

# Bienes gananciales de titularidad conjunta

Belkis Castellucci de Rugnon y María del Carmen Richeni

*Sumario: Introducción. I. Naturaleza Jurídica. II. Las obligaciones de los esposos con los terceros. III. División de condominio. IV. Límites de la acción de división condominio. V. Efectos del divorcio en Bienes de Titularidad Conjunta. VI. Actos de disposición y administración. VII. El condominio entre cónyuges en el derecho proyectado. VIII. Conclusiones. Bibliografía*

## Introducción

El derecho histórico en Castilla, los derechos bárbaricos, como las obras de los historiadores que la han tratado, muestran la evidencia del origen romano-cristiano de la sociedad de gananciales y de los regímenes de comunidad de adquisiciones italiano y francés. La idea de comunidad germana y romana hace surgir el concepto de que “no hay formalmente más cotitularidad que la que nace de un acto de adquisición conjunto”. Cicerón habla del matrimonio como primera sociedad y Paulo de los cónyuges como socios, Arangio Ruiz evoca igualmente un papiro egipcio en el que suegro y yerno carpintero constituyen en presencia de la mujer una sociedad universal de ganancias.

En el año 1186 el Papa Urbano III dicta una Decretal (XX 2, 10, 4, 20) “que venía a entender en definitiva que los bienes fueron comprados conjuntamente”.

Sólo tras las precedentes consideraciones justificadas por razones de coherencia me atrevo a iniciar el análisis del tema, dice el notario José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>1</sup>:

En el ejercicio profesional hemos tenido la certeza de que para garantizar y proteger los derechos patrimoniales de los esposos y así los de la familia, núcleo fundamental necesario para el desenvolvimiento de la personalidad, allí donde no alcanza o no es

1. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel. *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Prólogo de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Colegios Notariales de España, p. 12 y ss.

apropiada, la reglamentación del bien de familia, es imprescindible y de hecho es muchas veces de justicia otorgar la compra-venta por ambos esposos a fin de que el inmueble quede en condominio de ambos, además de ser ganancial. Para nosotros, todos los medios que converjan al fortalecimiento de la familia y el patrimonio constituyen un aspecto decisivo de la unión matrimonial.

El hecho de que la mujer tenga acceso al mundo laboral ha contribuido a que se sienta más segura de sí misma, muchas veces su aporte a la adquisición de un bien inmueble es muy importante, pero la costumbre hace que por la práctica de “lo que siempre se hizo así” no se tenga en cuenta que la realidad debe ser reflejada en el documento notarial de adquisición. Todos los derechos que emergen de esta simple decisión deben ser producto de un asesoramiento serio y fundamentado del profesional. Como venimos diciendo, es importante reflejar la realidad y si las cuotas no son exactamente iguales es de justicia dejarlo bien aclarado.

También hay que tener en cuenta que estamos protegiendo los derechos de ambos cónyuges ya que los acreedores de uno no pueden embargar la cuota indivisa del otro y esto no es un detalle menor, porque alguien puede ser sorprendido en su buena fe o puede cometer un error que puede ser muy gravoso para el patrimonio ganancial si el bien estuviera en cabeza justamente de quien ha tenido un traspie. No es en perjuicio de los acreedores que se plantea esta situación porque al aparecer como cotitulares en el título de adquisición, esto ya figurará en el Registro de la Propiedad Inmueble, por lo que será posible su conocimiento desde antes de contratar un empréstito u otorgar una garantía.

El fundamento de la intervención de ambos cónyuges debe buscarse en la necesidad de acentuar la unidad del matrimonio y la intangibilidad del patrimonio familiar, al proteger al no titular de la ineptitud o mala fe del administrador, garantizando los valores de la sociedad conyugal, los que a su disolución, por imperio de la ley, serán liquidados por partes iguales entre marido y mujer<sup>2</sup>.

2. CARZOLIO M. “Colación de bienes Gananciales”, *Revista del Notariado*, Nro. 838, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 1994, pp.410-600.

¿Cuál es el contexto normativo de la cuestión en el Derecho Argentino? Al respecto GARCÍA GHIGLINO<sup>3</sup> asevera:

El Código Civil sólo prevé la existencia entre cónyuges de condominio de partes indivisas propias, tal el caso de las donaciones y legados hechos conjuntamente a marido y mujer con designación de partes o sin ella (art. 1264, C.C.) pero omite referirse a los gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos como así también las adquisiciones realizadas con el aporte ganancial de uno de los cónyuges y propios del otro.

Asimismo Augusto C. BELLUSCIO<sup>4</sup> pone de relieve que la reforma al Código Civil, mediante la sanción de la ley 17.711 en el año 1968, no previó la posibilidad de que ambos esposos en forma conjunta adquirieran, con el producto de su trabajo bienes, que a la vez serían gananciales, quedando sin regulación la situación jurídica de esos bienes obtenidos mediante los aportes provenientes de la gestión de cada uno.

En el año 2003, la ley 25.871 modificó el segundo párrafo del artículo 1276 del Código Civil, entendiéndose a partir de ella que al tratarse de bienes de origen dudoso, la administración y disposición “es conjunta del marido y la mujer”, desapareciendo la presunción a favor del primero<sup>5</sup>.

Consideramos importante diferenciar dentro de los bienes gananciales (art. 1271, C.C.) aquellos en los que el cónyuge es titular de aquellos en que el cónyuge no lo es, y por lo tanto sólo tiene un derecho en expectativa.

En razón de ello, ponemos nuestro acento en los *gananciales de titularidad conjunta*, porque puede haber titularidad conjunta que no sean gananciales (p. ej. una persona tiene un bien que adquirió a título gratuito y después durante la vigencia de la sociedad conyugal, adquiere otra parte con dinero ganancial. En este caso, el titular sigue siendo uno solo, generándose al momento de la liquidación, el derecho a que la masa ganancial se vea recompensada por el dinero de este carácter, que fue utilizado para adquirir una porción indivisa de un bien que ya portaba el carácter de propio, y que no por haberse adquirido otra parte con dinero ganancial cambia de carácter).

Es importante dejar expresado que la *titularidad conjun-*

3. GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia. “Gestión de los bienes gananciales de titularidad conjunta”, LL 1992 –C–241.

4. BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed. actualizada y ampliada, Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

5. HERRERA, Marisa, “Un estudio actualizado sobre la titularidad conjunta de bienes gananciales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, pp.71-118.

*ta de bienes gananciales*, que es el objeto de nuestro estudio, reúne tres consideraciones negativas:

- 1) No se trata de una cuestión de recompensa;
- 2) No involucra la reinversión, subrogación o aporte en dinero de bienes propios;
- 3) Es un caso de indivisión pero no de indivisión poscomunitaria.

En razón de ello, trataremos de dejar aclarado de qué bienes estamos hablando, y para ello recurrimos a un precedente dictado por la Sala 1 de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza en fecha 6 de octubre de 1991, del que extraemos un concepto claro y preciso sobre el tema en estudio: “Para que un bien sea de titularidad conjunta, ambos cónyuges deben figurar en el título de adquisición, y así estar inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble aún cuando no se haga constar el origen de los fondos, ni los demás recaudos previstos en el artículo 1246 del C.C.”<sup>6</sup>.

Antes de entrar al estudio de la *naturaleza jurídica de los bienes gananciales de titularidad conjunta*, consideramos importante tener en cuenta lo establecido en un Fallo del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes<sup>7</sup> que en su parte medular expresa en suma: conforme el artículo 5 de la ley 11.357, a los efectos de las relaciones obligaciones de los cónyuges con los terceros pueden distinguirse cuatro categorías de bienes: **a)** los bienes propios de la esposa; **b)** los bienes gananciales adquiridos por la esposa **c)** los bienes propios del marido y; **d)** los bienes gananciales adquiridos por el marido. Categorías a las que habría que agregar una quinta aceptada por toda la doctrina: los bienes propios adquiridos en condominio por ambos cónyuges (art. 1264, C.C.).

## I. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los bienes gananciales de titularidad conjunta es una cuestión que se ha prestado a una importante discusión y no ha sido posible llegar a la unanimidad de criterios ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

En el plenario de las *V Jornadas de Derecho Civil* de Rosario, 1971, la mayoría sostuvo que los bienes en tales condiciones

6. Fallo citado en la sentencia dictada por la Sala III de la CNAT 25-8-2004, en autos “López de los Ángeles c/ Amado Víctor H”, LL del 26 – 10 – 2004, p. 6, e IMP 2004 – B- 2890.

7. Fallo Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes – 12 – 08 N.de V.D Tercera de dominio en autos A.R.c/V.M.S.s/ ordinario,

estaban sujetos al régimen patrimonial matrimonial, atento a su carácter de orden público, resultando aplicables las normas del contrato social, sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio, a pesar de ser aplicable el artículo 1264 del Código Civil que define la posibilidad del condominio de partes indivisas propias. Sin embargo, parecería que no existe fundamento para considerar que no puede existir condominio de partes gananciales, a pesar de lo expresado, si es que se acepta el condominio de partes indivisas propias.

En igual sentido, Elías GUASTAVINO entiende que las reglas del condominio no se aplican, ni directa ni analógicamente, pues, a falta de normas específicas, se deben aplicar las del contrato de sociedad, en razón de la remisión del artículo 1262 del Código Civil, por lo que resultan aplicables las normas de disposición y administración conjunta.

En el mismo acto académico ya citado se esgrimieron otras dos posturas antagónicas por las cuales se afirmaba que: **1)** a dichos bienes debían aplicarse las normas del condominio, quedando a salvo las normas del régimen patrimonial del matrimonio y **2)** otra postura considera que “las cosas adquiridas con fondos provenientes de la masa ganancial de ambos cónyuges se regirán por analogía, por las normas del condominio en cuanto sean compatibles con el régimen de la sociedad conyugal”<sup>8</sup>.

Otras posturas afirman que hay que tener muy en cuenta el régimen de la sociedad conyugal, sin perder de vista que, en subsidio, no son las normas del condominio sino las de la sociedad las que rigen (art. 1262, C.C.), o más bien (dice otra teoría) debe aplicarse el 1276 del Código Civil en su segundo párrafo, es decir, bienes sujetos a la administración marital, postura esta que ha perdido actualidad conforme a la modificación introducida por la ley 25.781 del 1º de octubre de 2003, cuya redacción expresa: “*Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podría dirimir los casos en conflicto*”.

Las consecuencias que derivan de esta postura, que parece ser la mayoritaria, de un condominio entre los cónyuges, serían las siguientes:

- 1) Para disponer la totalidad del bien se necesita la volun-

8. GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia, ob. cit.

tad concurrente de ambos cónyuges (art. 2680, C.C.).

2) Cada cónyuge administra su porción indivisa (art. 2676, C.C.), que por ser ganancial necesitará el asentimiento del otro cónyuge para su disposición (art. 1277, C.C.).

3) Cada cónyuge responde a los acreedores con dicha porción indivisa (art. 5º, ley 11.357).

Esta postura mayoritaria también sostiene que la sanción de la ley 17.711 ha fortalecido la idea del condominio como naturaleza jurídica de los bienes gananciales de titularidad conjunta, al adoptarse un régimen de bienes de administración separada, que implica el mantenimiento del rasgo típico de la comunidad, o sea la formación de una masa destinada a ser dividida entre los cónyuges o sus sucesores, y la aceptación de reglas sobre gestión patrimonial que son propias del régimen de separación de bienes.

Es así que los patrimonios de los esposos mantienen su independencia en tanto subsiste la comunidad, en tanto al disolverse esta queda integrada la masa común de la cual pasan a ser copropietarios. En razón de ello, esta independencia patrimonial es la que entraña la posibilidad de que entre los esposos haya condominio.

Consideramos que el condominio de partes indivisas propias está admitido por el Código Civil en su artículo 1264, por lo que no parece haber fundamento para que no pueda haberlo de partes indivisas gananciales, lo que actualmente se ha impuesto doctrinaria y judicialmente y puede corroborarse en diferentes fallos. Siendo el último el dictado por la sala J de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 15 de junio de 2007<sup>9</sup> en el que se sostuvo:

[...] el derecho de propiedad cuando es ejercido por más de una persona sobre la cosa, ellos no son dueños de aquella sino condóminos. A cada titular le corresponde una parte ideal en el todo, o más adecuadamente expresado, una cuota o porción del todo, respecto de la cual cada condómino ejerce la titularidad. [Al existir] bienes de titularidad conjunta se aplican las normas del derecho real de condominio, sin alterar la calificación que debe hacerse de las alícuotas, porque a cada cónyuge se le atribuye

9. CNCiv., Sala J, 15-6-2007,"P.O.M.G.c/ G.R.M.del Ps/Liquidación de sociedad conyugal", *Revista actualidad Jurídica de Córdoba . Familia y Minoridad*, Córdoba, noviembre 2007, año III, vol.42 p. 4498 y ss.

buyen iguales facultades para la gestión de la sociedad conyugal (arts. 1276 y 1277, C.C.).

De lo expuesto se puede concluir que lo importante no es tanto la calificación de propia o ganancial de la parte indivisa, desde que el carácter de 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 artículo 1277 del Código Civil y por el eventual sometimiento al proceso de liquidación y partición si continúan en el patrimonio del cónyuge al disolverse la sociedad.

La jurisprudencia también se pronunció a favor de la tesis antes expuesta en los casos en que los acreedores de uno de los cónyuges pretendían ejecutar bienes de titularidad conjunta, concluyendo que sólo es ejecutable la parte indivisa de su deudor, teniendo en cuenta lo prevista por el art. 5º de la ley 11.357, y las reglas del condominio de acuerdo a las cuales sólo se pueden embargar y ejecutar las partes indivisas de su deudor y sus frutos.

Se consideran bienes de titularidad conjunta ganancial, como ya lo hemos dicho, aquellos que en el título de adquisición figuran ambos cónyuges aunque no se establezca el origen del dinero ni otros recaudos exigidos por el artículo 1246 del Código Civil, dado que estos elementos no tienen importancia en las relaciones externas, salvo para fundar acciones de simulación o fraude. Podría considerarse que hay acuerdo en la doctrina para concluir que, ante la existencia de condominio de bienes propios entre los cónyuges, nada impide la venta del inmueble en las dos partes indivisas.

Tratándose de bienes gananciales la situación puede cambiar, atento que no es unánime el reconocimiento de un condominio cuando el inmueble se adquiere por los cónyuges como un bien ganancial. La Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires resolvió en un dictamen<sup>10</sup> que tratándose de bienes propios “La cotitularidad de los bienes entre los cónyuges crea un derecho de condominio. La gestión de los bienes de esta cotitularidad se rige por las normas del condominio”. En esa oportunidad la notaria Cristina

10. *Revista Notarial*, Nro. 904, Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, La Plata, pp.771 y ss.

Armella dejó debidamente aclarado en su dictamen que igual situación debía regir sobre los bienes gananciales<sup>11</sup>.

## II. Las obligaciones de los esposos con los terceros

Consideramos que en el asesoramiento que debemos realizar a los cónyuges es imprescindible que expliquemos que la titularidad conjunta en el caso de la adquisición de un inmueble con dinero ganancial guarda vital importancia en lo que se refiere a la responsabilidad en caso de deudas contraídas con terceros, por lo que este apartado es considerado medular en este trabajo.

Es así que debemos tener en cuenta que los autores en general en este tema aplican las reglas del condominio, y no las de la sociedad civil, aunque de todas maneras debemos tener en cuenta que no se trata de la naturaleza jurídica de esos bienes, sino de qué normas se aplicarán, al momento de ejecutar las deudas.

De acuerdo con el artículo 1276 del Código Civil, “Cada consorte administra y dispone, y consecuentemente responde a sus acreedores, con los gananciales de que es titular, esto es, en principio, aquellos cuyo documento de adquisición, y la inscripción si fuere el caso, figura a su nombre”.

Una consideración especial merecen los gananciales adquiridos por ambos cónyuges conjuntamente empleando para ello bienes gananciales de su respectiva gestión, caso muy frecuente en nuestras escribanías. Respecto de estos gananciales de titularidad conjunta, la doctrina discute si se deben aplicar o no las normas relativas al condominio, sea en forma directa o por analogía, o si deben quedar sujetos sólo al régimen patrimonial matrimonial.<sup>12</sup>

11. GREBOL, Julio Roberto, “Bienes de Titularidad Conjunta entre ambos cónyuges”, *Revista Notarial* Nro. 948, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2004, pp. 558/9.

12. CARZOLIO, M., ob. cit., p. 417.

Los autores que adhirieron a las reglas de la sociedad civil como supletorias de las de la sociedad conyugal, para estos supuestos de responsabilidad por deudas abandonan la misma y se rigen por las reglas del condominio y sostienen que un cónyuge no puede obligar válidamente al otro ni comprometer la masa de administración de este, salvo la excepción del art. 6º de la ley

11.357, “por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes”, en cuyo caso podrán ejecutar los frutos generados por la parte indivisa, ya sea propia o ganancial del otro cónyuge.

Ante la pregunta de los interesados sobre ¿qué bienes pueden embargar los acreedores?, la respuesta deberá referirse a las distintas masas y las normas de la sociedad civil (si se adhiriera a la tesis de que la cotitularidad se rige por esas normas). En ese caso responderíamos que los acreedores personales de cada uno de los cónyuges pueden embargar los bienes propios de su deudor y cobrarse con ellos; podrán también cobrarles de la cuota eventual que pueda corresponderle al socio (cónyuge) deudor, en la partición de la sociedad “pero embargando o haciendo rematar o adjudicar la cuota eventual que al socio pudiese corresponder” (art. 1756, C.C.).

Según la ley 11.357, art. 6º, si la representación de la sociedad fue ejercida por uno sólo de los cónyuges, la capacidad de agresión patrimonial del acreedor se limita a los bienes gananciales que este administra, a los frutos de los bienes propios de ambos cónyuges (que son también gananciales), a los frutos de los bienes gananciales que el otro cónyuge administra y a los bienes propios del cónyuge que con él contrató. Esta limitación se aplica en todos los supuestos del artículo 1275, pese a que el artículo 6º de la ley 11.357 sólo menciona las deudas contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes. Sin lugar a dudas se está refiriendo a todas las cargas de la sociedad conyugal<sup>13</sup>.

Al aplicar las reglas del condominio se limita a la parte indivisa de cada uno de los cónyuges, la responsabilidad frente a los acreedores. Así podemos tener en cuenta el caso de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, de fecha 8 de junio de 1999, que confirmó la resolución que hizo lugar al remate del bien embargado en un 50%, argumentando lo que hoy es jurisprudencia consolidada en el ámbito del condominio entre cónyuges sobre bienes gananciales. KEMELMAJER DE CARLUCCI al describir los aspectos fundamentales del fallo, sostuvo que frente a la adquisición conjunta de un bien por ambos cón-

13. NUTA, Ana R. y NAVAS, Raúl F. “Algunas reflexiones sobre la sociedad conyugal”, *Revista del Notariado* 820, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990, p. 158.

yuges, perteneciéndoles a ambos el derecho de propiedad sobre la cosa, por una parte indivisa, cabe considerar que, careciendo la sociedad conyugal de personalidad jurídica independientemente de quienes la integran, deben aplicarse las normas del condominio; consecuentemente, los derechos de los acreedores de cada uno de los esposos se limitan a la parte indivisa que le corresponde a cada cónyuge deudor por las obligaciones que ha asumido.

En el caso, el acreedor apelante argumentaba que el juez no había tenido en cuenta que la demanda se dirigió contra el marido y/o quien resultaba propietario, que la intimación de pago fue diligenciada con su cónyuge, que la sentencia recayó sobre el esposo administrador titular y demandado, sin ningún tipo de observación, y que la subasta del 50% generaba un enriquecimiento ilícito para el matrimonio<sup>14</sup>.

Consideramos que ello no es así ya que el acreedor pudo conocer la situación del inmueble desde que la deuda se generó, ya que el caso de adquisición conjunta figura en el título y en la inscripción por lo cual no puede alegar que su garantía era mayor:

[...] el fallo solamente aplica la ley sin presunciones que puedan considerarse injustas, no hay enriquecimiento ilícito sino aplicación del derecho vigente. Es necesario tener en cuenta que la ganancialidad, durante el matrimonio son expectativas, pero no derechos adquiridos con vigor actual, aún cuando la gestión del cónyuge titular resulte controlada respecto de ciertos bienes mediante el asentimiento exigido por el artículo 1277 del C.C.<sup>15</sup>.

Cada uno de los esposos responde con sus bienes propios y con los gananciales que adquirió por las obligaciones contraídas respecto de terceros, responsabilidad que compromete todo el caudal de su administración, se componga este de bienes propios o gananciales. Los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal no son de propiedad común, sino del cónyuge que los incorporó, o de ambos si los dos esposos concurrieron a la adquisición del bien.

La exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para

14. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 2002-2, secc. Jurisprudencia sobre Familia, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 309-310.

15. *Revista del Notariado*, Nro. 854, secc. Jurisprudencia Condensada, 1998, p. 297.

realizar actos de disposición, o gravamen sobre inmuebles de naturaleza ganancial, no se da cuando se trata de la ejecución forzada de un inmueble ante el incumplimiento de una deuda dineraria por parte del cónyuge (CNCiv., Sala B, “M.J.c.P.H. y otro) ya que por tratarse, (art. 1277, C.C.) de una restricción excepcional a la libre disponibilidad de los bienes (consagrada a su vez por el art. 1276 del mismo Código Civil) la limitación no puede ser extendida a otros supuestos fuera de los expresamente contemplados por el legislador<sup>16</sup>.

A su vez, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió que, si el inmueble está registrado a nombre de ambos cónyuges, la mitad indivisa perteneciente a la condómino *in bonis* no puede ser agredida por los acreedores del cotitular insolvente. En consecuencia, se revocó la sentencia de grado, disponiéndose que la subasta del bien alcanzará sólo el 50% indiviso de titularidad del fallido<sup>17</sup>.

### III. División de condominio

Es importante tener en cuenta que si uno de los cónyuges pretende la venta de un bien, el exigir el fin del condominio para nada constituye una solicitud de disolución de la sociedad conyugal, ni es necesario que esta esté configurada para que sea posible la división de condominio.

Consideramos que no debe confundirse la división de condominio (sobre uno o varios bienes de manera singular) con la disolución total o parcial de la sociedad conyugal, “si se dividen condominios singulares existentes, la parte obtenida por cada uno de los cónyuges, en especie o en dinero, es ganancial y son también gananciales los nuevos bienes adquiridos con ese dinero así obtenido. La sociedad conyugal no pelagra y, por ende, la división de condominio es viable”<sup>18</sup>.

Se puede sostener que el sometimiento de los bienes en estudio a normas imperativas del régimen matrimonial patrimonial hace imposible admitir una división de condominio que contraviniera lo normado por el artículo 1291 del Código Civil cuando la acción intentada tuviera por objeto liquidar una sociedad conyugal vigente por una causal no prevista taxativamente

16. “Sociedad Conyugal. Responsabilidad por deudas. Bienes gananciales. Asentimiento del cónyuge para actos de disposición ejecución”, *Revista del Notariado*, Nro. 847, Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 797.

17. CNCiv, sala D, 7/8/2002, J.A. 2003 – 1-787, citado en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 2003-3, secc. Jurisprudencia sobre Familia, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, p. 359.

18. HERRERA, Marisa, ob. cit., p.78.

por la ley.

También es posible concluir que se confunde la división de condominio con la disolución de la sociedad conyugal en el sentido de lo que cada uno de los condóminos, si los consideramos socios obtiene como producto de esa división no son bienes personales ajenos a la comunidad, por lo que si se dividen como condominios singulares existentes, la parte que obtiene cada uno de los cónyuges, en dinero o en bienes, es ganancial y son gananciales los nuevos bienes adquiridos con ese dinero, en razón de que por el principio de subrogación real se transmiten las calidades extrínsecas de los bienes a los nuevos adquiridos en su reemplazo, subrogándose lo realizado en la masa ganancial de titularidad de cada uno de los esposos en los porcentajes de sus alícuotas, es decir que el valor no se modificaría, variando solamente la composición. Por tanto, en nada variaría el interés que protegen las normas de la sociedad conyugal, si admitimos la procedencia de la acción de división de condominio.

Por otra parte, si no vemos inconveniente para que cada uno de los esposos resuelva la venta de su cuota parte mientras cuente con el asentimiento prestado por el otro o supletoriamente otorgado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1277 del Código Civil, parecería que no habría argumento alguno que permita sostener que la división (de acuerdo al artículo 2692 del C.C.) produce una disolución anticipada, en razón de que, de ser procedente la acción, nunca importaría la disolución de la sociedad conyugal, y que de otra manera también se produciría la disolución cuando uno de los cónyuges enajena el único bien de la sociedad, lo que no es así, de ninguna manera.

Tampoco estamos de acuerdo en considerar que dicha acción tiene un tiempo determinado para su interposición, dado que no surge de ninguna norma al respecto y de todas formas el juez tiene las suficientes facultades para juzgar la viabilidad de las acciones en razón de que debe armonizar las reglas de ese derecho real con las que rigen la sociedad conyugal.

La acción de división de condominio, en términos generales, ha sido conceptualizada como una acción que tiene por objeto poner fin a una situación anómala que es justamente todo condominio. Es decir, que el condominio ha sido considerado como una forma no deseable, perjudicial e inestable, desli-

gada del concepto liberal de la propiedad.

Esta acción de división de condominio tiene límites generales para su ejercicio y límites particulares en el caso de los cónyuges, quienes la interpongan. Por otra parte, la acción se encuentra limitada en su ejercicio por el abuso del derecho y la buena fe y, en particular, por el interés familiar, el interés de los menores, es decir, que se debe tener en cuenta que se le adjudica por una función económica subjetiva que trasciende lo económico puramente dicho. Los cónyuges, cuando ostentan la titularidad conjunta sobre un bien ganancial, no son cualquier condómino ya que estos pueden vender, donar y ceder su parte indivisa en cualquier momento, ya sea a terceros como al resto de los condóminos. Esta situación no es igual en caso de condóminos que son marido y mujer.

El artículo 2702 del Código Civil, del Título del Condominio, dice: “Determinándose el arrendamiento o alquiler de la cosa, debe ser preferida a persona extraña, el condómino que ofreciese el mismo alquiler o la misma renta”. Dado que tal derecho de preferencia en la locación se le concede a todo condómino, se consideraría muy auspicioso si se trata de condóminos que son esposos.

#### **IV. Límites de la acción de división condominio**

La comunidad de bienes ha sido considerada como una situación anómala, no deseable, perjudicial e inestable desde el punto de vista del concepto liberal de propiedad.

De todas maneras es necesario considerar que la acción de división de condominio tiene límites que podemos considerar generales y otros que se pueden llamar *particulares* cuando se trata de cónyuges.

El abuso del derecho ha sido examinado a través de lo referido por la doctrina francesa, que ha hecho evolucionar este concepto a la par de los cambios legislativos. Para dicha doctrina y para la jurisprudencia de esa nación, no existe abuso del derecho al demandar la división porque el derecho a salir de la comunidad es absoluto y discrecional, cualquiera sea el fin que se persiga y, aunque malicioso, ninguna de las partes pue-

de fundar en ello la permanencia en la indivisión por abuso de derecho.

La doctrina francesa ha sostenido que entre los derechos que escapan al abuso del derecho está el derecho del comunero a provocar la división del bien común.

La doctrina española, en igual sentido, no desconoce la posibilidad de abuso de derecho en la acción de división de un bien común pero es infinitamente mayor el peligro de negar o coartar por cualquier medio la libertad de los condueños. Aunque la duda existiera, la equidad aconseja decidirse por la libertad del propietario.

El abuso del derecho aparece cuando el ejercicio de un derecho no tiene más fin que el de causar un daño a otro. El ejercicio de la acción divisoria debe ser útil y, aunque no traspase ninguna limitación, será inadmisibile cuando carezca de utilidad y busque perjudicar al otro cónyuge.

Es necesario que el ejercicio del derecho cause daño (o perjuicio) a otro y que a la vez no represente ninguna utilidad para su titular, o sea que faltare todo interés serio y legítimo. El daño producido por el abuso del derecho habrá de ser reparado siguiendo los principios de la responsabilidad civil; además el perjudicado podrá obtener medidas judiciales que impidan el abuso, como ser la denegación al menos temporal (suspensión) de la acción divisoria.

En el Derecho Justiniano, las acciones *comuni dividendo* y *familiae erciscundae* servían no sólo para dividir, sino también para hacer valer pretensiones de un comunero frente a otro, fundadas en la buena fe.

La situación condominial exige un obrar en todos sus respectivos condóminos de buena fe, y es justamente por pensar que esta se quiebra, cuando alguno de los copartícipes no desea continuar en la comunión, el fundamento y la razón de la acción de división con los caracteres de irrenunciable e imprescriptible.

Si no se reconociera en el ejercicio de la acción de división la posibilidad del abuso del derecho, siempre sería necesario que existiera la buena fe como límite a dicha acción dado que si no, se trataría del ejercicio del derecho en forma arbitraria.

Como se establece en el artículo 2692 del Código Civil,

cada copropietario está autorizado a pedir en cualquier momento la división de la cosa común; cuando no fuere posible la división material de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2326 segunda parte del Código Civil, podrá solicitarse la venta del bien recibiendo cada uno la parte del dinero equivalente a la cuota indivisa que tiene en el mismo. Cuando se trate de un mueble registrable o inmueble, seguramente la división de condominio se solicita porque no se cuenta con el asentimiento exigido por el artículo 1277 Código Civil, será necesario que el juez analice la procedencia de la acción y la razonabilidad de la oposición. Teniéndose en cuenta además lo establecido en el artículo 1277 *in fine* del Código Civil acerca de si el inmueble que pretende realizarse es el asiento del hogar conyugal y existen menores o incapaces, debiéndose rechazar la demanda si de alguna manera ellos pudieran resultar perjudicados.

La doctrina y la jurisprudencia consideran que debe tenerse en cuenta, a fin de autorizar la venta del bien, que se asegure a los menores o incapaces otro hogar de comodidades suficientes, aunque de proporciones menores, pero que contemple las necesidades habitacionales, conforme al nivel económico de sus padres.

En el presente trabajo se ha tenido en cuenta también lo prescrito por el artículo 464 del Proyecto de Código Civil de 1998<sup>19</sup>, que dispone que la administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde a ambos esposos, cualquiera sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que ha tomado la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente. El segundo párrafo del artículo que comentamos prevé que a las partes alícuotas gananciales de dichos bienes de titularidad conjunta se apliquen las normas referidas a la gestión de los bienes gananciales.

## V. Efectos del divorcio en bienes de titularidad conjunta

El artículo 211 del Código Civil provoca una indivisión particular entre los ex cónyuges, ya que en este supuesto no se puede iniciar la acción de división de condominio ni tampoco se pue-

19. MEDINA, Graciela, "Situación de la mujer en el Proyecto de Código Civil de 1998", JA 2000 -I- 949.

de dividir la comunidad conyugal.

Para que esta imposibilidad pueda cumplirse deben producirse varios extremos:

- 1) No haber dado causa al divorcio.
- 2) Ocupar la vivienda familiar cuya titularidad figura en condominio.
- 3) Que la partición cause un grave perjuicio a quien se le otorgue la vivienda.

La imposibilidad de partir el bien ganancial protege al cónyuge inocente, al que no “dio causa” a la separación, o al cónyuge enfermo si la separación tuvo lugar por la disposición del artículo 203.

La doctrina en su mayoría entiende que si la separación tuvo lugar por otras causales, o si el culpable ocupa el bien, ninguno de los cónyuges podrá invocar esta norma aunque el culpable tuviera la tenencia de los menores porque se le hubiera atribuido.

Otros autores consideran que si al cónyuge culpable se le hubiera atribuido la tenencia de los menores se le debería otorgar el beneficio del artículo 211 del Código Civil en interés de los menores. No existe justificación alguna para expulsar al cónyuge culpable de la vivienda que ocupa, cuando el otro tiene la obligación alimentaria y/o se le causare un grave perjuicio. Si bien el supuesto no está contemplado, la interpretación del derecho a la luz de los últimos conceptos y lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño permiten sostener que el interés del menor exige que aquel a quien se le ha otorgado la guarda se mantenga en la vivienda que no podrá ser dividida, aunque el padre haya sido declarado culpable o se aseguren posibilidades habitacionales que contemplen las necesidades del núcleo conforme al nivel económico que tenían antes del divorcio.

Algunos autores sostienen que se debe otorgar la vivienda cuando el cónyuge inocente fue excluido del hogar durante el proceso injustamente.

La ley no dice qué tipo de perjuicio debería ocasionársele al que solicita el beneficio de la indivisión para que ésta se conceda. La interpretación debe ser amplia, o sea que el mismo puede ser de origen moral, material o de cualquier índole, ya

que en dicho bien se desarrolló gran parte de la vida de familia. La privación de la vivienda y comodidades para los hijos a cargo es un perjuicio y daño personal para el cónyuge que los tiene a su cargo.

En aplicación del artículo 211 del Código Civil el cónyuge continuará ocupando el inmueble y este no será liquidado ni partido, ni por acción de división de condominio, ni por división de la sociedad conyugal, por lo que tampoco podrá exigir las compensaciones que pudieran corresponder por mejoras realizadas en el inmueble. Esta disposición tendría un carácter alimentario, porque dispone que cesan estos beneficios en los supuestos del artículo 210 del Código Civil y también prevé la cesación de la indivisión en caso de cesar el perjuicio aludido.

## VI. Actos de disposición y administración

En el caso de actos de disposición y administración de un bien ganancial de titularidad conjunta, para los primeros ¿podría ser necesario el asentimiento recíproco (1277 C.C.), si aplicamos las reglas del condominio? En realidad debemos distinguir si se trata de disponer la parte indivisa o el todo y si se trata de muebles registrables o inmuebles. En este último caso hay autores que distinguen para el caso de disposición de parte indivisa que cada cónyuge tiene el poder de disposición y deberá requerir el asentimiento del otro. En cambio si se trata de un acto de disposición de la totalidad del bien, el cónyuge propietario deberá contar con el consentimiento del otro titular, para la parte del otro y el asentimiento para su parte, aunque hay fallos que tornan superfluo el asentimiento existiendo consentimiento en su parte o un mandato genérico de venta de inmuebles.

Para la venta de bienes gananciales de titularidad conjunta, no concurre el problema del asentimiento que prescribe el artículo 1277 Código Civil, el cual solamente se plantearía en caso de que uno de los cónyuges quisiera enajenar su porción indivisa ganancial<sup>20</sup>.

En cuanto a los de administración, si aplicamos las reglas del condominio, serán asumidas en común (art. 2699 C.C.), y por mayoría (art. 2700), es decir por quien es titular de la por-

20. GARBARINI, Liliana. Comentario al fallo CNCiv. Sala A, "De N., F. A. c/ del V. J. de N. B.", LL 20/6/96, fallo 94.400, reproducido en *Revista del Notariado*, Nro. 845, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 427.

ción mayor. En caso de que los cónyuges no estén de acuerdo cuando son titulares de porciones igualitarias, la diferencia debe ser resuelta por el juez.

Otra postura minoritaria sostiene que son de aplicación las reglas de la sociedad civil por lo que de acuerdo a los artículos 1676 y 1677 del Código Civil se establece qué tipos de actos pueden ser ejercidos por uno solo de los cónyuges o qué otros deben serlo en conjunto.

Sin embargo, hay varios autores que aseveran que esta distinción teórica se diluye en la práctica al expresar que “cualquiera sea la tesis que se estime apropiada, se arriba a la misma conclusión, cualquiera de los cónyuges puede realizar actos de administración de la cosa común si no media oposición del otro”.<sup>21</sup>

Lo expresado se funda en que, si adoptamos la teoría de que de acuerdo al artículo 1262 del Código Civil debemos aplicar las normas del contrato social, la administración puede ser conferida a uno de los esposos (art. 1676, último párrafo) estando en ese caso exento de rendir cuentas (art. 1276 *in fine*), o puede ser ejercida por cualquiera de ambos en tanto no mediase oposición del otro, debiendo en este caso rendir cuentas de acuerdo al artículo 1700 del Código Civil, aplicando la tesis del condominio, si ambos adquirieron ambos administran. Pudiendo también en este caso la administración ser conferida a uno de los esposos por mandato expreso o tácito (arts. 1276, 3er. párr. y 2701, C.C.) y de todos modos el condómino que actuase sin mandato será considerado como gestor oficioso (art. 2709, C.C.)

En la actualidad la teoría del condominio estaría consolidada pero igualmente el tema de la administración de los bienes gananciales de titularidad conjunta no habría presentado grandes conflictos de acuerdo a las diferentes posturas desarrolladas.

## **VII. El condominio entre cónyuges en el derecho proyectado**

Los dos proyectos existentes regulan y admiten dos de los aspectos debatidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional:

21. HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 95.

a saber: **a)** el proyecto de reforma cuya comisión redactora fue designada por decreto 468/92, y **b)** el proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1998:

- 1) La existencia de condominio entre cónyuges cuando ambos son titulares de un bien ganancial, y
- 2) Su división antes de la disolución de la sociedad conyugal.

A manera de finalización podemos decir que adherimos a la propuesta presentada por el trabajo de Marisa HERRERA<sup>22</sup>. Consideramos que es una idea interesante el considerar un *derecho de preferencia* u *opción preferente*, que se le podría reconocer a un cónyuge cuando el otro pretende vender su parte indivisa del bien ganancial del que aquel es cotitular.

Nos estaríamos refiriendo a cónyuges y no ex cónyuges, porque este reconocimiento también podría ser efectivo cuando los esposos se encuentran en una especial situación como la que regula el artículo 1294 del Código Civil, relativo a la separación de bienes e incluso podría sostenerse la aplicación del derecho de preferencia ante el quiebre de la relación matrimonial que se vislumbra en la práctica, pero que todavía no trascendió al plano jurídico, a través de la figura del divorcio vincular o separación personal.

## VIII. Conclusiones

Después de haber analizado los diferentes aspectos que consideramos importantes en el asesoramiento acerca de la adquisición de bienes gananciales de titularidad conjunta, concluimos:

De *lege ferenda* se sugiere:

- I) La ley deberá reglamentar detalladamente el régimen a seguir en los casos de bienes gananciales adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges.
- II) Mientras no se dicte la ley, las cosas adquiridas con fondos provenientes de la masa ganancial de ambos cónyuges se regirán, por analogía, por las normas del condominio, con todas las consecuencias que esto implique.

22. HERRERA, Marisa, ob. cit.

**III)** En tanto dichos bienes se rijan por las normas del condominio, la administración y disposición será conjunta.

**IV)** La pretensión de la división condominio de bienes de titularidad conjunta no entraña necesidad de división de la sociedad conyugal.

**V)** La ley establecerá además derecho de preferencia, que sería inderogable, para el cónyuge que quiera adquirir la parte indivisa del otro en la etapa de liquidación y adjudicación, siempre que ofrezca el mismo precio, que se pueda obtener en el mercado o que sea mayor.