

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Buena parte del material editado creemos que contribuye a hacer conocer al lector muy variados aspectos de cuestiones jurídicas - doctrinarias, jurisprudenciales - que mayoritariamente se relacionan con lo notarial, tanto en la sistemática teórica cuanto en su praxis.

Desde siempre se ha tratado de que no sólo lo notarial ocupe nuestras páginas. Esta Dirección ha favorecido, no siempre con mucho éxito, la inclusión de trabajos que incursionaran en otras ramas del Derecho, ante la convicción de que al escribano no debe serle ajeno aquello que excede - a veces en apariencia - el ámbito de su especialidad.

En tal sentido, es invalorable el material proveniente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho (UBA) bajo la denominación de "Temas de Derecho Privado", el contenido de cuyas mesas redondas se publica, por séptima vez consecutiva, en este ejemplar. Tratar de adjetivar el nivel de los profesores que forman parte de dichas mesas sería una tarea por demás redundante.

Ocasionalmente, han tenido cabida otros artículos de interés jurídico general. Pero no con la frecuencia deseable; al menos a nuestro entender.

La jurisprudencia es motivo de cuidadosa selección, aunque no resulta sencillo lograr colaboradores para anotar los fallos. La desinteresada contribución de un grupo de escribanos noveles apunta, en los últimos números, a suplir aquella carencia.

Otra función de la Revista, no menos importante es la de difundir dictámenes (jurídiconotariales, arancelarios, etc.) aprobados por el Consejo Directivo del Colegio. A través de ellos los colegiados se anotan del "pensamiento oficial" respecto de cuestiones sobre las que existen dudas, divergencias, o meramente la necesidad de sentar una suerte de jurisprudencia administrativa ad intra, tenga o no carácter obligatorio.

Por último, nuestra Revista ofrece crónicas de acontecimientos de la vida del Colegio, del Consejo Federal del Notariado Argentino y de la Unión Internacional del Notariado Latino. Es, en tal sentido, un medio insustituible de información.

Cabe preguntarnos, los responsables y los lectores, en qué medida las diversas secciones responden a las necesidades y apetencias reales. Cuáles serían las cosas a profundizar, a agregar o a modificar.

Aun sabiendo lo remiso que son los leyentes para poner sus opiniones por escrito, nos permitimos instarlos a que - por esta vez al menos - nos hagan llegar sus sugerencias. El bien será para todos.

La Dirección

DOCTRINA

¿PUEDE UNO DE LOS CÓNYUGES ENAJENAR LA MITAD INDIVISA DE UN INMUEBLE GANANCIAL DE TITULARIDAD DE AMBOS?.(*)(372)

EDUARDO VÍCTOR CURSACK

SUMARIO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. Condominio de cosas propias. II. Terminología. III. Antecedentes doctrinarios. IV. Fundamentos de los doctores Guastavino, Fassi y Bossert. V. Fundamentos de quienes sostienen que es condominio (Belluscio, Mazzinghi, Vidal Taquini, Zannoni, Méndez Costa). VI. Gestión del bien objeto del condominio entre cónyuges. Disposición. VII. Fallos C. N. Civ., Sala B, junio 23 / 81, "D. F. de F. E., C. c / F. A., M.", LL, 1983 - B, págs. 589 y siguientes.

I. Condominio de cosas propias

El interrogante del título exige una definición previa, en cuanto a la naturaleza jurídica de la referida situación de cotitularidad de los cónyuges sobre un inmueble de carácter ganancial.

No hay ningún inconveniente si el bien es de carácter propio, ya que el art. 1264 del Cód. Civil establece que los bienes donados o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporción determinada por el donador o testador; y a falta de designación, por mitad a cada uno de ellos. Esta norma incluye a la situación planteada, indiscutiblemente dentro del derecho de condominio, regulado en el Título VIII, del Libro III del Código Civil y definido como "El derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble" (art. 2673 del Cód. Civil).

Ese derecho subjetivo patrimonial se caracteriza:

- a) por ser el mismo derecho de propiedad o dominio, dividido entre varios copropietarios;
- b) por constituir una especie de comunidad o comunión de bienes (art. 2674 del Cód. Civil);
- c) por fraccionarse el derecho de propiedad o dominio en partes indivisas entre los condóminos o copropietarios;
- d) por tener como objeto únicamente a cosas (art. 2673 del Cód. Civil).

II. Terminología

Se emplean indistintamente las expresiones "gananciales de titularidad conjunta", "gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", "gananciales de adquisición conjunta" (Guastavino, Elías P. "Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", LL, t. 145, pág. 629, de 1972). Titularidad es conexión actual de un derecho a un sujeto (Núñez Lagos, Rafael, Los esquemas conceptuales del instrumento público, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967, pág. 21).

El origen o nacimiento de los derechos subjetivos puede coincidir con el momento de su adquisición, pero ello no es necesariamente así ya que se puede adquirir un derecho ya nacido (Messineo, Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1954, t. II, pág. 45).

Presupuestos del derecho subjetivo son la existencia de un sujeto y su capacidad de derecho (Messineo, ob. cit., pág. 14).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por lo común, el derecho subjetivo tiene un solo titular. Así ocurre en el derecho de dominio. Pero puede ser que este derecho tenga varios titulares, lo que origina el fenómeno del sujeto múltiple, plural, plúrimo o cotitularidad, caracterizante del condominio.

Se constituye el derecho de condominio por contrato, por acto de última voluntad o en los casos que la ley designa (art. 2657 del Cód. Civil).

En uso de esta terminología y con respecto al tema planteado, debemos resolver las dos cuestiones que constituyen los presupuestos que condicionan la existencia de condominio sobre un inmueble ganancial de cotitularidad de los cónyuges.

El del sujeto plural o cotitularidad no genera problemas; en cambio, la capacidad de derecho o jurídica de los cónyuges es un tema que tiene cariz polémico.

III. Antecedentes doctrinarios

La cuestión fue analizada en las Quintas Jornadas Notariales de Derecho Civil realizadas en Rosario en 1971. Su tratamiento fue polémico, por lo que en la Comisión respectiva se elaboraron tres despachos:

a) Despacho de mayoría (Fassi, Ferrando, Bossert, Maffía, Legón, Kaller de Orchansky, Méndez Costa, etc.): "Las cosas adquiridas con fondos provenientes de la masa de gananciales de ambos cónyuges se regirán por analogía por las normas del condominio en cuanto sean compatibles con el régimen de la sociedad conyugal".

b) Despacho de primera minoría (Yungano, Vidal Taquini, Mazzinghi y Belluscio): "Las cosas adquiridas por ambos cónyuges, con el producto de bienes gananciales de su respectiva gestión, están sujetos al régimen del condominio, quedando a salvo las normas del régimen patrimonial del matrimonio.

c) Despacho de la segunda minoría (Díaz de Guijarro, Paz, Sánchez, Almeyra, Guastavino): "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".

En la votación del plenario, el despacho c) correspondiente a la segunda minoría obtuvo aprobación.

Los despachos a) y b) arriban a similares soluciones.

Cabe destacar que con el transcurrir del tiempo algunos autores cambiaron los criterios doctrinarios sustentados en las Jornadas mencionadas.

Así, Fassi y Bossert, en su trabajo publicado en LL, t. 151, de 1973; pág. 1060 y siguientes, se adscriben a la posición c), es decir, la aprobada en el plenario de las expresadas Jornadas.

Por su parte, Méndez Costa (Derecho de Familia, t II, Rubinzal - Culzoni, 1990, págs. 98 y 99) se inclina por la tesis del condominio entre los cónyuges.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. Fundamentos de los doctores Guastavino, Fassi y Bossert

a) "Reconocer que la comunidad conyugal constituye un régimen autónomo no importa negar que su naturaleza jurídica corresponda dentro del actual derecho positivo a una especie de sociedad civil.

El análisis de la naturaleza jurídica del régimen comunitario debe, pues, realizarse inexcusablemente dentro de cada legislación" (Guastavino, ob. cit., pág. 631).

b) "Inclusive, dentro de ciertas perspectivas y condiciones, cabría concebir la posibilidad de condominio entre un cónyuge, a título de bien propio, y la comunidad conyugal, como en los casos de calificación dual o mixta, de bienes en parte propios y en parte gananciales" (Guastavino, ob. cit., pág. 631).

c) "Como el condominio supone dos o más sujetos de derecho, cabría preguntar entre quiénes existiría la copropiedad. Si se responde que los titulares del derecho real de condominio son directamente los cónyuges, se eliminaría, dentro de la tesis que tipifica como comunidad al actual régimen de bienes del matrimonio, el carácter ganancial que por hipótesis tienen esos bienes. Si el presunto condominio no se establece entre los cónyuges personalmente, habría que arribar a la extraña conclusión de tener la sociedad conyugal doble personalidad jurídica, pues para la existencia de condominio se requieren por lo menos dos sujetos de derecho" (Guastavino, ob. cit., pág. 632).

d) Dentro del régimen de comunidad de bienes, sin acudir a las normas del condominio en forma directa, por analogía se logran soluciones adecuadas. Si esas normas son insuficientes, hay que acudir a las reglas de la sociedad civil (art. 1261 del Cód. Civil) (Guastavino, ob. cit., pág. 632).

e) Dentro del sistema patrimonial del matrimonio, no es aplicable a la situación de cotitularidad de un bien ganancial entre los cónyuges la regla contenida en el art. 1276 del Cód. Civil, que se refiere a bienes de titularidad exclusiva de cada uno de ellos, por lo que ante el vacío legislativo hay que recurrir a la normativa de la sociedad civil, por expresa remisión del art. 1262 del Cód. Civil (Fassi y Bossert, ob. cit., págs. 1061 y 1062).

V. Fundamentos de quienes sostienen que es condominio (Bellussio, Mazzinghi, Vidal Taquini, Zannoni, Méndez Costa)

Resulta importante tener en cuenta que el régimen patrimonial del matrimonio, de carácter legal, imperativo en su origen, relativamente inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades (Méndez Costa, ob. cit., págs. 76 y 77), es el que califica como gananciales o propios los derechos que integran el patrimonio de cada cónyuge, pero de ningún modo cambia la estructura y funciones de los derechos subjetivos.

En ese sentido, ha dicho el doctor Bellussio que lo que importa no es la calificación de propio o ganancial de las partes indivisas en el condominio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre cónyuges, pues dichos caracteres no afectan a la propiedad exclusiva de su dueño, sino que la hace menos plena debido a la necesidad del asentimiento conyugal (art. 1277 del Cód. Civil), y por eventual sometimiento al proceso de liquidación y partición si continúan en el patrimonio del cónyuge al disolverse la comunidad (voto del doctor Belluscio, C. N. Civ., Sala C, 23 / 6 / 75, "Raute SA c / Catoni Aldana, Anastasio y otra" JA, 1976 - I, págs. 257 y 258).

Fundamentan la admisibilidad del condominio ganancial de los cónyuges en las siguientes razones:

- a) No hay incapacidad jurídica de los cónyuges para ser cotitulares del derecho de dominio sobre una cosa. Al efecto, debemos tener en cuenta que las incapacidades jurídicas se manifiestan por medio de prohibiciones legales, que deben ser expresas, undadas en el orden público (Mosset Iturraspe, Jorge, *Compraventa Inmobiliaria*, Buenos Aires, 1976, pág. 255). Si así no ocurre, es aplicable, en consecuencia, el art. 53 del Cód. Civil: "Le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad jurídica".
- b) No es un derecho incompatible con el régimen de bienes en el matrimonio, que abarca los propios y los gananciales, desde que el condominio sobre una cosa propia es admitido expresamente por el art. 1264 del Cód. Civil.
- c) Belluscio, en el mismo fallo citado, expresa que el condominio es compatible con la independencia patrimonial de los esposos, resultado de la gestión separada que a cada uno compete.
- d) La analogía y los principios generales del derecho, a través de las soluciones del régimen de separación de bienes, confirman la admisión del mismo.
- e) La existencia de sujeto plural o cotitularidad, como presupuesto del derecho de condominio, se cumple atento a que la sociedad conyugal es la denominación que el Código Civil utiliza para designar al régimen de bienes en el matrimonio, pero de ningún modo resulta sostenible que ella constituya un sujeto de derecho que se interponga entre la personalidad de los esposos y sea la titular de los derechos sobre bienes gananciales.
- f) Tampoco es posible sostener que los bienes gananciales integran un patrimonio especial distinto del ganancial de cada uno de los cónyuges.
- g) La jurisprudencia nacional se ha volcado decididamente en favor de la tesis del condominio (Belluscio, Augusto C., "División de condominio entre cónyuges", LL, 1983 - B, págs. 589 y siguientes; ver especialmente fallos citados en pág. 599, nota 28, entre los que se incluye uno de la Suprema Corte de Buenos Aires, LL, 1982 - B, pág. 140).
- h) Admitir el condominio de gananciales es lograr una solución armónica y coherente con el régimen de división o separación de deudas de los cónyuges establecido por los arts. 5° y 6° de la ley 11357.
- i) No integra los bienes gananciales un patrimonio de afectación o universalidad de afectación, como lo sostuvo Rébora (*Instituciones de la Familia*, t. III, Buenos Aires, 1945).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

j) Admitir el condominio ganancial resulta compatible con el sistema de gestión separada de los bienes de los cónyuges, preceptuado en el art. 1276 del Cód. Civil.

VI. Gestión del bien objeto del condominio entre cónyuges. Disposición

El término genérico, comprensivo de la administración y disposición de bienes, es gestión que se emplea en el sentido de actividad jurídica que tiene a los bienes por objeto, sea o no suficiente la intervención de los cónyuges titulares de los derechos sobre dichos bienes para celebrar un negocio jurídico válido (Méndez Costa, "Régimen patrimonial matrimonial de los emancipados, Rev. del Notariado, N° 725, pág. 1557).

Según la concepción que se tenga sobre la cotitularidad de cónyuges sobre un bien inmueble de carácter ganancial, serán distintas las soluciones a que se arribe. Cabe poner de manifiesto que no consideramos la gestión durante el período que va desde la disolución de la sociedad conyugal, por alguna de las causas legalmente previstas, hasta la partición, ni tampoco la situación que se puede presentar cuando los cónyuges estuvieren separados de bienes (arts. 1290, 1291 y 1294 del Cód. Civil).

Sistemáticamente, podemos encontrar las siguientes posiciones doctrinarias sobre la disposición de bienes inmuebles que tiene como cotitulares a los esposos y a los que se califica como gananciales:

a) Cornejo, Raúl A. ("El régimen de bienes en el matrimonio y la ley 17711", LL, t. 132, pág. 1353). Por analogía, este autor incluye a los inmuebles gananciales de cotitularidad de los esposos en la previsión de la segunda parte del art. 1276 del Cód. Civil: "Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido, salvo también lo dispuesto en el artículo siguiente". En consecuencia, la disposición por el todo o parte indivisa siempre correspondería al marido. Sin embargo, en forma contradictoria a su primera afirmación, este autor expresa: "... pero ninguno de los cónyuges puede disponer de la totalidad del bien sin el consentimiento del otro, aun cuando no se trate de los casos de excepción que marca el artículo 1277", es decir, el esposo podría disponer de la mitad indivisa de la mujer, en base a lo dispuesto en la segunda parte del transcrito art. 1276 del Cód. Civil. Esto no lo afirma expresamente, pero sería la consecuencia lógica derivada de la caracterización y naturaleza que hace de los bienes inmuebles la cotitularidad ganancial. Creo que esta doctrina, aislada y absolutamente carente de adherentes, parte de una concepción errónea: la indeterminación del origen de los bienes del art. 1276 no puede interpretarse como que la indeterminación se refiere a los fondos empleados en la adquisición (Méndez Costa, ob. cit., pág. 101). De ningún modo el origen de un bien inmueble escriturado e inscrito a nombre de ambos cónyuges puede ser calificado de dudoso.

b) Guastavino, Elías P. (ob. cit., págs. 636 y 637). Desde su posición, de que la cotitularidad no constituye condominio y que, por lo tanto, no se rige por sus normas sino por las que integran el régimen de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conyugal, "no podría uno de los cónyuges, como los condóminos según los arts. 2676 y 2677, ejercer su derecho sobre la parte indivisa sin el consentimiento del otro, ni podría enajenarla individualmente". Expresamente dice: "No puede aceptarse la disposición separada de la respectiva cuota que el cónyuge tiene en los gananciales adquiridos conjuntamente" (pág. 637). "Se ha observado que en estos casos se requiere no sólo el asentimiento de un cónyuge para el acto de disposición que realiza el otro, sino el consentimiento de ambos. Lo innegable es que, al menos, recíprocamente dispone de su cuota en el bien con la conformidad del otro, y por lo tanto, los dos quedan obligados por la garantía de evicción en las enajenaciones onerosas, y ambos para disponer deberán estar libres de inhibiciones" (pág. 637). En definitiva, y a pesar de la poca claridad del autor que seguimos, interpretamos que para enajenar la cuota de uno de los cotitulares se requiere la codisposición de ambos según su opinión.

c) Fassi y Bossert (ob. cit., pág. 1063). Estos autores comparten con Guastavino la opinión de que corresponde aplicar, a los casos de cotitularidad ganancial de cónyuges, la normativa de la sociedad conyugal y no las del condominio. Sin embargo, diferenciándose de dicho autor, en cuanto a la gestión de estos bienes, no creen que son de aplicación las previsiones de los arts. 1276 y 1277, como sostiene Guastavino, y estiman que la normativa hay que encontrarla, por remisión que hace el art. 1262 del Cód. Civil, en la parte correspondiente al contrato de sociedad (Libro II, Secc. III, Título VII del Cód. Civil), en tanto sean compatibles con la sociedad conyugal. En consecuencia, la administración puede ser conferida a uno de los esposos, art. 1676, que también prevé que ante la no designación de un administrador, la gestión corresponderá a todos los socios y se reputa ejercida por cada uno de ellos. Concretamente, para la disposición del bien inmueble de cotitularidad ganancial expresan que por aplicación de las normas de organización de la transmisión del dominio y la constitución de gravámenes reales sobre inmuebles y muebles registrables, uno solo de los cónyuges no podrá nunca vender ni gravar la totalidad del bien, ya que para ello se necesitará el consentimiento de ambos. Pero aun en el caso de que un cónyuge desee vender o gravar la parte que le corresponde sobre ese ganancial, aunque ya no tengan aplicación los principios generales que imponen el consentimiento del otro titular para la constitución del gravamen o la transmisión del dominio, de todos modos será necesario el asentimiento de este otro cónyuge, no titular de la parte que se vende o se grava, en virtud del art. 1277" (pág. 1063). En conclusión, estos autores admiten la disposición de parte o cuota del titular por él mismo, con asentimiento conyugal (art. 1277, Cód Civil)

d) Belluscio, Mazzinghi, Vidal Taquini, Zannoni, Méndez Costa. Todos estos autores aceptan la existencia del condominio entre los esposos por lo que rigen las normas jurídicas que lo integran, conjuntamente con las que resulten aplicables de la sociedad conyugal. Así, cada uno de los cónyuges puede disponer (enajenar o gravar) su parte indivisa, ya que así expresamente lo admiten los arts. 2676, 2677 y 2678 del Cód. Civil, lo que podrán hacer libremente, es decir, sin la participación del otro cónyuge,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando la cosa sea mueble o no registrable, y será necesario el asentimiento conyugal (art. 1277) cuando sea mueble registrable o inmueble. Si ese asentimiento no es prestado podrá recurrirse a la venia judicial supletoria (art. 1277, Cód Civil), en cuyo trámite y otorgamiento el juez interviniente deberá tener muy especialmente en cuenta el interés familiar de los esposos (Belluscio, ob. cit., pág 601). Cuando la disposición es de todo el bien objeto del condominio, será necesario el consentimiento de ambos, por ser ello una clara consecuencia de la naturaleza del derecho y de lo preceptuado por los arts. 2680, 2681 y 2682 del Cód. Civil.

VII. Fallos C. N. Civ., Sala B, junio 23 / 81, "D. F. de F. E., C. c / F. A., M." LL, 1983 - B, págs. 589 y siguientes.

"El régimen patrimonial del matrimonio es de orden público, por lo cual no pueden ser dejados de lado, por medio de una división de condominio entre esposos, algunos bienes, entre los cuales se encuentra el asiento del hogar conyugal"; y así votaron los doctores Collazo y Palmieri. En cambio, manteniendo el criterio del juez de 1ra. instancia que admitía el condominio y la acción de división de condominio, votó en minoría el doctor Vernengo Prack.

En cambio, admitiendo el condominio entre cónyuges sobre bienes gananciales y la posibilidad de su división, hay dos fallos que sustentan la doctrina admitida por otros.

Me refiero a los dictados por la C. N. Civ., Sala C, en los autos: "Cozzoni, Reynaldo Ángel", resuelto el 24 / 9 / 74, publicado en ED, 57 - 669 y LL, 1975 - B, 878, y en "Raute SA c / Catoni Aldana, Anastasio y otra", resuelto el 23 / 6 / 75, publicado en LL, 1976 - A, págs. 1209 y siguientes. En ambos casos, con un primer voto del doctor Belluscio al que adhirieron el resto de los camaristas que integraban la Sala.

La doctrina que surge de dichos fallos, y en lo atinente al tema que estamos tratando, expresa que: "Al adquirirse un inmueble a nombre de dos cónyuges, se origina un condominio entre los mismos, cuyas porciones indivisas son gananciales, en tanto no se produzcan algunas de las situaciones en las que la ley impone carácter propio a bienes obtenidos después de la celebración del matrimonio".

OTRA FORMA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR: DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE (ARTÍCULO 3573 BIS DEL CÓDIGO CIVIL)(*)(373)

LILIANA M. GARBARINI, MARCELO E. NARDELLI MIRA Y CAROLINA ROVIRA

SUMARIO

I. Introducción. La posición del cónyuge en el sistema del Código Civil. II. Derecho de habitación del cónyuge supérstite. 2.1. Concepto. 2.2. Caracteres de este instituto. 2.3. Naturaleza jurídica. III. Derecho real de