

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CESIÓN DE HERENCIA Y OTRAS FIGURAS(*) (564)

MARIO A. ZINNY

SUMARIO

I. Cesión de herencia. 1) Concepto. 2) Comparación con otros negocios (cesión de créditos, delegación, compraventa, etc.). 3) El condominio y la comunidad hereditaria. II. Aspectos de la cesión de herencia a considerar desde un punto de vista práctico (referido a la instrumentación del contrato). 1) Objeto. 2) Carácter aleatorio. 3) Evicción. 4) Legitimación del cedente. 5) Forma. La forma legalmente impuesta como carga de validez del contrato. La importancia del asesoramiento profesional y de una redacción que facilite la interpretación del negocio. 6) Publicidad. 7) Aspecto fiscal. a) Cesión onerosa. b) Cesión gratuita. 8) Oportunidad (¿Desde y hasta cuándo puede el heredero ceder la herencia?). III. Transferencia de bienes hereditarios determinados. 1) El contrato mediante el cual el heredero transfiere uno de los inmuebles de la herencia. Tipo del contrato: compraventa, donación, permuta, etc. Contingencias del contrato. 2) Breve análisis de las contingencias del contrato y de la manera de evitarlas o cubrir sus riesgos: a) Inoponibilidad por falta de registración. Modo de cubrir los riesgos de la inoponibilidad en los casos de compraventa o permuta: diferir el pago del saldo de precio o la entrega de la cosa que se recibe a cambio hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrarlas. El caso de la donación gratuita. b) Invalidez por falta de legitimación del coheredero para disponer de su parte indivisa en el inmueble. La convalidación del contrato: b') por adjudicarse la parte indivisa del inmueble al coheredero que dispuso de ella; b'') por confirmar el acto el resto de los coherederos. Modo de evitar la invalidez: al celebrarse el contrato el resto de los coherederos le presta su conformidad. c) Pérdida del beneficio de inventario por omisión de ciertos requisitos (autorización judicial y remate público para la compraventa; autorización judicial para la donación, permuta, etc.). La autorización judicial, la conformidad de la mayoría de los acreedores y legatarios y la tasación judicial del inmueble como medios de lograr la dispensa del remate público. 3) Crítica a la forma en que suele procederse cuando el heredero pretende celebrar el contrato antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrarlo. La mala práctica de disfrazar el contrato de "cesión de derechos". 4) Crítica a la forma en que suele procederse cuando el coheredero, antes de la partición, pretende transferir su parte indivisa en uno de los inmuebles de la herencia. La riesgosa práctica de permitirle disponer libremente de ella. Corrientes de opinión: a) Corriente que admite que, antes de la partición, el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble en razón de asimilar la comunidad hereditaria al condominio. b) Corriente de opinión que admite que, antes de la partición, pero una vez inscriptos la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble, en razón de sostener que esa inscripción a solicitud de todos los herederos opera la transformación de la comunidad hereditaria en condominio. c) Corriente de opinión que admite que, antes de la partición, una vez inscriptos la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento y si las circunstancias de hecho lo permiten, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble, en razón de sostener que esa inscripción y estas circunstancias operan la transformación de la comunidad hereditaria en condominio. d) Corriente de opinión que no admite que, antes de la partición, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble. La solidez de los argumentos que se oponen a las corrientes que lo admiten. IV. Conclusiones (Sugerencias para la instrumentación de cada uno de los casos).

I. CESIÓN DE HERENCIA

1) Concepto. El Cód. Civil sólo contempla la cesión de herencia en disposiciones aisladas como la del art. 1184 - 6 (referida a la forma), la del art. 1887 (que alude al poder para celebrarla), las de los arts. 2160 a 2163 (relativas a la evicción) y la del art. 3322 (a cuyo tenor la cesión de la herencia importa su aceptación).

Por cesión de herencia entendemos el contrato mediante el cual una parte (cedente) transfiere a la otra (cesionario) el todo o una parte alícuota de la universalidad jurídica que le corresponde en su calidad de heredero.

A su vez, por universalidad jurídica cabe entender aquel conjunto de derechos y obligaciones considerados por la ley como un todo ideal (recordemos que las universalidades de hecho - rebaño, biblioteca, etcétera - se componen de cosas y no ya de relaciones jurídicas).

La cesión de herencia puede ser gratuita u onerosa (y en este último caso a cambio se recibe dinero, la propiedad de una cosa, la titularidad de un crédito, la titularidad de otra universalidad jurídica, etcétera).

2) Comparación con otros negocios (cesión de créditos, delegación, compraventa, etcétera). Advertimos entonces que mediante la cesión de herencia se transfiere un conjunto de derechos y obligaciones (considerados como una unidad, como un todo). Y recordemos que los derechos y obligaciones singularmente considerados se transfieren a título de cesión de créditos (cuando lo transferido es un derecho personal), a título de delegación (cuando lo transferido es una obligación) y a título de compraventa, permuta, donación, etcétera (cuando lo transferido es el derecho real de propiedad).

No hace falta más para advertir que la nota que permite distinguir a un contrato del otro radica, justamente, en el quid transferido: universalidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídica en la cesión de herencia, derecho personal en la cesión de créditos, obligación en la delegación, derecho real de propiedad en la compraventa, donación y permuta.

3) El condominio y la comunidad hereditaria. Consideremos por otra parte la diferencia entre condominio y comunidad hereditaria. El primero supone titularidad compartida del derecho real de propiedad. La segunda, titularidad compartida de una universalidad jurídica.

De allí que si comparto un terreno en condominio nada me impide disponer libremente de mi parte indivisa (Cód. Civil, arts. 2676 y 2677). Recordemos aquí que lo que no puedo hacer es transferir una parte físicamente determinada del terreno (por ejemplo, su parte norte), porque si lo hago mi condómino tendrá el derecho de preguntar: ¿Cómo sabes que cuando dividamos el condominio se te va a adjudicar la parte norte del terreno? ¿Y si se me adjudica a mí, que también la quiero? (Cód. Civil, arts. 2680 y 2682).

Pero si comparto el terreno como coheredero las cosas cambian. Ya no puedo disponer libremente de mi parte indivisa. Y es que lo que en definitiva comparto no es el terreno, sino la universalidad jurídica que él integra (Cód. Civil, arts. 2674, 3279, 3263 y 3281). Y mientras esa universalidad jurídica se mantenga sólo puedo transferir libremente mi parte alícuota en ella, pero nunca mis derechos sobre el terreno. Y no puedo hacerlo porque si lo hago mi coheredero pregunta: ¿Y si cuando inventariamos los bienes y procedemos a la partición resulta que el terreno de cuyos derechos ahora dispones no se te adjudica ni siquiera en parte?

II. ASPECTOS DE LA CESIÓN DE HERENCIA A CONSIDERAR DESDE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO (REFERIDO A LA INSTRUMENTACIÓN DEL CONTRATO)

1) Objeto. Objeto de la cesión de herencia es el conjunto de derechos y obligaciones (universalidad jurídica) que el heredero adquiere por la muerte del causante(1).(565) Por cierto que el heredero puede limitarse a ceder, no ya la herencia íntegra sino una parte alícuota de la misma (en el caso del heredero único); y puede incluso ceder una parte alícuota de su cuota en la herencia (en el caso de la comunidad hereditaria), supuestos todos en los que cabe hablar de cesión parcial de la herencia.

Recordemos ahora que no se incluyen en la cesión porque no han sido transferidos al heredero: a) los derechos y obligaciones "extrapatrimoniales" del causante (como sus derechos y obligaciones civiles y políticos y los que conforman su estado de familia); b) los derechos y obligaciones "patrimoniales" inherentes a la persona del causante (como los derivados del contrato de trabajo o locación de obra - Cód. Civil, art. 1195 -); c) los derechos y obligaciones "patrimoniales" del causante intransferibles por una disposición expresa de la ley (como el derecho de usufructo o el derecho de revocar la donación por ingratitud del donatario - Cód. Civil, arts. 1195, 1842 y 2920 -); d) los derechos y obligaciones "patrimoniales" del causante intransferibles por una cláusula negocial (Cód. Civil, arts. 1195 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1197)(2).(566)

Tampoco se incluye en la cesión la porción de gananciales que al cedente corresponde como socio de la sociedad conyugal que integraba con el causante, porción de gananciales que, por no integrar la herencia, debe transferirse a título de "cesión de gananciales".

Procede asimismo recordar que el heredero no cede su propia calidad de heredero. De allí que, en principio, le correspondan los aumentos y deba asumir las disminuciones de su cuota en la herencia provocados por hechos producidos o conocidos luego de la cesión (como la renuncia del coheredero que aumenta la cuota o la aparición de un testamento que la disminuye). De allí también que, en principio, no se consideren incluidos en la cesión los recuerdos de familia de nulo o escasa valor venal(3).(567)

En lo que a los créditos divisibles respecta, procede tomar en cuenta que, por considerarse divididos de pleno derecho, están en principio excluidos de la universalidad y pueden ser separadamente transferidos a título de cesión de créditos (Cód. Civil, art. 3485 y sigtes.). Bien entendido que, salvo pacto en contrario, quedan incluidos en la cesión de la herencia.

¿Puede el cedente excluir de la cesión un derecho determinado (por ejemplo, la propiedad de tal o cual inmueble o la titularidad de éste o aquel crédito) y ceder la herencia respecto del resto? Por cierto que puede. Y así lo ha resuelto la jurisprudencia(4):(568) "Si antes de la cesión de derechos hereditarios el heredero sustrae del acervo un bien determinado - si lo vende, por ejemplo -, lo que cede es siempre la totalidad de lo que queda, es una universalidad." López de Zavallía(5) (569) entiende que en estos casos debe considerarse incluido en la cesión de la herencia, por subrogación real y salvo pacto en contrario, el dinero que el cedente recibiera por los bienes previamente transferidos a título oneroso (o los bienes que el cedente recibiera a cambio de éstos); y que, por idéntico motivo, en el supuesto de transferencia previa a título gratuito, debe considerarse incluido en la cesión de la herencia el valor del bien gratuitamente transferido, salvo que el cesionario haya tomado conocimiento de la cesión.

Cabe por fin tomar en cuenta que lo transferido no son sólo "derechos y acciones", como a veces parecen darlo a entender nuestras escrituras, sino además obligaciones (obligaciones del causante, obligación de cumplir los legados, etcétera). Bien entendido que, por no ser un sucesor universal del causante, el cesionario sólo responde por las obligaciones hasta el valor de los bienes incluidos en la universalidad. Recordemos, por otra parte, que también se consideran incluidas en la cesión obligaciones que nacen luego de la muerte del causante (gastos funerarios, gastos y honorarios del proceso sucesorio, gastos y honorarios de la administración de la herencia). Y que en lo que respecta al impuesto a la transmisión gratuita de bienes, hoy derogado, hubo en su momento opiniones encontradas sobre si corresponde o no al cedente(6).(570)

Adviértase entonces la importancia que en este aspecto del contrato referido al objeto adquiere el asesoramiento profesional. Sólo mediante el mismo, en efecto, será posible determinar con precisión las reales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intenciones de los contratantes. Y para lograrlo, conforme a lo que acabamos de exponer, procederá formularles los siguientes interrogantes:

- a) ¿Se pretende ceder total o parcialmente la herencia?
- b) ¿Existen gananciales? ¿Se desea también transferirlos?
- c) ¿Existen recuerdos de familia? ¿Tienen valor venal? ¿Se desea también transferirlos?
- d) ¿Existen créditos divisibles? ¿Se desea también transferirlos?
- e) ¿Pretende el cedente reservarse algún bien de la herencia? ¿Ha transferido ya alguno? ¿Debe considerarse incluido en la cesión el dinero recibido con motivo de la transferencia (o el bien recibido a cambio, o el valor del bien si la transferencia lo ha sido a título gratuito) ?
- f) ¿A cargo de quién quedan los gastos funerarios, los gastos y honorarios del proceso sucesorio y los gastos y honorarios de administración de la herencia? ¿A cargo de quién queda, en su caso, el impuesto a la transmisión gratuita de bienes?

2) Carácter aleatorio. El hecho de que objeto de la cesión de herencia sea una universalidad jurídica brinda la posibilidad de que, al tiempo de celebrarla, quede indeterminada la magnitud de la prestación a cargo del cedente, lo cual basta para decidir el carácter aleatorio del contrato(7).(571) Claro está, no obstante, que el álea puede ser graduada y en definitiva depende de la voluntad de las partes.

En principio y si nada se pacta "la aparición de bienes o deudas desconocidos no da lugar a la rescisión del acto ni al reajuste del precio"(8).(572) O lo que es igual, en principio y si nada se pacta el álea alcanza a las variaciones del activo y pasivo(9).(573) Ejemplo: yo, cesionario, que he pagado una fuerte suma por la herencia de mi cedente, me encuentro, a raíz de una deuda que aparece, con que he dado mucho más de lo que recibo; pero debo asumir esa desproporción en las prestaciones sin poder invocar la lesión. Y viceversa, quien deberá hacerlo es el cedente, si a raíz de un bien que aparece me encuentro con que recibo más de lo que doy. Para evitarlo y eliminar el álea basta con determinar taxativamente en el contrato los bienes y deudas incluidos en la cesión; se puede incluso reducir el álea sin eliminarla, determinando los bienes y deudas respecto de los cuales ella no juega y manteniéndola para los que aparezcan(10)(574).

Por el contrario, siempre en principio y si nada se pacta, el álea no alcanza a las modificaciones de la cuota hereditaria del cedente provocadas por hechos producidos o conocidos luego de la cesión (11)(575). Ejemplo: yo, cesionario, que he pagado una fuerte suma por la herencia de mi cedente, me encuentro, a raíz de un nuevo testamento, con que disminuye la cuota hereditaria de aquél y por consiguiente he dado más de lo que recibo; pero como el álea no juega respecto de estas modificaciones, la desproporción en las prestaciones que ellas ocasionan me permiten invocar la lesión y demandar la rescisión del contrato o el reajuste del precio. Y viceversa, quien podrá hacerlo es el cedente, si a raíz de la renuncia de un coheredero o la nulidad de un legado de cuota, que aumentan su cuota hereditaria, me

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

encuentro con que recibo más de lo que doy. Bien entendido que, como queda dicho, aquí también es posible que la voluntad de las partes modifique las cosas. Resta aclarar que si lo que se pretende es mantener el carácter conmutativo del contrato, cosa que como acaba de indicarse ocurre si nada se pacta al respecto, es de suma importancia determinar al menos la proporción de la cuota hereditaria del cedente (para que sus variaciones se tornen ostensibles).

No hace falta más para advertir la importancia del asesoramiento profesional en lo que a este aspecto del contrato se refiere. Y los interrogantes que nos permitirán determinar las intenciones de los contratantes son aquí los siguientes:

a) ¿Desean ustedes mantener el carácter aleatorio del contrato para toda variación del activo y pasivo? ¿Prefieren eliminar el álea determinando taxativamente los derechos y obligaciones incluidos en la cesión? ¿O prefieren reducirla, determinando los bienes y deudas respecto de los cuales ella no juega y manteniéndola para los restantes?

b) ¿Desean mantener el carácter conmutativo del contrato para las modificaciones de la cuota hereditaria provocadas por hechos producidos o conocidos luego de la cesión? ¿Cuál es entonces la proporción de dicha cuota hereditaria?

3) Evicción. Con la evicción ocurre lo que con el álea, a saber, que los criterios o pautas generales (en este caso previstos en el Cód. Civil, arts. 2160 a 2163) ceden ante las cláusulas contractuales en contrario (Cód. Civil, art. 2098). Por otra parte, el régimen de la evicción varía según se trate de cesión de herencia o de cesión de pretensiones inciertas a la herencia (derechos hereditarios litigiosos o dudosos).

En principio y si nada se pacta el régimen legal de la evicción es el siguiente: el cedente sólo responde por la evicción que excluya su calidad de heredero y no por la de los bienes de la herencia (art. 2160); si en el contrato se exige al cedente de responsabilidad por la evicción no queda obligado a indemnizar pero debe restituir el precio (arts. 2163 y 2100); si sólo se ceden pretensiones inciertas a la herencia el cedente únicamente responde si sabía que la herencia no le pertenecía (arts. 2161 y 2162).

Adviértase cómo el régimen legal de la evicción guarda coherencia con el objeto de la cesión. En efecto, como lo cedido es una universalidad jurídica y no los derechos de que ella se compone, el cedente sólo responde cuando pierde la titularidad de aquélla (por perder su calidad de heredero), pero no cuando fuese privado de alguno de éstos; coincide ello, también, con el régimen aleatorio del contrato conforme al cual las partes deben asumir las variaciones del activo y pasivo.

De donde vuelve a resultar imprescindible, en este aspecto del contrato referido a la evicción, el asesoramiento profesional. Y para determinar las intenciones de los contratantes procederá aquí preguntarles:

a) ¿Se está cediendo la herencia o, tan sólo, pretensiones inciertas a ella?

b) ¿Desean mantener el régimen legal de la evicción?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4) Legitimación del cedente. ¿Quién está legitimado para celebrar, en el carácter de cedente, el contrato de cesión de herencia? Legitimado está el heredero forzoso o testamentario, esto es, el sucesor universal del causante (ya que por serlo le pertenecen los derechos y obligaciones de éste como un todo ideal, como una universalidad jurídica - Cód. Civil, arts. 3279, 3263 y 3281 -)(12)(576).

El legatario, en cambio, no está legitimado para celebrar, en el carácter de cedente, el contrato de cesión de herencia. Ya que o bien es propietario de la cosa legada desde la muerte del testador (en el caso de legado de cosa determinada - Cód Civil, art. 3766 -) y entonces debe transferirla a título de compraventa, permuta, donación, etcétera; o bien tiene el derecho personal a exigir del heredero el cumplimiento del legado, en cuyo caso debe transferir su derecho a título de cesión de créditos.

¿Y el legatario de parte alícuota (por ejemplo, el legatario del quinto)? ¿Está legitimado para celebrar, en el carácter de cedente, el contrato de cesión de herencia? La respuesta depende de lo que decidamos respecto de si el legatario de parte alícuota es o no un sucesor universal. Si como Zannoni(13)(577) respondemos afirmativamente, estaremos aceptando que el legatario de parte alícuota es cotitular de la herencia desde la muerte del causante, y en consecuencia admitiremos que está legitimado para transferir su parte a título de "cesión de legado de cuota", contrato al que según López de Zavallá(14)(578) cabe aplicar reglas similares al de cesión de herencia. Méndez Costa(15)(579), sin embargo, advierte con acierto que la falta de vocación al todo de este sucesor universal bastaría para dotar a este contrato atípico de un carácter específico que permite distinguirlo de la cesión de herencia.

Pero si con Fornieles(16)(580) y Lafaille(17)(581) respondemos que el legatario de parte alícuota no es un sucesor universal, pasaremos a considerarlo como un simple acreedor del heredero y nos limitaremos a instrumentar la cesión del crédito que contra él le compete. Y como ésta es la orientación que viene siguiendo la jurisprudencia(18)(582) parece prudente que los notarios, en la práctica, optemos por ella.

En trabajo presentado a la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976), Arcani, Dumont y Radkievich sostienen que el cesionario de la herencia está, a su vez, legitimado para cederla. Sin embargo, lo que en este caso corresponde es que el cesionario ceda el contrato y no ya la herencia (medítese, por otra parte, en que su falta de vocación al todo bastaría, aquí también, para dotar a esta pretendida cesión de la herencia de características propias).

¿Debe el cedente acreditar su legitimación? Por cierto que es conveniente que lo haga. Y al profesional interviniente compete, en resguardo de la seguridad negocial, exigirselo así. En caso de que la cesión pretenda celebrarse antes de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento la legitimación se acreditará con las partidas de defunción, nacimiento o matrimonio (en el supuesto de heredero forzoso) o con la partida de defunción y el testamento (en el supuesto de heredero testamentario). En caso de que la cesión pretenda celebrarse una vez ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dictadas la declaratoria o aprobación del testamento la legitimación quedará acreditada con éstas. Cabe advertir que en el primer caso aumentan las posibilidades de invalidez del contrato por defecto de legitimación del cedente; y que si ellas se concretan la garantía de evicción puede no bastar para cubrir al cesionario(19)(583). Por cuyo motivo procederá alertar a éste sobre el riesgo y en el caso de la cesión onerosa diferir el pago del saldo de precio (o la entrega de la cosa, o la transferencia del crédito, etcétera que se reciben a cambio) hasta que se dicten la declaratoria o aprobación del testamento a favor del cedente, pactar la resolución del contrato para el supuesto de que ello no ocurra, etcétera.

5) Forma. La forma legalmente impuesta como carga de validez del contrato. La importancia del asesoramiento profesional y de una redacción que facilite la interpretación del negocio. El despacho de la Comisión que trató el tema de la cesión de derechos hereditarios en las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1982) dice en lo pertinente: "La cesión debe ser concluida en escritura pública (art. 1184, inc. 6, Cód. Civil). Esta forma no se suple por el acta judicial ni por instrumento privado, aun cuando el instrumento fuera reconocido por los otorgantes o se declarara su autenticidad por resolución judicial." En idéntico sentido puede consultarse a López de Zavalía(20)(584) y Méndez Costa(21)(585).

Es que para la cesión de herencia la ley exige la forma de escritura pública (Cód. Civil, art. 1184, inc. 6 cit.). Y la escritura pública viene impuesta como carga de validez del contrato, ya que su ausencia determina la nulidad de éste (Cód. Civil, arts. 977, 1183 y 1044). Por otra parte, las cesiones absolutamente nulas por defecto de forma, como las que constan en acta judicial o en instrumento privado, se convierten en promesas de cesión (Cód. Civil, art. 1185). Se trata, en definitiva, de casos de nulidad absoluta con conversión del contrato nulo en precontrato(22)(586).

Es por ello que jurisprudencialmente se ha resuelto que "la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios debe ser hecha en escritura pública, sin que sean suficientes las actas judiciales ni ningún otro tipo de instrumento público (23)(587) Por su parte, la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en dictamen aprobado por el Consejo Directivo el 16 de abril de 1980(24)(588) decidió que "es observable el título de dominio emanado de una cesión de derechos hereditarios documentada en instrumento privado ratificado en sede judicial. La escritura pública es forma inexcusable de ese contrato... No puede considerarse saneado el título por el hecho de haberse inscripto la cesión de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad. La decisión judicial que insiste en la orden de inscripción pese a la observación formulada en primera instancia por el organismo registral fundada en la ineptitud del instrumento privado no hace cosa juzgada por tratarse de una resolución meramente ordenatoria . . .".

Cabe además tomar en cuenta que la renuncia prevista en los arts. 3346 y 3349 del Cód. Civil (que admiten el instrumento privado) no constituye una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cesión. En este sentido puede consultarse a Méndez Costa(25)(589) y el despacho de la ya citada Comisión de las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, cuya parte pertinente dice: "La renuncia a los derechos adquiridos por la aceptación de la herencia, prevista en los arts. 3322, 3346, 3347 y 3349 del Cód. Civil, no constituye cesión de derechos hereditarios y por eso no requiere escritura pública...

No obstante y pese a la claridad de los arts. 1184 (inciso 6) y 1185 del Cód. Civil la jurisprudencia sobre el tema no es pacífica. Como forma de la cesión de herencia se admite, en efecto, el acta judicial(26)(590) e incluso el instrumento privado reconocido en autos(27)(591). Pero claro está que ello es posible, en buena medida, como consecuencia de la confusión terminológica y conceptual que solemos padecer y nos conduce a confundir, en este caso, forma con prueba y publicidad, validez con eficacia y a un instrumento público con el otro.

Pero no nos parece que debemos detenernos a polemizar sobre el tema. Importa en cambio recordar ahora el trascendente papel que la autonomía de la voluntad juega en la regulación del contrato (en lo que refiere a la determinación del objeto, la aleatoriedad y el régimen de evicción) y la consiguiente y capital importancia de un asesoramiento profesional que permita a las partes considerar las diversas variantes que la regulación comercial ofrece. Es que este asesoramiento profesional, al permitirnos conocer las reales intenciones de los contratantes nos posibilitará el exponerlas con toda claridad en la escritura, evitando así las dificultades de interpretación que en esta materia suelen ser corrientes. Y, con el máximo respeto por quienes piensen lo contrario, nos parece que lograrlo es más importante que dedicar nuestro tiempo a producir alegatos en favor de la escritura pública.

Claro está, por otra parte, que resulta más sencillo limitarse a decir que "Fulanito cede todos los derechos y acciones que le corresponden por la muerte de Fulano". Pero con ello sólo se logra derivar el problema a los señores jueces que entonces lo reciben agravado. Porque cuando el contrato llega hasta ellos con redacción tan escueta resulta mucho más difícil desentrañar las reales intenciones de los contratantes (en ese momento es inevitable que haya uno, al menos, que ya no esté dispuesto a ponerlas de manifiesto). Y entonces surgen las dudas: ¿Se incluyen en esta cesión los gananciales? ¿Se incluyen los créditos divisibles? ¿Se incluye este recuerdo de familia? ¿Y aquél otro? ¿Quién paga los gastos funerarios? ¿Y los gastos de la sucesión? ¿Se incluye en esta cesión el precio percibido por la previa venta de alguno de los bienes de la herencia? ¿Es aleatorio el contrato respecto de ésta o aquella deuda? ¿Lo es respecto de ésta o aquella variación de la cuota del cedente?

Procede en consecuencia facilitar su interpretación mediante una redacción que responda en forma clara y concisa a estos interrogantes y a los demás que puedan suscitarse. Para lograr lo cual, como queda dicho, debemos comenzar por formular a las partes la serie de preguntas con que hemos culminado el tratamiento de aquellos aspectos del contrato referidos al objeto, la aleatoriedad y el régimen de evicción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

6) Publicidad. Entre las partes, la cesión de herencia produce efectos desde que se la celebra (Cód. Civil, arts. 1140, 1438 y 1457). Y es así como el conjunto de derechos y obligaciones que ella tiene por objeto, o su parte alícuota, se transfiere al cesionario en el acto de concluir el contrato.

Pero para que esos efectos puedan ser opuestos a terceros (oponibilidad) se requiere algo más: se requiere publicidad. Y el tipo de publicidad varía conforme la posición que se adopte respecto al objeto de la cesión. Y así:

a) Si adherimos a la antigua tesis de la jurisprudencia francesa según la cual la cesión de herencia no es otra cosa que la cesión de los derechos que al heredero cedente corresponden contra su coheredero como consecuencia de la indivisión, nos veremos obligados a admitir que la publicidad se satisface, como en la cesión de créditos, con la notificación al coheredero (deudor cedido) o su aceptación. Esta tesis, alguna vez compartida por nuestros tribunales y hoy en desuso, presenta el inconveniente que le plantea el caso de la cesión por el heredero único, donde por no haber deudor cedido no hay a quien notificar(28)(592).

b) Si sostenemos con Baudry - Lacantinerie(29)(593) que la cesión de herencia importa la transferencia en particular de cada uno de los bienes que la componen ("...es una venta de inmuebles si hay inmuebles, de muebles en su caso o de créditos si existen en el acervo y todo eso si hay inmuebles, muebles y créditos") nos veremos obligados a exigir, para cada bien en particular, el tipo de publicidad que corresponde; y así, según sea el caso, serán necesarias la tradición, registración, notificación, etcétera (Colin y Capitant(30)(594), por ejemplo, exigen: inscripción en el Registro para los inmuebles, notificación al deudor para los créditos, asiento en el Registro marítimo para los buques, etcétera).

c) Y si como la mayoría entendemos que en la cesión de herencia lo transferido es una universalidad jurídica o su parte alícuota, será coherente que propiciemos lo que el despacho de la Comisión que trató el tema en las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil: "La oponibilidad a terceros de la cesión de derechos hereditarios exige un sistema único de publicidad, legalmente obligatorio y centralizado a través de un registro nacional de personas, creado o a crearse, en una de cuyas secciones consten todas las situaciones jurídicas que genera la sucesión del causante."

En los hechos, el criterio mayoritario (objeto de la cesión de herencia es una universalidad jurídica o su parte alícuota) se ha - venido inclinando en materia de publicidad por alguna de las siguientes posibilidades:

a') No exigir publicidad alguna (la celebración del contrato basta para tornarlo oponible).

b') Exigir la presentación de una copia de la escritura en el Juzgado donde la sucesión tramita. Así Borda(31)(595) y López de Zavallá(32)(596). Este tipo de publicidad obliga, por cierto, a tener iniciado el proceso sucesorio para concretarla.

c') Exigir la anotación de la escritura en el Registro de la Propiedad Inmueble. Esta última posibilidad cuenta con el aval del plenario de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cámaras Nacionales Civiles de fecha 24 de diciembre de 1979, a cuyo tenor "para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad"(33)(597). Y para concretarla es necesario, claro está, que el Registro de que se trate tenga habilitada la sección pertinente y admita la inscripción de las cesiones (lo que lamentablemente no siempre ocurre, sea porque directamente no las admite, sea porque sólo las admite mientras no estén registrados la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento). Adviértase, por otra parte, que este medio de publicidad muestra vestigios de aquella teoría conforme a la cual la cesión de la herencia importa la transferencia en particular de los bienes que la componen (lo advierte Vernengo Prack, al fundar su voto en el plenario citado).

Tomando en cuenta todo ello, creemos que los notarios debemos por ahora procurar acoger en nuestras prácticas los dos medios de publicidad que el criterio mayoritario, de hecho, ofrece (presentación de copia de la escritura en el Juzgado y anotación de la misma en el Registro de la Propiedad Inmueble). Y la prudencia aconseja que en la medida de lo posible, recurramos a ambos. Conviene que dicha publicidad sea complementada, por fin, no sólo con la certificación registral de libre inhibición sino, a la vez, con el informe del Juzgado relativo a medidas precautorias en general.

7) Aspecto fiscal. a) Cesión onerosa. En la provincia de Santa Fe, la cesión onerosa de herencia tributa el 8 por mil en concepto de impuesto de sellos, el 2 por mil en concepto de tasa por la certificación registral y el 4 por mil en concepto de tasa por la anotación del contrato en el Registro de la Propiedad Inmueble. El impuesto y las tasas se devengan sobre el valor que surja de la declaración jurada suscripta por el cedente donde se individualicen los bienes comprendidos en la herencia y se discrimine el valor que a cada uno corresponde. Según los bienes de que se trate la declaración debe ir acompañada, por ejemplo, del último recibo de pago del impuesto inmobiliario (en caso de inmuebles), o de la cotización de Superintendencia de Seguros (en caso de automotores). Si el avalúo fiscal o la cotización fueran superiores a los valores asignados por el cedente, el impuesto y las tasas se liquidarán sobre los mismos. Por último, en el supuesto de que el cedente declare que ignora cuáles son los bienes comprendidos en la herencia, el impuesto y las tasas se liquidan directamente sobre el precio.

b) Cesión gratuita. Siempre en lo que a la provincia de Santa Fe respecta, la cesión gratuita de herencia está exenta del impuesto de sellos y sólo tributa las tasas del 2 por mil en concepto de certificación registral y el 4 por mil en concepto de anotación del contrato en el Registro de la Propiedad Inmueble. Las tasas se devengan sobre el valor que surja de la declaración jurada del cedente. En el caso de que el cedente declare que ignora cuáles son los bienes comprendidos en la cesión, la certificación registral y la anotación del contrato devengan la respectiva tasa fija.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

8) Oportunidad. (¿desde y hasta cuándo puede el heredero ceder la herencia?). La cesión de herencia, como todo contrato, presupone un objeto idóneo(34)(598). Y en tanto objeto de nuestro contrato es una universalidad jurídica, el inicio de la oportunidad para celebrarlo está dado por la constitución de la misma.

¿Cuándo se constituye la universalidad jurídica? La universalidad jurídica se constituye con la muerte del causante, ya que la sucesión se abre con ésta (Cód. Civil, art. 3282). De allí en más, entonces, puede el heredero ceder la herencia. Hacerlo antes equivaldría a contratar sobre la herencia futura, y sabido es que los contratos que la tienen por objeto son nulos (Cód. Civil, arts. 1175, 1449, 3311 y 1044).

Queda así en claro que no es necesario haber iniciado el proceso sucesorio para celebrar el contrato. Al margen procede recordar que ceder la herencia importa aceptarla (Cód. Civil, art. 3322). Y que conforme al reformado artículo 3363 esa aceptación, si bien tácita, lo sería bajo beneficio de inventario.

En el otro extremo, parece en principio coherente afirmar que el límite de la oportunidad para celebrar el contrato está dado por la extinción de la universalidad jurídica. Pero de inmediato veremos que ello no es así. En efecto, la universalidad jurídica se extingue: a) por la aceptación pura y simple del heredero único; b) por la partición, en el caso de la comunidad hereditaria. Y ocurre que en el primer supuesto se admite que la universalidad "reviva" a través, justamente, de la cesión de la herencia(35)(599). Y si se lo admite en este caso ¿por qué no admitirlo cuando quien cede es el coheredero luego de la partición? En este sentido puede consultarse a López de Zavalía(36)(600), quien por cierto no deja de advertir las dificultades práctico - registrales que surgirían al pretender incluir en la cesión bienes que registralmente constan a nombre del cedente (por haberle sido ya adjudicados). Al respecto coincidimos en que, al menos teóricamente, no es posible negar la posibilidad de que en uno y otro caso, a favor del principio de la autonomía privada (Cód. Civil, art. 1197) y a través de la cesión, la herencia "reviva" como universalidad. De donde viene a resultar que la extinción de ésta no implica que se agote la oportunidad de celebrar el contrato.

Por otra parte, sostener que el límite que marca el fin de la oportunidad para ceder la herencia está dado por la partición de los bienes equivale a: a) no advertir que con ello se excluye de la cuestión al heredero único; b) no advertir la posibilidad de que, por efecto de la cesión, la universalidad "reviva" respecto de los bienes adjudicados; c) no advertir que, aun cuando ello no ocurra, la cesión puede tener lugar en relación a los bienes no incluidos en la partición(37)(601).

En síntesis: desde la muerte del causante (sin necesidad de haber iniciado el proceso sucesorio) puede el heredero ceder la herencia. Y la partición de los bienes no es obstáculo para que lo haga (tampoco lo son, claro está, la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento, o la inscripción de los mismos, que sólo brindan, como veremos en el capítulo siguiente, la posibilidad de recurrir al tracto registral abreviado). Bien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entendido que desde que los bienes se adjudican al coheredero a título de partición, queda éste legitimado para disponer de todos y cada uno a título de compraventa, permuta, donación, cesión de créditos, etcétera (no hace falta subrayar las ventajas que, desde el punto de vista práctico, ofrece esta forma de disponer de los bienes adjudicados en relación a aquella otra que, concretando la posibilidad teórica apuntada, pretenda incluirlos en la cesión de la herencia).

III. TRANSFERENCIA DE BIENES HEREDITARIOS DETERMINADOS

1) El contrato mediante el cual el heredero transfiere uno de los inmuebles de la herencia. Tipo del contrato: compraventa, donación, permuta, etcétera. Contingencias del contrato. Supongamos ahora que el heredero pretende transferir, no ya la universalidad jurídica que en su carácter de heredero le corresponde, o una parte alícuota de la misma, sino, concretamente, uno de los inmuebles de la herencia.

Y bien. Si la transferencia se efectúa por un precio cierto en dinero no cabe sino decidir que nos encontramos frente a una compraventa, si fuera gratuita estaremos en presencia de una donación, si a cambio se recibe otra cosa el contrato será de permuta, etcétera. En este sentido puede consultarse a Salas(38)(602), Salvat(39)(603), Fornieles(40)(604), Méndez Costa(41)(605) y Guastavino(42)(606).

Y será compraventa, donación o permuta con independencia de que se hayan dictado o inscripto la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Así Falbo(43)(607): "...existe venta cuando hay objeto determinado, aunque sea en una parte indivisa... independientemente de que haya o no declaratoria de herederos". Es que como bien lo señala la Cámara Nacional Civil, Sala D(44)(608), "cuando la operación recae sobre bienes sucesorios individualmente determinados, el acto jurídico no es una cesión de derechos hereditarios sino una simple venta de tales bienes". En idéntico sentido, el Instituto Argentino de Cultura Notarial(45)(609): "La cesión de derechos hereditarios, sea gratuita u onerosa, no puede recaer sobre bienes determinados sino sobre una cuota parte de la universalidad." Y la Corte de Justicia de Salta(46)(610): "El objeto de la cesión de herencia es una universalidad de relaciones jurídicas... En la cesión de herencia el objeto material nunca está determinado." Recordemos por fin a Carlos Pelosi(47)(611), quien comentando este último fallo nos advierte que "corresponde llamar la atención sobre la subsistencia de la corruptela... de ceder derechos hereditarios con relación a bienes determinados".

Ahora bien, la compraventa, donación, permuta, etcétera mediante las que el heredero transfiere uno de los inmuebles de la herencia están expuestas a las siguientes contingencias: a) En el caso de que se pretenda instrumentarlas antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrarlas (por no haberse dictado o inscripto, según la provincia de que se trate, la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento) los efectos del contrato no pueden oponerse a terceros (Cód. Civil, art. 2505). b) En el caso de la comunidad hereditaria (esto es, en el caso en que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el coheredero transfiere su parte indivisa en el inmueble) la validez del contrato depende del resultado de la partición o de la confirmación del resto de los coherederos. c) Por último, la omisión de ciertos requisitos (autorización judicial y remate público para la compraventa; autorización judicial para la donación, permuta, etcétera) trae por consecuencia que el heredero pierda el beneficio de inventario.

De inmediato analizaremos brevemente las contingencias en cuestión, así como la manera de evitarlas o cubrir sus riesgos.

2) Breve análisis de las contingencias del contrato y de la manera de evitarlas o cubrir sus riesgos: a) Inoponibilidad por falta de registración. Modo de cubrir los riesgos de la inoponibilidad en los casos de compraventa o permuta: diferir el pago del saldo de precio o la entrega de la cosa que se recibe a cambio hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrarlas. El caso de la donación gratuita. Para que el contrato mediante el que el heredero transfiere uno de los inmuebles de la herencia pueda ser opuesto a terceros, vale decir, para que despliegue aquel grado de su eficacia que responde al nombre de oponibilidad, es necesario inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble (Cód. Civil, art. 2505). Por otra parte, ello sólo es posible cuando la declaratoria o aprobación del testamento (o la inscripción de los mismos, según la provincia de que se trate) permiten el tracto abreviado. De allí que, toda vez que la compraventa o permuta pretendan celebrarse antes de que sea posible inscribirlas, resulte conveniente adoptar una regulación negocial que cubra los riesgos que la inoponibilidad provoca. Así, convendrá diferir el pago del saldo de precio o la entrega de la cosa que se recibe a cambio hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato; pactar la resolución para el supuesto de que ello no ocurra o se registren medidas precautorias o gravámenes, etcétera. Adviértase que la sugerencia sirve, a la vez, para cubrir al adquirente ante la eventual falta de legitimación del heredero en forma similar a la prevista en pág. 1002 para la cesión de la herencia.

Bien entendido que el procedimiento no variará cuando el contrato pretenda celebrarse, con la declaratoria o aprobación del testamento dictados pero no inscriptos, en una provincia que exija la inscripción de los mismos. En efecto, en este caso, al no poder registrarse el contrato, los riesgos de la inoponibilidad subsisten. Y no cambia las cosas el hecho de que la legitimación del heredero quede aquí convenientemente acreditada, ni el hecho de que la legitimación aparente baste para la validez de aquél (recordemos que conforme al art. 3430 del Cód. Civil son válidos "los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia... cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento...").

En lo que a la forma respecta, en estos casos de compraventa o permuta inoponibles cabe optar: a') por recurrir a la previa instrumentación privada, difiriendo el otorgamiento de la escritura hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato; a") por escriturarlos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inmediatamente y registrarlo luego, tracto abreviado mediante (bien entendido que este procedimiento, en tanto supone omitir la certificación registral e inscribir fuera de término, sólo puede admitirse si las partes lo requieren expresamente y liberan de responsabilidad al notario).

En el caso de la donación gratuita las cosas cambian. En efecto: de una parte, no hay aquí contraprestación que quepa diferir; de la otra, la previa instrumentación privada del contrato queda descartada (porque el art. 1810 impide la aplicación del art. 1185). Sólo cabe entonces: a') escriturar inmediatamente el contrato y registrarlo luego, tracto abreviado mediante (siempre si las partes lo requieren expresamente y liberan de responsabilidad al notario); a") diferir el otorgamiento de la escritura hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato.

b) Invalidez por falta de legitimación del coheredero para disponer de su parte indivisa en el inmueble. La convalidación del contrato: b') por adjudicarse la parte indivisa del inmueble al coheredero que dispuso de ella; b") por confirmar el acto el resto de los coherederos. Modo de evitar la invalidez: al celebrarse el contrato el resto de los coherederos le presta su conformidad. Recordemos que la comunidad hereditaria supone titularidad compartida de una universalidad jurídica (herencia). Y que el coheredero sólo está legitimado para disponer de su parte alícuota en ella (pero no de su parte en los bienes que la integran). No hace falta más para advertir que la transferencia de la parte indivisa que el coheredero pretende le corresponde en uno de los inmuebles de la herencia configura un caso de la llamada validez pendiente o suspensa(48)(612).

En efecto, el presupuesto de validez de que se trata (legitimación del transmitente) es de tal índole que puede sobrevenir luego (o lo que es igual, no necesariamente debe darse en el momento de la celebración del acto). De allí que mientras la ausencia del presupuesto de validez se mantenga, los efectos del contrato no se producen. Ahora bien, para que ellos operen es indispensable la convalidación de éste, a la que se llega: b') al sobrevenir el presupuesto de validez que inicialmente faltaba (en nuestro caso, al quedar legitimado el coheredero para disponer de su parte indivisa en el inmueble por habersele adjudicado la misma en la partición - es casi innecesario aclarar que el resultado no varía si se le adjudica una mayor proporción del inmueble o el inmueble íntegro -); b") al confirmar el acto el resto de los coherederos.

Al respecto, Méndez Costa(49)(613) entiende que la cuestión gira en torno de los arts. 1330 y 1331 del Cód. Civil. Por su parte, la Corte de Justicia de Salta(50)(614) considera que se aplican al caso los arts. 2682 y 2683.

De todo lo cual resulta que para evitar la invalidez es conveniente que en el acto de celebrarse el contrato el resto de los coherederos le preste su conformidad. Conformidad que, por otra parte, puede en algún caso prestarse tácitamente, como cuando todos los herederos son parte en el negocio (así, por ejemplo, cuando siendo dos ocurre que uno transfiere su parte indivisa en el inmueble al otro).

c) Pérdida del beneficio de inventario por omisión de ciertos requisitos (autorización judicial y remate público para la compraventa; autorización

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

judicial para la donación, permuta, etcétera) La autorización judicial, la conformidad de la mayoría de los acreedores y legatarios y la tasación judicial del inmueble como medios de lograr la dispensa del remate público. Recordemos aquí que "toda aceptación de la herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario" (Cód. Civil, art. 3363). Que "la realización de actos prohibidos...al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio" (Cód. Civil, art. 3363). Que el heredero beneficiario "puede enajenar los muebles que no puedan conservarse y los que el difunto tenía para vender; pero no podrá hacerlo con los de otra clase sin licencia judicial. La venta de los inmuebles sólo podrá verificarse por remate público" (Cód. Civil, art. 3393). Y que aun cuando "los actos de enajenación y disposición de los bienes que hiciere el heredero beneficiario... son válidos y firmes" (Cód. Civil, art. 3395) perderá el beneficio de inventario "si hubiere vendido los bienes inmuebles... sin conformarse a las disposiciones prescriptas" (Cód. Civil, art. 3406). Recordemos, por fin, que "desde que cese el beneficio de inventario, el heredero será considerado como heredero puro y simple desde la apertura de la sucesión" (Cód. Civil, art. 3408).

De donde se sigue que la forma del remate público para la venta de inmuebles de la herencia se impone al heredero como carga para conservar el beneficio de inventario (y no ya como carga para alcanzar la validez del contrato). El legislador impone la carga, por otra parte, fundándose en la necesidad de proteger a los acreedores y legatarios de la sucesión (por considerar que la puja es garantía de buen precio, que la publicidad del acto impide que se lo perciba en parte en forma clandestina, etcétera).

Ahora bien, durante los plazos para hacer el inventario y deliberar el Código sólo exige autorización judicial para la venta de inmuebles (art. 3369). No obstante, Guastavino(51)(615) descarta la interpretación literal del artículo y concluye en que la exigencia del remate público se aplica también a este período. Por otra parte, interpreta que la autorización judicial se exige en todos los casos. O lo que es igual, que sea durante los plazos para inventariar y deliberar, sea luego de haber inventariado y asumido definitivamente el carácter de beneficiario, el heredero sólo puede vender los inmuebles de la herencia: a) con autorización judicial; b) en remate público. Y si así no lo hace pierde el beneficio de inventario.

Cabe tomar en cuenta, además, que una interpretación igualmente sistemática de las disposiciones del Código permite sostener que la autorización judicial es necesaria para conservar el beneficio de inventario en los restantes casos (donación, permuta, etcétera - Cód. Civil, arts. 3390, 3393, 3363 y conc. -).

¿Es posible lograr la dispensa del remate público? Guastavino(52)(616) entiende que sí. Y distingue: a) durante los plazos para inventariar y deliberar la dispensa puede lograrse mediante la autorización judicial y la conformidad de la mayoría de los acreedores y legatarios; b) luego de haber inventariado y asumido definitivamente el carácter de beneficiario, a los dos requisitos señalados debe agregarse la tasación judicial del inmueble.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) Crítica a la forma en que suele procederse cuando el heredero pretende celebrar el contrato antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrarlo. La mala práctica de disfrazar el contrato de "cesión de derechos". Hemos visto ya que la compraventa, donación o permuta mediante las que el heredero transfiere uno de los inmuebles de la herencia no dejan de ser tales por el hecho de que se las celebre antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrarlas (esto es, antes de que se hayan dictado o inscripto, según la provincia de que se trate, la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento). No obstante, suele ser frecuente, en este caso, instrumentarlas como "cesión de derechos" ("cede todos los derechos y acciones que por el fallecimiento del señor. . . le corresponden sobre el lote de terreno ubicado en..."). A continuación trataremos de descubrir las razones de esta forma de proceder y analizaremos sus consecuencias.

Preguntémosnos entonces: ¿por qué, cuando no podemos recurrir al tracto abreviado, nos cuesta reconocer a estos contratos como lo que son? ¿Por qué nos resultan tan poco familiares estas compraventas, donaciones y permutas? ¿Cuál es la razón de que recurramos para designarlas al genérico nombre de "cesión de derechos" (que no es cesión de herencia porque no se cede la universalidad, ni es cesión de créditos porque no se cede crédito alguno)? La respuesta es que estas compraventas, donaciones o permutas son compraventas, donaciones o permutas inoponibles. Y lo son, justamente, porque al no haberse dictado o inscripto la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento no resulta posible recurrir al tracto abreviado para registrarlas. Y como nosotros estamos acostumbrados a las compraventas, donaciones o permutas plenamente eficaces, susceptibles por ello de desplegar la totalidad de sus efectos tanto entre las partes como respecto de terceros, sencillamente nos ocurre que a éstas, que sólo los despliegan entre transmitente y adquirente, nos cuesta reconocerlas como lo que son. Como nos cuesta hacerlo, por fin, recurrimos para designarlas al genérico nombre de "cesión de derechos".

Pero el problema consiste en que el tipo de los contratos no depende del nombre con que se los designe. Y así estas compraventas, donaciones o permutas siguen siendo tan compraventas, donaciones o permutas como las otras, a las que llamamos por su nombre. Para comprenderlo debemos advertir que el hecho de dictarse o inscribirse la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento y la consiguiente posibilidad de recurrir al tracto abreviado no deciden el tipo del contrato (porque el tipo de los contratos depende de los contratantes y no del Juzgado o el Registro de la Propiedad Inmueble). Y considerar además que la compraventa, donación o permuta inoponible sigue siendo compraventa, donación o permuta (porque con oponibilidad o sin ella el contrato permanece fiel a su tipo).

Qué paradójico resulta, por otra parte, que la mera ineficacia baste para que dejemos de llamar a estos contratos por su nombre siendo que el fantasma de la invalidez no nos impide instrumentarlos como lo que son. . . En efecto, en el caso de la comunidad hereditaria (donde como hemos visto la validez del contrato depende del resultado de la partición o la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confirmación del resto de los coherederos), en cuanto se nos brinda la posibilidad de recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato no vacilamos en instrumentar a la compraventa como compraventa, a la donación como donación y a la permuta como permuta. Y ello pese a la invalidez que como espada de Damocles pende sobre la cabeza del contrato. Y por cierto que hacemos muy bien en proceder de esta manera, porque el defecto de legitimación del coheredero no basta para alterar el tipo negocial (recuérdese el caso extremo de la compraventa de cosa ajena, que por el hecho de serlo no deja de ser compraventa). Pero la paradoja consiste, precisamente, en que en el caso del contrato inoponible no procedemos de la misma manera (aun cuando no es posible dejar de señalar aquí que cuando llamamos por su nombre al contrato inválido lo hacemos, en buena medida, o bien porque no advertimos la invalidez, o bien porque consideramos que ella no existe - por asimilar, como veremos luego, la comunidad hereditaria al condominio -).

Analicemos ahora las consecuencias de esta mala práctica de disfrazar la compraventa, donación o permuta de "cesión de derechos". La más seria consiste en dificultar la interpretación del contrato. De ello se derivan riesgos para una y otra parte. Para el adquirente, porque el ropaje de la "cesión" disimula la inoponibilidad negocial (en el caso de la comunidad hereditaria, disimula incluso la falta de legitimación del transmitente). Tampoco le irá demasiado bien al adquirente si se interpreta, por ejemplo, que es un cesionario de la herencia y no un comprador del inmueble, pues en ese caso el transmitente sólo responde por la evicción que excluya su calidad de heredero. En lo que al transmitente respecta, el riesgo para él consiste en que si cuando vende, dona o permuta se le hace decir que "cede", no queda en evidencia el hecho de que la omisión de los requisitos para conservar el beneficio de inventario lo transforma en aceptante puro y simple.

No hace falta más para comprender que esta mala práctica debe ser descartada. Cuando el contrato pretende celebrarse antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrarlo, la solución no consiste en disfrazarlo de "cesión", sino en recurrir a una regulación negocial que cubra los riesgos que la inoponibilidad provoca (ver págs. 1010 y 1011) .

4) Crítica a la forma en que suele procederse cuando el coheredero, antes de la partición, pretende transferir su parte indivisa en uno de los inmuebles de la herencia. La riesgosa práctica de permitirle disponer libremente de ella. Corrientes de opinión: a) Corriente que admite que, antes de la partición, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble en razón de asimilar la comunidad hereditaria al condominio. En pág. 1012 hemos analizado la contingencia a que están expuestas la compraventa, donación o permuta mediante las que el coheredero, antes de la partición, pretende transferir su parte indivisa en uno de los inmuebles de la herencia. Allí hemos advertido que el defecto de legitimación del coheredero provoca la invalidez del contrato. Y que para evitarla procede que el resto de los coherederos le preste su conformidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No obstante, los notarios no solemos exigirla. Y admitimos que el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble. Cabe ahora advertir que ello sólo es posible si se adhiere a aquella corriente de opinión que asimila la comunidad hereditaria al condominio. En ella se enrolan algunos fallos como el 20692 - 1/8/1968 de la Cámara Nacional Civil, Sala A(53)(617), conforme al cual "mientras subsista el estado de indivisión hereditario, la propiedad de los inmuebles debe asimilarse al condominio". Y fundado en estos fallos Pelosi(54)(618) admite que los notarios procedamos como lo hacemos.

b) Corriente de opinión que admite que, antes de la partición pero una vez inscriptos la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble, en razón de sostener que esa inscripción a solicitud de todos los herederos opera la transformación de la comunidad hereditaria en condominio. En esta corriente de opinión se enrola Fontenla, quien como más adelante veremos advierte con agudeza el argumento que, en principio, permite sostenerla. Con ella parece asimismo coincidir el despacho de la Comisión que trató el tema en la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976): "Si bien la indivisión hereditaria concluye naturalmente con la partición, en algunas demarcaciones, la homologación judicial del pedido de todos los herederos, para que uno o más bienes registrables se inscriban en condominio, produce el efecto de terminar, con relación a ellos, la indivisión hereditaria, que subsiste respecto de los demás bienes que forman el acervo." Aun cuando aquí es necesario aclarar que este pedido y esa homologación no conforman una expresa adjudicación en condominio a título de partición parcial (adviértase incluso que no siempre ocurre que la inscripción se efectúe a solicitud de todos los herederos). Es más, este tipo de procedimiento suele estar destinado, precisamente, a prescindir de la partición. Tal el caso de Santa Fe (segunda circunscripción), donde el trámite se limita a que el profesional interviniente solicite al juez el oficio al Registro para que los inmuebles denunciados se transfieran a nombre de los herederos declarados (a lo que accede el Registro, limitándose a referenciar la declaratoria en el asiento de dominio del causante).

c) Corriente de opinión que admite que, antes de la partición, una vez inscriptos la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento y si las circunstancias de hecho lo permiten, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble, en razón de sostener que esa inscripción y estas circunstancias operan la transformación de la comunidad hereditaria en condominio. Esta corriente de opinión es apoyada por el fallo 13987 - 29/12/1966 de la Cámara Nacional Civil, Sala E(55)(619), conforme al cual "son las circunstancias de hecho las que deciden si, inscripta la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad se ha constituido un verdadero condominio o se ha mantenido la indivisión hereditaria". Dentro de estas circunstancias de hecho se hace jugar papel preponderante al tiempo transcurrido desde la inscripción. Así Fornieles(56)(620), quien citando la nota al art. 2675 (que alude al condominio que nace "cuando se prolonga una indivisión") exige que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transcurra un "largo" tiempo desde la inscripción de la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Así también Borda(57)(621), para quien las circunstancias del caso pueden inducir a reconocer la existencia del condominio, sin que se cumplan los requisitos de forma necesarios, "si la inscripción en el Registro, pedida por todos los herederos, data de largos años, durante los cuales los coherederos se han comportado como condóminos". Este papel preponderante del tiempo transcurrido, como circunstancia de hecho susceptible de provocar la transformación de la comunidad hereditaria en condominio, ha sido reconocido también por la jurisprudencia. Cabe citar al respecto el fallo 43412 - 19/2/1959 de la Cámara Nacional Civil, Sala A(58)(622), según el cual "existe condominio si, inscripta la declaratoria de herederos en el Registro de Propiedad, concurren las siguientes circunstancias: la inscripción fue pedida por todos los herederos; ha transcurrido largo tiempo desde entonces - casi 20 años - durante los cuales los interesados consintieron la remisión del expediente al archivo: fallecido uno de los herederos, su parte también fue inscripta en la misma forma, y desde entonces han vuelto a pasar más de 10 años".

d) Corriente de opinión que no admite que, antes de la partición, el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en el inmueble. La solidez de los argumentos que se oponen a las corrientes que lo admiten. En la reunión del Ateneo Notarial del 17 de noviembre de 1969(59)(623), Martínez Segovia pone de manifiesto la inquietud que le provoca nuestra forma de proceder en esta materia. Y dice: ". . .voy a dar en forma directa mi opinión en el sentido de que, hasta que el juez aprueba la cuenta particionaria existe el estado de indivisión... El heredero no puede hasta ese momento transferir un bien determinado o su cuota parte indivisa en un bien determinado, a menos que hubiera conformidad de los coherederos, en cuyo caso habría una especie de instrucción previa para la cuenta particionaria... Tenemos que tener presente que de acuerdo con las normas de la ley 17801 la inscripción es meramente publicitaria... y, por lo tanto, es la resolución Judicial la que pone punto final al estado de comunidad hereditaria" (más adelante aclara que en el caso de partición ante notario dicho punto final está representado por la escritura pública).

Y Martínez Segovia tenía razones para inquietarse. Las corrientes de opinión que admiten que el coheredero, antes de la partición, disponga libremente de su parte indivisa en los inmuebles de la herencia no eran ni son las únicas. Existía y existe otra, mayoritaria, que se les opone y cuenta en sus filas a Legón, Salvat y en nuestros días Zannoni. A ella adhirió el despacho de la Comisión que trató el tema en las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil y es ella la que viene logrando la adhesión de la jurisprudencia.

En opinión de Legón(60)(624) "la inscripción de la declaratoria de herederos no surte, de por sí, los efectos de una adjudicación en condominio; inviste, puramente, misión de publicidad... La declaratoria importa el comienzo real de la indivisión hereditaria... La partición es, en esencia, la desintegración de la comunidad hereditaria". Salvat(61)(625)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exige para el nacimiento del condominio actos jurídicos de los cuales "resulte claramente la constitución de un derecho de copropiedad, por ejemplo: en los casos de adjudicación en común de una o varias cosas, hecha a favor de varios herederos en una cuenta particionaria". Y Zannoni(62)(626) confirma que "es irrelevante la inscripción de la declaratoria de herederos como medio de hacer cesar la indivisión. Si esa inscripción puede tener relevancia como medio de publicidad... no hace, en cambio, cesar la comunidad. Esta sólo cesa con la partición y adjudicación a título singular".

Por su parte, el despacho de la Comisión que trató el tema en las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil nos reitera que "la cesión de derechos hereditarios puede tener lugar aunque la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento hayan sido inscriptos en el Registro de la Propiedad o en otro registro cualquiera. Tal inscripción no implica adjudicación singular de los bienes en relación a los cuales esa inscripción se practica...".

En lo que a la jurisprudencia respecta, la Cámara Nacional Civil, Sala E(63)(627), en fallo 19053 - 9/4/1956 y con el voto de los doctores Navarro, Martínez y Barraquero, sostuvo: "Para que la indivisión hereditaria se transforme en condominio se requiere la voluntad expresa de las partes en ese sentido y que se observen las formalidades legales establecidas para la constitución del segundo." En idéntico sentido, la Cámara Nacional Civil, Sala C(64)(628), en fallo 24421 - 6/8/ 1974 y con el voto del doctor Belluscio al que adhirieron los doctores Bauzá y Espiro: "La mera inscripción de la declaratoria en el Registro de la Propiedad no implica adjudicación de los inmuebles en condominio sino simplemente exteriorización de la indivisión." Más recientemente, la misma Cámara Nacional Civil, Sala C(65)(629), en fallo 79610 - 24/3/1981 y con el voto de los doctores Durañona y Vedia, Alterini y Cifuentes, sostiene: "La tesis que tendría apoyo en la nota del codificador al art. 2675 del Cód. Civil, donde opinó que podía constituir condominio la prolongación de una indivisión, no se ajusta a los términos del Código citado, pues el condominio sólo puede constituirse por contrato (caso de adjudicación de algún bien en condominio en la partición), por acto de última voluntad (caso del legado de una cosa a dos o más personas), o por ley (o, en su caso, por coposesión que lleva a la usucapión); formas entre las cuales no se halla la prolongación de la indivisión, a pesar de lo que dice Vélez Sársfield en la nota, que no tiene valor de ley. El criterio contrario, a más de apartado de los textos legales, dejaría siempre en la inseguridad la situación jurídica de los bienes, pues quedaría librada a la interpretación de cada caso particular la determinación de cuándo quedó determinado el condominio, lo que reviste importancia en razón de no ser absolutamente iguales los derechos de los condóminos sobre la cosa en condominio que los de los comuneros sobre la cosa en indivisión."

¿Ha llegado entonces la hora de darle la razón a Martínez Segovia? ¿Será posible, todavía, seguir adhiriendo a la corriente de opinión que asimila comunidad hereditaria a condominio? ¿Y a las que sostienen que aquélla se transforma en éste (sea por el hecho de la inscripción de la declaratoria

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de herederos o el auto aprobatorio del testamento, sea porque concurren esa inscripción y determinadas circunstancias)? Para decidirlo, analicemos los argumentos con que la corriente mayoritaria las enfrenta.

A la corriente de opinión que asimila comunidad hereditaria a condominio se opone un argumento cuyo peso la torna insostenible: los diversos objetos sobre que aquélla y éste recaen (universalidad jurídica y derecho real de propiedad) . En efecto, esta diversidad genera aquella diferencia práctica que consideramos en pág. 996 y decide el punto: el condómino puede disponer libremente de su parte indivisa en la cosa; el coheredero sólo puede disponer libremente de su parte alícuota en la herencia(66)(630).

Por su parte, a las corrientes de opinión que sostienen que la comunidad hereditaria se transforma en condominio (sea por el hecho de la inscripción de la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento, sea porque concurren esa inscripción y determinadas circunstancias) se opone el argumento que esgrime la Cámara Nacional Civil, Sala C, para descalificar a la "prolongación de la indivisión como fuente del condominio, a saber, el condominio sólo se constituye por contrato, por acto de última voluntad o por ley.

Pero este argumento oculta algún equívoco, que es necesario despejar. En efecto ¿qué cosa es entonces este "prolongarse de la indivisión? No es un acto de última voluntad ni está específicamente contemplado por la ley, conformes. Pero ¿estamos seguros de que tampoco es un "contrato" (o mejor, un acto o negocio jurídico)? Y si no lo es ¿qué es? ¿Es un hecho de la naturaleza, un mero acontecimiento natural que sencillamente consiste en el correr del tiempo? ¿Es un hecho "mixto", en parte natural y en parte humano? En todo caso ¿se parece a alguno de los hechos o actos que nos resultan familiares? ¿La prescripción, tal vez?

Permítasenos aquí detenernos un segundo en recordar lo que suele ocurrirnos con la prescripción adquisitiva, a saber, que cuando nos la nombran automáticamente pensamos en las agujas del reloj, o en las hojas del almanaque, esto es, en el tiempo que transcurre, representándonos el hecho a la manera de aquellas viejas cintas donde las agujas corrían enloquecidas o las hojas volaban para darnos la sensación de que habían transcurrido varios años entre una escena y la otra. Y debemos recordarlo para evitar que con este "prolongarse de la indivisión" nos ocurra otro tanto. Porque este tipo de asociación de ideas sólo sirve para ocultarnos la verdad, sólo sirve para dejar en las sombras a lo que verdaderamente importa, al conducirnos a creer que el tiempo que transcurre es la única fuente del derecho que se adquiere. Es que si se mira bien, en la prescripción adquisitiva no es tanto ni tan sólo el tiempo lo que interesa, como que durante ese tiempo haya alguien que haga cosas y alguien que deje de hacerlas. O lo que es igual, que no sólo deben transcurrir 20 años sino que durante esos 20 años debe haber un señor que, por ejemplo, se dedique a cosechar maíz en campo ajeno; y debe haber otro señor, el dueño del campo, que durante esos 20 años le dé la espalda y se quede mudo; son ese hacer y ese no hacer durante 20 años los que interesan y no el mero transcurso del tiempo. Y lo mismo ocurre con este "prolongarse de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la indivisión" hereditaria, donde no importa tanto ni tan sólo el hecho natural del correr del tiempo, como que durante ese tiempo los coherederos actúen como condóminos(67)(631). ¿Y qué cosa es este actuar de los coherederos, este comportarse a través de los años que se inicia con la solicitud de inscripción de la declaratoria o el auto aprobatorio del testamento? La respuesta es tan obvia que avergüenza un poco darla: esta actuación, este comportarse de los coherederos es acto jurídico. Pero ¿qué clase de actos jurídicos son éstos, que logran transformar a la comunidad hereditaria en condominio sin que haya una declaración de voluntad expresa, inequívocamente dirigida a lograrlo? No hace falta decir más para caer en la cuenta de que nos encontramos en presencia de actos o comportamientos tácitos (facta concludentia). ¿Y no cabría entonces, recordando que el consentimiento tácito en los contratos "resultará de hechos o de actos que lo presupongan" (Cód. Civil, art. 1145), sostener que este "prolongarse de la indivisión" es, al fin de cuentas, un "contrato" tácitamente consentido, conforme al cual los coherederos disponen adjudicarse los inmuebles en condominio? ¿Se contradicen en consecuencia los doctores Durañona y Vedia, Alterini y Cifuentes cuando excluyen a la "prolongación de la indivisión" como fuente del condominio siendo que el contrato es una de ellas?

De inmediato veremos que no interesa demasiado decidirlo, porque habiendo atisbado a este "prolongarse de la indivisión" cara a cara, en su verdadera naturaleza de comportamiento tácito, queda también en evidencia que con contradicción o sin ella, con mayor o menor felicidad en la expresión en el punto de que se trata, el fallo sigue teniendo a la razón de su lado.

En primer lugar, porque esta serie de actos de los aspirantes a condómino de compartir la cosa durante un "largo" tiempo (que no se sabe cuanto tiempo debe ser) puede en todo caso admitirse para transformar en condominio a una comunidad sin título, como la comunidad de hecho a que alude la nota al art. 4019. Pero nunca para transformar en condominio a la comunidad hereditaria, porque los coherederos, precisamente porque lo son, siguen compartiendo los inmuebles (y no ya los inmuebles sino la universalidad jurídica que los contiene) a título de coheredero y no de condómino. ¿Cómo admitir en efecto, que este compartir la universalidad sirva, justamente, para que respecto de los inmuebles los coherederos dejen de ser tales? Adviértase, por otra parte, la inseguridad que la transformación supone y el fallo advierte ("dejaría librada a la integración de cada caso particular la determinación de cuándo quedó determinado el condominio").

¿Y si sostuviéramos lo que la otra corriente de opinión, a saber que lo que transforma a la comunidad hereditaria en condominio no es ese comportarse de los coherederos a través de los años, esos muchos actos de compartir la cosa, sino un único acto, el acto material de inscribir la declaratoria o el auto aprobatorio del testamento en el Registro de la Propiedad Inmueble? Podríamos incluso sostener que ese único acto no consiste tanto en la inscripción propiamente dicha como en la declaración

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mediante la que los coherederos la solicitan. . .

Esta posibilidad, que por cierto eliminaría la inseguridad que con tanta razón preocupa a los señores jueces (porque bastaría con la inscripción a solicitud de todos los herederos para transformar automáticamente, en todos los casos, a la comunidad hereditaria en condominio) fue agudamente advertida por Fontenla en la ya citada reunión del Ateneo Notarial del 17 de noviembre de 1969(68)(632). Allí dijo: "La inscripción de la declaratoria es una tácita declaración de terminar con la comunidad hereditaria. Es ahí donde las partes manifiestan su intención de terminar con el estado anterior."

Pero tampoco es posible sostenerlo. Antes que nada, porque "la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad" (Cód Civil, art. 918). ¿Y quién se atreve a afirmar que la inscripción de la declaratoria o el auto aprobatorio del testamento, a solicitud de todos los herederos, basta para que podamos conocer con certidumbre su voluntad de transformar, respecto de los inmuebles, a la comunidad hereditaria en condominio?

En segundo lugar, por fin, contra la posibilidad de que el comportamiento tácito baste para operar la transformación (y nos estamos refiriendo ya a cualquier comportamiento tácito, tanto al que conforman los muchos actos que los coherederos celebran durante el "prolongarse de la indivisión", como al que consiste en un único acto, el de la inscripción de la declaratoria o el auto aprobatorio del testamento a solicitud de todos ellos), contra esta posibilidad, decíamos, se alza la trascendencia económica y social que el legislador asigna al acto de la partición, a los actos de constitución del condominio y a los mismos bienes en juego (inmuebles). En efecto, para la conclusión de aquéllos y la transferencia o adjudicación de éstos el legislador recurre a formas expresas, inequívocas, justamente para dotarlos de la seguridad y certeza que aquella trascendencia reclama. Y ocurre que estas formas expresas, inequívocas, son incompatibles con las manifestaciones tácitas de la voluntad (por la certidumbre de menor grado que las mismas brindan). Recuérdese que la moderna finalidad de la forma tiende, precisamente, a asegurar contra toda duda la univocidad del acto(69)(633). Recuérdese también que "la expresión positiva de la voluntad será considerada como tal cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos" (Cód. Civil, art. 917); y que la expresión tácita de la voluntad sólo se admite "en los casos en que no se exige una expresión positiva" (Cód. Civil, art. 918). Y como para el acto de la partición, incluida aquélla mediante la que los coherederos se adjudican bienes en condominio, la ley exige el más alto grado de positivismo en la expresión de la voluntad (en tanto intervienen el juez o el notario - Cód. Civil, arts. 3465 y 1184 - 2 -), no hace falta más para descartar la tesis de que la comunidad hereditaria pueda transformarse, por vía del consentimiento tácito, en condominio. Permítasenos como ejemplo recordar el caso de la donación, donde se admite, en principio, la aceptación tácita del donatario que resulta de recibir la cosa donada (Cód. Civil, art. 1792); pero aun en este caso, cuando para algún especial tipo de donación el legislador recurre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a formas expresas como la de la escritura pública en el supuesto de inmuebles (Cód. Civil, art. 1810), automáticamente excluye la aceptación tácita, exigiendo que el consentimiento expreso del donatario conste en la misma escritura o en escritura posterior (Cód. Civil, art. 1811).

Este y no otro es, a nuestro juicio, el argumento de fondo que sirve para descartar a "la prolongación de la indivisión" y a todo tipo de comportamiento tácito como fuentes del condominio (lo advierten, en el fallo que les citamos, los doctores Navarro, Martínez y Barraquero: "Para que la indivisión hereditaria se transforme en condominio se requiere la voluntad expresa de las partes en ese sentido y que se observen las formalidades legales establecidas para la constitución del segundo.").

En cuanto a nosotros, los notarios, debemos advertir que este procedimiento de transformar tácitamente a la comunidad hereditaria en condominio, que parece tan práctico, no lo es en absoluto (nada que ofrezca un margen tan grande de inseguridad puede serlo). Sólo es, en definitiva, cómodo (porque permite la transferencia de partes indivisas de los inmuebles antes de la partición, sin necesidad de que el transmitente cuente con la conformidad del resto de los coherederos). Pero no todo lo cómodo es bueno. Y el procedimiento en cuestión si se mira bien, no lo es ni siquiera para nosotros, ya que al dejar de lado la forma impuesta para la constitución del condominio estamos, al fin de cuentas y sin quererlo, menoscabando a nuestra propia función.

Parece llegada entonces la hora de que le demos la razón a Martínez Segovia y consideremos la conveniencia de modificar nuestras prácticas en la materia. Y creemos que debemos hacerlo porque es muy grave el perjuicio que podemos contribuir a causar si por persistir en aquéllas permitimos, por ejemplo, que el coheredero con declaratoria inscripta venda la parte indivisa que pretende le corresponde en uno de los inmuebles de la herencia sin contar con la conformidad de sus coherederos. ¿Qué ocurrirá, en efecto, si alguno de estos se siente perjudicado y exige la partición? (recordemos de paso que la acción de partición de herencia es imprescriptible - Cód Civil arts. 3460 y 4019 -). ¿Y si cuando ella se realiza el inmueble no se adjudica, ni siquiera en parte, a quien dispuso de él? ¿Que dirá el juez llamado a intervenir? ¿Tendremos la suerte de que se incline por la validez de la venta? ¿Asimilará entonces, este juez, la comunidad hereditaria al condominio? ¿Entenderá en cambio que el mero hecho de la inscripción de la declaratoria a solicitud de todos los herederos basta para operar la transformación de aquélla en éste? Y si lo entiende así ¿se practicó la inscripción a solicitud de todos los herederos o hubo alguno que omitió solicitarla? ¿Y si el juez adhiere a la corriente de opinión de Fornieles y Borda, que exigen que transcurra un largo tiempo a partir de la inscripción para que se opere la transformación? ¿Habrá transcurrido ese largo tiempo? ¿Cuánto tiempo es un largo tiempo? ¿Y si nada de esto ocurre y el juez se inclina directamente por la invalidez de la venta, adhiriendo a la corriente de opinión mayoritaria, a ésa, que en esta década siguen el doctor Belluscio en su voto y los doctores Durañona y Vedia, Alterini y Cifuentes en los suyos?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Creemos que ello basta para descartar la riesgosa práctica de permitir que el coheredero disponga libremente de su parte indivisa en los inmuebles de la herencia. Para disponer de la misma y evitar el riesgo de la invalidez, como queda dicho, el resto de los coherederos debe prestarle su conformidad.

IV. CONCLUSIONES (SUGERENCIAS PARA LA INSTRUMENTACIÓN DE CADA UNO DE LOS CASOS)

1) Caso en que el heredero único o el coheredero pretenden ceder la herencia o parte alícuota de la misma. a) Cuando lo pretenden antes de haberse dictado la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Instrumentar la cesión de herencia en escritura pública (regulando conforme a la intención de las partes todo lo concerniente al objeto del contrato, su carácter aleatorio y el régimen de la evicción). Acreditar la legitimación del cedente con las partidas de defunción, nacimiento o matrimonio respectivas (en el supuesto de heredero forzoso) o con la partida de defunción y el testamento (en el supuesto de heredero testamentario). En el caso de cesión onerosa, diferir el pago del saldo de precio (o la entrega de la cosa, o la transferencia del crédito, etcétera que se reciben a cambio) hasta que se dicten la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento pactando la resolución del contrato para el supuesto de que ello no ocurra. Diligenciar previamente certificado registral de libre inhibición del cedente e inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad Inmueble(70)(634). Si se hubiera iniciado el proceso sucesorio, diligenciar previamente informe del Juzgado relativo a medidas precautorias y presentarle copia de la escritura.

b) Cuando lo pretenden luego de haberse dictado la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Instrumentar la cesión de herencia en escritura pública (regulando conforme a la intención de las partes todo lo concerniente al objeto del contrato, su carácter aleatorio y el régimen de la evicción). Acreditar la legitimación del cedente con la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Diligenciar previamente certificado registral de libre inhibición del cedente e informe del Juzgado relativo a medidas precautorias. Inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad Inmueble(71)(635) y presentar copia en el Juzgado.

2) Caso en que el heredero único pretende transferir a título oneroso uno de los inmuebles de la herencia. a) Cuando lo pretende antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato (por no haberse dictado o inscripto, según la provincia de que se trate, la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento). Instrumentar previamente la compraventa, permuta, etcétera en documento privado; o directamente en escritura pública, si las partes lo requieren expresamente y liberan de responsabilidad al notario. Diferir el pago del saldo de precio o la entrega de la cosa que se recibe a cambio (en caso de haber optado por la previa instrumentación privada, se difiere igualmente el otorgamiento de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura) hasta que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Pactar la resolución para el supuesto de que ello no ocurra o se registren medidas precautorias o gravámenes. Tomar en cuenta la opinión de Guastavino, conforme a la cual para conservar el beneficio de inventario en el caso de venta es necesario: autorización judicial y conformidad de la mayoría de los acreedores y legatarios (luego de inventariar y asumir definitivamente el carácter de beneficiario, a los dos requisitos señalados debe agregarse el de la tasación judicial del inmueble). Recordar asimismo que, en el caso de la permuta, etcétera para conservar el beneficio de inventario es necesaria la autorización judicial.

b) Cuando lo pretende siendo ya posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar la compraventa, permuta, etcétera en escritura pública. Tener en cuenta los requisitos para que el heredero conserve el beneficio de inventario (ver caso anterior).

3) Caso en que el heredero único pretende transferir a título gratuito uno de los inmuebles de la herencia. a) Cuando lo pretende antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar inmediatamente la donación en escritura pública, si las partes lo requieren expresamente y liberan de responsabilidad al notario; o diferir el otorgamiento de la escritura hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Tener en cuenta el requisito para que el heredero conserve el beneficio de inventario (autorización judicial).

b) Cuando lo pretende siendo ya posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar la donación en escritura pública. Tener en cuenta el requisito para que el heredero conserve el beneficio de inventario (autorización judicial).

4) Caso en que el coheredero pretende transferir a título oneroso su parte indivisa en uno de los inmuebles de la herencia. a) Cuando lo pretende antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar previamente la compraventa, permuta, etcétera en documento privado, con la expresa conformidad del resto de los coherederos; o directamente en escritura pública, siempre con la expresa conformidad del resto de los coherederos y toda vez que las partes lo requieran expresamente y liberen de responsabilidad al notario. Diferir el pago del saldo de precio o la entrega de la cosa que se recibe a cambio (en el caso de haber optado por la previa instrumentación privada se difiere igualmente el otorgamiento de la escritura) hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Pactar la resolución para el supuesto de que ello no ocurra o se registren medidas precautorias o gravámenes. Tomar en cuenta los requisitos para que el coheredero conserve el beneficio de inventario (ver caso 2 - a).

b) Cuando lo pretende siendo ya posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar la compraventa, permuta, etcétera en escritura pública, con la expresa conformidad del resto de los coherederos (si el contrato se celebra antes de la partición). Tener en cuenta los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requisitos para que el coheredero conserve el beneficio de inventario (ver caso 2 - a).

5) Caso en que el coheredero pretende transferir a título gratuito su parte indivisa en uno de los inmuebles de la herencia. a) Cuando lo pretende antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar inmediatamente la donación en escritura pública, con la expresa conformidad del resto de los coherederos y toda vez que las partes lo requieran expresamente y liberen de responsabilidad al notario; o diferir el otorgamiento de la escritura hasta que resulte posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato, en cuyo momento se la autorizará con la expresa conformidad del resto de los coherederos. Tener en cuenta el requisito para que el coheredero conserve el beneficio de inventario (autorización judicial) .

b) Cuando lo pretende siendo ya posible recurrir al tracto abreviado para registrar el contrato. Instrumentar la donación en escritura pública, con la expresa conformidad del resto de los coherederos (si el contrato se celebra antes de la partición). Tener en cuenta el requisito para que el coheredero conserve el beneficio de inventario (autorización judicial).