

Venta de bien ganancial después del divorcio

Dictamen elaborado por el escribano ARNALDO A. DÁRDANO (H), aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 29/3/2012.

1. Doctrina

Resulta inobservable el título del que resulta la venta de un bien ganancial realizada después del divorcio, por el que vende el excónyuge titular registral con simultáneo asentimiento del otro excónyuge no titular, siempre que existan certificados de libre inhibición por ambos excónyuges.

2. Antecedentes

La escribana P. formula la presente consulta con relación a una escritura de compraventa de inmueble autorizada por la escribana R. B. L. V., del partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, de fecha 28 de enero de 2011. En la mencionada escritura, comparecen los excónyuges a efectos de disponer, a título de venta, de un bien de carácter ganancial, indicándose en el texto escriturario que el excónyuge titular registral vende estando presente el excónyuge no titular a efectos de otorgar el asentimiento conyugal estipulado por el artículo 1277 del Código Civil.

La escribana autorizante no solicitó ni acreditó libre inhibición por el excónyuge no titular.

3. Consideraciones previas

3.1. Régimen patrimonial del matrimonio

Para nuestra legislación, el régimen patrimonial del matrimonio es de orden público y constituye un régimen único, forzo-

so, rígido e imperativo, que comienza con la celebración del matrimonio.

El régimen patrimonial matrimonial encuadra en el sistema de comunidad de gananciales. Este régimen se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus sucesores a la disolución del régimen...¹

3.1.1. *Calificación legal de los bienes*

En virtud de las sanciones de las leyes 11.683 y 17.711, el régimen originario del Código se vio modificado, pudiendo actualmente cada cónyuge administrar y disponer libremente de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la limitación establecida en el artículo 1277 del Código Civil, por el cual el cónyuge no titular debe asentir los actos de disposición o gravamen de los bienes gananciales o de aquel eventual bien propio que sea sede de hogar conyugal existiendo hijos menores o incapaces.

Durante la existencia de la sociedad conyugal, los esposos sólo tienen un derecho en expectativa sobre el 50 % de los bienes gananciales de titularidad del otro, condicionado a que dicho bien exista al tiempo de la liquidación. O sea, cada cónyuge tiene derecho *a* los bienes gananciales y no *sobre* los bienes gananciales de titularidad de su cónyuge.

3.1.2. *Disolución de la sociedad conyugal*

Como consecuencia de la sentencia judicial de divorcio, el vínculo matrimonial queda extinguido y queda disuelta la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe, según lo determina el artículo 1306 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1315 determina que los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.

Con la disolución de la sociedad conyugal se abre un período liquidatorio con el fin de extinguir los bienes de carácter ganancial de cada uno de sus integrantes. Dicho período liquida-

1. CNCiv., Sala C, 31/5/1994, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 160, p. 27.

torio podría concluir en un único acto o podría ser extenso en el tiempo y ejecutarse por etapas en distintos momentos y a través de diversos actos jurídicos. La partición es una de las formas liquidatorias, acto a través del cual los excónyuges resuelven adjudicar a cada uno de ellos bienes o partes indivisas de los bienes que integraran la sociedad conyugal, los que, como efecto de la misma, mutan su carácter ganancial en propio.

Existen otros actos jurídicos con naturaleza partitiva, entre ellos, la venta de un bien ganancial por parte de ambos excónyuges, para luego distribuirse el dinero de acuerdo a lo que hubieren pactado. A efectos de verificar si dicha situación podría ser aplicable al caso en estudio, debemos examinar si dicha venta debió ser dispuesta por ambos excónyuges o si resulta procedente la venta dispuesta sólo por el excónyuge titular registral, con asentimiento del excónyuge no titular, para lo cual analizaremos la naturaleza jurídica del patrimonio ganancial luego de disuelta la sociedad conyugal según la doctrina.

3.1.2.1. *Naturaleza de los bienes gananciales luego de disuelta la sociedad conyugal*

En la doctrina existen diversas opiniones al respecto.

Guaglianone opina que los bienes gananciales, luego de disuelta la sociedad conyugal, constituyen una pluralidad de bienes, formada por:

- 1) Una universalidad de derecho en la que los bienes que la conforman son fungibles y pueden sustituirse y en la que el activo y el pasivo se encuentran vinculados, debiendo deducirse uno de otro.
- 2) Una universalidad de hecho, ya que los bienes se mantienen independientes.

Mazzinghi, por su parte, cree que los bienes conyugales se encuentran sujetos al régimen de condominio sobre cosas y copropiedad sobre bienes inmateriales, cuyo condominio no sería oponible a terceros mientras no esté inscripto en el Registro.

Fassi y Bossert dicen que no existe una masa de bienes indivisa única, sino que sigue existiendo la masa de gananciales del marido y la masa de gananciales de la mujer. Cada una de ellas, afectadas a las obligaciones contraídas por cada uno de ellos. Y, por ello, utilizan el término *liquidación poscomunitaria* para los actos que se ejecutaran con el fin de extinguirlos.

Zannoni dice que no existe una solución única para todos los casos, sino que debe tenerse en cuenta cada caso particular según la causa de la disolución. Así, si la disolución proviniera por causa de muerte, considera que existiría indivisión, mientras que si fuera en vida de los mismos –por ejemplo, en virtud del divorcio, como el caso en análisis–, entonces los excónyuges tendrían un régimen de comunidad interna, pero no de cotitularidad de los bienes, por lo que, frente a terceros, la situación sería similar que antes de la disolución.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia civilista y notarialista actual, a la que adherimos, considera que los bienes gananciales, luego de disuelta la sociedad conyugal, constituyen una masa de bienes en estado de indivisión postcomunitaria, en el que cada cónyuge tiene derecho a una mitad alícuota del todo, en virtud de lo establecido por el artículo 1315 del Código Civil ya relacionado. Se caracteriza por la universalidad y la cotitularidad de ambos excónyuges de tales bienes, destinado a extinguirse. Así lo ha entendido numerosa jurisprudencia, que, entre otros fundamentos, expresa:

Desde la sentencia que decreta el divorcio, los bienes gananciales de los cónyuges entran a formar parte de la indivisión postcomunitaria, situación en que se halla la masa de gananciales de uno y otro de los esposos, desde la disolución de la sociedad conyugal hasta la partición, y sobre la cual tienen un derecho de propiedad proindiviso, que les atribuye una cuota alícuota de la universalidad y también de cada uno de sus elementos, considerados *ut singuli*. Desde la disolución, ninguno de los cónyuges continúa siendo propietario exclusivo de sus gananciales: durante el estado de indivisión, cesa el derecho de disposición establecido en el art. 1276 del Cód. Civil para quien antes era propietario exclusivo. Sea que la indivisión postcomunitaria sea considerada una universalidad jurídica, sea que se la repute simplemente un condominio de las cosas y una copropiedad de los bienes inmateriales, existe una copropiedad indivisa de la cual no puede disponer por sí uno de los copropietarios: por lo tanto, de cada uno de los bienes a título singular sólo pueden disponer todos los interesados –en el caso, los dos cónyuges– conjuntamente.²

Como antecedentes jurídicos de importancia de esta discusión, debemos recordar lo concluido en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de septiembre del año 1979 (Buenos Aires), en las que hubo tres despachos. En el de la mayoría se afirmó que los

2. CNCiv., Sala C, 9/9/1975, en *La Ley*, Buenos Aires, tomo 1976-A, p. 84.

actos de disposición de bienes gananciales con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal deben ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges. En el despacho de la primera minoría se consignó que cada cónyuge continúa, durante el período de liquidación, en la administración y disposición de los bienes por él adquiridos, en los términos de los artículos 1276 y 1277. En el despacho de la segunda minoría se afirmó que la disposición de los gananciales requiere la conformidad de ambos.

En la XXXVI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, de agosto de 2009, se concluyó que a la disolución de la sociedad conyugal se actualiza el derecho en expectativa del cónyuge sobre la mitad de los gananciales de titularidad del otro y la administración y disposición de los bienes debe realizarse en forma conjunta, siendo de aplicación las normas del condominio, en lo que fueren compatibles. A partir de ese momento, el cónyuge no titular originario expresa su consentimiento –no su asentimiento–, pues es parte en el negocio, es decir, codispone y, por lo tanto, es preciso que no se halle inhibido de disponer de sus bienes; adquiere el derecho a la mitad de la contraprestación, asume las responsabilidades emergentes del acto y su disconformidad no puede ser suplida judicialmente, restando sólo que el juez resuelva el conflicto mediante la división del condominio.

4. Desarrollo

4.1. *Aplicabilidad de distintas doctrinas*

La existencia de doctrina que considera la naturaleza de los bienes gananciales luego de disuelta la sociedad conyugal de manera tan diversa hace que, según la postura que adoptemos, las consecuencias jurídicas del acto en análisis y la perfección del título que lo contiene podrían ser distintas. Así, para aquellos que opinan que el hecho del divorcio y consecuente disolución de la sociedad conyugal traerían aparejado un nuevo régimen interno pero sin alterar las relaciones jurídicas con terceros, el acto sería incólume y el título inobservable. Esta podría haber sido la postura de la autorizante de la escritura en estudio.

A efectos de llegar a una conclusión general, debemos abarcar otras posturas. Para aquellos que adherimos a la pos-

3. Artículo 1331. “La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa es de ningún efecto aun respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato”.

4. Por su parte, el artículo 2680 establece que “Ninguno de los condómino puede, sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto”.

5. Artículo 1329. “Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio”.

6. Ver nota extendida en p. 291.

7. Ver nota extendida en p. 291.

tura doctrinal y jurisprudencial mayoritaria actual, que considera que los bienes gananciales luego de la disolución de la sociedad conyugal constituyen una masa de bienes en estado de indivisión postcomunitaria, que ambos excónyuges deben partir o disponer conjuntamente, parecería que la conclusión podría ser diferente. ¿Pero cuál es la sanción jurídica del caso en estudio a la luz de esta postura? A la luz de esta postura, el excónyuge titular registral habría dispuesto de un bien integrante de dicha masa y sobre el que tiene un derecho de propiedad proindiviso, por lo que, al no ser propietario exclusivo, habría dispuesto de la parte indivisa sobre la que el excónyuge no titular posee derechos, es decir, habría vendido un bien parcialmente ajeno.

El artículo 1331 del Código Civil³ se refiere al caso, indicando que dicha venta es de ningún efecto, incluso respecto de la porción del vendedor.⁴ El artículo 1329 del Código Civil,⁵ por su parte, prohíbe la venta de cosa ajena, la sanciona con la nulidad e impone las consecuencias jurídicas a las partes. El artículo 1330 del Código Civil⁶ limita la sanción de los artículos precedentes, estableciendo que la nulidad quedaría sin efecto ante dos situaciones: 1) la ratificación del propietario; 2) cuando el vendedor hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida. Como ambas situaciones podrían acontecer en un momento posterior, ante la inexistencia de las mencionadas situaciones, más que ser considerado nulo el acto sería anulable y de nulidad relativa, ya que puede ser confirmado. Así también lo entiende numerosa doctrina y jurisprudencia.⁷ La segunda situación prevista en el artículo 1330 del Código Civil acontecería si, con posterioridad, se instrumentara una adjudicación por partición por disolución de la sociedad conyugal a favor del excónyuge titular, acto para el cual el notario debe solicitar certificado que pruebe la inexistencia de inhibición alguna del excónyuge no titular.

La primera situación prevista en el artículo 1330 del Código Civil, que implica la declaración del propietario cuya parte se ha vendido por otra persona, merece un mayor análisis en cuanto a la forma que la misma debe ostentar y las menciones y manifestaciones que deberían expresarse en dicho acto. En el caso en análisis, la comparecencia del excónyuge no titular en el acto en estudio, que fuera formalizado por escritura pública, evita toda posible discusión sobre ello. Entendemos que no resulta imprescindible la expresa manifestación de quien ratifica

del objetivo e intención de ratificar; y que el hecho de otorgar un asentimiento a la operación específica implica, por parte de este otorgante, la exteriorización de la adopción de la postura doctrinaria que toma como idóneo el acto suscripto y la transmisión de dominio operada y a la luz de la postura a la que adherimos, una ratificación tácita, indubitable y suficiente para cubrir la sanción, que según esta postura sería aplicable.

La eventual existencia de un acuerdo particionario privado, previo, no revelado, tanto en el caso de que el mismo estuviere homologado en el ámbito del divorcio como en el caso de que no lo estuviere, en nada afecta a los derechos de los terceros contratantes ni a la buena fe de los mismos, ya que los excónyuges pueden haber cambiado su acuerdo, decidiendo por autonomía de la voluntad disponer de ese modo.⁸ Por supuesto, ello podría acontecer únicamente si dicho acuerdo (homologado o no) no estuviere ejecutoriado, es decir, que aún no se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad, cuestión que en el caso presumimos que no ha sucedido porque ello no surge del *corresponde* del título analizado.

Asimismo, la existencia de un acuerdo particionario posterior al acto dispositivo, por el que decidieran adjudicar el bien al excónyuge no titular, vería subrogado el objeto al dinero obtenido por la transacción, ya que no podrían decidir respecto de un bien ya dispuesto por ambos, en total acuerdo. El hecho de que ambos excónyuges hubieren suscripto y consentido, libre de vicios de la voluntad, un acto por el que se transmite el dominio de un inmueble a terceras personas implica la necesaria obligación de mantener incólume dicha transmisión, por lo que no les es posible realizar actos lícitos que pudieren afectarlo.

4.2. *Certificados registrales de inhibición*

La diferencia fundamental entre estas dos posturas es la disposición por parte de uno solo de ellos (para aquellos que el régimen externo no varía) o por parte de ambos (para aquellos que creemos que ambos excónyuges resultan copropietarios indivisos de la masa de bienes).

Según la primera postura y una lectura exegética de la norma específica relacionada con las obligaciones notariales ante el Registro de la Propiedad Inmueble, sólo sería exigible el certificado de libre inhibición de la persona registrada.⁹

8. Ver nota extendida en p. 292.

9. Artículo 23 de la Ley 17.801. "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscrito en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas".

A quienes sostenemos la segunda postura la obligatoriedad notarial de solicitar certificado de libre inhibiciones por ambos excónyuges codisponentes se nos impone, ya que la consecuencia de una escritura de transmisión de dominio en la que no se pidió inhibición sería la inoponibilidad al eventual acreedor. Claramente, según esta postura, el excónyuge no titular dispone de su patrimonio y, por lo tanto, debe evaluarse si el mismo tiene o no tiene poder de disposición.

¿Qué sucedería en el caso de que las partes y escribano interviniente adoptaran la primera postura y el excónyuge no titular estuviere inhibido? Sin duda, en dicho caso existirían terceros inhibientes perjudicados por la postura adoptada, para que luego, ante una hipotética acción judicial, el juez a cargo, según su parecer, opte a cuál de los terceros perjudicados le atribuirá mejor derecho, entre los terceros inhibientes y los terceros adquirentes, o sea que, en definitiva, ese accionar podría desproteger a los terceros adquirentes.

En un caso judicial similar al caso en estudio –es decir, una persona adquiere siendo de estado civil casado, luego se divorcia y, con posterioridad, vende a un tercero con asentimiento conyugal del excónyuge no titular–, en el que sólo se pidió certificado de inhibiciones por el excónyuge titular, el Registro de la Propiedad se negó a inscribir, por entender que ambos excónyuges debieron codisponer. En dichos autos se probó que la excónyuge no titular se encontraba inhibida y el juez dio la razón al Registro de la Propiedad en su planteo, lo que fue apelado. En un relevante fallo de Cámara del mencionado caso,¹⁰ entre cuyos camaristas se encuentra el doctor Dr. Eduardo A. Zannoni, doctrinariamente adopta la primera postura y la ratifica en los considerandos del mismo; morigera la aplicabilidad de su propia teoría, aseverando que el hecho de que la excónyuge no titular se encuentre inhibida (lo que le obstaculiza ejercer actos de disposición) y la posible existencia de terceros inhibientes que podrían verse afectados en sus derechos le impiden considerar que el asentimiento expresado en el acto que intenta inscribirse resulte suficiente, y confirma la resolución de primera instancia.

Por lo tanto, sea que adoptemos cualquier postura doctrinaria, debemos considerar la hipótesis de existencia de terceros inhibientes del excónyuge no titular, ya que, como hemos visto, ello así es recepcionado en la jurisprudencia, incluso por parte de jueces que consideren legítima la enajenación con sujeción a las reglas de la gestión de la sociedad conyugal no disuelta. Con-

10. CNCiv., Sala F, “Aguirre, Eduardo Daniel c/ Registro de la Propiedad Inmueble expte. 349/06”, expediente 111.548/06.

secuentemente, en estos casos, sin sujeción a la postura que cada profesional considere más adecuada, deberían requerirse certificados que prueben la libre inhibición de ambos excónyuges.

En el caso en estudio, la profesional interviniente no solicitó oportunamente el certificado de libre inhibición del excónyuge no titular. A efectos de completar dicha falta, entendemos que resulta suficiente que se solicite con posterioridad el pertinente certificado de inhibiciones por el excónyuge no titular, ya que, de haber existido un tercero inhibiente al tiempo de la celebración del acto, a efectos de conservar sus derechos, debió haber renovado la inscripción de dicha medida.

5. Conclusión

De obtenerse el despacho de un certificado de inhibición del excónyuge no titular del que surja la inexistencia de anotaciones de inhibición, el título traído a análisis no resulta observable por considerarse que existió venta con sujeción a las reglas de la gestión de la sociedad conyugal no disuelta (según algunos doctrinarios) o venta de inmueble parcialmente ajeno con simultánea ratificación implícita por parte del ex cónyuge no titular. De obtenerse el despacho de un certificado de inhibición del excónyuge no titular del que surja la existencia de alguna anotación de inhibición, el título traído a análisis sería observable por existir la hipótesis de existencia de terceros inhibientes perjudicados con chances de obtener un pronunciamiento judicial que perjudique a los actuales propietarios. El título, tal como es traído a análisis, resulta observable por no haberse solicitado el certificado de inhibición por el excónyuge no titular, por lo que existe la posibilidad de que el mismo se encuentre inhibido, con las consecuencias eventuales analizadas.

Notas extendidas

6. Artículo 1330. “La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta, cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida”.

7. Entre ellos: BORDA, Guillermo A., *Contratos*, tomo I, § 80; SALAS, Acdeel E., “Las nulidades absolutas y relativas y sus distintos efectos jurídicos”, *Jurisprudencia Argentina*, tomo 51, p. 502; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986, p. 353.; CNCiv., Sala A, 29/10/65, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1966-II, p. 600; CNCiv., Sala F, 23/8/1966, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1967-III, p. 56; CNCiv., Sala D, 13/3/1979,

en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, tomo 1979-B, p. 62; CNCiv., Sala C, 17/11/1977, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, tomo 1978-B, p. 512, citados en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 6, p. 397.

8. Algunos autores creen que esta posibilidad de modificar encuentra limitaciones. Entre ellos, Cristina N. Armella: ARMELLA, Cristina N., "Régimen patrimonial matrimonial", en VV. AA., *XLIX Seminario Teórico-práctico "Laureano Arturo Moreira"* [trabajos presentados], Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2005, pp. 77-100 (publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 889, julio-septiembre 2007, pp. 239-277, y en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 952, septiembre-diciembre 2005). La autora cree que dicho derecho de los excónyuges a modificar un convenio cuando el mismo está homologado (aún no ejecutado) está limitado a: que los excónyuges reúnan los requisitos del artículo 3462 del Código Civil; que existan causas sobrevenientes que den razón a la modificación (deudas de alimentos no abonadas, recompensas no ventiladas oportunamente, existencia de bienes gananciales desconocidos a la fecha del convenio, agresión de los bienes adjudicados a uno de ellos por el acreedor del otro, hijuelas de baja que resultaron insuficientes); que la modificación se fundamente exclusivamente en la autonomía de la voluntad por el cambio de parecer exteriorizado, sin que existan causas patrimoniales atendibles; que no existan medidas cautelares que evidencien la existencia de derechos de terceros no satisfechos, por lo que, en caso de haberlos desinteresado, es necesario salvaguardar esos derechos; que no existan derechos de terceros ya acordados, los que deben ser respetados. Esta enumeración no es taxativa.