



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## PARTICIÓN NOCIVA EN EL CONDOMINIO Y EL ABUSO DE DERECHO EN LOS DERECHOS REALES.

POR NELSON G.A. COSSARI\*

SUMARIO: 1. INDIVISIÓN FORZOSA CIRCUNSTANCIAL: PARTICIÓN NOCIVA. 2. LA DOCTRINA DE LA PARTICIÓN NOCIVA EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ 3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DURANTE LA VIGENCIA DEL ART. 2715, IN FINE, DEL CÓDIGO DEROGADO. A) CON ANTERIORIDAD A LA LEY 17.711. B) CON POSTERIORIDAD A LA LEY 17.711 4. ACCIÓN DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO Y ABUSO DE DERECHO 5. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA ACCIÓN DE PARTICIÓN 6. RELACIONES ENTRE EL ABUSO DE DERECHO Y LA PARTICIÓN NOCIVA 7. LA PARTICIÓN NOCIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. A) CONCEPTO DE NOCIDIDAD. A.1) CIRCUNSTANCIAS GRAVES PARA CUALQUIERA DE LOS CONDÓMINOS. A.2) PERJUDICIAL PARA LOS INTERESES DE TODOS LOS CONDÓMINOS. A.3) PERJUDICIAL PARA EL APROVECHAMIENTO DE LA COSA B) FACULTADES DEL JUEZ. 8. CONCLUSIONES

### 1. Indivisión forzosa circunstancial: partición nociva

El art. 2001 del Código Civil y Comercial se ocupa de un supuesto especial de indivisión forzosa que ya en doctrina se conocía como partición nociva. Y precisamente así reza el epígrafe de la norma. Se la califica como una indivisión circunstancial dado que el juez dispone la postergación por un término “adecuado a las circunstancias”. El antecedente de este giro se encuentra en el art. 4363, inc. 3°, del Esboço de Freitas, donde se incluye la mención de que la partición debe ser demorada “según las circunstancias”.

El instituto ya se encontraba regulado en el art. 2715 del Código de Vélez que enunciaba, en su último párrafo, que el condominio se encuentra también sujeto a indivisión forzosa “cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso deberá ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos”.

El artículo carece de nota donde se mencione la fuente en que se inspira la disposición, pero la doctrina la ha encontrado en el art. 4363, inc. 3°, del Esboço de Freitas<sup>1</sup>.

Ante la regla general del art. 2692 del Código derogado (hoy prevista en el art. 1997 del Código Civil y Comercial), que permite al condómino pedir en cualquier momento la división de la cosa común, Vélez erigió como excepción la posibilidad de demorar la partición en caso de nocividad. Dicha norma podría haber constituido un instrumento importante para impedir particiones realizadas con ostensible perjuicio para el resto de los condóminos. Sin embargo, como veremos, su aplicación fue mezquina.

---

\* Miembro del Instituto Región Centro dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA). Profesor Titular Ordinario Derechos Reales (UCA). Director de la Carrera de Abogacía y posgrados (UCA). Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA).

<sup>1</sup> SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881, Tº II, p. 161.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## 2. La doctrina sobre la partición nociva en el Código de Vélez

Salvat parte de reconocer que la ley dice nociva por cualquier motivo, y por tanto afirma que la norma debe ser ampliamente interpretada y aplicada en todos aquellos casos en que por circunstancias de orden político o económico la división sería perjudicial, pero casi enseguida advierte que la ley ha querido, en su opinión, que un condómino no pudiera, en circunstancias excepcionalmente extraordinarias y perjudiciales, pedir la liquidación del condominio en perjuicio de los otros condóminos<sup>2</sup> con lo que enseguida limita el campo de aplicación de la norma en forma rotunda.

A la hora de ejemplificar, los autores suelen aludir a causas excepcionalmente extraordinarias y perjudiciales, ejemplificándose con el caso de revoluciones, invasiones al país u hondas crisis económicas<sup>3</sup> que haría que se obtuvieran de partirse la cosa en ese momento a un precio inferior al de períodos normales. Es decir, circunstancias exorbitantes.

Como se ve, con tales criterios muy pocos supuestos quedan amparados por la norma. Nada quedaba de la amplitud prometida.

Ya sobre fines del siglo XX se siguió hablando de circunstancias excepcionales<sup>4</sup>. Si bien parte de la doctrina llama la atención sobre que la finalidad de la norma estaba en impedir divisiones de condominio abusivas o intempestivas<sup>5</sup>. Lafaille sostiene que puede tenerse en cuenta también el interés colectivo, postura que, afirma Mariani de Vidal, aparece reafirmada por el contenido de los arts. 1071 y 2513 del Código derogado<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, Tº III, núm. 1432, p. 189.

<sup>3</sup> SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, Tº III, núm. 1432, p. 189; PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho civil. Derechos reales*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, Tº II, núm. 1160.

<sup>4</sup> AREÁN, Beatriz, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, dirigido por BUERES, Alberto J. y coordinado por HIGHTON, Elena, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Tº V, p. 628.

<sup>5</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 5ª edición, actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, Tº I, núm. 610. Con ello el mencionado autor rectifica tácitamente la inclusión que hace en su parte general del derecho a pedir la división de condominio dentro de los derechos incausados (ver BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Tº I, núm. 34). Ya Lafaille había advertido que la última parte del artículo 2715 coloca en manos de los tribunales medios eficaces contra el abuso de los procedimientos extorsivos que ciertos condóminos podrían poner en juego para lograr ventajas inadecuadas (LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor, ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, Tº III, núm. 1143, p. 380).

<sup>6</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, 7ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 2004, Tº 2, p. 172.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## 3. Evolución jurisprudencial durante la vigencia del art. 2715, in fine, del Código derogado

La jurisprudencia siguió en principio la opinión restrictiva sintetizada por Salvat<sup>7</sup>. Veamos qué reglas sentó en materia de partición nociva:

### a) Con anterioridad a la ley 17.711

1) El art. 2715 del Código derogado requiere, en lo que concierne a su aplicación, circunstancias excepcionales extraordinarias y perjudiciales. No es suficiente el malestar de la plaza que, si bien es efectivo, es un fenómeno mundial cuyo término no puede preverse<sup>8</sup>. Y el codificador se refiere solo a causas temporarias susceptibles de desaparecer dentro de un período más o menos aproximado<sup>9</sup>, la baja del valor de la propiedad raíz no es ninguna de las circunstancias que el legislador puede tener en cuenta por la sencilla razón de que nadie puede afirmar con un fundamento relativamente serio que en el futuro de produzca un alza<sup>10</sup>.

2) La prórroga de las locaciones que mantienen la cosa común alquilada y con ínfimos alquileres no es motivo para mantener la indivisión hasta el vencimiento de las leyes de emergencia<sup>11</sup>. Tal circunstancia no es una de esas “circunstancias excepcionalmente extraordinarias” que dan paso a una solución igualmente excepcional como la consagrada en el art. 2715 del Código Civil<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, Tº III, núm. 1432, p. 189.

<sup>8</sup> C1ª Civ. Capital, sentencia de marzo de 1932, en autos “Arijón de Moreno Vera c. Moreno Vera”, JA, 38-204. Obsérvese que al tiempo del fallo existía una gran depresión económica, excepcional por cierto, que parece cumplir los requisitos de “circunstancias excepcionales y extraordinarias” que había sentado la doctrina más allá de la letra de la ley, pero sin embargo el Tribunal la descarta por no poder preverse su término de duración. Ello implicaba agregar otro requisito más que no existe en el precepto. Más atendible es el otro argumento concomitante que hace el sentenciante: se venderá barato, pero también se podrá comprar barato, con lo que la partición, pierde entonces nocividad.

<sup>9</sup> C1ª Civ. Capital, octubre de 1933, en autos “Garrido c. Garrido”, JA, 43-1038. Estamos de acuerdo con que las causas de indivisión deben ser temporarias, pero nada autoriza a exigir que tengan que desaparecer en un corto tiempo.

<sup>10</sup> C1ª Civ. Capital, fallo de agosto de 1940, autos “Oliveira c. Saavedra”, LA LEY, 19-839. En definitiva dentro de estos fallos late la idea que tal vez la baja del valor de las propiedades si bien ha sido extraordinaria era quizás definitiva.

<sup>11</sup> CNCiv., sala D, ED, 21-121, fallo de agosto de 1965. Tomada la aseveración del tribunal sin atender a las circunstancias del caso no se puede más que discrepar con ella. En efecto, parece lógico que si las leyes de prórroga desvalorizaban el inmueble la partición se demorara hasta tanto las mismas cesaran. Sin embargo, analizado en el contexto del momento en que se dictó el fallo, y las circunstancias del caso, el mismo era sin duda justo. En ese entonces, lo dice el propio fallo, no había miras ciertas de que las leyes de emergencia en materia de locaciones terminarían alguna vez. Además quienes se oponían representaban solo el 5% del valor del condominio. Finalmente el Tribunal juzgó que dicho condominio resultaba perjudicial para los intereses de los mismos comuneros.

<sup>12</sup> C1ª Civ. Capital, sala B, fallo de mayo de 1968, JA, 1968-V-335. Obsérvese que el tribunal da por sentado la necesidad de concurrencia de circunstancias extraordinarias para dar paso a una solución que



## ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

3) No basta con un perjuicio personal, la ley quiere que sea perjudicial para todos los condóminos<sup>13</sup>.

4) Las razones de orden moral, como la edad de la madre accionada (se trataba de un condominio entre madre e hijo), como la dificultad en las locaciones, resultan insuficientes para mantener la indivisión, máxime teniendo presente el lapso cumplido<sup>14</sup>.

Tal era la jurisprudencia clásica sobre la materia quizás influida —igual que la doctrina— por la concepción individualista de los intérpretes del Código.

### **b) Con posterioridad a la ley 17.711**

Luego de la reforma de 1968, la jurisprudencia afirmó que cabía advertir “un renacimiento” o “despertar” del último párrafo del art. 2715 del Código ahora derogado<sup>15</sup>. Renacimiento, acotamos, muy tímido.

Así algunos fallos comenzaron, esporádicamente, a utilizar la norma. Es interesante observar que las aplicaciones más audaces se hicieron por analogía trasladando la regla del art. 2715, *in fine*, a otros supuestos.

Veamos las reglas que sentó la jurisprudencia que siguió esta tendencia:

1) La falta de acuerdo sobre las cuotas partes ideales que le corresponde a cada condómino es una circunstancia que obsta momentáneamente a la realización de la subasta. Es el “cualquier motivo” que torna nociva la subasta y autoriza a demorarla “cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos”<sup>16</sup>.

2) Por analogía se aplicó el art. 2715, *in fine*, para impedir la transferencia de la parte indivisa de un sepulcro a un tercero extraño a la comunidad sin el consentimiento de los restantes comuneros<sup>17</sup>.

---

califica también de excepcional. Nada más alejado del texto del precepto que analizamos.

<sup>13</sup> CNCiv., sala C, fallo de febrero de 1972, ED, 44-735. Disentimos, por los motivos ya expuestos, con la afirmación del fallo de la necesidad de perjuicio para todos los condóminos. Sin embargo, el fallo es nuevamente justo, dado que el condómino opositor al parecer solo esgrimió venir explotando con éxito la parcela que se le había asignado lo que obviamente no era una causal suficiente.

<sup>14</sup> CNCiv., sala E, fallo de 1966, LA LEY, 126-347. Creemos que tales razones de orden moral podría, por el contrario, haber justificado la prolongación de la indivisión, aunados a otras circunstancias que el fallo descarta (aunque no queda claro si concurren en la *litis*) como la carencia de recursos de la madre. Ante ello procedía demorar la partición. Aquí también el fallo siguió la línea de pensamiento de Salvat (SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, Tº III, núm. 1432, p. 189).

<sup>15</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, su voto como integrante de la Corte Suprema de Mendoza, LA LEY, 1986-B, 170.

<sup>16</sup> CNCiv., sala D, fallo de agosto de 1980, LA LEY, 1981-A, 238. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, Tº III, núm. 1432, p. 189, ya había enunciado un supuesto similar en el pleito que influyera sobre la superficie del inmueble.

<sup>17</sup> CNCiv., sala E, fallo de febrero de 1983, LA LEY, 1983-C, 375.



## ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

3) Existen precedentes de la aplicación por analogía (art. 16, Código Civil) del 2715, último párrafo, a la liquidación de sociedad conyugal ya disuelta por sentencia firme.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta lo previsto por el art. 2715 del Código Civil, ordenó mantener la indivisión del que fuera el hogar conyugal ante el pedido de división realizado por el esposo, por ser nociva la partición para la cónyuge inocente y el hijo menor del matrimonio, fijando como término de la indivisión la mayoría de edad del niño<sup>18</sup>.

En igual sentido, en un interesante fallo, la Cámara Nacional Civil, sala D, aplicó el precepto en un caso donde el marido, luego de la disolución del hogar conyugal, pedía la división del único bien inmueble y del ajuar de la casa, donde habitaba la esposa junto con dos hijos, una menor de edad que padecía escoliosis paralítica, por ser particularmente nociva para la esposa y su hija demorando la indivisión hasta que ésta cumpliera la mayoría de edad<sup>19</sup>.

También se utilizaron, por analogía, tanto el art. 2715 como el 1071 en un caso donde el esposo solicitaba la liquidación del inmueble, bien de familia, que fuera asiento del hogar conyugal y residían actualmente su esposa y dos hijos<sup>20</sup>.

Creemos que estos fallos dictados dentro del ámbito del derecho de familia son los que verdaderamente daban con el espíritu de la norma y hacían una adecuada aplicación del art. 2715 del Código derogado, que así por analogía era empleado en forma más amplia para cuestiones para las que no estaba directamente proyectado que para las propias.

Pese a estas saludables reacciones no existieron sobre la específica materia fallos que significaran un cambio decidido en la orientación jurisprudencial clásica, el precepto, puede concluirse, siguió siendo aplicado en forma muy escasa y en contados casos.

No existía ningún motivo, ni en la letra, ni en la razón de la norma, para otorgarle a la partición nociva el reducido ámbito de actuación a la que la han relegado la doctrina y la jurisprudencia clásica, en concepciones de la que aún hoy no termina de desembarazarse este instituto.

Ha contribuido a la raquítica aplicación de este valioso instituto el supuesto disfavor con que era mirado el condominio por la ley. Es cierto que el condominio normal es de carácter transitorio, expuesto a desaparecer, y que la ley no quiere que los comuneros se vean ligados al mismo *sine die*, por lo que prohíbe renunciar de una manera indefinida al derecho a pedir la división limitando tales pactos al término de un plazo limitado, pero el mismo codificador cercenó ese aparente derecho irrestricto con una norma

---

<sup>18</sup> CSJN, “Gadea de García c. García”, julio de 1955, Fallos 232:406.

<sup>19</sup> CNCiv., sala D, noviembre de 1958, LA LEY, 93-306; la misma sala, en un caso similar, con otra integración, volvió a aplicar el mismo criterio, noviembre de 1976, LA LEY, 1977-B, 375, con nota aprobatoria de Eduardo A. Zannoni.

<sup>20</sup> SCJ Mendoza, febrero de 1985, LA LEY, 1986 B, 501.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

específica. Sin embargo, la concepción individualista agregó requisitos que no existían a la norma y su aplicación quedó prácticamente anulada.

## 4. Acción de división de condominio y abuso de derecho

¿Es aplicable la teoría del abuso de derecho a la acción de división de condominio y en su caso las relaciones con el instituto de la partición nociva? Responderemos a esos interrogantes.

Clásicamente se ha sostenido la existencia de derechos llamados incausados o discrecionales que no son susceptibles de abuso. Su existencia fue aceptada por gran parte de la doctrina.

Un autor, insospechable en cuanto a su concepción solidaria del derecho, como Guillermo Borda, afirma que existen “algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuenta de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplo en los que hay acuerdo prácticamente general, podemos citar el de pedir la división de condominio”<sup>21</sup>.

Y es cierto que el derecho a pedir la división de condominio se repite sin cesar en los listados que se han querido elaborar sobre los derechos incausados.<sup>22</sup>

Para este sector de pensamiento, la acción de partición es de aquellas pretensiones que ostentan el privilegio de escapar al control judicial en cuanto a la oportunidad de su ejercicio.

Nosotros pensamos que no es así. Sostenemos que la acción de partición no puede ser ejercida abusivamente y que, más aún, cualquier derecho puede serlo. Tanto la buena fe, como la doctrina del abuso del derecho, han de ser reglas para medir el ejercicio de cualquier derecho o facultad<sup>23</sup>.

Puede ser que existan normas en que, por diversas razones, la conducta abusiva sea difícilmente imaginable, pero ello no significa que *a priori* deba descartarse tal posibilidad por lo que nos parece inconveniente para el valor justicia, y además un ejercicio estéril, elaborar en abstracto catálogos de derechos discrecionales. Lo que corresponde es juzgar en el caso concreto si ha mediado abuso de derecho.

No es tan difícil suponer hipótesis en las cuales un condómino abusa de este derecho provocando circunstancias gravosas para el resto de los comuneros. Un condómino que, por ejemplo, crea una situación de hecho o de derecho que provoque la desvalorización de la cosa y pide la partición para poder comprar la totalidad aprovechando esa merma en el precio abusa de su derecho y merece la sanción correspondiente.

---

<sup>21</sup> BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1999, T° I, núm. 34.

<sup>22</sup> Ver RIVERA, Julio César, “Los derechos incausados”, RDPyC, 16-47 y ss.

<sup>23</sup> Trib. Sup. Español, sent. del 27/12/1994, ponente: Gullón Ballesteros.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## 5. La jurisprudencia sobre el ejercicio abusivo de la acción de partición

Los tribunales han mencionado en algunas oportunidades la posibilidad del ejercicio abusivo de la división de condominio.

Un fallo impecable en tal materia fue producido en 1953, bajo el amparo de la Constitución de 1949<sup>24</sup>, que recogía el instituto del abuso del derecho, por la sala D de la Cámara Nacional en lo Civil<sup>25</sup>. Enrique Raina era condómino junto a sus hermanas y madre de una propiedad de la que a su vez era inquilino, protegido por las leyes de prórroga de locaciones. En tales condiciones el comunero-locatario promueve la división de condominio pretendiendo persistir en la ocupación como arrendador de la finca. Ello, como bien observa la sentencia, implica un abuso de derecho porque el condómino que tiene menos de una décima parte de la propiedad del inmueble, pero disfruta totalmente del uso y goce del mismo, pidiendo la partición sin renunciar a su situación de inquilino, provocará la venta del inmueble ocupado con el consiguiente envilecimiento del precio en detrimento de su madre y hermanos<sup>26</sup>.

En otro fallo, que ya citáramos, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil examinó, descartando, la concurrencia en la causa del ejercicio abusivo de derecho<sup>27</sup>.

La Sala Segunda de Apelaciones de Rosario resolvió que la acción de división de condominio no importa un ejercicio abusivo cuando no aparece realizada de manera repugnante a la buena fe, la moral o las buenas costumbres, y sobre todo, cuando el agraviado no se vio impedido de ejercitar sus propuestas de división<sup>28</sup>. A *contrario sensu* quiere decir que puede ejercerse en forma abusiva.

La Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que no se trata de un derecho absoluto<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Art. 35 de la Constitución Nacional de 1949: “Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”.

<sup>25</sup> CNCiv., JA, 1954-IV-100.

<sup>26</sup> Lamentablemente la Corte revocó el fallo sosteniendo que no existió abuso de derecho. El argumento del Alto Tribunal fue que el locador-inquilino solo hacía uso del derecho que le confiere el artículo 2692 del Código Civil sin que ello pueda importar abuso de derecho (CSJN, abril de 1956, “Raina c. Raina”, JA, 1956-III-367).. De haberse tenido en cuenta el art. 2715, *in fine*, del Código Civil, que no se mencionó en la causa, la resolución pudo ser otra.

<sup>27</sup> CNCiv., sala C., fallo de febrero de 1972, ED, 44-735.

<sup>28</sup> CCiv. y Com. Rosario, sala 2°, JA, 1970-459, sum. 46.

<sup>29</sup> CSJN, ED, 29-16.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## 6. Relaciones entre el abuso de derecho y la partición nociva

De todas maneras, siempre que el derecho a pedir la división de condominio sea ejercido abusivamente, dicha conducta va a provocar también un caso de partición nociva.

Cuando un condómino solicite la división en forma antifuncional o excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071, del Código derogado y 10 del Código Civil vigente), la partición solicitada podrá ser nociva ya sea, perjudicial para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves, o perjudicial a los intereses de todos o al aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza y destino económico.

No creemos que ello signifique que se deba apartar sin más la teoría del abuso de derecho por el argumento que la misma ley en el art. 2001 está fijando los límites del derecho.

Para el juez que debe decidir sobre la nocividad de la partición será una valiosa piedra de toque analizar si el derecho a pedir la división se está ejerciendo contrariando los fines de la ley o excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Además, se podrá ser menos riguroso con la calificación del perjuicio o la causa suficiente para hacer jugar el concepto de nocividad, si el mismo es provocado por la conducta abusiva del promotor de la división.

Y el efecto de la existencia de abuso será quizás no solo demorar la partición sino derechamente rechazar la demanda propuesta en condiciones abusivas. Además el culpable, por ser el abuso un acto ilícito, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados<sup>30</sup>.

En consecuencia, la aplicación de las disposiciones atinentes al abuso de derecho, ayudarán a calificar la nocividad y excederán en sus consecuencias al art. 2001 del Código Civil y Comercial, como ya ocurría con el art. 2715, *in fine*, del Código de Vélez, no confundiendo con el mismo.

Por otra parte, pueden darse casos de nocividad de partición donde estrictamente el condómino no ha ejercido su derecho en forma abusiva, pero sin embargo las causas que tornan nociva la partición se configuran igualmente e impiden acceder a la misma<sup>31</sup>.

Por tanto los dos preceptos, si bien tienen numerosos puntos de contacto y de intersección conservan su propio interés.

Recuérdese que en los casos de liquidación de sociedad conyugal citados, los

---

<sup>30</sup> En cuanto a la sanción del ejercicio abusivo, ver BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, T° I, núm. 36 bis.

<sup>31</sup> Por ejemplo, el caso en que luego de entablada la división, un tercero inicie demanda de reivindicación sobre la cosa, tornando incierto el valor de la misma ante el litigio pendiente, o si se produjera el anegamiento de campos en condominio por una inundación. Claro está que una persistencia en el pedido de división, pese a que se logrará un exiguo precio por causas como las mencionadas, siempre lleva implícito por lo menos un ejercicio antifuncional del derecho contrario a los fines que tuvo la ley al reconocerlo.





# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Tribunales aplicaron concurrentemente el art. 2715, *in fine*, por analogía y las normas sobre abuso de derecho acudiendo ambos a dar una solución justa en la materia<sup>32</sup>.

## 7. La partición nociva en el Código Civil y Comercial

### a) Concepto de nocividad

El precepto estipula que la división debe ser nociva. Nocivo es, según el *Diccionario* de la Real Academia, sinónimo de dañino, perjudicial. Es un concepto más específico y acotado que una mera inconveniencia<sup>33</sup>, pero suficientemente amplio para cobijar a una amplia gama de situaciones.

Si bien la nocividad es un simple perjuicio y no uno calificado o agravado, la norma sancionada requiere circunstancias graves si es en relación a uno de los comuneros. De lo contrario, debe ser perjudicial a los intereses de todos. O al aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza y destino económico.

#### a.1) Circunstancias graves para cualquiera de los condóminos

La primera parte de la norma del art. 2001 es similar a la del art. 1944 del Proyecto de 1998. Dice el artículo que se configura este supuesto, “Cuando la partición es nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves”.

La norma deja en claro que basta que la partición sea nociva para uno de los comuneros, con lo que despeja del camino de su aplicación todas las opiniones ya vistas que exigían que la nocividad se proyectara sobre todos los condóminos.

El artículo requiere “circunstancias graves”. Por las mismas debe entenderse toda causa seria de suficiente entidad, lo que descarta desde motivos baladíes hasta los perjuicios propios de toda división no querida por alguno de los comuneros. Pero no deben exigirse circunstancias excepcionales, inesperadas, atípicas, ni fuera de lo común para que la regla funcione.

Pensamos que es un acierto exigir la concurrencia de circunstancias graves. En efecto, el “cualquier motivo” del art. 2715, *in fine*, del Código derogado, pese a su amplitud, conspiró en la aplicación del instituto por un temor latente a que cualquier alegación pudiera enervar el derecho de solicitar la división. La nueva redacción alentará a los jueces a recurrir a esta norma ante casos justificados.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un fallo dictado en el marco del art. 2715 del Código derogado, pero en el que alude también al nuevo 2001, hizo lugar a un planteo de partición nociva. El condominio era entre familiares y los demandados eran la madre de la actora y la hermana de ésta. Todos ellos habían llegado a la titularidad del bien por donación de una hermana e hija de los accionados y también hermana de la demandante ya fallecida. La actora solicitaba la división explicando que el inmueble “era ocupado en parte por su hermana, y en otra parte por su madre. Manifestó que su

---

<sup>32</sup> CNCiv., sala D, LA LEY, 1977-B, 375; SCJ Mendoza, LA LEY, 1986 A, 495.

<sup>33</sup> La “inconveniencia” contempla una gama de acontecimientos mucho más extensos que la “nocividad”, SCJ Mendoza, 25/6/1985, “M. de C. E., M. c. C. M., P.”, LA LEY, 1986-B, 169.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

relación con su hermana se había deteriorado, y que la de esta con su madre –quien necesitaba asistencia por su avanzada edad, a pesar de su buen estado- era mala, por lo que no existía un ambiente de cordialidad en el hogar. Dijo que el bien se encontraba en mal estado de mantenimiento, y que deseaba poner fin al condominio a fin de adquirir una propiedad para que su madre habitara allí” La demandada alegó que la finca “era ocupado en sus tres cuartas partes por su madre, y en la cuarta parte restante, por la demandada y sus dos hijas. Relató que su hija de 27 años, debido a una herida de bala sufrida en el año 2003, se encontraba en estado cuadripléjico, con hidrocefalia, que su otra tenía 16 años de edad” El juez de primera instancia dispuso demorar el plazo de la división de condominio por dos años. Apelada la sentencia la Sala definió la nocividad siguiendo nuestro criterio expresado en un artículo doctrinario del año 2004<sup>34</sup> que cita expresamente añadiendo que la nocividad “debe tenerse en cuenta no sólo para resolver acerca de la procedencia de demorar la división del inmueble, sino también para establecer hasta qué momento esta debe posponerse”. Asimismo toma en cuenta el nuevo art. 2001 del Código, aun no vigente a la época del fallo, pero que lo estaría al vencimiento del plazo establecido por el juez de primera instancia, que confirma, y dispone teniendo en cuenta tal norma que al vencimiento del plazo establecido “deberá reevaluarse el caso, y que si se considera necesario extender nuevamente el término sólo podrá hacérselo hasta un máximo de cinco años más y por única vez” El mismo fallo estima que el plazo fijado por el juez de primera instancia –dos años- comienza a correr una vez firme la sentencia.<sup>35</sup>

## **a.2) Perjudicial para los intereses de todos los condóminos**

Si es perjudicial a los intereses de todos no se exigen motivos graves, pero éstos deben ser suficientemente serios. Es acertado que la norma no exija circunstancias graves cuando el perjuicio lo sea para todos los condóminos dado que, salvo el caso de una conducta irrazonable, el promotor de la división siempre busca con la misma una ventaja, por lo que por hipótesis no será perjudicial para quien solicita la partición y por ende, no lo sería para el total de los condóminos. Basta demostrar el perjuicio para los intereses razonables de los condóminos —incluso de quien pide la partición— descartando intereses especulativos o meros caprichos.

## **a.3) Perjudicial para el aprovechamiento de la cosa**

La restante es una causal que puede rotularse objetiva. Aquí la nocividad surge cuando la división es perjudicial al aprovechamiento de la cosa según su naturaleza y destino económico. Este último caso parece referirse a una división de la cosa que perjudicaría la explotación del bien considerado en sí mismo, obteniéndose un provecho menor que si se la deja indivisa. Lafaille asimismo expuso la posibilidad de que esté en juego un interés colectivo y sostiene que “no habría razón para descartarlo, ni ante el texto del Código, ni en vista de los modernos conceptos sobre el dominio”<sup>36</sup>.

## **b) Facultades del juez**

<sup>34</sup> COSSARI, Nelson G. A., “Condominio y partición nociva”, LA LEY, 2004-A p. 1051

<sup>35</sup> CNCiv., sala H, 06/06/2015, “S., I. T. c. S., B. G. s/ división de condominio” AR/JUR/36017/2015.

<sup>36</sup> LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor, ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, Tº III, núm. 1143, p. 380.



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

El juez tiene, ante las situaciones previstas en la norma, la facultad de demorar la partición por el tiempo que considere adecuado, según las circunstancias y hasta un máximo de cinco años. Por ello, la fuente de esta indivisión es la sentencia judicial<sup>37</sup>.

El artículo manda que el término de la demora debe ser adecuado a las circunstancias, no exceder de cinco años. Este término es renovable por una vez.

La disposición legal se asemeja al art. 1111 del Código Civil italiano<sup>38</sup>, que fija también un plazo máximo de cinco años, por el cual puede dilatar la partición. Preferimos el criterio del Proyecto de 1998 que dejaba en manos del juez mayores facultades en cuanto al tiempo diciendo que “el tribunal puede disponer su postergación” sin más aditamentos.

El plazo de la norma puede ser demasiado exiguo para ciertos supuestos, si bien quizás las sentencias puedan llegar a un resultado similar aplicando otros institutos.

También es correcto que la norma diga expresamente que es el juez el que dispone la postergación de la división. Con ello se pone de manifiesto la fuente judicial de esta indivisión.

En cuanto a la expresión “puede”<sup>39</sup>, la misma no debe hacer pensar de manera alguna que queda al arbitrio del juez demorar o no la partición. Por el contrario, siempre debe dilatarse cuando concurren los supuestos de este artículo y así se lo solicite. Quizás habría sido mejor decir “debe”, en lugar de “puede”, a fin de evitar toda duda al respecto.

## 8. Conclusiones

a) El art. 2001 contempla una herramienta que usada con prudencia por los magistrados puede evitar situaciones injustas ante pedidos “nocivos” de división de condominio.

b) La timidez de su aplicación por parte de la jurisprudencia durante la vigencia del art. 2715 último párrafo del Código velezano proviene de un pensamiento individualista y de un prejuicio en contra del condominio que va más allá de las propias regulaciones que contenía el cuerpo legal. La teoría de los derechos abstractos y su inclusión en ella del derecho a pedir partición influyó también en esa postura. La recepción por parte del art. 2001 del Código vigente del referido instituto puede tornar en más frecuente y fecunda la aplicación del mismo a los casos que lo ameriten.

---

<sup>37</sup> ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS Jorge J., ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, Tº IV-A, p. 570.

<sup>38</sup> Código Civil italiano de 1942: “*Ciascuno dei partecipanti può sempre domandare lo scioglimento della comunione; l'autorità giudiziaria può stabilire una congrua dilazione, in ogni caso non superiore a cinqueanni, se l'immediato scioglimento può pregiudicare gli interessi de glialtri*”.

<sup>39</sup> Tomada también del artículo 1111 del Código Civil italiano.



## ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

c) La teoría del abuso de derecho es aplicable al ejercicio de la acción de división de condominio cuando se dan los supuestos del art. 10 del Código.

d) El instituto de la partición nociva y del abuso de derecho tienen numerosos puntos de contacto complementándose en numerosas ocasiones.