el consecuente pedido de división por parte de los adquirentes en remate, siendo evidentes los perjuicios que ello traería aparejado.

Entendemos consecuentemente que, en el caso planteado, la división de condominio solicitada y aprobada importa una solución razonable y ajustada a derecho, sin dejar de tener presentes las inquietudes que seguramente suscitará la pertinente escritura, por resultar la misma innovadora en este tema, y por lo controvertido del mismo, pero, por los motivos expuestos, consideramos viable el otorgamiento de la misma.

II. Con relación al tema del carácter de los bienes, no cabe ninguna duda de que los mismos seguirán siendo gananciales (Conf., Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, t. II 372, pág. 110), porque dicho carácter está determinado por lo establecido en el Código Civil (arts. 1263, sigtes. y concs.), no siendo modificable por la voluntad de las partes (con la única excepción del supuesto en que los cónyuges resuelvan ganancializar bienes propios mediante la omisión, al reinvertir el producido de dichos bienes, de la manifestación de tal circunstancia).

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, concluimos con relación al caso consultado, que la escritura de división de condominio entre cónyuges, de dos inmuebles gananciales de titularidad conjunta, no es observable, y que los bienes adjudicados mantienen el carácter de gananciales que tenían antes de la división de condominio, no pasando a ser propios.

DICTAMEN No. 3

DOCTRINA: En el caso, si se considerara inviable la división proyectada, se ordenaría el remate de las partes indivisas de los inmuebles pertenecientes al deudor con la inevitable consecuencia del establecimiento de condominios sobre los mismos entre la esposa del fallido y los futuros adquirentes; cualquiera de ellos podría provocar, de inmediato, la disolución de esos condominios. A todos luces, ese resultado sería perjudicial para la cónyuge del quebrado que con su propuesta, intenta salvar la sede del hogar familiar; desde luego para el propio fallido, y también perjudicaría a la masa de acreedores, como lúcidamente lo hace notar en su dictamen el colega Giralt Font, con cuya conclusión coincidimos.

ANTECEDENTES

I. Los dictámenes producidos por los colegas Mariana E. Levín Rabey y Martín J. Giralt Font reseñan adecuadamente la controversia doctrinal que tuvo trascendente manifestación en las Quintas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en 1971. Se produjeron en el seno de la Comisión que trató el tema, tres despachos, dos de los cuales, con diferencias fundamentalmente terminológicas, afirman la aplicación al caso de las normas del condominio, "en cuanto sean compatibles con el régimen de la sociedad conyugal" dice la primera, y "quedando a salvo las normas del régimen patrimonial del matrimonio", expresa la segunda. La tercera ponencia, que obtuvo la segunda minoría en la Comisión y amplia mayoría en el plenario, reza así: "Los bienes adquiridos por ambos esposos con bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen general patrimonial matrimonial, sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio"

II. Los dictámenes antes mencionados contienen posiciones distintas, reflejándose así, una vez más, las encontradas opiniones

sobre la cuestión, divergencia que no puede hallar solución sobre la base de meras apreciaciones numéricas sobre mayorías o minorías, y que seguramente subsistió por largo tiempo.

III. En el caso sometido a consulta, habida cuenta de sus peculiares circunstancias, mi voto se decide a favor de la viabilidad de la proyectada división de condominio por las razones que expondré luego de fijar mi posición sobre el aspecto genérico de tan debatido tema.

IV. Para quienes sostienen que el régimen impuesto por el Código a la comunidad de gananciales importa la existencia de una sociedad sui generis -la sociedad conyugal-, debe atribuirse a ésta la titularidad de los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos con fondos gananciales. En cambio, la doctrina que niega la existencia como tal de esa sociedad entiende que en el caso se constituye un condominio y en consecuencia, "los poderes de administración y disposición de la cosa común están sometidos a las reglas del condominio y, simultáneamente, los poderes dispositivos que cada cónyuge pretendiere ejercer en cuanto a su cuota parte indivisa, a las normas de gestión del régimen patrimonial del matrimonio" (Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, t. I, No. 422, pág. 517)

V. El intenso debate y la indiscutible jerarquía de sus principales protagonistas no puede ser óbice para la expresión de mi criterio.

VI. No cabe dudar acerca de que si la titularidad del dominio pertenece a dos o más personas "por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble", se configura, en el plano de los derechos reales, el condominio definido por el art. 2673 del Cód. Civil, pero de ahí a la aplicación lisa y llana de las normas que disciplinan esa figura en nuestro derecho positivo, hay una apreciable distancia, cuya medida esta dada por la compatibilidad o incompatibilidad de aquéllas con las que ordenan el régimen patrimonial del matrimonio, como expresamente se admite en dos de las tres ponencias presentadas al plenario de las recordadas Quintas Jomadas de Derecho Civil. Por tal razón, dejando a un lado la ardua cuestión de la naturaleza jurídica del régimen patrimonial matrimonial, y sin que ello importe de nuestra parte aceptación de las conclusiones de las dos referidas ponencias, centramos la atención, en primer lugar, sobre el tema de esa colisión de preceptos.

VII. Existen, en mi modo de ver, diferencias abismales entre el condominio clásico y el régimen legal de la comunidad conyugal. En nuestro derecho positivo el condominio es regulado como un estado

eminentemente transitorio -salvo el condominio de indivisión forzosa que conduce a la división-, "para que la propiedad recupere su amplitud, y libre de trabas, vuelva a ser un factor de progreso, a la vez que fuente de beneficios legítimos para su titular. Todo el régimen de la ley está orientado, por consiguiente, en el sentido de favorecer la disolución de la copropiedad. El Código ha sido parco para imponer la indivisión y lo hace siempre en los supuestos de así exigirlo las necesidades de los bienes o el interés colectivo. Fuera de estos casos excepcionales obliga a los representantes de los incapaces a recabar la separación (art. 436) y confiere a cada uno de los comuneros el derecho de provocarla (art. 2692), reduciendo los supuestos en que se posterga la acción respectiva (arts 2693 y 2694)" (Lafaille, Héctor Derecho Civil, t. IV, No. 1097, págs. 234-235). Contrasta con tales caracteres la estabilidad y vocación de permanencia de la comunidad de gananciales, regulada por normas específicas del régimen patrimonial del matrimonio estatuido en el mismo cuerpo legal.

VIII. La colisión en el caso de normas de uno y otro régimen se hace más notoria si se tiene en cuenta que unas y otras son imperativas en nuestro derecho. Considero que en esa colisión ha de acordarse prevaencia a los preceptos atinentes al derecho de familia respecto de los que ordenan el derecho real de condominio, fundado en los peculiares caracteres del derecho de familia edificado sobre los pilares de ideas morales y aun religiosas. La familia, se ha dicho, "es, ante todo, una institución social; en su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Ha dicho Díaz de Guijarro que la función inmediata de la familia se manifiesta en torno a tres centros: centro de perpetuación de la especie, centro de seguridad ética y económica y centro de imputación de los vínculos jurídicos. La relación jurídica familiar puede, por tanto definirse como toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares. El objeto de la relación es en este caso, la obtención de los bienes jurídicos (materiales o inmateriales -muchas veces presupuestos en las normas jurídicas-) y el contenido trasciende en derechos-deberes que funcionalizan la realización del objeto de la relación jurídica". "Gran parte de las normas que regulan las relaciones jurídicas en el derecho de familia, son de orden público. Se trata de normas imperativas -característica

de las leyes de orden público inderogables por el poder creador de relaciones jurídicas que el derecho privado, por naturaleza, confiere a las personas" (Zannoni, ob. Cit., t. I, págs. 3, 24, 27 y 28).

IX. Se ha sostenido con acierto que "en la realidad del fenómeno familiar, cada uno de sus componentes no actúa ni debe actuar, en función exclusiva de su interés individual, sino reconociendo la existencia de verdaderos intereses familiares que relativizan a aquel en su ejercicio. Por otro lado, como lo ha puntualizado Díaz de Guijarro, el interés familiar debe valorarse como medio de protección del interés individual dentro del núcleo y sobre la base de que su amparo satisfaga los fines familiares y, en el supuesto de colisión, cederá el interés individual porque es la única manera de que el vínculo familiar se mantenga" (Zannoni, ob. Cit. No. 5, pág. 17). Borda, por su parte destaca que "el papel de la voluntad es, en materia de familia, mucho más restringido que en el resto del derecho privado... De ahí que a veces los derechos y deberes se impongan con entera independencia del deseo de quienes están sujetos a la norma; otras veces el papel de la voluntad se limita a expresar el consentimiento para que se constituya una determinada relación jurídica pero todos los efectos y consecuencias de esa relación están fijados imperativamente por la ley; tal es lo que ocurre con el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de la filiación. En materia patrimonial, en cambio, el libre albedrío de las partes interesadas impera sin más limitaciones que aquellas que impone el legislador por motivos de orden público: la voluntad es la ley (art. 1197, Cód. Civil). Es verdad que en lo atinente a los derechos reales la voluntad de las partes no va más allá de constituir el derecho cuyo contenido está fijado por la ley, y que no pueden establecerse otros derechos que aquellos taxativamente legislados. Pero aun en este caso la diferencia es grande. El propietario puede transmitir su derecho, renunciar a él, transar. En cambio, los derechos de familia, por regla general, no pueden renunciarse, ni se los puede enajenar o transmitir, ni puede transarse sobre ellos (art. 845, Cód. Civil), salvo bajo su aspecto pecuniario (art. 846, Cód. Civil) de una manera general el estado de familia no puede ser objeto de convenciones que tiendan a alterarlo modificarlo o transmitirlo" (Borda Guillermo A. , Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia, t. I, No. 3 págs. 12 y 13). Vélez denominó "sociedad conyugal" al régimen imperativo del patrimonio matrimonial y contempló la aplicación supletoria de las reglas "del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente

determinado en este título", según reza el art. 1262, precepto no derogado por la reforma de 1968.

XI. La ley 17711 no modificó la calificación de los bienes gananciales ni los principios consagrados por el Codificador respecto de la disolución y liquidación de la denominada sociedad conyugal. Es evidente que la reforma receptó el principio, universalmente consagrado, de la igualdad jurídica de los cónyuges, y adoptó previsiones que concretaran esa igualdad a través del nuevo texto del art. 1276, preocupándose, paralelamente, por que no se soslayaran los intereses del cónyuge no adquirente del derecho de dominio y, por tanto, excluido de los poderes de administración y disposición. Las modificaciones introducidas por la citada ley apuntan al fortalecimiento del matrimonio y fundamentalmente, al superior interés familiar, como lo demuestra la exigencia del asentimiento del cónyuge no titular del dominio para los actos de disposición de bienes gananciales inmuebles o muebles registrables, y la extensión de esa exigencia a los actos de disposición del inmueble propio en el supuesto del segundo párrafo del art. 1277, disposición aplicable "aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial". Creemos que el espíritu que insufló la reforma en esta materia fue el que destacamos de propender al fortalecimiento de la familia y que, por ende, estuvo muy alejado de la idea de alterar el régimen imperativo de la comunidad de gananciales, acordando prioridad a la aplicación de los preceptos que rigen el condominio en el caso de la adquisición conjunta de los cónyuges con bienes gananciales.

XII. La responsabilidad de cada cónyuge por las obligaciones individualmente contraídas, que se hace efectiva sobre la cuota parte correspondiente al obligado en el bien adquirido conjuntamente con gananciales, con sujeción a lo dispuesto por el art. 5° de la ley 11357, hace que, efectivamente, ese bien se comporte como un condominio en relación con terceros acreedores, pero ni ella ni los poderes de administración y disposición que acuerda a los esposos el art. 1276 del Cód. Civil son suficientes para concluir que en tal supuesto nos hallamos frente al condominio regulado por el Título VIII del libro III de nuestro Código.

XIII. Hay reglas esenciales del condominio que resultan inaplicables frente a las normas del régimen patrimonial del matrimonio, tal la contenida en el art. 2676 conforme con el cual cada condómino puede

disponer de su parte indivisa, sin necesidad siquiera de notificar al otro u otros condóminos.

No hay discusión posible respecto de la necesidad de la conformidad o asentimiento del otro cónyuge cuando el consorte pretende disponer de su parte indivisa en el dominio; más aun, para un sector de la doctrina se impone la codisposición, no siendo suficiente el mero asentimiento (Guastavino, Elías P., "Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", LL, t. 145 págs. 629 y sigtes , núm. 17) de todas maneras, parece cierto que cuando uno de los cónyuges pretende vender "su parte indivisa" en ese "condominio" contra la voluntad declarada del otro, se están demoliendo el amor, la comprensión recíproca, la solidaridad, el espíritu de sacrificio que impone compartir los momentos buenos y malos, las circunstancias favorables como las adversas, que constituyen los cimientos del matrimonio, origen del tantas veces aludido régimen patrimonial imperativo en el que la voluntad de los integrantes de la pareja sólo cuenta en la constitución del vínculo, careciendo de toda relevancia el querer individual en el sentido de modificarlo o alterarlo, Cuando esos cimientos tambalean, lo más probable es que se derrumbe el edificio construido por el amor y con sujeción a preceptos morales, religiosos o éticos; entonces, instalado el matrimonio en la antesala del divorcio, quebrados los pilares sobre los que aquél se sustentó, lo lógico, lo racional, lo legal determinan la inexorabilidad del proceso de divorcio y consecuente disolución y partición de los gananciales con ajuste a la específica normatividad.

XIV. Tampoco es compatible con el régimen patrimonial del matrimonio el derecho acordado al condómino para "pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentra sometida a una indivisión forzosa" (art. 2692) pues tal facultad es congruente con los aspectos económicos y jurídicos del condominio juzgados por el legislador como un estado desfavorable de la propiedad, pero no se compadece con el régimen de orden público y autónomo estatuido respecto de los bienes que, con calidad de gananciales integran el patrimonio de la sociedad conyugal. Por razones análogas entendemos que no es posible la división del condominio acordada por los cónyuges sin la previa disolución de la sociedad conyugal por las causas taxativamente determinadas por el art. 1291 del Cód. Civil. Cabe destacar que, pese a la opinión contraria sostenida por distinguidos juristas -entre ellos Zannoni ob. Cit. , núm. 423 pág. 518-, las decisiones judiciales que se conocen no hicieron lugar a las

peticiones de división de condominio formalizadas por uno de los cónyuges, tal como se recuerda en el dictamen de Giralt Font con transcripción de partes pertinentes de esos fallos.

XV. No obstante lo hasta aquí expuesto cabe evaluar las particularísimas circunstancias que se dan en el subexamen por cuanto, como alguna vez se dijo por ilustrado autor, en muchas ocasiones lo circunstancial opera modulando lo esencial, y porque constituye regla muy importante de la hermenéutica jurídica no desentenderse del resultado a que se arriba en la labor de subsumir las situaciones fácticas en la preceptividad vigente. En tal tarea corresponde destacar que, en el caso, nos hallamos frente a la máxima ejecución de la prenda común de los acreedores: la quiebra del deudor. Y ya hemos dicho que frente a los terceros acreedores, el bien adquirido conjuntamente por los esposos con gananciales se comporta como un condominio; la parte indivisa que en el bien corresponde al deudor integra esa prenda común.

XVI. En el caso, la voluntad del deudor y la de su cónyuge no juega, prácticamente, ningún papel. En virtud de la sentencia de quiebra, "el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración" (ley 24522, art. 107, texto igual al art. 111 de la ley anterior, 19551). Se ha destacado por la doctrina que el desapoderamiento no implica una verdadera expropiación de los bienes del deudor "que se traspasaría a un nuevo ente, especie de persona jurídica, temporaria y de oportunidad, que sería la quiebra. Es la pérdida de la administración y disponibilidad del patrimonio que formará la masa concursal, pero la propiedad sigue siendo del quebrado que se beneficiará con el remanente, si lo hay, luego de pagados todos los acreedores y los gastos de la quiebra" (Fassi, Santiago C. y Gebhardt Marcelo, Concursos, 3ª ed., pág. 231). Claro que la posibilidad del remanente es, en general, utópica, por cuanto es sabido que, en la práctica, la quiebra es un monta que no llega a cubrir a la totalidad de los acreedores. De cualquier manera, el fallido queda privado del ejercicio de facultades esenciales inherentes al dominio. Compete al síndico la "administración de los bienes y participa de su disposición en la medida fijada por esta ley" (ley cit., art. 109).

XVII. En el caso, si se considerara inviable la división proyectada, se ordenaría el remate de las partes indivisas de los inmuebles

pertenecientes al deudor con la inevitable consecuencia del establecimiento de condominios sobre los mismos entre la esposa del fallido y los futuros adquirentes; cualesquiera de ellos podrían provocar, de inmediato, la disolución de esos condominios. A todas luces, ese resultado sería perjudicial para el cónyuge del quebrado que, con su propuesta intenta salvar la sede del hogar familiar; desde luego para el propio fallido, y también perjudicaría a la masa de acreedores, como lúcidamente lo hace notar en su dictamen el colega Giralt Font, con cuya conclusión coincidimos,

III

SIMULACIÓN. Pretendida comprobación de la existencia de un acto simulado a través de una escritura aclaratoria. Su insuficiencia.

DOCTRINA: 1) La conducta de las partes posterior al acto de enajenación no puede por sí sola, importar la negación de la existencia y validez de aquél.

2) los títulos en que se fundan los actos de disposición no son susceptibles de ser desconocidos o modificados por el arbitrio de parte.

3) los actos jurídicos viciados de simulación son anulables: por tanto, conforme con lo dispuesto por el art. 1046 del Cód. Civil, se los reputa válidos mientras no fuesen anulados por sentencia.

4) Al estudiar los títulos, el notario se debe limitar a apreciar la existencia, validez, naturaleza y efectos del negocio jurídico sobre la base de los instrumentos públicos respectivos; ésta es, asimismo, la conducta exigible a los terceros, a quienes no se les pueden oponer voluntades ocultas, ni ellos, por su parte hacerlas valer, quedando a salvo las acciones que les corresponden cuando la simulación perjudicare sus intereses

5) Las declaraciones efectuadas en vida del donante por hijos de éste han de juzgarse nulas en tanto pretendan significar renuncia a la eventual futura acción de reducción por ser ellas violatorias de normas prohibitivas (Cód Civil, arts. 18 1175, 3311 y concs.)

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto del escribano Francisco Ceravolo, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 15 de mayo de 1996) (Expte 3925-Q-1995)