

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA Y LA FORMA DE LA CESIÓN DE HERENCIA(\*) (1239)***

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

**SUMARIO**

Preliminar.

I. LA CESIÓN DE HERENCIA: CONTRATO ATÍPICO.

1. El tipo contractual, los contratos atípicos y la cesión de herencia.
2. Caracterización de la cesión de herencia.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

- 1° Por el objeto.
  - A) Las universalidades jurídicas.
  - B) La herencia como universalidad jurídica.
  - C) El objeto de la cesión de herencia como universalidad jurídica.
- 2° Por los sujetos.
  - A) El cedente.
  - B) El cesionario.
- 3° Por el contenido de la intención negocial.
3. Comparación con otras figuras negociales.
  - 1° Negocio jurídico cuyo sujeto es un heredero y cuyo objeto es la herencia o una cuota parte considerada como universalidad.
  - 2° Negocios jurídicos uno de cuyos sujetos es un heredero y cuyo objeto son bienes singulares del acervo hereditario.
  - 3° Negocio jurídico cuyo objeto es una universalidad sucesoria.
4. Conclusión.
5. Consecuencias de la ubicación de la cesión de herencia entre los contratos atípicos: reglas aplicables.

## II. FORMA DE LA CESIÓN DE HERENCIA.

6. Clasificación de los actos jurídicos en razón de la forma y en razón de la prueba.
7. Mención expresa de la cesión de herencia en el art. 1184 del Código Civil. Consecuencias y argumentos corroborantes.
8. Jurisprudencia.

## PRELIMINAR

La cesión de herencia es negocio habitual y los repertorios jurisprudenciales receptionan reiteradamente variados aspectos de su problemática. Diversas razones convergen en la frecuencia, que se estima progresiva, de una figura cuyo encuadre doctrinario es doblemente atrayente: por la especialidad de su estructura y por la ausencia de un verdadero esquema normativo expreso. Es conocido el silencio que siguió al compromiso que Vélez Sársfield asumiera en su llamada al art. 1484, prometiendo tratarla en el libro IV del Código Civil. La actividad notarial concentra especial interés en la forma de la cesión de herencia, objeto, entre otros estudios, de un interesante dictamen del Instituto Argentino de Cultura Notarial(1)(1240). Este ensayo pretende volver sobre el tema fundándose en la caracterización de la especie estudiada, como hilo conductor en una trama en la que se destacan la teoría general del negocio jurídico, especialmente de los contratos, el concepto de universalidad jurídica y sus aplicaciones en materia sucesoria, y las proyecciones de la cesión sobre la renuncia o la aceptación de la herencia cedida.

## **I. LA CESIÓN DE HERENCIA: CONTRATO ATÍPICO**

### **1. EL TIPO CONTRACTUAL, LOS CONTRATOS ATÍPICOS Y LA CESIÓN DE HERENCIA**

El acto jurídico conceptuado en el art. 944 del Código Civil consiste en la manifestación voluntaria de la intención de producir un efecto jurídico. Supone uno o más sujetos que exteriorizan la intención negocial (autores del negocio) y recaen generalmente sobre bienes, cosas o servicios que constituyen su objeto. Ante la necesidad de clasificarlos, como instrumento de clarificación de las distintas figuras y de su interpretación, se impone atender primero a la estructura íntima del negocio y si ésta resulta insuficiente, a los supuestos: sujeto y objeto. Sólo en última instancia habrá de recurrirse a circunstancias ajenas al acto mismo, incluidos sus resultados aun metajurídicos. De esta manera se obtienen agrupaciones de negocios más estrictamente delimitadas cuanto más íntimo en la estructura negocial es el factor considerado. En la amplitud de la figura contractual ("Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos", art. 1137), delineada sobre lo "común" de la declaración que de por sí exige la concurrencia de dos o más partes<sup>(2)</sup>(1241), se comprende la multiplicidad de variantes que resulta de los particulares contenidos de la intención negocial. El concepto de intención negocial coincide con el de causa, en el sentido de finalidad o razón de ser el acto, siempre la misma para cada contrato<sup>(3)</sup>(1242). Es el fin jurídico perseguido por las partes y asegurado por la ley, fin que es preciso distinguir de la finalidad personal impulsora, más claramente expresada como motivación del sujeto contratante o motivos del negocio.

El contenido de la intención negocial o causa se presenta como factor principalísimo para determinar las distintas clasificaciones de los contratos, "el elemento categórico por excelencia", en expresión de Videla Escalada, "y el más preciso y eficaz instrumento para cumplir tal función, en cualquier sistema jurídico que haya superado el formalismo estricto"<sup>(4)</sup>(1243). También la doctrina extranjera distingue los contratos nominados por la causa: "Se los llama también atípicos, según Messineo, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica que caracteriza a la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados"<sup>(5)</sup>(1244).

No obstante, la precisión conceptual puede exigir remitirse al objeto para la cabal distinción entre las figuras de muy próxima semejanza pero distintas. Por ejemplo, transferir la propiedad onerosamente es el contenido de la intención negocial en la compraventa y en la permuta, más en aquélla de una cosa y de una suma de dinero en cambio, y en ésta, de una cosa por otra. Es innecesario aclarar que se entiende por objeto la entidad material o inmaterial sobre la cual recaen los efectos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jurídicos queridos por los sujetos y protegidos por la ley.

Cuando la norma positiva proporciona todos los rasgos esenciales de un contrato, es decir, los atinentes al contenido de la intención negocial, a la manifestación de voluntad (libre o reglada), a la aptitud de los sujetos (capacidad) y al objeto específico, puede hablarse de un contrato típico. Según Spota, son "contratos típicos aquellos que encajan dentro de un tipo legal... que ya tienen su regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas"(6)(1245); según Masnatta, lo son si la ley establece para ellos una disciplina particular, sea mediante un estatuto propio o por vía de remisión expresa que permita deducir su regulación jurídica(7)(1246).

La doctrina nacional concuerda en afirmar que no basta la denominación o nombre atribuido o reconocido a un contrato para conferirle tipicidad(8)(1247). "Tener un nombre no basta para dar tipicidad a un negocio dado: el contrato de hospedaje que se prevé en el art. 3° de la ley 14821, el de pensión, que también se menciona allí y en el art. 4035, inc. 2° del Código Civil, son innominados en sentido técnico, aunque sean nombrados por la ley. Para mejor decir: aunque sean nominados son atípicos"(9)(1248). Tampoco es suficiente la sola determinación de los elementos estructurales; Mosset Iturraspe, a quien se debe esta exacta apreciación, cita como ejemplo de esta hipótesis al mismo contrato de hospedaje mencionado en la legislación de locaciones urbanas(10)(1249).

Ahora bien, el Código Civil se refiere a la cesión de herencia en seis artículos: el 1184, inc. 6° que contiene disposición expresa con respecto a su forma, los arts. 2160 a 2163 que fijan los alcances de la garantía de evicción entre cedente y cesionario, y el art. 3322 que configura con ella una de las posibilidades de aceptación tácita de herencia. Por lo tanto, la cesión de herencia tiene "nombre", un objeto precisado (la "herencia"), una forma exigida ("escritura pública") e incluso un contenido de la intención negocial dibujado con relativa claridad por los arts. 2160 a 2163. Es decir, que la ley le atribuye una denominación y fija alguno de sus presupuestos y elementos estructurales mediante referencias mínimas, importantes para sugerir la naturaleza de la relación entablada y diáfana en materia de forma, pero insuficientes, de acuerdo a los criterios recordados, para decidir su inclusión entre los contratos típicos en nuestro derecho.

La caracterización de la cesión de herencia que se ensaya a continuación intenta comprobar lo que acaba de afirmarse.

## **2. CARACTERIZACIÓN DE LA CESIÓN DE HERENCIA**

Las peculiaridades del negocio estudiado hacen más conveniente iniciar su caracterización por el objeto, continuar con los sujetos y finalizar con la intención negocial.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**1° Por el objeto.**

El legislador argentino en sus contadas referencias a la cesión de herencia menciona su objeto con las expresiones: "derechos hereditarios" (art. 1184, inc. 6, arts. 2161, 2162,2163), "herencia"(arts. 2160 V 2162) y "derechos sucesorios" (art. 3322). Es obvio el igual alcance impreso a las tres expresiones, aunque no lo es su identidad sustancial: la "herencia" comprende más que los solos "derechos hereditarios" o "derechos sucesorios" porque incluye también aquellas obligaciones del difunto que, lejos de extinguirse con la muerte, conservan su exigibilidad, pudiendo hacerse efectivas sobre los bienes del difunto y aun sobre los de los herederos si la aceptación ha sido pura y simple o se ha perdido el beneficio de inventario.

La sucesión mortis causa es, en efecto, la modificación subjetiva de las relaciones jurídicas resultado de su transmisión, como efecto atribuido por la ley a la muerte del primitivo titular de aquellas que "deja" al sucesor universal heredero su sitio de sujeto activo de unas y de sujeto pasivo de otras. Las relaciones jurídicas afectadas por la transmisión, cualquiera sea el signo (activo o pasivo) que identifica al causante en las mismas, constituyen el objeto de la sucesión.

A) Las universalidades jurídicas(11)(1250). La importancia del concepto de universalidad requiere ciertas precisiones, sobre todo porque la doctrina carece de uniformidad al respecto.

Para Barbero, "universalidad patrimonial" es la "pluralidad de bienes" que en ciertas relaciones son considerados y tratados unitariamente como si fuesen un solo "objeto jurídico", sin que haya entre ellos ni un nexo físico de conexión ni un nexo de verdadera y propia organización, ni una relación de accesoriedad, sino solamente en vista de la mayor importancia económica reconocible a su agregación (universalidades de hecho: rebaño, biblioteca, pinacoteca, etc.), o por una particular dinámica de la relación jurídica (universalidad de derecho: herencia, dote, patrimonio familiar, etc.). Para este autor se trata "de una individualidad predominantemente lógica, inducida por la norma jurídica por razones y finalidades determinadas". En su estructura ubica tres elementos, a saber, la pluralidad ontológica de bienes, la unidad lógica de su conjunto y la consideración jurídica del mismo, sub especie universitatis, "dato formal no inferible más que de la norma jurídica en cuanto dicte, para una relación determinada, una disciplina concerniente al agregado como tal, como unidad lógica, no a los singulares bienes agregados". Admitiendo dos especies, la universalidad de hecho y la de derecho, entiende que se presenta la universalidad de hecho en todo conjunto que antes de la calificación jurídica ya constituía un agregado material de cosas por obra del hombre, y la segunda, en toda agregación puramente ideal de cosas y de bienes inmateriales, incluso sin contacto entre sí, cuyo carácter de unitariedad nace exclusivamente de la obra del derecho. La herencia es ubicada en esta última categoría(12)(1251).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Para la comprensión de su tesis debe recordarse que considera "cosas" a los objetos económicos o patrimoniales materiales impersonales, y "bienes inmateriales", a las entidades económicas o patrimoniales inmateriales no estrictamente bienes personales, y que esquematiza el patrimonio a través de la imagen de una esfera centrada en el sujeto y cuyos múltiples radios son las relaciones patrimoniales o económicas que tienen por objeto cosas o bienes inmateriales y que convergen en el sujeto(13)(1252). El patrimonio, por lo tanto, no es una universalidad para Barbero.

Es distinto el concepto de universalidad patrimonial expuesto por Messineo: llama colectiva a la cosa "considerada como reunión o pluralidad de otras cosas entre sí materialmente distintas, pero unidas por un nexo teleológico", y a este todo unificado lo denomina también universalidad de cosas o universalidad patrimonial. Rechaza poner el acento decisivo en que la universalidad no es una entidad nueva sino un modo de consideración jurídica de un determinado conjunto de cosas y aun admitiendo que el reconocimiento de la universalidad puede ser requerido sólo con respecto a ciertos fines y que los elementos no desaparecen en la universalidad, sostiene que "en el momento en que son considerados, como se dice, *sub specie universitatis*, está fuera de duda que adquieren un carácter nuevo y diverso del que tienen cuando se los considera separados de la universalidad de que forman parte"(14)(1253).

Messineo distingue en el género "universalidad de cosas", las de hecho y las de derecho. Para él es universalidad de hecho el agregado o colección de cosas, generalmente homogéneas, "pertenecientes a la misma persona y unificadas (nexo orgánico de conexión) por tener destino unitario (duradero) a una finalidad"; y universalidad de derecho al conjunto "no de cosas, sino de relaciones jurídicas activas y pasivas, que tienen como titular a un sujeto y que tienen entre sí un nexo establecido por la ley". El ejemplo de esta última categoría es la herencia o patrimonio hereditario. La diferencia entre ambas especies de universalidades radica en el objeto ("cosas" para una y "relaciones jurídicas" para la otra), en el vínculo (impreso por la ley y por la voluntad del propietario para la primera y sólo por la ley para la segunda) y en una mayor acentuación del carácter unitario por sobre los elementos constitutivos en la universalidad de derecho comparado con la universalidad de hecho.

Dentro de los distintos aspectos en que señala Messineo la relevancia jurídica del concepto de universalidad de derecho, se destaca, junto a la indiferencia y permutabilidad de los elementos y a la aplicación de los principios de la subrogación real, el trato unitario de que es susceptible, como objeto de derechos y de acciones, aspecto relevante en materia de herencia(15)(1254).

Es innecesario subrayar la distinción entre los conceptos de los citados maestros italianos evidente al compararlos y concretada por el mismo Messineo(16)(1255). En el de universalidad de derecho ofrecido por el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

último no cabe la noción de patrimonio, a pesar de que lo estima "no un conjunto de objetos, o de cosas, sino un conjunto de relaciones, derechos y obligaciones... que tienen como titular a un determinado sujeto y que están vinculados entre sí" porque no admite sobre el patrimonio un derecho unitario salvo "en cuanto a ciertos efectos, el caso del patrimonio como objeto de sucesión mortis causa a título universal"(17)(1256).

A los efectos de aplicar el concepto de universalidad a la problemática de la cesión de herencia es oportuno tratar de superar la antinomia entre concebir la universalidad como nuevo objeto de derecho (por ejemplo, según Messineo) y concebirla como mera entidad lógica (según sostiene Barbero). Ubicándose en la posición intermedia entre el realismo exagerado y el nominalismo exagerado, es decir, entre la tesis para la cual la universalidad existe en la idea y por ello en la realidad, y la tesis para la cual la universalidad carece de substrato real (y que califica a las universalidades de derecho y de hecho de "imágenes cómodas"). María Antonia Leonfanti ha sostenido que ambas especies de universalidad constituyen una realidad pero en el sentido de unidad finalista. Rechazando toda idea de que la universalidad sea una ficción, escribe: "no sólo hay unidad sustancial de sustancias incompletas que forman un ser completo (por ejemplo, el hombre) sino que hay otros tipos de unidad accidental (un edificio) o bien la unidad finalista de elementos sustancialmente completos y que no tienden a integrar otro ser sustancial, sino una unidad (real) animada por un fin..."(18)(1257).

En esta definida y clara concepción de la universalidad cabe la universalidad de cosas y la universalidad de relaciones jurídicas, sin perjuicio de que resulte oscuro el comprender la segunda como especie de la primera(19)(1258). En la doctrina nacional se acepta la noción de universalidad de relaciones jurídicas para referirse al patrimonio, pues al considerarlo como conjunto de derechos y obligaciones pecuniarios de una persona tratados unilateralmente(20)(1259)se involucran en él las relaciones jurídicas cuya faz activa y pasiva significan tales derechos y obligaciones. En quienes sustentan esta configuración del patrimonio también resultan universalidades de relaciones jurídicas los patrimonios especiales de indudable existencia en nuestro sistema legal. Es verdad que la noción de patrimonio - universalidad no goza de adhesión total en la doctrina(21)(1260), sin embargo, no se encuentra cómo explicar de otra manera, por lo menos, el régimen de esos "patrimonios especiales", la determinación de sus límites, las posibilidades de su incremento y su afectación a las deudas que pueden hacerse efectivas sobre los mismos. En cuanto a que la universalidad de relaciones jurídicas pueda ser "objeto" de un negocio jurídico, no resulta absurdo: una relación jurídica es el objeto de la cesión de créditos y relaciones jurídicas constituyen el objeto del hecho jurídico de la sucesión.

La expresión "universalidad jurídica", que se usará en adelante en este trabajo, se refiere a universalidad de relaciones jurídicas por oposición a universalidad de cosas o de hecho, ambas especies del género

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

universalidad o universalidad patrimonial. De esta manera se conservan las clásicas expresiones latinas: *universitas iuris* y *universitas facti*.

B) La herencia como universalidad jurídica. - La doctrina argentina se refiere habitualmente a la herencia considerándola "universalidad jurídica", aunque sin detenerse a precisar los alcances conferidos a dicha expresión. El concepto expuesto en el apartado anterior sobre la sucesión mortis causa y la idea elegida con respecto a universalidad jurídica permiten una perfecta coincidencia: si sucesión equivale a modificación subjetiva de la relación jurídica por efecto de su transmisión y no es una sino que son múltiples las relaciones que se transmiten, es patente que la consideración unitaria de dichas relaciones a los efectos sucesorios atribuye al conjunto el carácter de universalidad jurídica.

Tal consideración unitaria finalista sub specie *universitatis* es innegable en los siguientes casos:

a) Cuando la herencia se acepta beneficiariamente impidiéndose la confusión de patrimonios del causante y del heredero (art. 3371). El heredero beneficiario, es decir, ubicado en la situación que es regla en el vigente derecho argentino, conserva la titularidad de los derechos hereditarios, aparece restringido en sus poderes con respecto a los mismos y no responde con su patrimonio por las deudas del causante ni por los legados que los acreedores y legatarios sólo pueden hacer efectivos sobre el patrimonio que fue de aquél. El heredero beneficiario, único o no, aparece, entonces, en el rol del titular de dos patrimonios, el suyo y el constituido por el conjunto de relaciones jurídicas en cuya titularidad se encontró ubicado al producirse el hecho jurídico desencadenante de la muerte del causante)(22)(1261).

b) Cuando el sucesible quiere la herencia o la cuota que pretende le corresponde y la reclama de quien la posee invocando derechos hereditarios, es decir, cuando ejerce la acción de petición de herencia (arts. 3421, 3422 y 3423). Se ha sostenido con autoridad que la acción no tiende a obtener la restitución de la "universalidad" (secuela, se dice, de la equivocada concepción del patrimonio como "universalidad")(23)(1262) porque la acción tiende "a que se restituyan las cosas hereditarias poseídas por otros, según los términos del art. 3422, o los objetos que componen la herencia, según las palabras del art. 3421..."(24)(1263). Pero no es irrazonable ver en estas expresiones la alusión al efecto mediato que el actor tiene en mira, siendo insuficientes para negar que lo perseguido es el todo, incluso impreciso e indeterminado en sus contenidos concretos, especialmente cuando se pretende una cuota parte, para cuya obtención sólo se requiere la demostración del título hereditario)(25)(1264).

c) Siempre que la existencia de coherederos provoca la indivisión de la herencia, aun si la aceptación es pura y simple, produciéndose la masa indivisa de la que quedan excluidos los créditos y, para ciertos autores, también las deudas, divididas de pleno derecho a la muerte del causante. En efecto, "el coheredero tiene derecho a una cuota



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

(abstracta) del conjunto hereditario, no a tantas cuotas cuantos sean los bienes que componen el caudal, lo que sucedería si no fuera una "universitas". En cambio, la cuota única se refiere a todos los bienes, pero no singularmente considerados sino como unidad"(26)(1265).

Las exigencias de las operaciones de partición (incluida la colación) interfieren en la confusión de patrimonios propia de la aceptación pura y simple y obligan a contemplar la herencia como unidad, delineándose la cuota hereditaria en el patrimonio del heredero ante la imprecisión de las cosas y bienes que la compondrán definitivamente, lógica imposición de los hechos sobre el efecto meramente declarativo de la partición.

c) Siempre que es necesario calcular el monto de las legítimas, aun en caso de único heredero si existen liberalidades del difunto.

d) Cuando la sucesión se reputa vacante, hasta la efectiva incorporación de los valores hereditarios líquidos al patrimonio del Estado.

Estos ejemplos bastan para demostrar que la herencia es considerada como universalidad jurídica, al menos, en ciertas hipótesis, lo que coincide con la relatividad que se reconoce al mencionado concepto de universalidad jurídica y sin perjuicio de que el Código mismo se refiera a la herencia como universalidad en los términos generales del art. 3264.

C) El objeto de la cesión de herencia como universalidad jurídica. - Considerar al objeto de la cesión como universalidad, sin profundizar el análisis de la idea, es coincidente en la doctrina nacional: Lafaille expresa que el contenido de la cesión (en el sentido que se da aquí a la palabra "objeto") "es una universalidad que abarca el conjunto de los bienes con las cargas inseparables del activo"(27)(1266); Rébora incluye el término "universalidad" en el título del párrafo destinado a exponer sobre la cesión de derechos hereditarios, refiriéndolo "a la facultad de disponer de la herencia, como universalidad jurídica", y en el texto distingue entre la disposición individual de uno o más objetos (lo que debe entenderse "cosa" o "bien") de la herencia, manifestando que no es lo mismo que "disponer de la universalidad, que se posee, que se tiene como propietario"(28)(1267); De Gásperi subraya: "Cuando la cesión se hace de una herencia, la intención de las partes no recae sobre los objetos particulares que la componen, sino sobre la universalidad jurídica, universus jus defuncti, o sea sobre el activo y el pasivo de ella"(29)(1268); Fornieles, remitiéndose a Zacharie, concluye con que lo que se cede es una universalidad de hecho y explica que "el lazo que agrupa a los bienes, el elemento que los somete a unidad, es su origen, el haber pertenecido todos al causante"(30)(1269). Salas parece ubicarse en idéntica posición, en particular cuando encara la situación del heredero único aceptante puro y simple que, al ceder, "se desprende de una parte de su patrimonio... parte que constituye una universalidad de hecho, pero no de derecho"(31)(1270). La idea del objeto de la cesión como universalidad comprensiva del activo y del pasivo del difunto es sustentada también por Salvat, Rezzónico, Acuña Anzorena, Mosset

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Iturraspe, por el Ateneo Notarial y por el Instituto Argentino de Cultura Notarial(32)(1271).

No siempre resulta totalmente clara la tipificación de esta "universalidad" en los diversos autores, de manera que permita construir una síntesis de una o varias orientaciones definidas.

La interpretación más adecuada es la que extiende al objeto de la cesión la naturaleza que corresponde a la herencia cuando se la considera sub specie universitatis: la de universalidad de relaciones jurídicas. Esta conclusión se apoya principalmente:

a) en el art. 2160, porque el cedente responde por la evicción que excluyó su calidad de heredero y no por la de los bienes hereditarios. Sobre este principio se estructura todo el sistema de responsabilidad por evicción a que se refieren los artículos siguientes;

b) en la denominación de "cesión de herencia", a lo que no hace mella el que en algunos textos se hable de "derechos hereditarios", porque en los arts. 2161, 2162 y 2163 la figura contemplada sólo puede darse al recaer la evicción sobre derechos hereditarios y éstos dependen siempre de la calidad de heredero considerada en el art. 2160. En ningún caso se refiere a la evicción que afectara un derecho determinado, sino a la evicción que recae sobre éste al incidir sobre el derecho hereditario en sí;

c) en que el coheredero no puede enajenar bienes indeterminados, durante la indivisión(33)(1272);

d) en las posibilidades de aumento o disminución del valor patrimonial cedido(34)(1273).

Más de una vez los tribunales se han referido al objeto de la cesión de herencia como universalidad de derechos, diciendo, por ejemplo, que "en la cesión de herencia no se venden los bienes que la componen sino que únicamente se cede el derecho a esos bienes puesto que no es la universalidad de cosas de que la herencia se compone lo que se cede, sino la universalidad de derechos que se tiene como consecuencia de la calidad de heredero"(35)(1274).

Este enfoque armoniza con el sustentado, porque el derecho y (en su caso) la obligación significan la relación jurídica considerada desde la particular situación que en ella corresponde a cada sujeto.

La doctrina extranjera que ha sido tan útil en el transcurso del presente trabajo para definir sus bases teóricas, es de relativa importancia en el tema concreto de la cesión de herencia, por responder a esquemas normativos expresos que imponen pautas no siempre coincidentes con las adecuadas al caso argentino. Pero se adapta a éste perfectamente lo expresado por Roca Sastre. "Con la venta de una herencia no se produce un simple agregado o conglomerado de una pluralidad de ventas, una para cada objeto singular integrante de la herencia, sino que tiene lugar una sola venta, de una cosa única, que es la herencia, el patrimonio hereditario, o sea el conjunto unificado de derechos y obligaciones, concebido como un todo, es decir, formado como un solo objeto, hecha

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

abstracción de las cosas singulares componentes, las cuales, de ser contempladas, lo son, no en sí mismas y aisladamente consideradas (uti singuli), sino como partes de un todo (uti universitas)..."(36)(1275).

Consecuencias. - La universalidad jurídica objeto de la cesión de herencia puede ser el todo que corresponde al heredero único o una parte de ese todo expresado con una fracción; o la cuota del cedente coheredero o una parte de la misma expresada mediante una fracción(37)(1276).

El art. 3430 es inaplicable a la cesión de herencia por referirse a acto de disposición a título oneroso sobre inmuebles determinados. Por lo tanto, la cesión celebrada por el heredero aparente cae en la regla general de invalidez de los actos de disposición otorgados por aquél(38)(1277).

La cesión de herencia no incluye por sí misma la porción de gananciales que corresponde al cónyuge supérstite como socio de la sociedad conyugal integrada con el causante. Si ha sido expresamente incluida en el instrumento negocial o si así resulta de la interpretación de sus términos, constituye un objeto ajeno a la herencia que permite distinguir otro contrato distinto celebrado entre las mismas partes conjuntamente con la cesión(39)(1278).

### **2º Por los sujetos.**

A) El cedente. - Sólo puede ser cedente el heredero, el titular de la herencia a ceder. Destacarlo no constituye una referencia innecesaria, pues determina la ubicación del contrato en cuanto al tiempo señalado por la apertura de la sucesión.

En efecto:

a) Es obvio que no puede ser el sucesible, el llamado a una sucesión aún no abierta. La conclusión resulta de la prohibición genérica de los pactos sobre herencia futura según el art. 1175 ("No puede ser objeto de contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares"), y de la prohibición específica del art. 1449. ("Es prohibida la cesión de... esperanzas de sucesión").

b) El sucesible puede ceder la sucesión abierta que aún no ha aceptado, es decir, hacerlo aun cuando mediante la aceptación no ha consolidado su posición de heredero (art. 3344) porque, con todo acierto, la ley dispone que una auténtica cesión comporta la aceptación tácita de la herencia (art. 3322).

c) Es cuestionable la trascendencia de la posesión hereditaria sobre la aptitud del heredero aceptante para ceder. La práctica totalmente generalizada de la declaratoria de herederos, consagrada por los Códigos de Procedimientos Civiles y últimamente por el mismo Código Civil según la redacción de 1968 del art. 3430, obliga a ubicar como

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

primer interrogante el relativo a la influencia de dicha declaratoria sobre la validez de la cesión efectuada. Entendiéndose que la declaratoria de herederos hace al ejercicio judicial de los derechos del causante por sus herederos(40)(1279). y siendo la cesión negocio extrajudicial, debe estimarse que la falta de declaratoria es indiferente a la eficacia de la cesión. En este caso, entonces, corresponde plantear la pregunta con respecto a la influencia de la posesión de pleno derecho sobre la validez de la cesión: la posibilidad de aceptar tácitamente cediendo parece casi decisiva en cuanto a que el sucesible, y con mayor razón el ya aceptante, puede ceder gozando o no de aquélla. Las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales son contradictorias(41)(1280), pero es innegable el riesgo para el cesionario que contratara con un presunto heredero sobre cuyo título no existe ni aun la relativa certeza del carácter hereditario que invoca (porque el incluido en la declaratoria puede ser después desplazado por distintos motivos) y a pesar de la garantía por evicción que puede resultar insuficiente. La más elemental prudencia aconseja que el cedente tenga a su favor una declaratoria de la que se tomará constancia en la escritura pública.

Lo dicho sobre la declaratoria de herederos es extensivo al auto aprobatorio del testamento, en su caso.

d) Cuando el coheredero deja de ser tal, es decir una vez aprobada la cuenta particionaria, los actos que celebra con respecto a los bienes de su patrimonio que recibió en virtud de la sucesión, escapan a los contornos de la figura analizada, ya sea que done o venda cosas o ceda créditos aisladamente o que enajene gratuita u onerosamente la totalidad de lo que recibió por aquel concepto, celebrando un contrato de objeto múltiple o una verdadera suma de contratos de venta, donación o cesión. La conclusión fluye de la inexistencia del objeto especial "herencia" desaparecido al haberse concretado la porción de cada coheredero mediante la partición y de haberse confundido con el patrimonio de éste. Según Guastavino, aun antes de la inscripción del dominio en el registro correspondiente, tales contratos deben regirse por las normas de la compraventa o de la cesión de créditos y no por las de la cesión de herencia(42)(1281).

e) Ante el elemento discriminador constituido por la posibilidad de aceptar beneficiariamente o en forma pura y simple, debe distinguirse también para el segundo término de la alternativa, la cesión por el heredero único puro y simple y la cesión por el coheredero en la misma situación.

Cedente heredero único puro y simple. - Comportando la aceptación pura y simple la confusión de patrimonios, resultarían extensibles al caso las consideraciones formuladas con respecto a los negocios sobre bienes recibidos por herencia después de la partición de ésta. En el derecho italiano, para el contrato típico denominado "venta de herencia"(43)(1282), que coincide con nuestra cesión onerosa y cuyo objeto es la universalidad, Messineo admite que con el negocio revive

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

esta universalidad que se había disuelto por la compenetración de patrimonios. Las normas que invoca son los arts. 1544 y 1646 del Código Civil italiano que fijan las obligaciones del vendedor y el comprador(44)(1283). Para el derecho alemán, según Kipp "el heredero único puede otorgar un contrato obligacional, enajenando toda la herencia, que es considerado de manera distinta a una suma de contratos de enajenación de los objetos hereditarios singulares"(45)(1284). La diferencia establecida en el derecho alemán entre la "enajenación de herencia" prohibida al heredero único (sólo admitido a enajenar los objetos singulares) y el "contrato obligatorio de enajenación de herencia" que le está permitido, nace de la distinción que existe en aquel derecho entre la enajenación en sí misma y el contrato obligatorio de finalidad enajenativa distinción que no se da en las legislaciones en las cuales la compraventa es consensual y obliga a transmitir el dominio(46)(1285).

Es decir que, en términos generales, la cesión no es incompatible con la confusión de patrimonios. Borda aclara que dicha confusión cesa cuando el heredero cede sus derechos(47)(1286).

En el sistema legal argentino nada obsta a admitir la reconstitución de la universalidad jurídica hereditaria al producirse la cesión, y resulta así de los textos recordados relativos a la garantía por evicción y de la evidente voluntad del cedente que considera las relaciones jurídicas hereditarias independientemente del resto de su patrimonio y sub specie universitatis, constituyéndolas en objeto único del negocio.

Cedente coheredero aceptante puro y simple. - La cesión de la cuota armoniza con la consideración unitaria que corresponde a la cuota.

Cedente heredero único o coheredero beneficiario. - Habiéndose recordado ya el efecto principal que produce el beneficio y que lleva consigo el carácter de universalidad de las relaciones jurídicas hereditarias, sólo resta preguntarse si las restricciones que pesan sobre la gestión del heredero beneficiario incluyen la cesión de la herencia, a los efectos de precisar si su celebración le significaría la pérdida del beneficio (art. 3363) ya que los actos celebrados por el heredero beneficiario trasponiendo los límites legales de su gestión son válidos (art. 3395).

Las restricciones a los poderes de disposición del heredero beneficiario próximas a la cuestión planteada, son las referentes a la venta de cosas muebles no perecederas que requiere autorización judicial y la venta de inmuebles que, además de ésta, exige subasta pública (art. 3393), restricciones extensivas a la cesión de créditos, entendiéndose que ni aun con autorización judicial (inimaginable de hecho) es admisible la enajenación a título gratuito. Es razonable interpretar, empero, que una cesión onerosa de herencia con autorización judicial estaría permitida, y que también lo estaría la cesión que no perjudicara a acreedores y legatarios o existiendo acuerdo de todos los interesados. Aun la subasta pública se estima prescindible en idénticas hipótesis. Pero no puede afirmarse lo mismo de una cesión onerosa efectuada sin autorización, a

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

pesar de las diferencias que existen entre la cesión de herencia y la venta de bienes, hereditarios, en virtud de la identidad de los resultados últimos. Lo contrario permitiría burlar el régimen legal(48)(1287).

El interés del caso está limitado al de una cesión parcial del todo hereditario o de la cuota a que se tiene derecho, pues si nada de la universalidad continúa perteneciendo al heredero, su desvinculación de las deudas es plena y la pérdida del beneficio de inventario carecería de significado para él.

B) El cesionario. - La calidad del cesionario (en cuanto heredero, sucesible de grado posterior o extraño a la sucesión) es importante porque contribuye a determinar el efecto aditivo de la herencia que puede producir la cesión con respecto al cedente.

Dicho efecto es inevitable siempre que el cesionario es un extraño, ya que sólo asumiendo los derechos y deberes hereditarios es procedente transmitirlos: la cesión comporta aceptación (art. 3322). A su vez, el carácter de coheredero del cesionario determina idéntico resultado cuando existen otros coherederos que permanecen ajenos a la cesión o cuando todos son cesionarios, pero el cedente modifica las porciones que les corresponden por ley y, en cualquier caso, siempre que la cesión es onerosa. Solamente la aparente cesión gratuita a favor de todos los coherederos sin alterar las cuotas legales o, no habiendo coherederos, a favor de todos los sucesibles de grado posterior también sin modificar sus respectivas cuotas dispuestas por la ley, es auténtica renuncia, cualquiera sea la denominación que se use al respecto y aunque medie aceptación del o los cesionarios, indiferente a los efectos buscados por ser la renuncia unilateral(49)(1288). En otros términos, cesión y aceptación son inseparables, cesión y renuncia son incompatibles: el cesionario recibe por su acuerdo de voluntades con el cedente, el coheredero o el sucesible de grado posterior beneficiado por la renuncia, acrece por voluntad de la ley (o por voluntad del testador, si el heredero renunciante lo es instituido y el beneficiado, su sustituyente en una sustitución permitida).

La cesión proporciona un ejemplo claro de aceptación tácita: no hay duda de que quiere recibir quien procura hacerlo con anticipación a sus coherederos o a la finalización de los trámites procesales, o quien distribuye bienes hereditarios a su arbitrio. Incluso es discutible el acierto del Código al calificar la cesión como aceptación tácita, pues queda subsumida en la categoría de aceptación expresa si la cesión se ajustó a la forma prescripta, porque el art. 3319 señala que se efectúa aceptación expresa cuando se toma el título de heredero en instrumento público o privado "manifestando una intención cierta de ser heredero", lo cual es obvio en las hipótesis contempladas. Es más, la ineficacia de la cesión por defecto de forma (instrumentación en documento privado en lugar de escritura pública) no acarrea la ineficacia de la aceptación porque es suficiente para ésta el asumir el título de heredero en instrumento privado(50)(1289).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La renuncia permitida al aceptante beneficiario en el plazo de 30 días posteriores a la conclusión del inventario puede presentarse con la terminología y la apariencia superficial de una cesión.

**3º Por el contenido de la intención negocial.**

Siendo la intención negocial la determinación de la voluntad hacia un fin, la "persecución conciente de un objetivo", comporta en el negocio un doble proceso intelectual - volitivo: representación intelectual del efecto jurídico deseado y acción voluntaria para lograrlo(51)(1290).

Corresponde determinar cuál es la particular "intención negocial" en la cesión de herencia, qué efecto jurídico particular se persigue con su celebración. Y es indudable que "lo querido" por el cedente es ubicar al cesionario en su lugar en las relaciones jurídicas hereditarias y que conseguirlo es "lo querido" por el cesionario. Todo se enfoca hacia el objeto único, la herencia, la universalidad jurídica, unidad de miras que se proyecta sobre la intención negocial haciéndola también única. El resultado "querido" se obtiene con la sola celebración del negocio por tratarse de un contrato consensual, según opinión científica y judicial tan uniforme que exime de referencias.

Sin embargo, a la singularidad del objeto de la cesión viene a unirse la inherencia personal de la calidad hereditaria para obligar a seguir brevemente la dinámica de esos efectos hasta su realización final y oponible erga omnes. Los efectos de muchos otros contratos consensuales siguen un proceso desde la conclusión del negocio hasta esa plena efectivización: la transmisión del dominio, en la compraventa, o la cesión del crédito con respecto al deudor cedido, por ejemplo. Las razones señaladas confieren particular interés al caso de los resultados finales de la cesión de herencia. En efecto, si la calidad de heredero fuera susceptible de transmisión, el ubicar al cesionario en el lugar del cedente sería más simple y más directo y su eficacia absoluta no dependería de otros requisitos que los establecidos para los herederos. Pero el título de heredero es intransferible por emanar del estado de familia o de la institución hereditaria que es privativa del testador. Por lo tanto, lo transferible es cada uno de los derechos y cada una de las obligaciones de que es titular el cedente y que integran el complejo unitario de relaciones jurídicas objeto de la cesión. La sencillez de una inscripción (en la compraventa o en la permuta) o de una notificación (en la cesión de crédito), por ejemplo, según la regulación que el Código y leyes complementarias fijan para la adquisición de derechos reales, de la propiedad de un crédito y de su oponibilidad a terceros, se complica en la cesión de herencia por que ésta no incide en la transmisión de un derecho sino en la de distintos y variados derechos y obligaciones. La culminación total y absoluta de los efectos exige atenerse a las exigencias propias de cada transmisión.

En tal realidad jurídica encuadra el siguiente párrafo de Falbo: "Sin embargo, no debe olvidarse que una cosa es el negocio obligacional

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

como causa de la transmisión y otro el modo como ésta se realiza. Por consiguiente, aunque el negocio de enajenación sea unitario, la efectiva transmisión de los objetos que integran los derechos cedidos exigirán, en la práctica, el cumplimiento de los actos de entrega de cada uno de dichos objetos y, además, si hay inmuebles, deberá efectuarse la correspondiente inscripción registral y, llegado el caso, cumplirse con la entrega material para que la transmisión quede consumada y produzca todos sus efectos legales"(52)(1291).

Concluyendo: a) la cesión debidamente instrumentada no requiere presentación en el sucesorio para ser oponible a los coherederos, aunque está en el interés práctico del cesionario el hacerlo; b) estando divididos los créditos de pleno derecho desde la apertura de la sucesión, la oponibilidad de éstos a quienes no sean coherederos requiere la publicidad propia de la cesión de créditos; c) la oponibilidad a terceros de los derechos de dominio, en los casos en que se exige, depende de la inscripción de la cesión que, antes de la partición, equivale a la inscripción de la declaratoria de herederos y, después de ésta, a la inscripción de las hijuelas. En tales términos es aplicable a la cesión de herencia lo dispuesto por el art. 2º, inc. a) de la ley 17801(53)(1292).

### **3. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS NEGOCIALES**

Establecer semejanzas y diferencias con otras figuras negociales (contratos o no) es conveniente a fin de completar la caracterización del negocio estudiado.

#### **1º Negocio jurídico cuyo sujeto es un heredero y cuyo objeto es la herencia o una cuota parte considerada como universalidad.**

Legado de herencia: La distinción se pone de relieve al ubicar el legado de herencia y la cesión de herencia en cuanto a la distinción "actos entre vivos y actos de última voluntad" (que no es precisamente una dicotomía) y también al hacerlo en la clasificación de los actos jurídicos según el número de partes intervinientes.

La cesión es un acto entre vivos bilateral; el legado de herencia participa de los caracteres del testamento, es de última voluntad y unilateral. Se define principalmente por su objeto: la herencia que ha correspondido al testador. Constituye una figura poco frecuente pero admisible por la amplitud que reviste "lo legado" (art. 3751), la previsión legal del legado de crédito (art. 3786) y la falta de fundamento para negar al testador el derecho de legar un "lote" de cosas (universalidad de hecho) o una universalidad jurídica. Fassi admite el legado de herencia aun recayendo sobre una sucesión no abierta, siempre que lo esté al morir el testador porque de no estarlo determinaría la inexistencia del legado por falta de objeto(54)(1293). El legado de la herencia efectuado después de la apertura de la sucesión comporta su aceptación. Lo expuesto sobre la cesión de herencia celebrada por el heredero único o por el coheredero



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

es aplicable al legado dispuesto por uno u otro(55)(1294).

**2° Negocios jurídicos uno de cuyos sujetos es un heredero y cuyo objeto son bienes singulares del acervo hereditario.**

Venta de una cosa de la herencia. - No existe propiamente venta de cosa heredada en los siguientes casos: a) venta de cosa recibida por vía sucesoria por el heredero único que aceptó pura y simplemente, pues el acervo hereditario desaparece por la confusión de patrimonios; b) venta por el sucesible, único llamado, que, al celebrarla, acepta la sucesión, dado el efecto retroactivo de la aceptación y que ésta se reputará pura y simple; c) venta por el coheredero después de aprobada la cuenta particionaria, por encontrarse superado el estado de indivisión y disponer de una cosa que integra su patrimonio. La venta de una cosa del haber hereditario por parte de un coheredero durante la indivisión, se ubica entre las hipótesis de venta de cosa total o parcialmente ajena siendo aplicables los arts. 1330 y 1331.

Por lo tanto sólo existe verdadera venta de cosa heredada en la efectuada por el heredero único beneficiario que debe ajustarse a los requisitos legales específicos.

La cesión de herencia se distingue sin dificultad de la hipótesis de venta de cosa heredada, por el objeto (una cosa en la compraventa, una universalidad jurídica en la cesión) y por el contenido de la intención negocial (trasmitir el dominio en la compraventa, transmitir unitariamente derechos y obligaciones hereditarias, en la cesión) .

Por las mismas razones, la cesión de herencia no es compraventa de herencia, en el derecho argentino. El concepto de la compraventa (art. 1327) impone la remisión al art. 2311 en su redacción de 1968 sin que la nota del primer artículo pueda confundir en cuanto al objeto de aquélla(56)(1295).

Análogos razonamientos permiten distinguir la cesión de herencia de la permuta y de la donación de una cosa hereditaria y sostener que la cesión de herencia no es ni permuta ni donación aunque se efectúe a cambio de la propiedad de una cosa o gratuitamente (el art. 1485 conceptúa la permuta y el 1789, la donación, remitiéndolas a cosas y a la adquisición del dominio sobre éstas).

Cesión de un crédito de la herencia. - Puede presentarse y no presentarse en análogas hipótesis de las recién enumeradas para la compraventa de cosas hereditarias. La cesión de créditos es distinta de la cesión de herencia por el objeto (un crédito o créditos determinados en la primera, una universalidad jurídica, en la segunda) y por el contenido de la intención negocial (trasmitir un derecho creditorio en la cesión de créditos, transmitir unitariamente distintos derechos y también obligaciones, en la cesión de herencia). Debe recordarse la división de pleno derecho de los créditos a la apertura de la sucesión.

Por los mismos fundamentos, la cesión de herencia no es cesión de créditos(57)(1296). Es insuficiente la amplitud comprensiva del art. 1444

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

para considerarla legislada en el conjunto del título denominado con inexacta estrictez "cesión de créditos". En la herencia están incluidos, por cierto, objetos incorporales, derechos y acciones, pero faltan en la legislación los rasgos específicos de la cesión de herencia como tal. Aún carente de eficacia normativa, es demasiado claro que la cesión de herencia no ha sido reglamentada en el citado Título del Código Civil, ante la admisión expresa de ese silencio por Vélez Sársfield mismo en la llamada al art. 1484 y en la apreciación que formula sobre la ubicación que le estima adecuada en el libro en que tratará de las sucesiones.

**3° Negocio jurídico cuyo objeto es una universalidad jurídica hereditaria.**

Cesión de un legado de cuota. - El legatario de cosa cierta puede enajenar la cosa legada porque es su dueño desde la apertura de la sucesión (art. 3766). El legatario que no es de cosa cierta puede ceder su derecho al legado en una típica cesión de crédito porque es acreedor de la sucesión(58)(1297). En ambos casos hay contrato de objeto simple y determinado. Es la discutida figura del legatario de cuota la que proporciona elementos para la posible configuración de otro contrato atípico, cuyo objeto fuera la universalidad jurídica que constituye su cuota, destinada a concretarse a la partición. Este contrato se distinguiría de la cesión de herencia realizada por el coheredero antes de la partición por el sujeto: no un heredero, sino un sucesor que, se considere o no sucesor universal, carece de vocación al todo y reviste caracteres específicos que permiten diferenciarlo de aquél.

**4. CONCLUSIÓN**

Los argumentos desarrollados confirman la tesis propuesta sobre la atipicidad pura de la cesión de herencia.

Esta constituye un contrato atípico, no normado por la ley ni por la costumbre como agente de esquema normativo (art. 17 del Código Civil), pero sí dotado de tipicidad social merced al aporte de vasta doctrina y jurisprudencia, cuyas divergencias enriquecen los planteos y se comprenden como lógico resultado de la atipicidad.

Fornieles la considera contrato sui generis(59)(1298); sin desconocer sus peculiaridades, la estudian como especie de la cesión de derechos, Salvat, Rezzónico(60)(1299) y Mosset Iturraspe, el último aplicando, sin duda, lo que expresa con respecto a los derechos susceptibles de ser objeto de cesión: "...de ordinario los derechos forman parte de una relación compleja: créditos unidos a correlativas deudas o bien derechos reales o intelectuales ligados a los obligacionales"(61)(1300).

El derecho argentino proyectado considera la cesión de herencia separadamente de la cesión de créditos, pero como una especie de la cesión de derechos (Anteproyecto de Bibiloni, arts. 1549 a 1563; Proyecto de 1936, arts. 962 a 968; Anteproyecto de 1954, arts. 1143 a 1150).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**5. CONSECUENCIAS DE LA UBICACIÓN DE LA CESIÓN DE HERENCIA ENTRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS: REGLAS APLICABLES**

En su búsqueda de las reglas aplicables a los contratos atípicos puros, la doctrina señala el recurso a las normas generales imperativas del Código Civil, a la autorregulación de intereses elegida y aceptada por las partes y, en lo que no se ha previsto, distingue entre los contratos atípicos con tipicidad social y los que no la tienen: para éstos se impone el criterio de la analogía que ofrece, en efecto, el esquema contractual y la disciplina necesarios, a través de los contratos más similares y de la "familia" de contratos típicos de mayor afinidad con el negocio no previsto. Finalmente, habrá de recurrirse a los principios generales de las obligaciones y los contratos y, en última instancia, a los principios generales del derecho. El todo operativo estará dominado por la consideración de las circunstancias del caso, el fin económico del contrato, los legítimos intereses comprometidos y, principalmente, la función social que desempeña y su encuadre ético(62)(1301).

Una rápida compulsión de la doctrina y la jurisprudencia argentinas sobre la cesión de herencia demuestra que las construcciones científicas al respecto se han basado en la aplicación analógica de la cesión de derechos, sobre la amplitud del texto del art. 1444. La tarea se ha simplificado de esta manera y los detalles obtenidos contribuyen a desdibujar su caracterización como contrato atípico porque parece serlo menos, por ejemplo, que el contrato de hospedaje, o el de garaje o el de espectáculo. Pero los elementos esenciales para esa clasificación permanecen inalterados.

Importa subrayar que ninguna consideración analógica puede prevalecer sobre la disposición expresa de la ley, ni siquiera atenuarla o disminuirla en su trascendencia. La analogía es instrumento para suplir vacíos legales: donde dicho vacío no existe, su aplicación es innecesaria e injustificable.

Así sucede con lo relativo a la forma de la cesión de herencia.

**II. LA FORMA DE LA CESIÓN DE HERENCIA**

**6. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN RAZÓN DE LA FORMA Y EN RAZÓN DE LA PRUEBA**

El sentido de la palabra "forma" aquí empleado, es el restringido al modo de la exteriorización de la voluntad que la ley exige para ciertos negocios o a las solemnidades prescriptas para su celebración (art. 973). La existencia o la ausencia de normas al respecto, jugando en la segunda hipótesis del art. 974, determina la distinción de los actos jurídicos y, por ende, de los contratos, en formales y no formales. Los primeros se clasifican en solemne y no solemnes, entendiéndose tradicionalmente que la forma ostenta valor constitutivo en los primeros y sólo probatorio en los segundos, porque en éstos su falta no acarrea la irrelevancia

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jurídica del negocio sino que imposibilita la prueba salvo mediante confesión.

Guastavino propone un nuevo esquema clasificador, de indudable valor científico y totalmente ajustado al derecho argentino, tanto anterior como posterior a 1968. Agrupa los actos o negocios jurídicos en dos categorías, a saber: a) negocios jurídicos formales o solemnes; b) negocios jurídicos no formales o no solemnes. A su vez, cada categoría se bifurca en dos, a saber: a) los formales o solemnes se dividen en absolutos y relativos; b) los no formales o no solemnes se dividen en actos con forma exigida para la prueba y actos sin forma exigida para la prueba. Ahora bien, los actos formales solemnes o absolutos "no existen ni producen efecto alguno, mientras no se hayan observado las formalidades establecidas por la ley. En cambio, los solemnes relativos, si bien no existen como causa jurídica de los efectos a cuya producción están destinados, la ley los considera causa de otros efectos a la espera de que se cumplan las solemnidades prescriptas para concederles sus efectos propios. Importa recalcar que en los actos formales relativos, la formalidad es exigida también ad solemnitatem, pues hace a la esencia y existencia misma del acto; pero sólo pueden ser denominados "relativamente solemnes" porque. .. la falta de la formalidad no impide totalmente la eficacia de esa actividad real de las partes sino que le confiere una eficacia distinta de la natural, pero efectiva"(63)(1302).

La diferencia entre los actos solemnes relativos y los no formales con forma exigida para la prueba se explica de la siguiente manera: "... La inobservancia de la forma en los actos formales relativos origina una verdadera sustitución de los efectos y de la existencia del acto hasta tanto no se cumpla con las prescripciones legales. Pero la inobservancia de las formalidades en los actos no formales con formas exigidas para la prueba... no afecta en nada su existencia ni sus efectos, mientras no se presente la necesidad de probarlos judicialmente". Sostiene Guastavino con todo acierto que "la clasificación tradicional confunde las nociones de forma y prueba al hablar de actos formales con formas exigidas ad probationem, pues si tales actos son formales, las formalidades requeridas debieran referirse necesariamente a la existencia misma de los actos y no sólo a su prueba. Si, por el contrario, la formalidad es exigida sólo para la prueba, no es lícito hablar de actos formales, porque tales actos no son en sí mismos formales"(64)(1303).

La actual redacción del art. 1184 en nada modifica la ubicación de todos los contratos que enumera en la categoría de solemnes relativos, al recaer sobre ellos el art. 1185. La forma se exige ad solemnitatem, hace a su existencia, a pesar de que se haya suprimido la expresa sanción de nulidad que incluía el párrafo inicial del art. 1184 en su anterior redacción. La ley impone la forma ("deben ser hechos . . . "); es sabido que las nulidades pueden ser implícitas(65)(1304)y los efectos que la ley concede al negocio celebrado en otra forma que la exigida no son los que se habrían obtenido mediando aquella, es decir, no es el efecto querido realmente por las partes, aunque comporte un factor

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

mediatamente apto para obtenerlo.

**7. MENCIÓN EXPRESA DE LA CESIÓN DE HERENCIA EN EL ART. 1184 DEL CÓDIGO CIVIL. CONSECUENCIAS Y ARGUMENTOS CORROBORANTES**

La cesión de herencia figura expresamente mencionada en el inc. 6° del art. 1184: es, por lo tanto, un negocio solemne relativo que debe instrumentarse en escritura pública. La cesión que pretendiera formalizarse en otro instrumento público (acta judicial) o en instrumento privado protocolizado, es ineficaz como tal y sólo produce los efectos previstos en el art. 1185.

No es necesario recurrir a más razones para fortalecer la conclusión anotada. Pero, a mayor abundamiento, son invocables las siguientes:

a) La ley dispone expresamente las excepciones al ámbito de aplicación del art. 1185, estableciendo formas ad solemnitatem absolutas. Así ha procedido con respecto a la donación de inmuebles y a las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias en el art. 1810: "Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1º) las donaciones de bienes inmuebles; 2º) las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias. Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185". (El subrayado es nuestro.)

b) Cuando el legislador ha querido proponer una forma alternativa a la prevista en el art. 1184, lo ha dispuesto expresamente: es el caso de la partición extrajudicial de herencia, en que acepta tanto la escritura pública como el instrumento privado presentado al juez de la sucesión (art. 1184, inc. 2º).

c) La supresión del límite de 1000 pesos que fijaba el texto original del Código Civil agrava la exigencia: una cesión instrumentada en documento privado, anterior al 1º de julio de 1968 e inferior a esa cantidad, podría haberse considerado válida, supliendo el silencio legal con el texto aplicable a la institución de mayor analogía (art. 1454). La solución sería la opuesta en este momento, cualquiera fuera el monto de la herencia cedida(66)(1305).

d) La forma impuesta (escritura pública) cubre los riesgos previsibles y constituye una solemnidad apta para inducir a mayor reflexión, con el asesoramiento del escribano público, que no se limita normalmente en su intervención a recepcionar y documentar las manifestaciones de las partes. Este rol no compete al funcionario actuante en la redacción y firma de un acta judicial, ni al mismo escribano llamado a protocolizar un instrumento privado.

e) Admitido que el acta judicial satisface la necesidad de publicitar la cesión de herencia, ha de tenerse en cuenta que la escritura pública no agota su funcionalidad en hacer posible la información sobre los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

negocios que documenta(67)(1306). Por otra parte, debe insistirse en el imperativo lógico y la conveniencia de distinguir las nociones de "forma", de "prueba" y de "oponibilidad a terceros", objeto de específico tratamiento legal cada una porque tienen distinta esencia y responden a finalidades propias. La oponibilidad a terceros de la cesión de herencia no se satisface con la sola escritura pública, pero tampoco con el acta labrada en el sucesorio.

f) No corresponde remitirse a disposiciones legales sobre la cesión de créditos (arts. 1435, 1436, 1437, 1454, 1459)(68)(1307), ni sobre la cesión de derechos litigiosos (art. 1455), ni sobre la donación de inmuebles (art. 1810, inc. 1º)(69)(1308), porque la cesión de herencia no es ni cesión de créditos ni cesión de acciones litigiosas, ni donación, sino un contrato atípico con regla expresa sobre la forma. La no aplicabilidad del art. 1810 para la cesión gratuita de herencia donde existen inmuebles, debe remarcarse por ser la donación de inmuebles contrato solemne absoluto(70)(1309).

Si quiere invocarse el inc. 1º del art. 1184 porque finalmente la cesión de herencia produce el traspaso de derechos reales sobre inmuebles, se presenta la escritura pública como doblemente exigida para ésta, pero se crea una duda innecesaria para la hipótesis de cesión de herencia que no los contenga. La previsión del inc. 6º del art. 1184 torna superfluo remitirse al inc. 1º y cubre la cesión de herencia de cualquier contenido. Lo mismo puede decirse con respecto al inc. 8º, y argumentos análogos pueden hacerse valer con respecto al 9º, ambos del mismo artículo, mencionados por Silva Montyn(71)(1310).

Tampoco procede remitirse a la problemática de la forma de la renuncia a la herencia porque la cesión jamás es renuncia. En el caso concreto, primero ha de investigarse el contenido de la intención negocial: si se quiere rehusar la herencia, deseando el destino que la ley atribuye a lo rechazado, corresponderá plantearse los problemas que surgen de los arts. 3345, 3346 y 3349; mas, si no se quiere para sí mismo pero se quiere para otro, pretendiendo desviar lo que se rechaza del destino que la ley le señala, habrá de estarse al inc. 6º del art. 1184, en cuanto se refiere a la forma de la cesión de herencia. Ni la similitud de efectos prácticos que pueda producir una determinada cesión con una renuncia, ni la proximidad material de su tratamiento en el art. 1184, ni la confusa redacción de los arts. 3346, 3347 y 3349 pueden prevalecer sobre la diferencia entre el acto jurídico unilateral "renuncia de herencia" y el contrato "cesión de herencia"(72)(1311).

g) Aunque es evidente, ha sido necesario destacar que el acta judicial es instrumento público (art. 979, inc. 4º) pero no escritura pública, y que el art. 977 es plenamente aplicable a la especie(73)(1312). En efecto, "cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente" (el subrayado es nuestro). El art. 1185 no constituye una

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

excepción a la regla, es decir, no permite suplir un instrumento por otro: atribuye al instrumento de otra especie un efecto particular que tiende justamente a obtener el instrumento exigido.

h) Se ha puesto de relieve que la cesión de herencia es el único de los negocios enumerados en el art. 1184 con respecto al cual se plantea la posibilidad de reemplazar la escritura pública por otro instrumento público(74)(1313). Es verdad que, antes de las modificaciones de 1968, era clásico el tema referido a la partición extrajudicial de herencia y precisamente fue recepcionada para ésta la forma instrumental privada presentada en el sucesorio.

i) Es indiscutible que las solemnidades son excepcionales; sólo se sostiene, por la misma razón, que no se está autorizado a prescindir de una forma expresamente requerida(75)(1314).

## **8. JURISPRUDENCIA**

Las decisiones de los tribunales argentinos son divergentes y, aunque elaboradas con atención, no siempre ofrecen un panorama claro de las cuestiones planteadas ni perfilan con nitidez las distintas figuras negociales presentadas a su análisis. El intento de clasificarlas sólo permite resultados relativos ante la imposibilidad de no prescindir de ningún fallo y la dificultad de reducirlos a categorías. Es, sin embargo, muy completo e ilustrativo el estudio realizado por Moreno Dubois de fallos anteriores a julio de 1968(76)(1315).

En sentencias dictadas posteriormente se esbozan tres posiciones:

1º) Aceptar la validez de la cesión instrumentada en acta judicial, labrada en el expediente por el secretario y firmada por las partes(77)(1316) o en un instrumento reconocido en autos(78)(1317).

2º) Aceptar la validez entre coherederos de la cesión de derechos hereditarios instrumentada en documento privado, aplicando el art. 3346(79)(1318).

3º) Aplicar el art. 1184, inc. 6º como determinante de la forma de la cesión de herencia. El fallo que así concluye, de la Cámara Civil Sala A, resuelve en fecha octubre de 1972 una cesión que se pretendió formalizar antes de 1968, pero permite inferir que la resolución hubiera sido idéntica con fecha de contrato posterior a la modificación del art. 1184(80)(1319).

La jurisprudencia, por lo tanto, continúa indefinida y ofrece incluso un notable vaivén, que la consideración de las fechas de las sentencias citadas pone en evidencia.

La forma de la cesión de herencia no alcanza todavía, en las decisiones judiciales, la precisión que tuvo siempre en la ley argentina.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**