

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV



**JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título: COMPETENCIA NOTARIAL EN MATERIA DE CESIÓN
DE DERECHOS GANANCIALES.**

Autor: Notario Virginia María De Vita.

**Integrante del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª
Circunscripción - con asiento en la ciudad de Rosario.**

Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

<u>Sumario.</u>	Pág.
Ponencia.	5
I. Sociedad conyugal	7
II. Contrato de cesión de derechos personales gananciales.	9
III. Oportunidad.	10
IV. Competencia notarial.	11
V. Registración.	13

PONENCIA.

La sociedad conyugal no es una persona jurídica sino la descripción de una comunidad de derechos y obligaciones individualmente considerados de titularidad de cada cónyuge y llamados bienes gananciales, Al disolverse el vínculo matrimonial por divorcio o muerte de alguno de los cónyuges, el titular de derechos personales gananciales podrá transferirlos supeditados a la liquidación y posterior adjudicación mediante contrato de cesión de gananciales otorgado en escritura pública, no incluyéndose los derechos personales o reales individualmente considerados de titularidad ganancial del cedente.

I. SOCIEDAD CONYUGAL

Entendiendo a la sociedad conyugal como la comunidad de bienes, derechos personales y reales de titularidad de uno o ambos cónyuges, podemos sostener que la misma no es una persona jurídica ni una universalidad de derechos.

La regulación de su origen, vicisitudes y extinción debe entenderse como la regulación de la titularidad de los bienes gananciales durante la vigencia del matrimonio y su posterior extinción.

Al disolverse el vínculo matrimonial por muerte de alguno de los cónyuges, se disuelve la sociedad conyugal y debe procederse a la liquidación de la misma. En el proceso sucesorio, la sentencia declarará al cónyuge supérstite heredero del causante, únicamente en relación a los bienes propios habidos a la muerte de su cónyuge, declarando disuelta la sociedad conyugal y en estado de liquidación con efectos retroactivos al fallecimiento del causante.

En tanto el cónyuge supérstite haya sido titular o no de los derechos personales o reales que integraban la sociedad conyugal, variará el carácter de su titularidad.

Si el causante tuvo la titularidad reservada de un bien ganancial, el supérstite tendrá un derecho personal dentro de la liquidación de la sociedad conyugal que podrá realizar en la instancia respectiva juntamente con la partición concurriendo con los sucesores universales que adquirirán los derechos y obligaciones de titularidad del causante uti singuli. Por esto no podrá realizar actos de disposición de bienes hasta la liquidación ya que debe transformar su derecho personal a la sociedad conyugal en personal o real sobre bienes individualmente considerados. Tengamos en cuenta que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, según lo ordenado por el artículo 3270 de nuestro Código Civil.

Distinto será en caso en el cual el causante no tenía la titularidad reservada sobre un bien ganancial. En éste caso, al acaecer la muerte del no titular que provocó la disolución de la sociedad conyugal, se someterá la titularidad del derecho al cumplimiento de una condición resolutoria negativa que acontecerá al realizarse la liquidación junto a los sucesores universales, si los hubiere. Si el supérstite pretende realizar actos de disposición de alguno de los bienes individualmente considerados, igualmente deberá efectuar, como paso previo, la liquidación junto a los sucesores universales por no ser considerado un sucesor universal.

II. CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS PERSONALES GANANCIALES

Podríamos plantearnos el caso en el cual el cónyuge supérstite está interesado en transferir en forma gratuita u onerosa sus derechos a los bienes gananciales antes de realizar la liquidación de la sociedad conyugal. En éste caso el cónyuge transmitente tiene un derecho personal a un conjunto de derechos personales y reales de los cuales fue titular el causante, los cuales integraron la sociedad nacida al celebrarse el matrimonio.¹

* Si el supérstite era titular de bienes gananciales de titularidad reservada, no sufrirán sus derechos modificación alguna al operarse la disolución de la sociedad conyugal por el fallecimiento del cónyuge.

* Si era titular de un derecho real y tiene intención de disponerlo antes de la liquidación, necesitará valerse de un contrato de compraventa, permuta o donación que le permita transferir en forma individual cada bien. En caso de haber sido titular de un derecho personal, realizará un contrato de cesión onerosa o gratuita. En ambos casos se verán supeditados a la condición resolutoria que

¹ “Reflexiones sobre la herencia”, Jorge Alberto Gil, Ed. Graficarte, Rosario, Agosto 2010.

implícitamente encierra la disolución del vínculo matrimonial y la adjudicación o no de determinados bienes al supérstite.

El mismo planteo puede realizarse respecto a la disolución de la sociedad conyugal en caso de divorcio y su posterior liquidación. Uno o ambos ex cónyuges podría estar interesado en transferir los derechos personales que posee, supeditados a la liquidación y posterior adjudicación.

Creemos que el instrumento adecuado para instrumentar la transferencia intentada por el cónyuge supérstite o por el o los divorciados con anterioridad a la liquidación de la sociedad conyugal es el contrato de cesión de derechos gananciales.

Al mismo lo definimos como un contrato atípico mediante el cual uno o los dos ex cónyuges ceden sus derechos personales a la liquidación de la sociedad conyugal en caso de disolución del vínculo matrimonial por muerte o divorcio.-

El objeto del mencionado contrato únicamente será los derechos personales que tenía el cedente antes de la disolución del matrimonio y que durante la vigencia de la comunidad de bienes gananciales, siendo eventuales sus efectos por estar sujetos a la condición suspensiva del advenimiento de la liquidación.

Se deben excluir los derechos personales o reales de titularidad ganancial del cedente ya que deberán transferirse en forma individual, conforme a las normas de cada especie de derecho. Respecto a los derechos de titularidad reservada, la disolución del vínculo matrimonial produce una condición resolutoria tornando imperfecto al derecho y supeditando la perfección de su titularidad a resultas de la liquidación de los bienes gananciales.

Celebrado el contrato de cesión de gananciales, el cesionario, ya sea el mismo el ex cónyuge, cónyuge supérstite o un tercero, tendrá legitimación para solicitar la partición de la herencia o la liquidación de la sociedad conyugal con

posterior adjudicación en caso de divorcio, con el objetivo de que el derecho personal que adquirió por medio de la cesión se convierta en derechos personales o reales individualmente considerados, para poder así disponer de los mismos libremente, en cumplimiento del artículo 1.313 del Código Civil vigente.

III. OPORTUNIDAD.

Ya dijimos anteriormente que nos encontramos ante un contrato atípico, cuya falta de regulación legal y, en razón de compartir puntos en común con el contrato de cesión de derechos hereditarios, nos habilita a aplicar sus normas al contrato de cesión de gananciales.

La Doctrina y Jurisprudencia no acepta la disposición de bienes de la herencia individualmente considerados antes del dictado de la declaratoria de herederos, razón por la cual los Registros de la Propiedad inmueble se niegan a inscribir tales actos.-

Ante ésta situación, los herederos declarados o presuntivos suelen negociar sus derechos y obligaciones sobre la herencia por medio de contratos de cesión de derechos y acciones hereditarios que encierran actos de disposición sobre bienes.

El contrato propuesto podrá celebrarse, según el caso, desde la muerte del causante y luego del dictado de la sentencia de divorcio.

Teniendo en cuenta el carácter aleatorio de la herencia y la posibilidad de que aparezcan bienes sucesibles desconocidos al momento de realizar la cesión, podrá hacerse la cesión luego de la partición.

Analógicamente, la cesión de gananciales podría presentar los mismos inconvenientes. La cesión debe hacerse luego del dictado de la sentencia de

divorcio sobre la premisa de que se disolvió la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de interposición de la demanda de divorcio.

En el caso de haberse tramitado el juicio de divorcio, haberse dictado sentencia, habiendo sido la misma inscrita en el Registro Civil pero no se liquidó la sociedad conyugal y fallece alguno de los ex cónyuges, podrá el supérstite no titular de los bienes gananciales, transferir derechos personales sobre el todo o una parte de los gananciales.

IV. COMPETENCIA NOTARIAL.

En virtud del vacío legal existente y, como se ha demostrado, resultando de aplicación analógica las normas de la cesión de herencia al contrato de cesión de derechos personales sobre gananciales, analizaremos la competencia del escribano para intervenir en el contrato de cesión de gananciales.

En nuestro Derecho las partes contratantes tienen la libre elección de los modos de exteriorizar la voluntad, es decir, rige la libertad de formas. Pero, en consideración a la importancia social de determinados actos, la Ley impone determinadas formas a cumplir para que el contrato sea válido y produzca los efectos queridos por las partes y por la Ley.

El artículo 1.184 del Código Civil exige que sean hechos en escritura pública determinados actos entre los cuales encontramos la específicamente la cesión de derechos hereditarios en su inciso 6°.

Considerando aplicable el mencionado precepto legal al contrato que nos ocupa, veremos que luego de disuelta la sociedad conyugal por fallecimiento de alguno de los cónyuges o por divorcio, podrán celebrarse el contrato de cesión de derechos personales a bienes gananciales por escritura pública.

Distintos pronunciamientos han sostenido que la escritura pública es el único medio idóneo para instrumentar la cesión de herencia², a pesar de que encontramos otros en los cuales se consideró que la misma es un requisito para probar la existencia del contrato y que puede ser sustituida por un acta judicial labrada en el expediente.³

En una postura intermedia, se considera que la cesión no realizada en escritura pública, si bien es nulo como contrato de cesión, por aplicación de artículo 1185 vale como contrato de promesa de cesión o contrato en el cual las partes se obligaron a otorgar escritura pública⁴.

Podemos sostener que la prescripción legal respecto a las solemnidades que debe observarse a la formación del acto jurídico cesión de herencia, es aplicable al caso del contrato de cesión de gananciales, es decir que la cesión de gananciales debe instrumentarse por escritura pública bajo pena de nulidad. Ante la celebración del contrato por instrumento privado, interpretamos que el mismo se considerará que las partes se comprometieron a otorgar escritura de cesión de derechos personales sobre bienes gananciales⁵.

Hacemos mención de la posibilidad de excluir uno más bienes de la cesión, derechos reales que se encuentran, recordemos, sometidos a una condición suspensiva que acaecerá al momento de la liquidación de la sociedad conyugal.

Mención aparte merecen los incisos 1º, 8º y 10º del comentado artículo 1.184 por los cuales se podría interpretar que:

- la cesión de gananciales es un acto jurídico cuyo objeto, si bien es un derecho personal, al realizarse la partición podrá efectivizar la transmisión de bienes inmuebles en propiedad.-

² CNCIV. En pleno, 15-12-86, LL 1987-B-430.-

³ CNCIV. Sala A, 21-8-79, LL 1979-D-536.-

⁴ CNCIV. Sala F, 15-2-96, LL 1998-D-877.-

⁵ "Derecho Inmobiliario Registral", Adriana Abella, Editorial Zavalía, mayo 2009.-

- **lleva implícita la transacción de uno o más bienes inmuebles.-**
- **si bien la cesión no es un contrato accesorio, de otro, encuentra íntima relación con contratos redactados en escritura pública, ya sea por voluntad de las partes o por prescripción legal.**

V. REGISTRACIÓN.

Ya dijimos que no se acepta la disposición de bienes de la herencia individualmente considerados antes del dictado de la declaratoria de herederos, razón por la cual los Registros de la Propiedad inmueble se niegan a inscribir tales actos. Entonces, los herederos recurren al instrumento de cesión para poder negociar sobre los bienes que supuestamente recibirán por el fallecimiento del causante.-

En nuestra provincia de Santa Fe por Ley Provincial 6435, en su Capítulo Sexto “Registro de anotaciones especiales”, artículo 51 se establece que el Registro dispondrá del organismo pertinente en donde se anotarán, inciso 4º “la cesión de derechos y acciones hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento.”.

Vemos que sólo se pueden inscribir cesiones otorgadas con anterioridad a la inscripción de la declaratoria de herederos.

La normativa nacional al efecto, Ley Nacional 17.801, establece que se inscribirán o anotarán para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de la ley en los registro de la propiedad inmueble existentes en cada provincia art.º 2 inc. a) los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles.

Si bien, al llevarse a cabo la liquidación, partición y adjudicación, adquiriremos un derecho real, cedemos derechos personales supeditados al alea de que se materialice en un derecho de otro tipo, por ejemplo derecho real de dominio sobre uno de los inmuebles que componen la sociedad conyugal.

En Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Decreto 2080/80, reglamentario de la Ley 17.801 establece que no se tomará razón de la cesión de acciones y derechos hereditarios en relación al asiento de dominio, deduciéndose de esto que distintas implicancias tendrá el hecho de que al estar inscripta la declaratoria de herederos, ya se conoce la titularidad de los bienes en estado de indivisión por enlazarse la inscripción registral a nombre de causante cumpliendo con el tracto sucesivo⁶.

Una vez dictada la declaratoria de herederos y realizada la nombrada “denuncia de bienes”, cumplidos los engorrosos trámites fiscales, se procede a inscribir la misma con especial referencia a la cesión de derechos y acciones hereditarios.-

Habiendo realizado una cesión de gananciales procederemos a inscribirla en el Registro respectivo. Pero ¿cuál es el Registro competente?

Si bien el Registro santafecino fue denominado por Ley Provincial 6.435 Registro General, el mismo no cuenta con facultades para inscribir la celebración de matrimonios. Tengamos en cuenta que ésta función es competencia del Registro Civil por lo cual no encontraremos mención alguna a los cedentes respecto al matrimonio en sí en el Registro General, Registro al cual solemos llamar “de la Propiedad” donde debemos inscribir la cesión de derechos gananciales.-

Interpretamos que la inscripción de la cesión deberá ser admitida, tanto por la Ley Provincial como por la Ley Nacional, en razón de llevar la transmisión de

⁶ “Reflexiones sobre la herencia”, Jorge Alberto Gil, ob. Cit.

los derechos personales gananciales, implícita constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Lo mismo sucederá en el caso en el cual alguno de los derechos que se encuentran supeditados a la posterior partición refiere a la propiedad de una marca o derechos de autos, derechos que gozan de oponibilidad frente a terceros por la toma de razón en los respectivos Registros.

Habiendo acreditando en la escritura de cesión de gananciales la disolución de la sociedad conyugal por el fallecimiento del causante o la sentencia de divorcio, el Registro procederá a inscribir la cesión y dar publicidad registral a la misma a fin de hacerla oponible a terceros.

Decimos “deberá” y “sucederá” ya que la experiencia personal permite decir que en nuestra ciudad de origen, Rosario, el Registro General no cuenta con un índice personal de los contratos de cesión de herencia y ni de declaratorias de herederos. Esto impide conocer la existencia de las mismas a cualquier interesado implicando un límite a la publicidad registral.

Posteriormente a la inscripción de la cesión de gananciales, el cesionario para poder realizar actos de disposición de los bienes que integran los derechos personales que adquirió por medio de la cesión procederá a realizar la partición y posterior adjudicación de los derechos que recibió de parte del cesionario y se modificará la titularidad de los derechos reales o personales si los hubiera, en cumplimiento de las normas de partición de herencia aplicando analógicamente a éste contrato el artículo 1313 de nuestro Código Civil.

Encontramos otro fundamento de la necesidad de realizar la partición y adjudicación en el artículo 3270 por el cual nadie puede transmitir un derecho sobre un objeto mayor al que tenía. Debe el cesionario ser titular registral del derecho real para poder disponer del mismo, por lo cual el Registro analizará si el cesionario que quiera disponer de derechos reales sobre bienes inmuebles

contenidos en los derechos personales que adquirió por medio del contrato de cesión de gananciales otorgó la partición respectiva para poder realizar actos dispositivos.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Codevilla c/Ayelli s/división de condominio”, en el año 1998 que la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble con hace cesar la indivisión hereditaria, lo cual sólo ocurre por medio de la partición de bienes debidamente inscripta⁷.

La partición y adjudicación podrá realizarse en cualquiera de las formas permitidas por nuestro ordenamiento, judicial o extrajudicial, pero con la exigencia de la escritura pública para las últimas emanada del inciso 2º del artículo 1184.

En el mismo sentido creemos pertinente ése modo de realizar la partición y adjudicación en virtud de lo normado por incisos 1º, 8º y 10º del mismo artículo. El primero y el segundo inciso en caso de integrar los derechos del cesionario derechos reales sobre inmuebles, el citado en tercer término por ser la partición y adjudicación un acto accesorio a la cesión realizada en escritura pública.⁸

⁷ Autos “Codevilla, Víctor y otros c/ Ayell, Enrique a. y otros s/división de condominio”, en JA N° 125. XXXIV 13-08-1998; T. 321 P. 2162 b”.-

⁸ Jorge Mosset Iturraspe, Miguel A. Piedecabras, “Código Civil Comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía. Contratos, parte general Artículos 1137 a 1216”, Rubinzal-Culzoni, editores.-