

**CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO**

**II ASAMBLEA ORDINARIA 2009**

**Resistencia (Chaco) - 6 y 7 agosto de 2009**

**ACTOS DE DISPOSICIÓN DURANTE LA VIGENCIA  
DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA**

Disertante: Not. Jaime GIRALT FONT

**LA HERENCIA.**

3279: La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código.

**3281. La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos.**

**CONSTITUYE UNA UNIVERSALIDAD JURÍDICA.**

**3263. El sucesor universal, es aquel a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona.**

**El patrimonio es la universalidad jurídica de los derechos reales y personales bajo la relación de un valor pecuniario. Por eso es que la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial.**

**Esta unidad conceptual del patrimonio hereditario no permite otra división que en partes alícuotas (Zannoni, Eduardo A. "Derecho de las sucesiones" tº 1, p. 77, Edit. Astrea, 4ª edic. Bs. As. 2001).**

**LA POSESIÓN HEREDITARIA.**

**3410. Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia.**

**La posesión hereditaria no atribuye la propiedad de las cosas, sino la legitimación para ejercitar los derechos derivados de la calidad de heredero**

**Cada heredero tiene vocación al todo de la herencia, pero EXISTIENDO PLURALIDAD DE HEREDEROS, CADA UNO SÓLO TIENE DERECHO A PARTICIPAR**

**DE UNA PARTE ALÍCUOTA, LO QUE CONSTITUYE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.** (Conf. Cerávolo, Ángel Francisco y Ceriani Cerinadas, Agustín: “Posesión hereditaria”, trabajo presentado en la XXVIII Jornada Notarial Argentina, Rosario, abril de 1008).

**La adquisición de la propiedad de cada uno de los bienes que integran esa universalidad recién se produce al efectuarse la partición, negocio jurídico que tiene por objeto atribuir a cada uno de los herederos los distintos bienes, ahora en su singularidad, que integran el acervo.**

**Efectos de la partición: 3503.** Se juzga que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus co-herederos.

#### **DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DURANTE LA VIGENCIA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.**

**Existencia de un solo heredero:** Declarado en carácter de tal, dispone libremente de los bienes sin que, obviamente, se necesite partición alguna porque no hay comunidad hereditaria.

**Indivisibilidad de la gestión de la comunidad:** 3451. Ninguno de los herederos tiene el poder de administrar los intereses de la sucesión. La decisión y los actos del mayor número, no obligan a los otros coherederos que no han prestado su consentimiento. En tales casos, el juez debe decidir las diferencias entre los herederos sobre la administración de la sucesión.

Lo que cada heredero incorpora a su patrimonio es la cuota o alícuota con valor patrimonial del acervo; pero la herencia es indivisible objetivamente mientras no se efectúe la partición (Conf. Zannoni, op. cit.).

**Abandono de los bienes: 3379.** El heredero beneficiario puede descargarse del pago de las deudas y legados, abandonando todos los bienes de la sucesión a los acreedores y legatarios. Este abandono no importa una renuncia de la sucesión; aquél queda sometido a colacionar en la cuenta de partición con los coherederos, el valor de los bienes que en vida le hubiese donado el difunto; y puede exigirlos de éstos en todos los casos en que está ordenada la colación de bienes.

**Renuncia a la herencia:**

**3345. La renuncia de una herencia no se presume. Para que sea eficaz respecto a los acreedores y legatarios, debe ser expresa y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto, cuando la renuncia importa mil pesos.**

**3346. La renuncia hecha en instrumento privado es eficaz y tiene efecto entre los coherederos.**

**3347. La renuncia hecha en instrumento público es irrevocable. La que se hace en instrumento privado no puede serle opuesta al renunciante por los coherederos, sino cuando hubiese sido aceptada por éstos.**

**Renuncia a los gananciales:** Aplicando principios relativos a las sociedades, al renunciar un socio a su cuota de liquidación, se acrecienta la de los demás (en este caso los restantes herederos). (La Ley 1980-B-928)

**Venta por todos los herederos:** Tiene la naturaleza de una partición y conviene hacer constar que se trata de una partición parcial.

**Venta de parte indivisa por uno de los herederos, sin intervención de los restantes:** Como hasta la partición no se tiene ningún derecho sobre la parte alícuota que le corresponde en la herencia respecto los bienes que la integran, en el supuesto que producida la partición no le toca lo presuntamente vendido en su hijuela, el adquirente, como en el caso de la hipoteca sobre parte indivisa, podrá ser desalojado.

**Diferencia con el condominio:** Cada condómino tiene la libre disposición de su porción en el condominio; puede enajenarla sin requerir conformidad de sus restantes condóminos y la operación queda firme

**Venta de parte indivisa por uno de los herederos, con intervención de los restantes:** Si comparecen los demás coherederos y manifiestan que toman conocimiento de la enajenación y no tienen reserva ni observación alguna que formular, ello implica también una partición parcial.

**Cesión genérica de herencia o derechos hereditarios (y obligaciones hereditarias):** El heredero transmite al cesionario los derechos que le competen en la sucesión, **en su totalidad o en una parte alícuota de ellos.**

Tratándose de un contrato aleatorio puede limitarse el álea: según aparezcan bienes no conocidos, más herederos o acreedores, etc.

También puede excluirse un bien determinado, especialmente si se trata de un único heredero.

**Cesión de herencia sobre bien determinado: Igual que la venta de parte indivisa por uno de los herederos sin intervención de los restantes, su eficacia depende de que toque al cesionario en su lote el bien cuya parte indivisa así adquirió.**

**Disposición de inmueble por heredero aparente: 3430. Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe. ...**

**Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos.**

**II**  
**ACTOS DE DISPOSICIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES,**  
**ANTES Y DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA**  
**SOCIEDAD CONYUGAL.**

Por Jaime Giralt Font

**Evolución del régimen patrimonial de la sociedad conyugal**

**Régimen del Código Civil:**

La mujer casada era incapaz respecto de ciertos actos o de la forma de ejercerlos (art. 55), pero podía ejecutarlos a través de su representante legal (art. 56), que en el caso de las casadas lo era el marido (art. 57).

Éste era el administrador de sus bienes propios, de los gananciales y de los propios de la esposa (arts. 1255, 1276, 1277):

1255. Los bienes que el marido llevó al matrimonio, y los que después adquirió por donaciones, herencias o legados, pueden ser enajenados por él, sin dependencia del consentimiento de la mujer, o de autorización judicial.

**1276. El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio,** sean dotales o adquiridos después de formada la sociedad, con las limitaciones expresadas en este Título, y con excepción de los casos en que la administración se da a la mujer, de todo el capital social, o de los bienes de ella.

**1277. Puede enajenar y obligar a título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio,** salvo los derechos de la mujer, cuando la enajenación fuere en fraude de ella. **Puede también hacer donaciones de los bienes suyos y de los ganados durante la sociedad,** con arreglo a lo dispuesto en el Título De las donaciones.

**La ley 11.357 (Derechos civiles de la mujer).**

Mantuvo la administración de los gananciales por parte del marido, pero excluyó de su gestión la de los bienes propios de la esposa, aunque presu-mía la existencia de un

---

· Con autorización de la Academia Nacional del Notariado

mandato tácito a tal fin, pero que la mujer podía revocar, **excluyendo también los bienes que la cónyuge pudiere adquirir con el producto de su trabajo, profesión, empleo o industria, siempre que la misma se reservare su administración (art. 3º, inc. 2º, párrafo c).**

Además, en su artículo 5º, todavía vigente, estableció el sistema de responsabilidad individual por las obligaciones contraídas por cada uno, con las salvedades previstas en el art. 6º.

### **Reforma del Código Civil por la ley 17.711.**

Instauró el **régimen de libre gestión separada de los bienes propios y de los gananciales adquiridos por cada uno (art. 1276), con las limitaciones previstas en el art. 1277; y de ganancialidad diferida**, en el sentido de que **los gananciales recién pasan a ser de propiedad común una vez disuelta la sociedad conyugal**, con algunas excepciones en el caso de separación de hecho.

Ello así por razón de que **los bienes gananciales son de propiedad exclusiva del cónyuge que los adquiriere**, ya que el otro carece de todo derecho de propiedad sobre los mismos **hasta la mencionada disolución de la sociedad conyugal por nulidad de matrimonio, divorcio, separación judicial de bienes o muerte de alguno de ellos, momento en que recién se genera la indivisión entre los esposos con relación a todos los bienes adquiridos por ambos que no revistan el carácter de propios de cada uno.**

### **¿Existen los bienes mixtos?**

El carácter del bien que es en parte propio y en parte ganancial es una cuestión que siempre ha encontrado **disidencias en la doctrina** y en la jurisprudencia.

Mientras **algunos autores estiman que la mayor parte del dinero empleado, sea propio o ganancial, determinará la naturaleza del bien; otros estiman que si el bien se adquiere en parte, primeramente como propio, siempre será propio, aunque la mayor parte posteriormente comprada o edificada lo sea con dinero ganancial y, recíprocamente, si originalmente nace como ganancial, será siempre ganancial, aunque la mayor parte se adquiera o edifique con dinero propio de uno de los cónyuges.**

Al respecto debe tenerse en cuenta lo establecido en el **fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil en el conocido como “caso Sanz”**: *Reviste carácter propio la totalidad*

*del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal.- Conf. C.N.Civ., en pleno, julio 15-1992, in re “Sanz, Gregorio O. S/ Recurso Contencioso Administrativo” Publicado en El Derecho, tomo 149, página 103; La Ley, tomo 1992-D, página 260; Jurisprudencia Argentina, tomo III, página 535.*

Para que este decisorio sea de aplicación debe adquirirse posteriormente a la primera incorporación al patrimonio **la totalidad del resto del bien**. Debe tenerse presente, además, que este fallo es de interpretación obligatoria para los tribunales nacionales en lo civil, pudiendo ocurrir que los de otra jurisdicción no compartan tal criterio.

Pero ¿qué naturaleza tiene un bien cuando uno de los cónyuges, por ejemplo, lo adquiere en un único acto, pagando la mitad del precio con dinero propio y la otra mitad con dinero ganancial? ¿O siendo uno de los esposos propietario de dos inmuebles linderos, de iguales dimensiones, características y valor, que revisten para él, uno el carácter de ganancial y el otro de propio, resuelve unificarlos? Este tema es resuelto por otra parte de la doctrina en el sentido de que se trata de bienes mixtos, que son en parte propios y en parte gananciales.

## **DISPOSICIÓN DE LOS BIENES.**

*Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277. (art. 1276)*

### **Bien de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges.**

En virtud de lo dispuesto por el transcripto art. 1276 el titular del bien es quien tiene el impulso negocial, constituye el único integrante de la parte enajenante y a él corresponde la totalidad del precio que corresponda percibir si el acto dispositivo lo es a título oneroso, no teniendo que compartirlo con el cónyuge no disponente, sin perjuicio del asentimiento de este último que pudiere requerir el negocio jurídico. Naturalmente ello también es de aplicación, excluyendo el supuesto del asentimiento, en lo que se refiere a los actos de administración.

### **Bien de propiedad de ambos cónyuges.**

**Sobre la base de la misma norma, cada uno puede disponer libremente, y en las mismas condiciones, de su parte indivisa.**

Por razón de lo previsto en los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 (5. *Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.* 6. *Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, 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.*) el acreedor de uno de los esposos no puede embargar y ejecutar más que la parte que éste tenga en el bien del que es titular junto con su cónyuge. (Jurisprudencia).

**El artículo 1277 del Código Civil.**

Expresa la norma: *Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.*

*También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratándose en este caso de bien propio o ganancial.*

*El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.*

En primer término es menester destacar que no se trata de **consentimiento**, que consiste en la **manifestación de voluntad**, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula **jurídicamente**; en los contratos significa, conformidad que sobre su contenido expresan las partes. En cambio **el artículo no se refiere a la parte en el sentido de sujeto negocial de un contrato sino justamente a quien, sin serlo, manifiesta su conformidad con el hecho ajeno.**

Pero no es ésta la única crítica que merece la disposición en análisis, ya que tampoco hace falta el *consentimiento de ambos cónyuges* porque el que debe expresar el asentimiento es uno solo, el que no dispone.

Por otra parte, es redundante la expresión *disponer o gravar* en tanto la **constitución de un gravamen implica un acto de disposición.**



No es más feliz la redacción del penúltimo párrafo, por cuanto **no se concibe que pueda existir el hogar conyugal después de disuelta la sociedad conyugal si tal circunstancia se produjo por divorcio.**

En nuestra opinión, este aspecto de la norma debe ser interpretado en el sentido de que se trata del inmueble que constituyó la última sede del hogar conyugal.

#### **Asentimiento general.**

#### **Evolución jurisprudencial tendiente a su aceptación.**

Dudas con relación a distintos casos en que se requiere: boleto de compraventa, cesión del boleto de compraventa, acciones nominativas, extinción de condominio, etc.

#### **Contratos entre cónyuges.**

Como la prohibición de contratar crea una incapacidad de derecho, el principio es que todo aquel contrato entre cónyuges que no se encuentra expresamente prohibido por la ley está permitido, ya que no pueden establecerse nulidades por analogía (art. 1037).

**Contratos prohibidos: compraventa (art. 1358, pero sí con boleto anterior al matrimonio); donación 1807, inc. 1°; permuta (art. 1490); cesión de créditos y derechos (art. 1441); dación en pago (arts. 780/781); sociedades comerciales de personas (ley 19.550, art. 27).**

**Contratos permitidos: constitución de hipoteca (art. 1259); mandato (art. 1276, 3er. párrafo); sociedades comerciales por acciones (ley 19.550, art. 27).**

**Contratos permitidos por no estar prohibidos: locación, mutuo, fianza, depósito, prenda, sociedad civil.**

**Caso del fideicomiso:** aún no existe acuerdo si un cónyuge puede asumir el rol de fiduciario en un fideicomiso donde el otro es fiduciante o beneficiario.

Una vez firme la sentencia de divorcio vincular los ex cónyuges pueden formalizar entre sí cualquier contrato, precisamente porque ha quedado disuelto el vínculo familiar; de la misma manera que al efecto de la observancia de lo dispuesto en el artículo 985 del Código Civil, los parientes de uno de los cónyuges han dejado de serlo del otro, lo que no ocurre en caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los esposos, donde el vínculo familiar se mantiene con relación a los parientes del difunto.

## **DISPOSICIÓN DE BIENES DESPUÉS DEL DIVORCIO.**

Disuelta la sociedad conyugal por divorcio **recién se genera la comunidad de los bienes gananciales que hasta entonces administraba y disponía cada esposo, en la que corresponde una mitad de dichos bienes a cada uno (art. 1315).**

La disolución se produce con efecto retroactivo al día de la presentación conjunta, si el divorcio se tramita por voluntad común o al día de la notificación de la demanda si fuere controvertido (art. 1306); y si la sentencia se dictare por la causal prevista en los artículos 204 y 214, inc. 2º (separación personal y divorcio vincular, respectivamente), sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el tercer párrafo del citado artículo 1306, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho (*Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable*), de acuerdo con lo establecido en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 29/9/1999, publicado en La Ley del 1/11/1999.

Al efecto de **liquidar la sociedad conyugal** como consecuencia de su disolución los ex cónyuges pueden:

- a) **Codisponer** de los gananciales, cualquiera fuere el titular de cada uno de los bienes y distribuir su producido. Se debe tener presente que si, como ejemplo, los ex cónyuges eran los únicos integrantes de una sociedad de responsabilidad limitada en la que el marido tenía el diez por ciento de las cuotas y la esposa el noventa por ciento restante, al producirse la disolución de la sociedad conyugal pasan a corresponderle a cada uno, sin perjuicio de lo que luego se acuerde en el convenio de liquidación, cincuenta por ciento a cada uno.
- b) **Disponer el titular registral con el asentimiento del otro**, supuesto en el que la expresión del asentimiento implica la ratificación de la venta de cosa ajena (la del no disponente) en los términos y con los alcances del artículo 1330 (CNCiv, , Sala F, “Aguirre, Eduardo Daniel c/ Registro de la Propiedad Inmueble Expte. 349/06” Expte. 111.548/06). Debe requerirse certificado de inhibiciones por el asentidor.
- c) **Partir los bienes al igual que en una partición de herencia**. Tratándose de un único inmueble, nada impide que sea adjudicado a ambos ex cónyuges en condominio y, eventualmente, que uno venda al otro su parte. Lo que resulta improcedente es que, sin esa previa adjudicación formalicen la venta de una mitad indivisa entre ellos, porque la mitad indivisa no enajenada continúa revistiendo el carácter de ganancial y, por tanto, sujeta a partición.

- d) **En caso de existir dinero**, además del inmueble, puede uno adjudicarse el inmueble y el otro el dinero, sin que ello signifique que se pague precio alguno.

### **Partición parcial.**

Puede ser necesario que la partición de los gananciales no pueda ejecutarse en un solo acto; en cuyo supuesto es aconsejable, si la partición se hace notarialmente, dejar finiquitado el convenio de liquidación, con la aclaración de que se procede en ese acto a la ejecución de los bienes de que se trate, postergando, por las razones que lo justifiquen, la ejecución del resto para otra oportunidad, pero que quede definitivamente fijada la forma en que los bienes corresponderá a cada uno.

### **Poderes irrevocables**

La manera regular de liquidar la sociedad es acordar un convenio de liquidación y adjudicar los bienes según lo pactado. Pero es frecuente que se pretenda liquidar la sociedad conyugal sin adjudicación de los bienes sino a través de poderes generales recíprocos que se intercambian los ex cónyuges, mediante los cuales se confiere a cada uno de los presuntos adjudicatarios poder para adjudicarse a sí mismo o enajenar por cualquier título el o los bienes que le correspondan, según un convenio suscripto entre ellos, no homologado judicialmente ni formalizado en escritura.

En tal supuesto se debe prestar el asesoramiento al que el escribano está obligado, advirtiéndolo no sólo que tal opción no equivale a la partición de los bienes, sino que existe la posibilidad que si el inmueble que ha convenido se le transmite al apoderado es de la titularidad del poderdante, sea objeto de una medida precautoria de acreedores de este último, a quienes no les es oponible el acuerdo y que, en consecuencia pierda la posibilidad de terminar por adquirirlo aquel que debía hacerlo.

### **Partición que incluye adjudicación a los hijos.**

La partición de los bienes del matrimonio es un acto jurídico en que las únicas partes que pueden participar en él son los ex cónyuges. Los hijos no están legitimados para intervenir en la misma, aunque puedan resultar beneficiados si esa es la voluntad de la madre y el padre. Pero para ello es menester que previamente éstos se adjudiquen el bien del que se trate entre ambos, o directamente lo donen a sus hijos; pero pensamos que tal decisión no puede resolverse en la adjudicación directamente a estos últimos.